CÓDIGO CIVIL

DE LA

REPÚBLICA ARGENTINA

TOMO PRIMERO

CÓDIGO CIVIL

DE LA

REPÚBLICA ARGENTINA

(CÓPIA DE LA EDICION OFICIAL, ÍNTEGRA)

CON

SU ESPLICACION Y CRÍTICA BAJO LA FORMA DE NOTAS

HECHAS

Por el Dr D. LISANDRO SEGOVIA

« El procedimiento mas seguro será siempre
« interpretar el Código por el Código mismo. »
(Zachariæ y Aubry y Rau.)

« Ningun habitante de la Nacion será obli-
« gado á hacer lo que no manda la ley, ni pri-
« vado de lo que ella no prohibe. »
(*Constitucion Argentina*, art. 19.)

TOMO PRIMERO

QUE CONTIENE EL PRIMERO Y SEGUNDO LIBROS DEL CÓDIGO



BUENOS AIRES
IMPRENTA DE PABLO E. CONI, EDITOR
60 — CALLE ALSINA — 60
—
1881

LEY

El Senado y Cámara de Diputados de la Nacion Argentina reunidos en Congreso, sancionan con fuerza de ley:

Artículo 1°. — El Código Civil redactado por el Dr. D. Dalmacio Velez Sarsfield, se observará como ley en la República Argentina desde el primero de Enero de mil ochocientos setenta y uno.

Artículo 2°. — La Suprema Corte de Justicia y Tribunales Federales de la Nacion, darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica la aplicacion del Código, así como de los vacíos que encontraren en sus disposiciones, para presentarlas oportunamente al Congreso.

Artículo 3°. — El Poder Ejecutivo recabará de los Tribunales de Provincia, por conducto de los respectivos Gobiernos, iguales informes para los fines del artículo anterior.

Artículo 4°. — Autorízase al Poder Ejecutivo para hacer los gastos que demande la impresion del Código Civil, debiendo solo tenerse por auténticas las ediciones oficiales.

Artículo 5°. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso á veinte y cinco de Setiembre de mil ochocientos sesenta y nueve.

Adolfo Alsina.
Cárlos M. Saravia
Secretario del Senado

Manuel Quintana.
Ramon B. Muñiz
Secretario de la C. de DD.

Departamento de Justicia.

Buenos Aires, Setiembre 29 de 1869.

Téngase por ley, cúmplase, comuníquese é insértese en Registro Nacional.

SARMIENTO.
N. Avellaneda

ABREVIATURAS MAS FRECUENTES Y ESPLICACIONES

Arg.	Argumento.
Art. Arts.	Artículo ó artículos.
Cap.	Capítulo.
Cód.	Código.
Cód. Com.	Código de Comercio.
Dig.	Digesto ó Pandectas.
L. ó LL.	Ley ó Leyes.
Lib.	Libro.
N°, núm. ó n^{os}.	Número ó números.
Pág.	Página.
Sec.	Seccion.
Tít.	Título.
V°.	Verbo.
Aubry.	Aubry y Rau.

— El artículo de un Código ó Proyecto se espresa con un número ordinal, y con frecuencia se pone el nombre del país en lugar del Código. Así :

Chile 321°, significa : artículo 321 del Código Chileno.

— En la cita de los autores, el número romano designa el del tomo ó volúmen, y el número arábigo el del número ó parráfo de la obra. Así :

Demolombe, IX, 123, quiere decir: número 123 del tomo 9° de ese autor.

— Cuando un artículo del Código es tomado de su fuente con alguna variante, el nombre del Código ó del autor seguido se hace preceder de la preposicion *de*. Así :

De Goyena, significa que el artículo no es una copia literal.

— Nuestras notas van separadas del testo del Código; y cuando se intercalan en él son pocas palabras que se ponen dentro de un [ ] *parentésis cuadrado*.

Las corecciones de citas y otras igualmente breves las indicamos con la palabra *léase*.

— *Numeracion corrida de los artículos*. Cada artículo lleva doble numeracion. El *primer* número corresponde á la numeracion corrida, que era una mejora generalmente reclamada y exigida imperiosamente por la brevedad. El *segundo* número es el de la edicion oficial, que tiene una numeracion especial en cada Título.

ÍNDICE

DEL TOMO PRIMERO

Páginas

INTRODUCCION Á LA ESPLICACION Y CRÍTICA DEL CÓDIGO CIVIL XVII

TÍTULOS PRELIMINARES

TÍTULO I

De las leyes 1

TÍTULO II

Del modo de contar los intérvalos del derecho 10

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

SECCION PRIMERA

DE LAS PERSONAS EN GENERAL

TÍTULO I

De las personas jurídicas 13

CAPÍTULO I. — Del principio de la existencia de las personas jurídicas 20

CAPÍTULO II. — Del fin de la existencia de las personas jurídicas 21

TÍTULO II

De las personas de existencia visible 22

TÍTULO III

De las personas por nacer 27

TÍTULO IV

De la existencia de las personas ántes del nacimiento 28

TÍTULO V

De las pruebas del nacimiento de las personas 30

TÍTULO VI

Del domicilio 32

TÍTULO VII

Fin de la existencia de las personas 36

TÍTULO VIII

Páginas
De las personas ausentes con presuncion de fallecimiento..... 37

TÍTULO IX

De los menores [y su emancipacion]..... 41

TÍTULO X

De los dementes..... 44

TÍTULO XI

De los sordo-mudos..... 45

SECCION SEGUNDA

DE LOS DERECHOS PERSONALES

EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO I

Del matrimonio..... 46
CAPÍTULO I. — Régimen del matrimonio..... 46
CAPÍTULO II. — De los esponsales..... 48
CAPÍTULO III. — Celebracion del matrimonio..... 48
CAPÍTULO IV. — Del matrimonio celebrado con autorizacion de la Iglesia Católica. 51
CAPÍTULO V. — Del matrimonio celebrado sin autorizacion de la Iglesia Católica.. 52
CAPÍTULO VI. — Derechos y obligaciones de los cónyuges..... 52
CAPÍTULO VII. — Del divorcio..... 57
CAPÍTULO VIII. — Del divorcio de los casados ante la Iglesia Católica, ó con autorizacion de ella..... 57
CAPÍTULO IX. — Del divorcio entre los casados sin autorizacion de la Iglesia Católica. 57
CAPÍTULO X. — Efectos del divorcio en toda clase de matrimonios..... 58
CAPÍTULO XI. — De la disolucion del matrimonio..... 60
CAPÍTULO XII. — De la nulidad del matrimonio..... 61
CAPÍTULO XIII. — De las segundas ó ulteriores nupcias..... 63

TÍTULO II

De los hijos legítimos..... 64

TÍTULO III

De la patria potestad..... 71

TÍTULO IV

De la legitimacion..... 80

TÍTULO V

De los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos..... 82
CAPÍTULO I. — De los hijos naturales..... 82
CAPÍTULO II. — De los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos..... 88

TÍTULO VI

Del parentesco, sus grados, derechos y obligaciones de los parientes..... 89

Páginas

CAPÍTULO I. — Del parentesco por consanguinidad 89
CAPÍTULO II. — Del parentesco por afinidad 91
CAPÍTULO III. — Del parentesco ilegítimo 91
CAPÍTULO IV. — Derechos y obligaciones de los parientes [De los alimentos] 92

TÍTULO VII

De la tutela 94
CAPÍTULO I. — De la tutela en general 94
CAPÍTULO II. — De la tutela dada por los padres 95
CAPÍTULO III. — De la tutela legítima 96
CAPÍTULO IV. — De la tutela dativa 97
CAPÍTULO V. — De la tutela de los hijos naturales 97
CAPÍTULO VI. — De la tutela especial 98

TÍTULO VIII

De los que no pueden ser tutores 98

TÍTULO IX

Del discernimiento de la tutela 100

TÍTULO X

De la administracion de la tutela 101

TÍTULO XI

De los modos de acabarse la tutela 110

TÍTULO XII

De las cuentas de la tutela 111

TÍTULO XIII

De la curatela 112
CAPÍTULO I. — Curatela á los incapaces mayores de edad 112
CAPÍTULO II. — Curadores á los bienes 116

TÍTULO XIV

Del Ministerio público de menores 117

LIBRO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES

SECCION PRIMERA

PARTE PRIMERA

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

TÍTULO I

De la naturaleza y orígen de las obligaciones 119

TÍTULO II

De las obligaciones naturales 127

TÍTULO III

Páginas
De los daños é intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero. 130

TÍTULO IV

De las obligaciones principales y de las obligaciones accesorias..... 131

TÍTULO V

De las obligaciones condicionales..... 132
CAPÍTULO I. — De las obligaciones condicionales en general..... 132
CAPÍTULO II. — De las obligaciones bajo condicion suspensiva..... 137
CAPÍTULO III. — De las obligaciones bajo condicion resolutoria..... 139
CAPÍTULO IV. — De los cargos impuestos para la adquisicion ó resolucion de los derechos..... 141

TÍTULO VI

De las obligaciones á plazo..... 143

DE LAS OBLIGACIONES EN RELACION Á SU OBJETO

TÍTULO VII

De las obligaciones de dar..... 144
CAPÍTULO I. — De las obligaciones de dar cosas ciertas..... 144
CAPÍTULO II. — De las obligaciones de dar cosas inciertas..... 151
CAPÍTULO III. — De las obligaciones de dar cantidades de cosas..... 152
CAPÍTULO IV. — De las obligaciones de dar sumas de dinero..... 154

TÍTULO VIII

De las obligaciones de hacer ó de no hacer..... 157

TÍTULO IX

De las obligaciones alternativas..... 159

TÍTULO X

De las obligaciones facultativas..... 162

TÍTULO XI

De las obligaciones con cláusula penal..... 163

TÍTULO XII

De las obligaciones divisibles é indivisibles..... 165
CAPÍTULO I. — De las obligaciones divisibles..... 165
CAPÍTULO II. — De las obligaciones indivisibles..... 171

DE LAS OBLIGACIONES CON RELACION Á LAS PERSONAS

TÍTULO XIII

De las obligaciones simplemente mancomunadas..... 175

TÍTULO XIV

De las obligaciones solidarias..... 177

TÍTULO XV

Páginas
Del reconocimiento de las obligaciones 185

PARTE SEGUNDA

ESTINCION DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO I

Del pago 186
CAPÍTULO I. — De lo que se debe dar en pago 193
CAPÍTULO II. — Del lugar en que debe hacerse el pago 194
CAPÍTULO III. — Del tiempo en que debe hacerse el pago 195
CAPÍTULO IV. — Del pago por consignacion 197
CAPÍTULO V. — Del pago con subrogacion 199
CAPÍTULO VI. — De la imputacion del pago 201
CAPÍTULO VII. — Del pago por entrega de bienes 203
CAPÍTULO VIII. — De lo dado en pago de lo que no se debe 203
CAPÍTULO IX. — Del pago con beneficio de competencia 208

TÍTULO II

De la novacion 209

TÍTULO III

De la compensacion 214

TÍTULO IV

De las transacciones 218
CAPÍTULO I. — De los que pueden transigir 219
CAPÍTULO II. — Del objeto de las transacciones 220
CAPÍTULO III. — Efecto de las transacciones 222
CAPÍTULO IV. — Nulidad de las transacciones 224

TÍTULO V

De la confusion 226

TÍTULO VI

De la renuncia de los derechos del acreedor 228

TÍTULO VII

De la remision de la deuda 229

TÍTULO VIII

De la imposibilidad del pago 232

SECCION SEGUNDA

DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

QUE PRODUCEN LA ADQUISICION, MODIFICACION, TRASFERENCIA Ó ESTINCION DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES

TÍTULO I

De los hechos 234

Páginas

CAPÍTULO I. — De los hechos producidos por ignorancia ó error 241
CAPÍTULO II. — De los hechos producidos por dolo 246
CAPÍTULO III. — De los hechos producidos por la fuerza y el temor 248

TÍTULO II

De los actos jurídicos 251
CAPÍTULO I. — De la simulacion en los actos jurídicos 254
CAPÍTULO II. — Del fraude en los actos jurídicos 255
CAPÍTULO III. — De las formas de los actos jurídicos 261

TÍTULO III

De los instrumentos públicos 263

TÍTULO IV

De las escrituras públicas 270

TÍTULO V

De los instrumentos privados 273

TÍTULO VI

De la nulidad de los actos jurídicos 280

TÍTULO VII

De la confirmacion de los actos nulos ó anulables 289

TÍTULO VIII

De los actos ilícitos 291
CAPÍTULO I. — De los delitos 293
CAPÍTULO II. — De los delitos contra las personas 295
CAPÍTULO III. — De los delitos contra la propiedad 297
CAPÍTULO IV. — Del ejercicio de las acciones para la indemnizacion de los daños causados por los delitos 298

TÍTULO IX

De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos 302
CAPÍTULO I. — De los daños causados por animales 308
CAPÍTULO II. — De los daños causados por cosas inanimadas 309

SECCION TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS

TÍTULO I

De los contratos en general 311
CAPÍTULO I. — Del consentimiento en los contratos 314
CAPÍTULO II. — De los que pueden contratar 319
CAPÍTULO III. — Del objeto de los contratos 322
CAPÍTULO IV. — De las formas de los contratos 327
CAPÍTULO V. — De la prueba de los contratos 330
CAPÍTULO VI. — Del efecto de los contratos 335

TÍTULO II

De la sociedad conyugal 343

Páginas

CAPÍTULO I. — De las convenciones matrimoniales 343
CAPÍTULO II. — De las donaciones á la mujer 350
CAPÍTULO III. — Del dote de la mujer 353
CAPÍTULO IV. — Principio de la sociedad, capital de los cónyuges y haber de la sociedad 357
CAPÍTULO V. — Cargas de la sociedad 361
CAPÍTULO VI. — Administracion de la sociedad 361
CAPÍTULO VII. — De la disolucion de la sociedad 365
CAPÍTULO VIII. — De la restitucion de los bienes dotales 371

TÍTULO III

Del contrato de compra y venta 372
CAPÍTULO I. — De la cosa vendida 374
CAPÍTULO II. — Del precio 380
CAPÍTULO III. — De los que pueden comprar y vender 381
CAPÍTULO IV. — De las cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta 384
CAPÍTULO V. — De las obligaciones del vendedor 392
CAPÍTULO VI. — De las obligaciones del comprador 396

TÍTULO IV

De la cesion de créditos 399

TÍTULO V

De la permutacion 411

TÍTULO VI

De la locacion 413
CAPÍTULO I. — De las cosas que pueden ser objeto del contrato de locacion 416
CAPÍTULO II. — Del tiempo en la locacion 418
CAPÍTULO III. — De la capacidad para dar ó tomar cosas en arrendamiento 419
CAPÍTULO IV. — De las obligaciones del locador 420
CAPÍTULO V — De las obligaciones del locatario 428
CAPÍTULO VI. — De la cesion del arrendatario y de la sublocacion 434
CAPÍTULO VII. — De la conclusion de la locacion 438
CAPÍTULO VIII. — De la locacion de servicios 443

TÍTULO VII

De la sociedad 448
CAPÍTULO I. — Condiciones esenciales para la existencia de la sociedad 448
CAPÍTULO II. — Del objeto de la sociedad 451
CAPÍTULO III. — De la forma y prueba de la existencia de la sociedad 453
CAPÍTULO IV. — De los socios 454
CAPÍTULO V. — De la administracion de la sociedad 456
CAPÍTULO VI. — De las obligaciones de los socios respecto de la sociedad 459
CAPÍTULO VII. — Derechos y obligaciones de la sociedad respecto de terceros 461
CAPÍTULO VIII. — De los derechos y obligaciones de los socios entre sí 463
CAPÍTULO IX. — Derechos y obligaciones de los socios respecto de terceros 469
CAPÍTULO X. — De la disolucion de la sociedad 473
CAPÍTULO XI. — De la liquidacion de la sociedad, y de la particion de los bienes sociales 476

TÍTULO VIII

De las donaciones 479

Páginas

CAPÍTULO I. — De las cosas que pueden ser donadas y bajo qué condiciones..... 482
CAPÍTULO II. — De los que pueden hacer y aceptar donaciones 485
CAPÍTULO III. — De las formas de las donaciones..... 489
CAPÍTULO IV. — De las donaciones mútuas 492
CAPÍTULO V. — De las donaciones remuneratorias..... 492
CAPÍTULO VI. — De las donaciones hechas con cargo..... 493
CAPÍTULO VII. — De las donaciones inoficiosas..... 494
CAPÍTULO VIII. — De los derechos y obligaciones del donante y donatario 496
CAPÍTULO IX. — De la reversion de las donaciones..... 498
CAPÍTULO X. — De la revocacion de las donaciones 501

TÍTULO IX

Del mandato..... 508
CAPÍTULO I. — Del objeto del mandato 514
CAPÍTULO II. — De la capacidad para ser mandante ó mandatario..... 515
CAPÍTULO III. — De las obligaciones del mandatario..... 517
CAPÍTULO IV. — De las obligaciones del mandante..... 525
CAPÍTULO V. — De la cesacion del mandato..... 529

TÍTULO X

De la fianza..... 535
CAPÍTULO I. — De los que pueden ser fiadores..... 544
CAPÍTULO II. — De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor..... 545
CAPÍTULO III. — De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador..... 549
CAPÍTULO IV. — De los efectos de la fianza entre los co-fiadores..... 553
CAPÍTULO V. — De la estincion de la fianza..... 554

TÍTULO XI

De los contratos aleatorios. — Del juego, apuesta y suerte..... 558

TÍTULO XII

Del contrato oneroso de renta vitalicia..... 562

TÍTULO XIII

De la eviccion..... 567
CAPÍTULO I. — De la eviccion entre comprador y vendedor..... 575
CAPÍTULO II. — De la eviccion entre los permutantes 578
CAPÍTULO III. — De la eviccion entre socios 579
CAPÍTULO IV. — De la eviccion entre co-partícipes..... 581
CAPÍTULO V. — De la eviccion entre donantes y donatarios..... 583
CAPÍTULO VI. — De la eviccion entre cesionarios y cedentes..... 586

TÍTULO XIV

De los vicios redhibitorios..... 587

TÍTULO XV

Del depósito..... 592
CAPÍTULO I. — Del depósito voluntario..... 595
CAPÍTULO II. — De las obligaciones del depositario en el depósito regular..... 598
CAPÍTULO III. — De las obligaciones del depositario en el depósito irregular..... 604
CAPÍTULO IV. — De las obligaciones del depositante..... 605
CAPÍTULO V. — De la cesacion del depósito..... 603
CAPÍTULO VI. — Del depósito necesario..... 607

TÍTULO XVI

Pàginas
Del mútuo ó empréstito de consumo 612

TÍTULO XVII

Del comodato 616
CAPÍTULO I. — De las obligaciones del comodatario..... 619
CAPÍTULO II. — De las obligaciones del comodante..... 625

TÍTULO XVIII

De la gestion de negocios ajenos 626

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO

INTRODUCCION

Á LA

ESPLICACION Y CRÍTICA DEL CÓDIGO CIVIL

Verum opere in longo fas est obrepere somnum.
(HORACIO.)

El Código Civil Argentino es indudablemente un monumento de sabiduría, que hace honor altísimo al talento y sagacidad de su autor, el Dr. D. Dalmacio Velez Sarsfield, y á la República Argentina, nuestra patria.

Por su admirable método en el plan de la obra y esposicion de las materias, por la riqueza de sus disposiciones, por la ciencia y el acierto que las distinguen y por la redaccion misma de buena parte de sus artículos, es á nuestro juicio un trabajo legislativo que supera en mucho á sus propios modelos. El Código Chileno, que tanto descuella por su claridad, no puede resistir el paralelo, y está muy distante del nuestro en cuanto á su mérito científico y á la liberalidad de sus prescripciones. Freitas mismo, que ha sido un guía inapreciable para nuestro Codificador en los tres primeros Libros, que le ha suministrado un precioso caudal y economizado una labor inmensa; Freitas mismo, deciamos, ha sido escedido bajo algunos respectos, ya porque su trabajo no comprende el importantísimo Libro 4°, ya porque la obra del Dr. Velez Sarfield es muchísimo menos difusa y doctrinaria que la del Codificador brasileño, y le aventaja en la riqueza y acierto de las prescripciones.

Lo repetimos con la justa satisfaccion de americanos, la obra del Dr. Velez es un trabajo de codificacion notabilísimo bajo muchos respectos, que está destinado á perpetuarse á traves del tiempo y á ejercer no pequeña influencia en el progreso de la ciencia del Derecho y en las leyes civiles de la América del Sud. Nunca participarémos del sentimiento de aquellos críticos apasionados, que exageran sus defectos, y parecen creer que el génio del hijo de estos espléndidos países es estéril y nada puede producir que no sea una pobre cópia de lo que nos viene de muy léjos. Verdad es que los milagros y prodijios rara vez se efectuan á corta distancia.

Pero, apresurémosnos á decirlo, el libro monumental del Dr. Velez

se reciente bastante de la precipitacion con que fué elaborado y de la gran variedad de fuentes, en que ha bebido sus doctrinas.

Bonnier ha dicho que el eclecticismo en legislacion es siempre pernicioso, y si este pensamiento no es de una perfecta exactitud, es cierto por lo ménos que el sistema electivo está erizado de constantes escollos, en que nuestro Código se ha estrellado muchas veces y solo es posible evitar, guiándose por el faro de principios bien establecidos.

Y en cuanto á la precipitacion con que fué redactada obra de tamaña magnitud, tenemos la autorizada palabra del Ministro de Justicia, en 1870, quien en la página 44 de su *Informe* de ese año, dice testualmente lo que sigue : « Hemos invertido para la preparacion de estos grandes trabajos (los Códigos Civil y Penal) *ménos de cinco años,* es decir, un tiempo inferior casi en la mitad al que han empleado Chile y el Brasil ».

Es evidente que sin una preparacion especial no es posible redactar en tan corto espacio de tiempo un Código general, como lo es el Civil; y si el Dr. Velez Sarsfield se dió tanta prisa es quizá porque, ya muy anciano, preveía la cercana terminacion de su preciosa existencia.

A esas dos causas se deben principalmente los defectos que amenguan la belleza de la obra, y que aunque inseparables á trabajos de tan grande aliento, son, no hay que disimulárselo, numerosos y algunas veces graves.

Un estudio de nuestra gran ley civil que haga resaltar sus defectos á la par de sus singulares bellezas, será siempre de la mayor importancia, y nosotros los primeros nos hemos atrevido á emprenderlo, con el espíritu sereno y sin pretensiones.

Organizar, tejer y amalgamar los valiosísimos materiales del Código, formando un cuerpo de doctrina mas lógico, y así mas homogéneo y compacto, y utilizar todas sus riquezas, procurando que para su cabal inteligencia y saludable aplicacion á los negocios civiles, el Código se baste á sí mismo, he aquí la árdua tarea que nos impusimos y cuyo desempeño toca á los demas juzgar.

El exámen concienzudo de la ley, la discusion de ciertos principios y verificacion de otros, y la crítica de las opiniones de los maestros mismos de la ciencia, es un propósito digno de perseguirse, y al estudiar nuestro trabajo se verá que las investigaciones son guiadas por un espíritu sano y elevado, que cumple en obras de esta naturaleza.

En la ejecucion del trabajo hemos debido luchar con dificultades gravísimas y casi insuperables. No es ciertamente la menor la concision que nos impusimos por razones que no hemos podido desatender y aun á riesgo de incurrir en el escollo señalado por Horacio : *Brevis esse laboro obscurus fio.* A la preocupacion de la brevedad hemos sacrificado el estilo y alguna vez hasta el pensamiento. Pero nos hemos esforzado al propio tiempo porque el trabajo fuera tan rico y completo, como breve.

La imperfeccion es inherente á toda obra humana; se ha dicho con verdad que la primera edicion no es mas que un ensayo, y todos saben que el camino que conduce á la verdad es muchas veces difícil y está sembrado de sofismas y errores. Las cuestiones y su solucion cautivan por su simplicidad aparente é inducen á engaño; porque siendo casi siempre complejas, sin un análisis profundo se va derechamente al error. Las conclusiones absolutas son en derecho siempre peligrosas. Por último, las ciencias de la Legislacion y del Derecho no son meras especulaciones, sinó ciencias de aplicacion y tan vastas como difíciles, pues deben abrazar todas las relaciones civiles humanas.

Los trabajos de Pothier, Troplong y Zachariæ, jurisconsultos eminentísimos, contienen muchos errores y están plagados de deficiencias; ¿y no habrá de tenerlos el nuestro? Los tendrá seguramente, ya que la infalibilidad no es un atributo humano y que con frecuencia hemos debido marchar sin otra brújula que los principios de la ciencia. Mas los errores en empresa tan vasta y árdua, realizada con tiempo y recursos insuficientes, exigen indulgencia, y la ciencia utiliza las verdades adquiridas, las nociones bien fijadas, esclarece y completa las cuestiones planteadas ó resueltas, y saca partido de los errores mismos.

Hemos procurado esplicar y criticar el Código por el Código, sacando autoridad de él mismo, á la manera que el lapidario pule el diamante con el polvo del diamante. Porque, por grande que sea la autoridad de un Código ó jurisconsulto cualquiera, estos recursos son meramente subsidiarios y supletorios, y el procedimiento mas seguro será siempre *interpretar el Código por el Código mismo.*

« Es una regla inmutable, agrega Zachariæ, que el Código debe esplicarse sobre todo por sí mismo; cada artículo por el atento exámen de su testo en parte, y en parte por el sentido resultante de su relacion con las demas disposiciones del Código. »

Iniciamos la esplicacion y crítica de cada artículo y de cada nota del Dr. Velez, indicando la concordancia exacta del artículo ó de la nota, no ciertamente con el propósito de menoscabar el mérito del Codificador, sinó por las muchas y conocidas ventajas de las concordancias exactas.

Ellas demuestran á primera vista los errores de cópia y de tipografía, que se cuentan por millares y que tanto afean la edicion oficial de nuestro Código; dan la clave de las incoherencias y acaso de las contradicciones que se observan entre diversos artículos, permiten estudiar la ley en sus orígenes y utilizar los notables comentarios de algunas legislaciones, como la de Francia.

De esa investigacion resulta que las fuentes principales del Código son el Proyecto del Dr. Freitas, para los tres primeros Libros; Aubry y Rau y el Código Francés, para los tres últimas Libros, y Goyena y el Código Chileno para todo el Código, pero con un caudal de *trescientos*

artículos únicamente. Vienen en seguida Zachariæ, sus anotadores Massé y Vergé, Troplong, Demolombe, el Código de Luisiana, Pothier, Acevedo, Marcadé, Duranton y Chabot, con contingentes para los tres últimos Libros, que oscilan entre *setenta* y *veinte* artículos. El Código de Rusia suministra *trece* artículos al Libro 1°, Maynz otro tanto para el 2°; el Código de Rusia y Savigny, *veinte* artículos para el mismo Libro, y Molitor *once* para el 3°.

Por último, otras varias fuentes no contribuyen sinó con un total de medio centenar de disposiciones.

Un rápido exámen de esas fuentes será de no pequeño interés.

Freitas. El *Esbozo de Código Civil* del Dr. A. Techeira de Freitas termina al llegar á la Hipoteca (art. 3109), y consta no obstante de la enorme cantidad de 4908 artículos, de que el Dr. Velez ha utilizado poco mas de una cuarta parte.

Es un trabajo notabílisimo por mas de un motivo, pero tan sistemado, difuso y doctrinario, que su estudio es capaz de arredrar á quien no sea muy animoso.

La obra se publicó en portugués (Rio Janeiro, 1860 y 1861), consta de siete entregas, y solo en las dos primeras hay artículos anotados. Esta circunstancia, irreparable por la muerte prematura del sábio brasileño, dificulta bastante la cabal inteligencia de muchos artículos de su proyecto.

Inútil agregar que, como las demas legislaciones, este libro se ha inspirado en los grandes jurisconsultos de Francia y Alemania.

Zachariæ. *Le droit civil français,* traducido de la 5ª edicion alemana, anotado y espuesto segun el órden del Código Napoleon, por G. Massé y Ch. Vergé, Paris, 1854 á 1860, 5 volúmenes en 8°. — Esta obra del jurisconsulto aleman se distingue, como la del Codificador brasileño, por el espíritu metódico y generalizador que revela, y está exenta del reproche de casuismo que suele hacerse á los escritores de derecho francés.

Ademas de haber suministrado el material de setenta artículos é inspirado mas de una vez el método de nuestro Código, tiene tambien el mérito especial de haber servido de base á la obra de Aubry y Rau, que tanto ha utilizado nuestro Codificador.

El Dr. Velez confunde casi siempre á Massé y Vergé con Zachariæ, atribuyendo á este la paternidad de las doctrinas algunas veces contrarias de sus anotadores. Nosotros hacemos notar cuidadosamente, cuales sean las opiniones de estos últimos, que aunque muy apreciables, están muy distantes de tener la autoridad de Zachariæ.

Aubry y Rau. *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariæ*; 3ª edicion, Paris, 1856 á 1858, 6 volúmenes en 8°.

Esta edicion, ya agotada ó rarísima, tiene el valor especial para nosotros de que fué la que el Dr. Velez tuvo á la vista al redactar su Código. — La primera apareció hacen 40 años.

La cuarta edicion revista y completada, es hecha tambien en Paris, 1869 á 1879, termina casi en el 8º tomo, y tiene así dos volúmenes mas que la tercera edicion y doble material que la obra de Zachariæ.

Este *Curso* tiene, ademas de su valor absoluto, que es grandísimo, el mérito relativo de haber concurrido con *setecientos* artículos al trabajo del Dr. Velez; y en cuanto á la cuarta edicion, el de ofrecer la última palabra de la ciencia en la Francia y en la Alemania misma, en cuyo derecho se muestran muy versados los sábios jurisconsultos que hasta 1871 fueron profesores en la Universidad de Estrasburgo.

GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Proyecto de Código civil español,* por el Exmo Sr. Florencio Garcia Goyena; Madrid, 1852, 4 volúmenes en 8º. — El Proyecto, en cuya confeccion tuvo parte muy importante el mismo Goyena, consta de *dos mil* artículos próximamente, y no lleva trazas por lo visto de convertirse en ley de esa España, tan apegada á su vieja y defectuosa legislacion civil.

Goyena es la única obra española que el Dr. Velez ha utilizado, y ella ha concurrido con el caudal de tres centenas de artículos próximamente y con casi todas las citas de las leyes romanas, españolas y de los Códigos europeos.

El trabajo de Goyena revela un juicio sólido y bastante estudio; pero conoce poco ó nada los maestros franceses, belgas y alemanes, y no descuella precisamente por su ciencia.

CÓDIGO CIVIL CHILENO. Este Código sancionado en Diciembre de 1855, es obra del reputado venezolano D. Andres Bello, y consta de 2525 artículos. — Algunas notas y concordancias de Bello ocupan treinta hojas impresas.

De esta obra dice Freitas, en su *Consolidação das leis civis,* que está á la altura de la ciencia del derecho; y siendo su autor un conocido hablista, descuella por la propiedad del lenguaje y claridad de su redaccion, que recuerda mucho la de Pothier.

Sin embargo, en nuestra opinion ese Código ha sido superado en mucho por el Dr. Freitas y no puede sostener la comparacion con el argentino. La contraprueba de esto es que no ha concurrido sinó con ciento setenta artículos, adoptados muchos de ellos con variantes.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS ó *Código Napoleon.* Fué sancionado definitivamente el 21 de Marzo de 1804, despues de estudios y discusiones muy detenidos, y constituye la gloria mas pura y duradera del primer Napoleon. Consta de 2282 artículos, de los que solo una mitad se vé reproducida en el Código Argentino, aunque no hay copiados sinó 145 artícu-

los. Muchas disposiciones sobre ciudadanía, registro civil, matrimonio, divorcio, sociedad conyugal, arrendamiento de ganados, etc., y sobre materia propia del procedimiento no figuran con razon en nuestro Código Civil.

Es escusado ponderar el mérito de esta obra legislativa, que ha servido de base á todos los Códigos de este siglo, y que notables jurisconsultos de Francia, Bélgica y hasta Alemania han ilustrado con sus grandes trabajos.

Troplong, es el continuador oficioso de Toullier, que gozó de gran autoridad en su tiempo. De 1833 á 1856 ha publicado en 27 volúmenes en 8° trece tratados en que se comentan los artículos 893 á 1100 y desde el 1387 hasta el último (2282) del Código francés

Troplong se distingue por su erudicion y por la elegancia del estilo, en que no es superado por ninguno; pero es un tanto casuista, apegado á las doctrinas antiguas y muchas veces arbitrario en sus conclusiones. Goza sin embargo de merecido crédito y ha llevado un gran caudal á la ciencia del derecho francés.

Sus comentarios sobre los contratos y el tratado sobre *Testamentos* han suministrado al Dr. Velez el material de unos cincuenta artículos, á mas de unos pocos para el Libro 3°.

Demolombe. Desde 1845 escribe un Comentario al Código Francés; ha publicado ya 30 tomos y aun le faltan 513 artículos que estudiar, que le darán materia quizá para veinte volúmenes mas.

Demolombe es á nuestro juicio el escritor que descuella entre los comentadores del Código Napoleon y cuyo talento y sagacidad no son menores que su ciencia. Aunque el Dr. Velez solo ha tomado de él unos 52 artículos para el Libro 4° y 9 para el 3°, nosotros le hemos consultado con gran provecho, al ocuparnos de esos Libros, y á él y á Aubry y Rau referimos con frecuencia nuestras conclusiones, y tenemos cuidado de hacer notar las deficiencias y errores que hemos creido descubrir en su gran obra.

Código civil de luisiana. Este Código fué sancionado en 1824 y consta de 3322 artículos. « El testo oficial francés, dice Saint Joseph, está con frecuencia mal redactado y es sobre todo muy prolijo ». Pero en aquel tiempo se hallaba á la altura de la ciencia, y ha podido suministrar varios materiales al Código de Bello, al *Esbozo* de Freitas, y *cincuenta y dos* artículos al Código Argentino; 32 para el Libro 3° y 19 para el 4°.

Pothier. Floreció hace cien años : por su claridad, riqueza y acierto, sobresale entre todos los civilistas de su país, y fué asimismo el romanista francés mas notable de su siglo. No es estraño, entónces, que

haya servido de guía á los legisladores del Código Napoleon, y goce de una estraordinaria autoridad entre los jurisconsultos franceses.

La tercera y última edicion de sus obras es la anotada por Bugnet; Paris, 1847 á 1850, 10 volúmenes en 8°.

Roberto José Pothier nació en 1699 y murió en 1772.

ACEVEDO. El Dr. Eduardo Acevedo redactó nuestro Código de Comercio en union con el Dr. Velez Sarsfield, y proyectó en 1851 un Código Civil para el Estado Oriental. Esta última obra consta de 2309 artículos, y aunque el autor parece contenido por el temor de que las reformas no tengan buena acogida, su trabajo no carecía de interés en aquella época, y ha contribuido con 27 artículos.

MARCADÉ. *Explication du Code Napoléon;* Paris, 1867 á 1872, 6ª edicion, 7 volúmenes en 8°. — Este escritor se distingue por su espíritu crítico y la acerbidad de su lenguage; y aunque haya traido algun contingente á la ciencia del derecho francés, no lo reputamos á la altura de los demas escritores de su país. Su mejor tratado es el de *La prescription.*

Paul Pont ha completado el comentario de Marcadé por encargo suyo, escribiendo un volúmen sobre *Sociedades,* dos tomos sobre *Petits contrats,* y otros dos sobre *Privilèges et hypothèques,* en que revela mas ciencia que el antecesor, y que son dignos de consultarse.

DURANTON. Este jurisconsulto tiene el gran mérito de ser primero y hasta hoy el único que haya escrito un comentario completo del Código Francés; lo que no se ha obtenido por Toullier, Delvincourt, Marcadé, Troplong ni el mismo Demolombe.

Su obra se titula *Cours de droit français suivant le Code Civil;* Paris, 1844, 4ª edicion, 22 volúmenes en 8°. Ha sido traducida al italiano, y en opinion de Aubry y Rau, se distingue por la riqueza de desenvolvimientos que contiene.

CHABOT. Tiene un importante tratado sobre Sucesiones, y ha contribuido con 18 artículos para el Libro 4° de nuestro Código.

Su obra se intitula *Commentaire sur la loi des successions;* Paris, 1831, 6ª edicion, 3 volúmenes en 8°. — Ha sido anotada separadamente por Mazerat y Belost Jolimont.

MAYNZ. *Cours de droit romain;* Bruselas, 1870, 3ª edicion, 3 volúmenes en 8° mayor. El Dr. Velez ha debido consultar la edicion anterior. La cuarta edicion de 1876 y 1877 es hermosa, y consta de 451 parágrafos únicamente, porque la numeracion comienza con el parágrafo 88 de la tercera edicion, y la *Introduccion* tiene una numeracion especial. En ella se ha suprimido la letra J en las palabras latinas, signo alfabético que no era usado en la escritura de los romanos, ni se vé en las edicio-

nes del *Corpus iuris civilis*. Así, se escribe *iusiurandum* (juramento) y no *jusjurandum*.

El belga Cárlos Maynz dictaba ya hacen cuarenta y dos años su cátedra de derecho romano en Bruselas, y su libro ha ido mejorando en cada nueva edicion. Es un trabajo interesantísimo por mas de un concepto, que dando una idea exacta del estado actual de los estudios sobre los Códigos Romanos, cuya incoherencia y vacíos han agotado la investigacion paciente de generaciones de sábios, señala la enorme distancia recorrida en la última centuria, especialmente desde 1820 en que se publicó el célebre manuscrito de Gayo, descubierto cuatro años ántes.

Recuérdese que el aleman Heineke murió en 1741, y nosotros tuvimos de testo en la Universidad de Córdoba, en 1862, al belga Vinnius ó Vinen, muerto en 1657.

Aunque Maynz no haya suministrado sinó *trece* artículos para el Libro 3º del Código Civil y *dos* para el 2º, sin embargo, á él referimos nuestras conclusiones sobre derecho romano.

Molitor. Es tambien un notable romanista belga; murió en 1849. Conocemos sus interesantes monografías sobre *Posesion, Reivindicacion y Servidumbres,* de que el Dr. Velez tomó una docena de artículos.

Savigny. Es considerado como uno de los mas notables jurisconsultos modernos. Nacido en 1779, terminó su larga y brillante carrera en 1861.

Sus principales obras son : *Sistema del derecho romano actual,* que acaba de ser traducida al castellano y consta de 8 volúmenes en 8º; y el *Derecho de las obligaciones*, traducido tambien al francés (Paris, 1863, 2 volúmenes en 8º), que los romanistas de la Francia consideran como el mejor de sus trabajos.

Por último, entre los Códigos modernos merece citarse el de Italia, sancionado por Victor Manuel en Junio de 1865, y editado oficialmente por la *Stamperia reale* de Turin. Consta de 2147 artículos y marca un progreso sobre los demas Códigos europeos. — El Código del Estado de Nueva York, que al fin ha codificado sus leyes como la Luisiana, ha contribuido con *cuatro* artículos á la obra del Dr. Velez. El adoptado por varios Estados de Méjico, es difuso y poco científico : conta de 4126 artículos.

Despues de este somero juicio sobre las fuentes del Código Civil, harémos un breve exámen de este último, que nos revelará en parte sus bellezas y defectos, y hará pensar que el Dr. Velez sobresale tanto por su poder de eleccion y asimilacion como por la carencia de una facultad realmente creadora. Verdad es que se ha dicho que en legislacion *elegir es crear.*

Método y trabazon del Código. El método ó plan de la obra del Dr. Ve-

lez es en general admirable; y salvo en el órden de esposicion de los contratos y en la colocacion de las dos últimas Secciones del Libro 4° (vé nuestra nota *b* ántes del art. 1218 y la 1ª ántes del art. 3264), nos parece irreprochable. No sucede lo mismo con la agrupacion de los artículos, que es un punto tambien interesante, tratándose de una enorme masa de disposiciones y doctrinas. Hay muchos artículos estraviados y la lógica falta en ocasiones. En la nota 57 al artículo 2662 demostramos que el Título *De las restricciones y de los límites del dominio* debe desaparecer.

Nunca se encarecerá suficientemente la importancia del método, sobre todo en los trabajos de codificacion, y ella no escapó al talento del Dr. Velez. La innovacion en el método de la ley corre siempre el grave riesgo de envolver innovaciones en su doctrina. Como consecuencia de la variedad de fuentes en que nuestro Código se ha inspirado resultan la poca trabazon y el no perfecto encadenamiento de la obra; y de aquí los olvidos, las repeticiones y la poca coherencia que se encuentra á veces en ella.

Nosotros relacionamos cuidadosamente las disposiciones y doctrinas del Código que se repiten, se siguen ó complementan, agrupamos las que obedecen á un mismo principio y notamos las que no ofrecen suficiente coherencia ó conformidad.

Una correlacion perfecta liga disposiciones que parecen aisladas y sin conexion alguna, da el secreto del alcance de muchas de ellas, y poniendo de relieve los principios que dominan en cada materia, hace resaltar las bellezas é imperfecciones de la ley.

Terminología. En derecho, la inexactitud de las palabras conduce con harta frecuencia á la inexactitud de las ideas, ha dicho un jurisconsulto. La poca precision de la terminología que en nuestro Código se nota y sus frecuentes galicismos son tambien escollos del eclectismo, de que hemos hecho mérito mas arriba.

Tratados deficientes ó confusos. El ser completo es uno de los méritos de nuestro Código, pues aunque se observa la falta de varias disposiciones, son raros los tratados deficientes, como los de *cesion de herencia, derechos y obligaciones del heredero* y algun otro.

Entre los tratados confusos pueden notarse los Títulos de las obligaciones de dar y de las solidarias; nulidad de los actos jurídicos (el mas oscuro de todos), y confirmacion de los actos nulos ó anulables, una parte de la compra-venta; la posesion; las acciones posesorias; la posesion hereditaria, y el derecho de representacion.

Notas del Dr. Velez. Las opiniones del Codificador no pueden valer sinó como doctrina mas ó ménos autorizada, segun aparece de los artículos 22 y 16 del mismo Código; tanto mas que son contadas las notas

originales del autor, y casi todas son tomadas de pasages corridos ó pasages salteados de los escritores estrangeros, especialmente de los franceses y de Goyena.

Nosotros designamos la fuente de cada una de ellas, para que pueda apreciarse el grado de autoridad que les corresponde y salvarse los numerosos errores de copia y tipografía que contienen, á fin de restituirse á su pureza primitiva.

Citas del Codificador. En la colocacion de las citas y en el órden y manera de hacerlas no se ha seguido ningun sistema. Las obras deben citarse, por punto general, siguiendo el órden cronológico, empezando por los escritores mas antiguos y descendiendo á los mas modernos. Las leyes romanas se citan en el Código segun los diversos sistemas de cada autor y se omiten casi siempre los parágrafos que son esenciales en leyes estensas y comprensivas de materias varias; defectos que no se encuentran en los romanistas. Por último, se callan las verdaderas fuentes ó se les asigna una colocacion secundaria; y mas de un millar de artículos carece absolutamente de ellas.

Hemos tratado de reparar estos defectos, pero nos limitamos á las citas principales, porque las demas están hechas prolijamente en Aubry, Demolombe, etc., y esta fácil erudicion no haria sinó abultar la obra. En fin, señalamos las citas que se hacen por referencia y los autores de que son tomadas.

Todos estos detalles concurren á facilitar el estudio concienzudo del Código.

Crítica y errores. Los errores de cópia ó tipografía se cuentan por millares. Los hacemos notar esmeradamente, á fin de que nuestra ley civil adquiera la correccion que debe tener y que se observa en los Códigos europeos.

La edicion de Nueva York, que es la oficial, no ha hecho generalmente sinó variantes en la construccion, suprimiendo los pronombres *él, ella, ellos, ellas* y reemplazando el verbo *ser* con el *estar*. Fuera de la correccion de estos galicismos, no se encuentra sinó alguna variacion trascedental ó inconveniente como la del artículo 1832.

El Senado Nacional en sus sesiones del año pasado ha rectificado un centenar de erratas de los varios que contiene la edicion oficial. Casi todas ellas estaban ya notadas en nuestros estudios; pero la relativa al artículo 3557 no es feliz, y la del artículo 3478 importa una innovacion, que no puede aprobarse.

La *crítica* de los defectos y errores de la obra importa una doble enseñanza de no pequeña trascendencia : 1ª irá preparando la reforma del Código, que no debe efectuarse sinó cuando su estudio, discusion y aplicacion á los negocios diarios habiliten suficientemente para la revision de la ley; 2ª las disposiciones que se aparten de los principios

bien establecidos ó sea del derecho comun de las naciones civilizadas, son de derecho escepcional, y léjos de estenderlas fuera de sus términos precisos, deben aplicarse restrictivamente al caso legislado. Lo habia dicho ya el célebre jurisconsulto Paulo, *Quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias.*

LISANDRO SEGOVIA.

Marzo 30 de 1880.

FIN DE LA INTRODUCCION

CÓDIGO CIVIL

DE LA

REPÚBLICA ARGENTINA

TÍTULOS PRELIMINARES

TITULO PRIMERO

De las Leyes [1]

1. Art. 1°. — Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos ó estrangeros, domiciliados ó transeuntes. *Nápoles 5°; Chile* 14° [Vé arts. 20 y 924].

2. Art. 2°. — Las leyes no son obligatorias sinó despues de su publicacion, y desde el dia que ellas determinen. Si no designan tiempo, la ley publicada en la ciudad donde resida el Gobierno Nacional ó el Gobierno de la Provincia, es obligatoria desde el dia siguiente de su publicacion; en los departamentos de campaña, ocho dias despues de publicada en la ciudad capital del Estado ó capital de la Provincia.

3. Art. 3°. — Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos. *De Código Francés 2°, y Código de Comercio, Regla III.* [2]

Art. 1° [Luisiana 9°]. — L. 15, Tít. 1°, Part. 1ª. — L. 3ª y siguientes [léase siguiente] Tít. 2, Lib. 3°, Nov. Rec. — Cód. de Nápoles, art. 5° [Acevedo 2°].

Art. 2°. — En la primera parte, conforme con todos los Códigos modernos [Cód. francés 1°]. y L. 12, Tít. 2°, Lib. 3, Nov. Rec. [de Acevedo 1°]. — Zachariæ, Tom. 1°, págs. 24 y 25. [Léase §§ 24 y 25].

Art. 3°. — En los últimos tiempos Merlin, Chabot, Meyer y varios jurisconsultos alemanes han combatido el principio de la no retroactividad de las leyes como incompatible con muchas de las relaciones de derecho. La fuerza de las consideraciones legales de estos jurisconsultos ha hecho decir á Freitas, en la nota que pone al primer artículo de su Proyecto de Código Civil para el Brasil, *que el estado de la ciencia sobre este asunto era bien poco satisfactorio.* Pero Savigny, ántes de ahora, se hizo cargo de contestar las equivocadas teorías de los jurisconsultos citados, y consagró á este objeto doscientas páginas del tomo 8° de su grande obra sobre el Derecho Romano [Lib. 3°, Cap. 2°]. Esplica perfectamente la materia; destruye todos los argumentos que se oponen al principio recibido, y demuestra,

[1] Trece de las reglas de derecho y legislacion contenidas en este título se encuentran al principio del Código de Comercio.

[2] Ley 15, título 14, Partida 3ª; Acevedo 5° y citas. Sobre *derechos adquiridos*, vé el artículo 4016 de este Código Civil, y compara con lo que decimos bajo los artículos 2641 y 2642.

4. Art. 4°. — Las leyes que tengan por objeto aclarar ó interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto á los casos ya juzgados. [3]

sin dejar la menor duda, que en todas las relaciones de derecho: *derecho* [léase *estado*] de las personas, derecho de la familia, derecho de las cosas, derecho de las obligaciones, derecho de sucesion, etc., las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos; y que esta doctrina, bien entendida, está en plena conformidad con toda la legislacion civil y criminal, miéntras que el principio contrario dejaría insubsistente y al arbitrio del legislador, todas las relaciones de derecho sobre que reposa la sociedad.

Art. 4°. — Código de Prusia, artículos 14 al 21. [Léase art. 19].

---

[3] Código de Comercio, Regla XVII. Luego las leyes interpretativas deben aplicarse á las cuestiones pendientes, como lo proclaman el Código de Austria, artículo 8, y la ley prusiana (art. 19 de la Coleccion de Saint Joseph), y es corriente en la doctrina. Savigny, *Derecho Romano*, tomo 8°, § 397 hácia el fin. Escriche, v° *Efecto retroactivo*, V n° 11. La Serna y Montalban, título preliminar, Seccion 2ª, § 3°, n° 2°, Tejedor, *Derecho Comercial*, n° 7, siguiendo á Massé *Droit Commercial*, n° 79. Demolombe, I, 66. Aubry y Rau, § 30 nota 9. Código Oriental, artículo 12 inciso 1°. Chileno, artículo 9 inciso 2° etc, etc. Vé sin embargo, la nota del Dr. Bello.

A pesar de la uniformidad de tan imponentes autoridades de jurisconsultos romanos, españoles, alemanes y franceses, consideramos errada su doctrina, que parece aceptada implícitamente por nuestro Código, y amen de las buenas razones que nos asisten para pensar así, nos acompaña la alta autoridad de Zachariæ (§ 28, testo y nota 6).

El principal fundamento en que esos autores descanzan su doctrina es el principio europeo de la *soberanía del legislador* ú *omnipotencia legislativa*, principio inaceptable en nuestro sistema de gobierno libre, que proclama por el contrario que no hay otros soberanos que el pueblo y la Constitucion, y que los tres poderes son *limitados*.

Además, si tengo perfecto derecho á ser juzgado por los magistrados de la Constitucion íntegros, competentes y responsables, y si una ley interpretativa puede importar é importa muchas veces la resolucion de cuestiones judiciales pendientes, otorgar á una Legislatura la facultad de dictar las leyes llamadas *interpretativas*, es quitar al Juez su facultad privativa de juzgar y dársela al Legislador, confusion tan opuesta á los principios de nuestro gobierno como peligrosa.

Zachariæ, cuyos principales argumentos destruyen victoriosamente Aubry y Rau en el lugar citado, observa sábiamente, que la objecion mas grave contra el efecto retroactivo de las leyes *de interpretacion* es que ello importaría una usurpacion *(empiétement)* del poder legislativo sobre la autoridad judicial.

La facultad de interpretar las leyes para aplicarlas á los casos ocurrentes es y debe ser esclusiva y peculiar al Poder Judicial, como el dictarlas es privativo de la Legislatura. Este argumento no admite réplica.

Sin duda por esto la Constitucion Nacional, á diferencia de la de esta Provincia de Corrientes, no acuerda al Congreso la facultad de dictar leyes interpretativas, como incongruente con los principios del gobierno libre.

Los espresados autores arguyen tambien que la ley interpretativa se incorpora y forma un todo único con la anterior: pero esto no es mas que resolver la cuestion por la cuestion misma.

Por último, las mismas escepciones que se admiten á la pretendida regla arguyen contra su verdad.

Concluyamos, pues, que las Legislaturas no pueden tener constitucionalmente la facultad de dictar leyes interpretativas, con efecto retroactivo á actos consumados y á los negocios judiciales pendientes, y que la nueva ley empezará á regir solo desde su promulgacion, sin poder alterar derechos adquiridos.

5. Art. 5°. — Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de órden público. *Morell, allí.* [4]

6. Art. 6°. — La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales ó estrangeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en país estrangero. *Freitas* 26°. [5]

7. Art. 7°. — La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en la República. *Freitas* 27° [Vé art. 9]. [6]

Art. 5°. — Morell, Tít. 1°, Cap. 2°. Esta materia está perfectamente tratada en una memoria de Duvergier que se halla en la *Revista de la Legislacion*, año de 1845, pág. 1ª.

Art. 6°. — La última parte del artículo no se opone al principio de que los bienes son regidos por la ley del lugar en que están situados, pues en este artículo solo se trata de la capacidad de las personas, y no del régimen de los bienes ó de los derechos reales que los afectan.

Artículos 6°, 7° y 8°. — Freitas, sobre los artículos 6°, 7° y 8° [léase art. 26], que son de su proyecto de Código para el Brasil, dice: « El domicilio y no la nacionalidad determina el asiento jurídico de las personas para saber qué leyes civiles rigen su capacidad de derecho. Este es, en verdad, el pensamiento del Código Civil Francés y de los escritores franceses, cuando dicen que el estado y capacidad de las personas se reglan por las leyes de su nacionalidad, pues confunden la nacionalidad con el domicilio, identificando ideas esencialmente diversas. Esta confusion aparece en el derecho internacional privado de Fœlix, quien tratando del estatuto personal, emplea como sinónimos las palabras *nacionalidad* y *domicilio*. En la página 39 dice que: « las espresiones *lugar del domicilio del individuo* y *territorio de la nacion ó patria*, pueden ser empleadas indiferentemente »; y en efecto, él lo hace así confundiéndolo todo. Mucho contribuye á esta confusion el artículo 9 del Código Francés, declarando no ser nacional el que hubiese nacido en Francia de un estrangero, y el artículo 10, declarando ser nacional el hijo de francés nacido en

---

De todos modos, los jueces podrán apreciar si la ley es realmente interpretativa, si efectivamente la ley anterior era oscura, y la nueva es ó no constitucional.

Por lo demas, *casos ya juzgados* parece que debe entenderse los asuntos en que recayó un fallo *ejecutoriado*, como lo establece el Código de Chile en el artículo arriba citado. *Definitivamente concluidos*, dice la citada Regla XVII del Código de Comercio.

[4] El artículo 21, de este título es una aplicacion del presente y debió figurar á continuacion suya.

[5] y [6] Estos artículos copiados del Proyecto de Freitas para el Brasil, se refieren á la capacidad é incapacidad *de hecho*, y así ha debido espresarse. Si ese autor omite la calificacion, es porque en su artículo 25 dejaba establecido que llamaria *incapacidad, incapaces* á los *de hecho*.

Por otra parte, la capacidad é incapacidad *de derecho* está legislada por nuestro artículo 950, á cuyo pié se define esa incapacidad.

Los incapaces *de hecho* son las personas que por imposibilidad física ó moral de obrar, ó á causa de su dependencia de una representacion necesaria, no pueden ejercer actos de la vida civil (Freitas 24°). Tales son las comprendidas en los artículos 54 y 55.

Nótese que la incapacidad de derecho es siempre relativa y nunca absoluta, y que solo la de hecho puede ser relativa ó absoluta.

Nuestros artículos 6 y 7 no están contradichos por los artículos 10 y 11, porque una cosa es la capacidad ó incapacidad de disponer y adquirir, y otra cosa es el régimen de los bienes ó de los derechos reales que los afectan.

En fin, el artículo 138 es una aplicacion de este artículo 6.

8. Art. 8°. — Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecucion en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes á las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condicion de las personas. [Vé arts. 1210, 1211 y 4019]. [7]

pais estrangero. De esta manera, como el lugar del domicilio de orígen no es el del nacimiento sinó el del domicilio del padre, resulta que la nacionalidad del Código Francés es lo mismo que el domicilio de orígen. El error de tal suposicion es evidente, porque el domicilio no es inmutable: su variacion no *exige* [léase *induce*] una mutacion de la nacionalidad; y por lo tanto, el lugar del domicilio de orígen no nos ofrece *fundamento* [léase *criterio*] para decidir una cuestion de nacionalidad. Esta objecion no tendrá peso alguno para aquellos que, como Demolombe (Tom. I, pág. 448), sostuvieren, contra una realidad innegable, que, en la teoría del Código Francés, no se puede tener domicilio en pais estrangero. Demangeat, en sus notas críticas á Fœlix, pág. 57, dice: « Segun Fœlix, no puede tenerse domicilio sinó en el territorio de la nacion de la cual el individuo es miembro. » — « Suscítase, entre tanto, la cuestion de saber cuál será la ley personal del estrangero domiciliado en Francia, de que habla el artículo 13 del Código, que no ha dejado de pertenecer á su nacion. Nosotros creemos que el domicilio prevalece sobre la nacionalidad. »

Story, en su obra *Conflict of Laws,* consagra todo el largo capítulo IV á discutir la cuestion de cuáles sean las leyes que deban regir la capacidad de las personas. Pone los textos de varios jurisconsultos que han tratado la materia, y apoyado en los poderosos fundamentos que espone, en las decisiones de los Tribunales de los Estados-Unidos, y en la opinion de los jurisconsultos franceses Pothier y Merlin (este último cambió mas tarde de opinion), concluye que la ley local del domicilio de la persona es la que rige su capacidad legal. Savigny, que se ocupó estensamente de la cuestion y le consagró el mas profundo estudio demuestra de la manera mas incontestable que el domicilio determina el derecho territorial especial, al cual cada uno está sujeto, como á su derecho personal. Tom. 8°, cap. 1°.

---

[7] La terminología del Código es generalmente descuidada, y bajo este como bajo los demas respectos se resiente de la variedad de las fuentes y orígenes de sus disposiciones.

Un ejemplo nos ofrece este artículo 8, cuando dice, «*los* actos, los contratos *hechos* (que es una impropiedad) y los derechos adquiridos», enumeracion vaga y poco jurídica; pues ha debido decirse *actos jurídicos* y no simplemente actos (vé arts. 945 y 950). Ademas, los *contratos* son una especie, aunque la mas importante, del género *actos jurídicos.*

El inciso 1° de nuestro artículo se funda en que debe presumirse, cuando no hay estipulacion en contrario, que los autores del acto jurídico han querido someterse á las leyes y usos del país en que lo celebraron, para la determinacion de la *naturaleza, eficacia, prueba* y *efectos inmediatos* que el acto deba producir.

Esta presuncion es decisiva cuando los contratantes tienen su domicilio en distintas naciones, pero pierde gran parte de su fuerza cuando se trata de personas domiciliadas en la República, caso en que parece mas verosímil que las partes se han referido á las leyes de su domicilio, que les son conocidas, y no á leyes estrangeras, que con frecuencia les serán desconocidas, especialmente cuando el acto deba tener cumplimiento en la República.

En este último caso prevalecerán sus leyes, pero solo en lo relativo á la manera del cumplimiento de la obligacion ó sea del pago (art. 725), su prueba, la constitucion en mora y las consecuencias de esta última respecto al peligro de la cosa y á las pérdidas é intereses, porque no siendo estos efectos inmediatos y necesarios con los cuales debieron las partes contar desde luego y que constituian para ellos los derechos *adquiridos* á que parece referirse nuestro artículo, sinó consecuencias remotas y eventuales, su reglamento y efectos debian gobernarse por las leyes de la República en que el pago debia efectuarse, y que constituian la ley comun de sus actos.

Compara, sin embargo, con los artículos 1210 y 1211, que constituyen una escepcion injustificable á los principios.

En lo que respecta á la estincion de la obligacion por la vía de la prescripcion (pues

9. Art. 9°. — Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la es-

Art. 9°. — Story, *Conflict of Laws*, pág. 105 [§ 104].

---

en cuanto á la usucapion regirán los artículos 10 y 11, en lo cual casi todos están conformes), Marcadé y otros opinan que debe regirse por la ley del lugar del domicilio del deudor, Troplong, que por la del lugar en que el pago debe efectuarse, y Savigny, Fœlix y Aubry se deciden por la ley del lugar ó país en que la obligacion se formó, es decir, en que el acto jurídico fué celebrado.

Esta última opinion es la mas conforme á los principios, y la única que tiene el apoyo del presente artículo; pero á condicion de preferir las leyes de la República cuando teniendo los contratantes su domicilio en ella, deba allí mismo cumplirse la obligacion (suponemos que el acto fué celebrado fuera de la República y que su cumplimiento se exige en ella, pues de lo contrario no hay caso), doctrina y escepcion conformes á lo establecido mas arriba, porque la prescripcion liberatoria se funda en una presuncion de que la obligacion está estinguida, y sí se la mira como castigo de la negligencia en exigir el cumplimiento de la obligacion, esa pena debe ser igual para todos; y porque, en todo caso, la prescripcion se liga necesariamente al cumplimiento ó pago de la deuda, y es lógico que una y otra se juzguen por las mismas leyes, las de la República.

Aubry presenta una limitacion á su regla, que no hallamos justificada, y que no es congruente con sus propios principios.

No puede darse preferencia á la ley del domicilio del deudor, como pretenden Marcadé y otros antiguos escritores, ni á la del domicilio del acreedor como querria Pothier, porque siendo la deuda y el crédito correlativos que constituyen el todo único del contrato, ambos deben sufrir la misma ley, y no hay razon suficiente para preferir unas leyes á otras.

Ademas, como en los contratos que no son puramente unilaterales (vé el art. 1139 con sus notas), cada parte es deudora y acreedora á la vez, ó puede llegar á serlo, habria que someter los derechos y obligaciones de cada parte á una legislacion distinta, conclusion que consideramos contraria á los principios.

Entendemos que esos autores se refieren al domicilio que el deudor ó acreedor tengan al tiempo del contrato ¿y si despues cambia? La prescripcion liberatoria se regiria en parte por una legislacion y en parte por otra distinta, como reconoce el mismo Marcadé, conclusion que repugna aun mas á los principios, no solo porque la vida y duracion de la deuda quedarian subordinadas á una circunstancia accidental y completamente estraña al acto, y hasta cierto punto á merced de la voluntad del deudor, sinó porque en sí, seria por demas singular en derecho que la duracion de un crédito tuviese que juzgarse por dos legislaciones distintas á la vez.

La existencia y duracion de los derechos y obligaciones nacidas de un acto jurídico, deben estar determinadas, á lo ménos implícitamente, en el momento de celebrarlo, por la voluntad misma de los contratantes; y así, es absurdo que el acto pueda regirse por varias legislaciones en relacion á los mismos efectos inmediatos ó á las mismas consecuencias mediatas y eventuales.

El artículo 1215 incurre en estos errores, desviándose de los buenos principios.

Si tratándose de la usucapion prevalece la ley de la situacion de la cosa á prescribirse, es por razon de soberanía nacional, mientras que un país no puede pretender que se observen sus leyes en el estrangero porque el deudor esté domiciliado en él. Nada vale, pues, el argumento de supuesta analogía que Marcadé pretende encontrar entre ambas situaciones y casos.

Adviértase, por último, que los escritores en que se apoya Marcadé se ocupan principalmente del conflicto entre los estatutos de una misma nacion, y no entre leyes de naciones distintas.

Tampoco debe preferirse el lugar del pago, como Troplong pretende (le siguen el art. 10 § 2° de Luisiana, y el art. 16 § 3° de Chile), cuando las partes no tengan su domicilio

clavitud, ó las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales. [8]

10. Art. 10. — Los bienes raices situados en la República son esclusivamente regidos por las leyes del país, respecto á su calidad de tales, á los derechos de las partes, á la capacidad de adquirirlos, á los modos de trasferirlos, y á las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, á una propiedad raiz, solo puede ser adquirido, transferido ó perdido, de conformidad con las leyes de la República. [9]

Art. 10. — L. 15, Tít. 14, Part 3ª [Cód. Francés 3º inc. 2º]. — Story, § 224. — Savigny dice respecto á esto lo siguiente: « El que quiere adquirir ó ejercer un derecho sobre una cosa se trasporta, con esta intencion, al lugar que ella ocupa; y por esta relacion del derecho especial se somete voluntariamente al derecho de la localidad. Así pues, cuando se dice que los derechos reales se juzgan segun el derecho del lugar en donde la cosa se encuentra, *lex rei sitæ*, se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de las personas la *Lex domicilii*. Este principio es la sumision voluntaria. » (Tom. 8º, § 366).

---

en la República y el acto haya sido celebrado fuera de ella; porque ni la indicacion del lugar en que se ha de pagar es en general atributiva de jurisdiccion (vé nota 24 al art. 747), ni importa sumision á la ley de ese lugar, y generalmente solo consulta la comodidad y conveniencia de las partes en el pago y recepcion.

Los artículos 1210 y 1211, desviándose de estos principios, constituyen una escepcion que no podria justificarse.

En fin, la circunstancia del hecho mismo de la demanda no es decisiva ni suficiente, puesto que aquella puede deducirse en el domicilio último del deudor (art. 1214 y vé el 1217) ó en el lugar en que tenga bienes con que responder, es decir, en naciones, bajo el imperio de cuyas leyes no nacieron el derecho y la obligacion, y con arreglo á una legislacion que acaso no conocian los otorgantes.

Por lo demas, no poseemos la *Consulta* á que se refiere Aubry y que dice refuta completamente los sistemas de Troplong (nº 38) y Marcadé (nº 11), al tratar *De la prescripcion*.

Por último, nuestro artículo 8 debe limitarse en su alcance á lo que toca á la *naturaleza, eficacia* (sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 7 y 9 á 12 y con la limitacion del art. 14, nº 4º), á los *medios probatorios*, y á las *obligaciones* y *efectos* inmediatos que deba producir el contrato ó acto jurídico celebrado por una persona fuera del lugar de su domicilio.

El inciso 2º, en que las palabras *estado* y *condicion* parecen supérfluas, debe entenderse con sujecion á los artículos 10, 6, 7, 950 y 1206, que le complementan é ilustran. Vé tambien los artículos 3613 y 3614.

Así, el espresado inciso no rige sinó la capacidad *de hecho*, pues la *de derecho* se regla por el artículo 950 citado. Compara con las notas 5 y 6.

[8] Este artículo se halla comprendido hasta cierto punto en el 14, é importa una modificacion al artículo 7 al cual debió seguir.

Las inhabilidades que tienen un carácter penal son entre otras, la heregía, escomunion, interdicto Papal, infamia, muerte civil, etc., todas las cuales, lo mismo que la esclavitud, las hallo comprendidas en el artículo 14.

[9] El principio de este artículo está establecido en casi todos los Códigos. Vé á Goyena sobre el artículo 8 de su Proyecto de Código Civil para España, que es quien cita la ley 15 de Partida, y á Caravantes, *Comentario á la ley de Enjuiciamiento*, Lib. 2º, nº 790.

Sirve de complemento al presente el artículo 1212, y Aubry trae aplicaciones interesantes en el § 31 notas 46 á 48, salvo el § *c*, que es inaceptable.

Lo que nuestro artículo 10 establece respecto á *capacidad de adquirir* debe entenderse con sujecion á lo dispuesto por el artículo 7.

11. Art. 11. — Los bienes muebles que tienen situacion permanente y que se conservan sin intencion de trasportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados ; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, ó que son de su uso personal, esté ó nó en su domicilio, como tambien los que se tienen para ser vendidos ó trasportados á otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño. [10]

12. Art. 12. — Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado. *Goyena* 10° [Vé arts. 82 y 83]. [11]

13. Art. 13. — La aplicacion de las leyes estrangeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sinó á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes estrangeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, ó en virtud de ley especial. *Freitas* 6° *y* 7°.

14. Art. 14. — Las leyes estrangeras no serán aplicables :

Art. 11. — Las cosas muebles, sin asiento fijo, susceptibles de una circulacion rápida, de fácil deterioro, consumibles algunas veces al primer uso, consistiendo otras, en género y no en especie, determinándose por cantidades abstractas, y pudiendo ser legalmente sustituidas por otras homogéneas que prestan las mismas funciones, como sucede en el mútuo y en el casi-usufructo, no pueden ser afectadas por los derechos reales, no participan del territorio en que ocasionalmente se encuentran, y en esas circunstancias peculiares á ellas, se funda el artículo y la escepcion. — Story, *Conflict of Laws*, § 362 hasta 376 y 380, y § 388 al fin. — Réspecto á la última parte trata estensamente la materia; pero de su misma doctrina se deduce que los muebles que tienen asiento fijo, como los muebles de una casa, de una biblioteca, etc., deben ser regidos por la ley del lugar en que se hallen. — Savigny sostiene perfectamente la doctrina del artículo. (Tom. 8°, § 366).

Art. 12. — Cód. de Luisiana, art. 10. — Cód. Francés. art. 293 (solo respecto á los testamentos). — Story, *Conflict of Laws*, desde el párrafo 260, larga é importantísima discusion del artículo. — L. 18, § 4°, Tít. 20, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 2, Tít. 32, Lib. 6, Cód. Rom. y L. 6, Tít. 2, Lib. 21, Dig. [De Goyena, allí: Vé arts. 17 y 18 Chileno].

Art. 13. — La ley estrangera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba. [De Freitas, allí].

---

[10] Savigny no sostiene las doctrinas del artículo sinó indirectamente, como se vé leyendo con atencion su interesante § 366, y Freitas no las admite (nota al art. 411). Sin embargo, considero que la disposicion de nuestro artículo es un progreso científico.

No es estraño, por lo demas, que *los bienes muebles que tienen situacion permanente* sean equiparados á los raices, pues en su caso lo son realmente. Vé artículos 2317, 2318 y 2322 á 2324.

[11] Salvo lo dispuesto por los dos artículos anteriores. Si el acto tiene la forma necesaria, segun nuestras leyes, será eficaz: artículo 14 n° 4°, y argumentos de los artículos 3637 y 3640.

El presente debe ser complementado con los artículos 951, 1212, 3637 y 3640.

La forma del acto celebrado en el estrangero conserva su eficacia aunque sus autores estén domiciliados en la República ó adquieran este domicilio posteriormente: argumento artículo 3637 citado.

Las citas á este artículo, con escepcion de la de Story, son tambien de Goyena, y se ha puesto el artículo 293 francés en vez de 999. Prescindimos de los defectos de puntuacion. Puede verse á Fœlix, Título 3°, Capítulo 1°.

1° Cuando su aplicacion se oponga al derecho público (1) ó criminal de la República (2), á la religion del Estado (3), á la tolerancia de cultos (4), ó á la moral y buenas costumbres.

2°. Cuando su aplicacion fuere incompatible con el espíritu de la legislacion de este Código. (5)

3° Cuando fueren de mero privilegio.

4° Cuando las leyes de este Código, en colision con las leyes estrangeras, fuesen mas favorables á la validez de los actos (6). *Freitas* 5°. [Vé arts. 9, 159, 164, 1182 inc. 2° y 1207].

15. Art. 15. — Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretesto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes.

16. Art. 16. — Si una cuestion civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá á los principios de leyes análogas [12]; y si aún la cuestion fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideracion las circunstancias del caso. *Código Sardo* 15°; *Cód. Com. Regla XIV.*

17. Art. 17. — Las leyes no pueden ser derogadas en todo ó en parte, sinó por otras leyes. El uso, la costumbre ó práctica no pueden crear derechos, sinó cuando las leyes se refieren á ellos. [Vé arts. 951 y 3022].

Art. 14. — (1) Como las leyes de Francia y de otros Estados de Europa que consideran los derechos civiles como únicamente propios á la calidad de nacional.

(2) Como las leyes de los paises en que la bigamia es permitida, cuando en la República es un crímen.

(3) Leyes, por ejemplo, en odio al culto católico, ó que permiten matrimonios que la Iglesia Católica condena.

(4) Como tantas leyes que fulminan incapacidades de derecho á los herejes, apóstatas, etc., y que aún las declaran á los que no profesan la religion dominante, ó como la ley francesa que permite al menor (hijo de familia) abandonar la casa paterna para tomar servicio militar.

(5) Como la institucion de la muerte civil que ha regido en Francia hasta el 31 de Mayo de 1854, y que aún existe en Rusia.

(6) Aproveche al nacional ó al estrangero, como en general lo declara el Código de Prusia. Esta misma idea aparece en los escritores franceses, pero solo como un favor para los nacionales: legislacion viciosa impregnada del *jus Quiritium,* como dice Freitas. — Sobre esta materia, véase á Savigny, Tom. 8°, § 365 [estas notas son de Freitas].

Art. 15. — L. 233 [léase argumento de la L. 238] *De Estilo.* — Cód. Francés, art. IV. [Vé art. 385 n° 4° del Cód. Penal de Tejedor].

Art. 16. — Conforme al art. 7 del Cód. de Austria. — L. 13, Tít. 5°, Lib. 22, Dig. — L. 11, Tít. 5°, Lib. 19, id. — L. 1ª, Tít. 33, Part. 7ª, y regla 36, Tít. 34, Part. 7ª [de Acevedo y de Goyena]; pero las leyes 11, Tít. 22, y 15, Tít. 23, Part. 3, ordenan que no pudiendo el Juez salir de la duda, de hecho ó de derecho, remita la causa al Soberano para que la decida. [De Goyena 12°].

Art. 17, [Austria 9° y 10°. Holanda 3°]. — LL. 3 y 11, Tít. 2°, Lib. 3°, Nov. Rec. que derogaron las Leyes Romanas, y la 4ª y 6ª, Tít. 2°, Part. 1ª.— El Cód. Francés guarda silencio sobre este punto. El Cód. de Luisiana [art. 3°] admite espresamente la costumbre. [De Goyena 5°].

---

[12] El criterio de las leyes *análogas* se halla establecido espresamente para un caso dado por el artículo 2118.

18. Art. 18. — Los actos prohibidos por las leyes son de ningun valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravencion. *Chile, allí.* [13]

19. Art. 19. — La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno ; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que solo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia. *Goyena* 4°, y *Chile* 12°. [Vé arts. 873, 2695 y 3967].

20. Art. 20. — La ignorancia de las leyes no sirve de escusa, si la escepcion no está espresamente autorizada por la ley. [Vé art. 924].

21. Art. 21. — Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el órden público y las buenas costumbres. *Código Francés, allí.* [14]

Art. 18. — Es muy importante sobre este punto la Ley Romana 5ª, Tít. 14, Lib. 1° del Cód. — Cód. de Chile, art. 10. — Cód de Luisiana, art. 12. — Leclercq *Droit Romain* Tom. 1° págs. 238 y 239. — Igual artículo [al de Luisiana] fué propuesto al formarse el Cód. Francés y no fué admitido, quedando este punto sin resolverse. — Véase Zachariæ [§ 35 n° 3°], Tom. 1°, pág. 46, LL. 17 y 22, Tít. 1°, y 1ª, Tít. 3°, y 6ª y 7ª, Tít. 11, Lib. 10, Nov. Rec. [y L. 28, Tít. 11, Part. 5ª, y glosa 7ª].

Art. 19. — Cód de Austria, art. 937. — Cód. de Prusia Part. 1ª, [Tít. 5°]. art. 193 [de Goyena]. — Cód. de Chile, art. 12. Véase Zachariæ, Tom. 1°, pág. 44, § 34.

Art. 20. — L. 3ª [léase 31], Tít. 14, Part. 5ª [y L. 2, Tít. 2, Lib. 3, Nov. Rec.]. — Cód. de Luisiana, art. 7. — Cód de Austria, art. 2°. — Véase el Proyecto de Goyena, art. 2°, y Zachariæ, § 26. — Las LL. 21, Tít. 1°, Part. 1ª, y 6ª, Tít. 14, Part. 3ª, copiaron las Leyes Romanas sobre la ignorancia del derecho. [De Goyena, allí].

Art. 21. — L. 28, Tít. 11, Part. 5. — Cód. Francés, art. 6°. — De Nápoles, art. 7°. — Sardo, art. 3° [léase 13]. — LL. 27 y 38, Tít. 14, L. 2°, Dig., y L. 5ª, Tít. 14, Lib. 1°, Cód. Rom. [De Goyena 11°].

---

[13] Es decir, el acto prohibido por una ley es nulo, y no puede tener mas efecto que el que en esa ley se determine, si es que alguno designa especialmente. Segun esto, el artículo 299 ha podido eliminarse, pues no es mas que una aplicacion aislada del presente ; y el 1039 necesita ser complementado. Vé los artículos 1044, 177, 236, 2614 y 3391 á 3397, y á Demolombe, III, 237.

[14] Este artículo, así como la 2ª parte del 19, se encierran en el 5° y son aplicaciones suyas los artículos 873, 2234 y 3967. La nota del Dr. Velez al artículo 3830 trae tambien una aplicacion del presente. Puede verse á Freitas 1908° hasta el n° 4°.

La gran dificultad consiste en determinar lo que debe entenderse por *órden público*. Acollas le define diciendo que « es la armonía de todas las libertades, derechos é intereses » (tomo 2°, pág. 951).

Por lo demás, el artículo suministra por un argumento *á contrario sensu* el principio de que las demas leyes (que constituyen el inmenso número), cuya observancia no interesa al órden público ó á las buenas costumbres, pueden ser siempre modificadas ó derogadas por convenio entre las partes interesadas ; principio que tiene una estensísima aplicacion en el derecho y en la legislacion y que hace innecesarias muchas disposiciones de este Código, que de vez en cuando viene á reconocer esa facultad en los particulares, autorizando así á pensar que es un favor especial del legislador, que les está implícitamente negado, cuando no está esplícitamente concedido.

Quede, por tanto, establecido, que *son permitidos todos los actos y derechos que no están espresamente prohibidos* (art. 53), y que *nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no prohibe,* como dice el artículo 19 de la Constitucion Nacional.

22. Art. 22. — Lo que no está dicho esplícita ó implícitamente en ningun artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposicion semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial. *Código de Baden, allí.* [15]

TÍTULO II

Del modo de contar los intérvalos del Derecho [1]

23. Art. 1°. — Los dias, meses y años se contarán para todos los efectos legales, por el Calendario Gregoriano. *Freitas* 8°.

24. Art. 2°. — El dia es el intérvalo entero que corre de media noche á media noche; y los plazos de dias no se contarán de momento á momento, ni por horas, sinó desde la media noche en que termina el dia de su fecha. *Freitas* 9° *y* 10°; *Código Francés, argumento* 2260°.

25. Art. 3°. — Los plazos de mes ó meses, de año ó años, terminarán el dia que los respectivos meses tengan el mismo número de dias de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de dias que tengan los meses ó el año. *Freitas* 11° *y nota.*

26. Art. 4°. — Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses ó años constare de mas dias que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los dias en que el primero de dichos meses escede al segundo, el último dia del plazo será el último dia de este segundo mes. *Chile* 48° *inc.* 3°.

27. Art. 5°. — Todos los plazos serán contínuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último dia; y así, los actos que deben ejecutarse

Art. 22. — Cód. del Ducado de Baden, art. 1° [léase 6°] Letra b.

---

[15] Esto se entiende, por supuesto, sin perjuicio de la disposicion del artículo 16. Esta prescripcion es de tanta trascendencia é importancia como las demás de este título preliminar, y demuestra concluyentemente que las doctrinas del Dr. Velez vertidas en las notas á los artículos de este Código, muchas de ellas completamente erradas é insostenibles, jamás pueden tener fuerza de ley, y son *doctrinas* como las de cualquier otro autor, cuyo valor y grado de autoridad depende pura y esclusivamente de su conformidad y armonía con las disposiciones de este mismo Código, ó con su espíritu ó con los principios de la ciencia del derecho (art. 16).

[1] Puede verse á Savigny, §§ 177 á 195, especialmente 181 y 182. La primera parte del artículo 24 es conforme á la Ley 8, Título 12, Libro 2, Digesto *de feriis.* Respecto al artículo 26 puede verse á Freitas, artículo 13 y nota.

La primera parte del artículo 28 queda claramente comprendida en el inciso 1° del artículo 27, y debió en rigor refundirse en él.

Creemos tambien que no siendo este un Código administrativo, la disposicion del artículo 28 no puede obligar, á lo menos á los Gobiernos de Provincia. Además, esta prescripcion aparece aislada y no se reproduce en la disposicion general del artículo 29, que habría sido su verdadero lugar.

en ó *dentro* de cierto plazo, valen si se ejecutan ántes de la media noche, en que termina el último dia del plazo. *Freitas* 14°, *Chile* 49° *inc.* 1°.

28. Art. 6°. — En los plazos que señalasen las leyes ó los tribunales, ó los decretos del Gobierno se comprenderán los dias feriados, á ménos que el plazo señalado sea de dias útiles, espresándose así. *Chile* 50°.

29. Art. 7°. — Las disposiciones de los artículos anteriores serán aplicables á todos los plazos señalados por las leyes, por los jueces, ó por las partes en los actos jurídicos, siempre que en las leyes ó en esos actos no se disponga de otro modo. *Freitas* 15°. [Vé á Goyena 15°].

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

SECCION PRIMERA

DE LAS PERSONAS EN GÈNERAL

TITULO PRIMERO

De las Personas Jurídicas (*)

30. Art. 1°. — Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones. *Aubry y Rau,* § 52 *al fin; Freitas* 16° *y nota.*

31. Art. 2°. — Las personas son de una existencia ideal ó de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, ó contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad ó incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden ó niegan las leyes. *Freitas* 17°.

(*) Se usa la espresion *persona jurídica,* como opuesta á la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sinó con un fin jurídico. Otras veces [léase: en otro tiempo] se empleaba la expresion *personas morales,* denominacion impropia, porque nada tiene de comun con las relaciones morales. Los Romanos no tuvieron ningun término genérico aplicable á todas las personas jurídicas. Para designarlas en general decian que ellas representaban una persona; *hæreditas personæ vice fungitur sicuti municipium,* L. 22, Dig. *De fidejus* [Tít. 1°, Lib. 46]. — Del *bonorum possesor,* decia igualmente, *vice hæredis est,* L. 2, Dig. *De bonorum possesor* [léase *possesionibus,* Tít. 11, Lib. 37. De Savigny, § 85]. En todos los Códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama *personas morales,* á pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos, etc. El Código de Austria en su primera parte, sobre el derecho relativo de las personas, solo en dos artículos, el 26 y el 27, indica esas personas, refiriéndose á las municipalidades y á las sociedades autorizadas ó no autorizadas. El Código de Prusia contiene un largo tratado sobre las sociedades en general, y sobre las corporaciones y municipalidades en particular. El de Luisiana concluye el primer libro con solo un título sobre las corporaciones. Unicamente el Código de Chile contiene un título *De las personas jurídicas;* pero en él hay un error tan grave que destruye toda la importancia que debia prometerse de su ilustrado autor. Los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales; pero en Savigny se encontrará estensamente tratada la materia (tom. 2° del *Derecho Romano).* De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos á la letra.

Art. 2°. — Como en un Código Civil no se trata sinó del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal, solo se aplica á las relaciones de derecho privado, y no á las de derecho público. Comunmente, en el dominio del derecho público, ciertos poderes no pueden ejercerse sinó por una reunion de personas ó una unidad colectiva. Considerar una unidad semejante, por ejemplo, un tribunal de justicia, como persona de existencia ideal, seria errar en la esencia de la constitucion de la persona jurídica, porque á esos seres colectivos les falta la capacidad de poseer bienes como tales, de adquirir derechos y contraer obligaciones con los particulares [de Savigny, § 85, al principio].

32. Art. 3°. — Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, ó personas jurídicas. *De Freitas* 272° *y* 273°. [Vé art. 51].

33. Art. 4°. — Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla, son las que, de una existencia necesaria, ó de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes : —

1ª El Estado;

2ª Cada una de las Provincias federadas;

3ª Cada uno de sus municipios;

4ª La Iglesia; *Freitas* 27 *n°* 4°, *n°s* 2, 3, 4 *y* 6;

5ª Los establecimientos de utilidad pública, religiosos ó piadosos, científicos ó literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien comun, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado. *De Freitas* 276° *y* 280°.

34. Art. 5°. — Son tambien personas jurídicas los Estados estrangeros, cada una de sus Provincias ó municipios, los establecimientos, corporaciones, ó asociaciones existentes en países estrangeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior. *Freitas* 275° *y* 277°.

Artículos 4° y 5°. — El Código de Chile, en el Título *De las personas jurídicas,* no reconoce como tales, al Fisco, á las municipalidades, á las Iglesias, á las comunidades religiosas, ni á las sociedades anónimas, por la razon de ser regidas por legislaciones especiales, ó ser personas del derecho público. Freitas combate la doctrina y las resoluciones del Código Chileno, diciendo que debe reconocerse la soberanía del derecho civil, siempre que se trate de bienes, de su posesion y dominio; que un Estado estrangero puede verse en el caso de demandar á un individuo en su domicilio por obligaciones ó créditos á su favor, sin poder llevar el negocio por la via diplomática. Desde que se reconoce que las mismas obligaciones que se forman entre particulares, pueden formarse entre un Estado y un particular, es forzoso admitir que los tribunales deben administrar justicia, sin distincion de personas [Vé art. 42]. Los tribunales franceses están declarados competentes para juzgar las cuestiones civiles entre el Gobierno y los simples particulares, lo que no puede esplicarse sin admitir la misma personalidad jurídica creada para las asociaciones de interés público.

Para sostener los dos artículos contra la grande autoridad, que para con los jurisconsultos debe gozar el Código de Chile, creo que debe decirse algo mas.

En nuestra República no puede haber duda alguna en la materia. La Constitucion Nacional ha creado una Suprema Córte de Justicia, ante la cual el Estado en cuestiones con los particulares, debe demandar sus derechos, y ante la cual tambien puede ser demandado, prévia autorizacion del Congreso [Story, *Poder Judicial,* pág. 129]. La misma Córte de Justicia es el tribunal competente en las cuestiones civiles de una Provincia con otra, ó entre un Estado y las personas particulares. Por consiguiente el Estado y las Provincias son personas civiles, personas jurídicas, desde que no son personas individuales, y pueden estar en juicio sobre sus bienes, ó sobre sus derechos á la par de los particulares. Además, las leyes de la Nacion reconocen en los Estados, derechos esclusivos sobre bienes y territorios, y los distinguen de las propiedades nacionales. Las leyes provinciales, por otra parte, clasifican y determinan los bienes que sean municipales, distintos de los bienes del Gobierno del Estado, residiendo el dominio y la administracion en las respectivas municipalidades.

Y este derecho no es nuevo; era el derecho administrativo del Imperio Romano, que en mucha parte ha llegado hasta nosotros. En Roma, el Fisco podia ser demandado ante los jueces ordinarios. Mil leyes sobre sus privilegios en los juicios, demuestran que el Estado era considerado como persona civil, capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones con los particulares. Las causas fiscales tenian el beneficio de ser juzgadas en presencia del abogado fiscal (1). En los juicios, el Fisco no podia ser condenado á pagar

(1) *Quod sine advocato pronunciatum sit, Divus Marcus rescripsit, nihil esse actum,* L. 7°, Dig. *De jure fisci,* y L. 3°, § 9 eodem Tit. [Tit. 14, Lib. 49.]

35. Art. 6º. — Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institucion, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean

intereses (2). Cuando el Fisco demandaba no se le podia oponer la compensacion sinó cuando la suma era debida por la misma oficina que demandaba (3). Los jueces no podian, en las cuestiones fiscales, obligar al Fisco á dar fianzas, porque siempre se le presumia solvente (4) y varios otros privilegios, como el de la restitucion de la sentencia. En cuanto á las municipalidades, en Roma como en los pueblos modernos, tenian bienes propios que no pertenecian al Fisco del Imperio, y que administraban con absoluta independencia de los Emperadores. Serrigny, en su grande obra sobre el Derecho Administrativo del Imperio Romano, al tratar de los bienes de las municipalidades, principia el capítulo 8º de esta manera: « Desde la mas remota antigüedad las municipalidades han formado personas morales ó jurídicas, y en esta calidad han sido reconocidas capaces de adquirir y poseer bienes ».

Cuando Roma, por la conquista se anexaba un Estado, ordinariamente le dejaba su réjimen particular, contentándose con solo imponerle algunas cargas. Esto no inquietaba al despotismo imperial. El Derecho Romano reconocia en la municipalidad una persona moral capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones (5). El ejercicio de las acciones municipales se hacia bajo el nombre de un actor ó síndico elegido por la Curia. La ley permitia el embargo de los bienes de los deudores á una municipalidad; y á su turno, si una municipalidad era condenada, el acreedor podia hacerse dar la posesion de bienes municipales, y obtener un decreto para hacerlos vender (6). Esto prueba que los bienes de las municipalidades pertenecian á una persona igual á las demás en razon de sus bienes, derechos y obligaciones.

Respecto á la Iglesia, podemos decir que despues de la Constitucion de Constantino, en 321, por la cual cada Iglesia ó asamblea católica adquirió la capacidad de recibir bienes de las disposiciones testamentarias de toda persona, llegó ella á ser una persona jurídica (7). No tenia ninguna dependencia del Estado en la administracion de sus propiedades (8), y estuvo siempre exenta de las contribuciones directas, derecho que ha regido en España hasta el siglo pasado. Poco importaba pues que, como Iglesia espiritual, estuviera sujeta á otra legislacion, si en cuanto á sus bienes y á las relaciones de derecho sobre ellos con los particulares, debia necesariamente reconocer la autoridad del derecho civil. En Roma abundaban los establecimientos de beneficencia: hospicios para los recien nacidos, para los huérfanos pobres, para los ancianos, para alimentar á los indigentes inválidos, para viageros pobres, hospitales para curar enfermos, etc., etc. Ninguno de los establecimientos de beneficencia existentes en la época actual, dice Serrigny, era desconocido de los Romanos; y todos eran considerados como personas jurídicas, con capacidad de poseer y adquirir bienes (9). Las asociaciones, corporaciones ó establecimientos públicos, podian, á ejemplo de las municipalidades, poseer bienes, tener una caja y un síndico para administrarlos y representarlos en todos los actos de la vida civil (10). En otros términos, estas corporaciones, continúa el autor citado, constituian una persona moral, enteramente distinta de los miembros que la componian. La consecuencia de la personalidad de una corporacion era lo que ella debia, no era debido por los individuos que la componian, y recíprocamente, que lo que se le debia no era debido á ninguno de sus miembros (11).

Art. 6º. — Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representacion que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en el dominio del derecho de los bienes. Muchas veces las personas jurídicas son creadas

(2) *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat.* L. 17, § 15 [léase § 5, Tít. 1º, Lib. 22], Dig. *De usuris.* L. 6ª, *De jure fisci.* [Tit. 14, Lib. 49].

(3) *Et senatus censuit et sæpe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit.* L. 1ª, Cód. *De Compensat.* [Tit. 31, Lib. 4. Vé art. 823 nota].

(4) *Nec solet fiscus satisdare,* L. 1ª, § 18, Dig. *Ut legat.* [Tít. 3, Lib. 36].

(5) LL. 1ª y 2ª. Dig. *Quod cujusq. univer.* [Tít. 4, Lib. 3].

(6) L. 8ª, id. y LL. 1ª y 2ª, Dig.

(7) *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico, venerabilique concilio decedens bonorum quod obtaverit* [léase *optaverit*], *relinquere.*

(8) Véase Serrigny, cap. 5º.

(9) Lib. 2º, Tit. 6º, § 1002.

(10) L. 2ª, § 1º, Dig. *Quod cujusq. univers.* [Tít. 4, Lib. 3]. Serrigny § 1003.

(11) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.* L. 7ª, § 1º, Dig. Eod. [léase *eodem*].

prohibidos por el ministerio de los representantes que sus leyes ó estatutos les hubiesen constituido. *Freitas* 285°. [Vé art. 2395]. [2]

36. Art. 7°. — Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que escedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios. *Freitas* 290°; *Chile* 552°; *Luisiana* 430°. [Vé art. 1948]. [3]

37. Art. 8°. — Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido espresamente designados en los respectivos estatutos, ó en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato. *Freitas* 291°; *Luisiana* 430°, 3°. [4]

38. Art. 9°. — Será derecho implícito de las asociaciones con carácter de personas jurídicas, admitir nuevos miembros en lugar de los que *hubieran* fallecido, ó dejado de serlo, con tal que no escedan el número determinado en sus estatutos. *Freitas* 294°. [5]

39. Art. 10. — Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan á la asociacion, no pertenecen á ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados á satisfacer las deudas de la corporacion, si

para otros fines mas importantes que la capacidad de derecho privado, y entónces los órganos generales de las personas jurídicas los representan al mismo en *la* materia de derecho privado [Savigny, § 96]. Cuando se da por fundamento necesario de la representacion artificial, la incapacidad natural de obrar [léase *de obrar natural*] á la persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente. Mas de un autor se figura que un acto que emanase de todos los miembros de una corporacion, *debia* [debe] considerarse como acto de la corporacion misma, y que la representacion no ha sido introducida, sinó á causa de la dificultad de traer á todos los miembros de la corporacion á una comunidad de voluntad y de accion. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporacion difiere esencialmente de la corporacion misma, y aunque los miembros de ella, sin escepcion alguna, se reunieran para obrar, no seria esto un acto del ser ideal que llamamos persona jurídica. El carácter esencial de una corporacion es que su derecho repose, no sobre sus miembros reunidos, sinó sobre un conjunto ideal [Savigny, § 90]. Una corporacion es semejante á un pupilo, cuya tutela será ejercida por el que ha nombrado la ley. Para la formacion de la persona jurídica, ha debido preceder su constitucion, y á ella la creacion de la representacion que ha de obrar, como en un banco el directorio que ha de gobernar los intereses de la sociedad. Todos los miembros reunidos no podrán legalmente apartarse de la constitucion y ejecutar actos que por ella correspondiesen al directorio del banco. La persona jurídica, pues, solo por medio de sus representantes, puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de individuos que forman la corporacion, aunque fuese la totalidad del número. (Véase Savigny, tomo 2°, § 90 y § 96).

---

[2] Zachariæ, § 46 nota 6. Aubry y Rau, § 54 nota 27, al fin. Merlin, v° *Vaine pâture*, § 5. Despues de la palabra *prohibidos* falta una coma en nuestro artículo.

[3] Creemos que esto último debe entenderse en conformidad á los artículos 1933 á 1935, disposiciones mas completas y sábias que la de este inciso. Esto se demuestra por el artículo 37 siguiente, que no es mas que la aplicacion del 1872 n° 2°.

[4] Vé la nota anterior, y los artículos 841 n° 3° y 2013 n° 2° que complementan al presente.

[5] Freitas tomó á su vez este artículo del 425 inciso 2° del Código de Luisiana. La palabra *hubieran* de nuestro artículo debe reemplazarse con la de *hubieren*.

expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, ó mancomunados con *ellos*. *Freitas* 295° *á* 297°. [6]

40. Art. 11. — Los derechos respectivos de los miembros de una asociacion con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociacion, ó por las disposiciones de sus estatutos. *Austria* 26° *inc.* 1°.

41. Art. 12. — Respecto de *los* terceros, los establecimientos ó corporaciones con carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que

Art. 12. — Las consecuencias de este artículo son sumamente importantes y graves. Por él la Iglesia y las corporaciones religiosas; entre otras facultades, tienen la de poder heredar, recibir donaciones y adquirir propiedades raices, sin intervencion alguna de los gobiernos. Todo lo que á este respecto se ha dicho y hecho desde el siglo pasado, ha sido por un espíritu irreligioso, ó con la mira de someter absolutamente las iglesias al poder temporal, aun cuando se quebrantaran los derechos individuales y la libre disposicion de los bienes por los propietarios de ellos. Si el permiso á la Iglesia Católica de heredar y de adquirir bienes, que el Emperador Constantino le dió en 321, le ha importado mas que la dudosa cesion del gobierno de Roma, como se ha dicho; si los pueblos han sido arruinados por haber pasado casi todos los bienes raices al poder de la Iglesia, esos males, en verdad, no han procedido de la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes, sinó de las creencias de los pueblos, del fanatismo religioso, de un órden de ideas y de una civilizacion enteramente diferente de la actual. Así vemos hoy en Inglaterra y en los Estados Unidos, que las Iglesias Católicas y las Congregaciones Protestantes tienen, como los particulares, la facultad de adquirir y poseer bienes raices, sin que los bienes territoriales se degraden, y sin que esa facultad traiga una acumulacion de bienes raices en las personas que han llamado manos muertas. En la República misma vemos comunidades religiosas con capacidad de adquirir bienes raices, que serian muy felices si lograran siquiera vivir de sus rentas. Si la existencia de la Iglesia es conveniente y necesaria, no vemos razon alguna para privarle ó limitarle los medios de su propia conservacion. El Código de Chile adopta un término medio, permitiendo á las iglesias la adquisicion de bienes raices por solo el término de cinco años, á cuyo plazo deben enajenar los que hubiesen adquirido por compra ó donaciones que se les hubiere hecho. Dirémos en fin, con Savigny, que si la legislacion de algunos paises ha restringido la adquisicion de corporaciones de manos muertas, esas restricciones nunca han hecho parte del derecho comun. Puede por lo tanto, sostenerse el artículo, sin perjuicio de que una ley especiel limite, cuando fuere oportuno, la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes raices.

Sin embargo de haberse reconocido á las iglesias la capacidad de adquirir bienes, el dominio de estos ha traido cuestiones que solo están resueltas por el derecho de Justiniano. ¿Sobre qué reposa el derecho de propiedad? Los Dioses del paganismo eran representados como seres individuales, semejantes al hombre. Nada pues mas natural que atribuir bienes á cada divinidad. Considerar como persona jurídica un templo determinado, consagrado á una divinidad, era seguir el mismo órden de ideas. La Iglesia Católica [léase *cristiana*], al contrario, reposa sobre la fé de un solo Dios, y sobre la comunidad de fé en este solo Dios, y en su revelacion está fundada la unidad de la Iglesia; así es que ordinariamente se atribuye la propiedad de los bienes eclesiásticos ya á Jesu-Cristo, ya á la Iglesia cristiana, ó ya al Papa como á su jefe visible. Mas, reflexionando sobre la generalidad de este punto de vista, [se vé que] él no puede entrar en el dominio del derecho privado, y es preciso admitir la pluralidad de personas jurídicas [aun] para los bienes de las iglesias. La aplicacion de este sistema la encontramos en una ley de Justiniano. (L. 27 [léase 26, Tít. 2, Lib. 1°], Cod. *De Sacros. Eccles.*). «Si un testador instituye á Jesu-Cristo por heredero, se entiende, dice el Código, que es á la Iglesia del lugar que aquel habita. Si instituye por heredero á un Arcangel ó á un mártir, la sucesion corresponde á la Iglesia consagrada al Arcangel ó al mártir, en el lugar de su domicilio, y en su falta, á la que exista en la Capital de la Provincia. Si en la aplicacion

---

[6] Código de Luisiana 427° y 428°, Chile 549°, Serrigny § 1003. Resulta del artículo que los miembros de las personas jurídicas pueden afianzar á estas, aunque no puedan obligarlas como fiadoras (art. 2013 n° 2°), cosa muy distinta.

El artículo usa de la espresion *mancomunados* en su acepcion mas estensa, como comprendiendo la simple mancomunidad y la solidaridad (art. 690), mientras que Goyena llama mancomunadas á las solidarias.

La última palabra del artículo debe ser *ella* y no *ellos*.

los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesion de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias ó legados por testamentos, donaciones, por actos entre vivos, crear obligaciones é intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles ó criminales. [7]

42. Art. 13. — Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y pueden hacerse ejecucion en sus bienes. *Freitas* 299°. [Vé nota á los arts. 33 y 34, y art. 823 inc. 3° y 3953].

43. Art. 14. — No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales ó civiles por indemnizacion de daños, aunque sus miembros en comun, ó

de esta regla hubiese alguna duda, entre muchas iglesias, se prefiere aquella á la cual el testador tenia devocion particular, y faltando esta circunstancia, á la mas pobre» (L. 26, Cod. *De Sacros. Eccles.* [léase *Eccles.*]). El sugeto, pues, de la sucesion podia ser una parroquia determinada. Puede decirse por lo tanto que en el Derecho Romano, ni la Iglesia en general, ni la Iglesia Episcopal, tenian la propiedad de los bienes eclesiásticos, ó de los bienes de cada diócesis.

Las fundaciones piadosas tienen mucha analogía con los bienes destinados á la Iglesia. Ellas comprenden los establecimientos para socorrer á los pobres, á los enfermos, á los peregrinos, á los ancianos, huérfanos, etc. Así, cuando un establecimiento de este género tenga el carácter de persona jurídica, debe ser tratado como un individuo. Las constituciones de los Emperadores Cristianos los reconocian como personas jurídicas. Si un testador instituia como herederos ó legatarios á los pobres en general [vé art. 3724], esta disposicion era nula, porque el derecho [antiguo] prohibia instituir una persona incierta [art. 3623]. Pero Justiniano interpretaba el testamento de la manera siguiente: en el caso supuesto, la sucesion correspondia al hospicio que el testador tenia en mira; si habia duda sobre este punto, la sucesion ó legado correspondia al hospicio del lugar de su domicilio; si no lo habia, á la Iglesia del lugar, con el cargo de consagrar los bienes al alivio de los pobres. Así tambien, si un testador instituia por herederos á los cautivos, la sucesion pertenecia á la Iglesia del lugar de su domicilio, con el cargo de emplear los bienes en rescate de los cautivos. (L. 49, Cod. *De Epis.*). [Tít. 3, Lib. 1°].

Por consiguiente, las fundaciones podian tener, las unas respecto de las otras, respecto del Estado, de las Municipalidades, y de las Iglesias mismas, multitud de relaciones de derecho, que implican necesariamente su individualidad.

Art. 14.—La cuestion de si las personas jurídicas pueden ó no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia á Savigny, tomo 2°, desde la página 310. Para nosotros el artículo del proyecto tiene fundamentos incontestables.

El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un sér libre é inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sinó un sér abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficcion, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representacion, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal.

La capacidad de las personas jurídicas de poder ser demandadas, no implica una contradiccion, aunque toda accion supone la violacion de un derecho. Esta especie de violacion del derecho tiene una naturaleza puramente material: ella no interesa la conciencia en el mayor número de casos. Las acciones del derecho civil son destinadas á conservar ó á restablecer los verdaderos límites de las relaciones individuales de derecho. Teniendo, pues, las personas jurídicas la capacidad de la propiedad, esta necesidad, la de las acciones civiles, existe respecto de ellas como respecto de las personas naturales. No hay, por lo tanto, inconsecuencia en decir que la persona jurídica puede sufrir por un delito, y que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada, cualquiera que sea el propietario, un sér de una existencia ideal ó un sér inteligente y libre.

---

[7] Nuestro artículo tiene algo del Código de Austria 26° inciso 2°, y de Freitas 298°.

La nota, desde el punto en que se cita á Savigny, es tomada del § 88 de este autor, páginas 259 á 263 y 265, con la diferencia que el Dr. Velez atribuye á la Iglesia *católica* lo que Savigny dice de la *cristiana*.

sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas. *Freitas* 300°. [8]

44. Art. 15. — Las personas jurídicas nacionales ó estrangeras tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren, [9] ó donde funcionen sus direcciones ó administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial. *Freitas* 303° *y* 304° *inc.* 1°. [Vé art. 90 n° 3°].

Los delitos que pueden imputarse á las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros ó por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporacion haya servido de motivo ó de fin al delito. Si pues un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpada de un delito, seria violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.

Los que creen que los delitos pueden ser imputables á las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no escede del objeto de su institucion, que es el de hacerles participar del derecho de los bienes. Para esto la capacidad de los contratos es indispensable. Si las personas jurídicas tuvieran la capacidad absoluta de derecho y la de voluntad, serian igualmente capaces de relaciones de familia. Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y para los otros, hay los mismos motivos de dar á esta voluntad ficticia una estension ilimitada, y desde entonces se podria castigar en la persona del pupilo el delito del tutor, si él comete como tutor un robo ó un fraude en el interés de su pupilo. Los casos que se citan de justos castigos á ciudades, municipalidades, etc., han sido ó actos del derecho de la guerra, ó medidas políticas, que nunca se hubieran sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes. El error del argumento nace de que regularmente los actos del mayor número de los ciudadanos de una ciudad, ó de los miembros de una corporacion, pasan por ser actos de la ciudad ó de la corporacion, confundiendo así la corporacion con sus miembros. Por otra parte, todo delito implica dolo ó culpa, y por lo tanto, la voluntad de cometerlo y la responsabilidad consiguiente. Desde entónces el dolo podria imputarse tanto á las personas jurídicas, como á los impúberes ó dementes.

Al lado de la obligacion que produce un delito, nace otra del todo diferente, *obligatio ex re ex eo quod aliquem pervenit* que se aplica á las personas jurídicas, como á los dementes ó á los impúberes. [Vé art. 908]. Si pues el jefe de una corporacion comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él solo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporacion debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas, sinó gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse á esas multas, si quieren participar de los beneficios de un proceso.

Pasando á las disposiciones del derecho sobre la materia, podemos decir que muchas leyes de los Códigos Romanos confirman plenamente la doctrina que hemos espuesto. Un texto dice espresamente, que la accion de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero que si se ha enriquecido por el fraude de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado. (L. 15, § 1°, Dig. *De dolo*). [Tít. 3°, Lib. 4°].

El poseedor de un inmueble, desposeido violentamente á nombre de una municipalidad

---

[8] Obsérvese bien que el artículo solo niega la accion civil de daños y perjuicios ó pérdidas é intereses (vé arts. 519 y 1071), que á la par de la accion criminal obliga siempre al delincuente, y esto aun en el supuesto, como dice el artículo, de que el delito redundase en provecho de la persona jurídica. Pero esto no importa en manera alguna negar la *versio in rem*, que por un principio de equidad natural se dá siempre contra toda y cualquier persona que ha sacado una ventaja ó provecho, por no ser lícito lucrar con perjuicio de otro. Vé nuestra nota 44 antes del artículo 2308, donde estudiamos toda la legislacion de la *versio in rem*. Esto mismo se reconoce en el sesto párrafo de la nota del Dr. Velez, que es tomada de Savigny §§ 94 y 95, págs. 305 á 313, y § 89, págs. 271 y 272.

[9] La coma de esta palabra *hallaren* debe suprimirse, pues con tal signo se referiria á las personas jurídicas, como á su sujeto, cuando es regida por *las direcciones*.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

45. Art. 16. — Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el dia en que fuesen autorizadas por la ley ó por el Gobierno, con aprobacion de sus estatutos, y confirmacion de los prelados en la parte religiosa. *Freitas* 305°; *Código Com.* 405°.

46. Art. 17. — Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales ó religiosas, segun el fin de su instituto. *Freitas* 308° *inc.* 1°. [Vé nota 4 hácia el art. 2677].

47. Art. 18. — En los casos en que la autorizacion legal de los establecimientos fuese posterior á su fundacion, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo [10] al tiempo en que se verificó la fundacion. *Freitas* 310°. [Vé arts. 1808 y 3737].

obtiene contra ella el interdicto de *vi*, si ella detiene todo ó parte del inmueble. *Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius, ait, si quid ad eos pervenit.* (L. 4ª, Dig. *De vi*). [Tít. 16, Lib. 43]. La espresion *municipes* designa siempre la corporacion misma. Muchas otras leyes pudiéramos citar que disponen lo mismo.

Art. 16. — Independientemente de la razon política, la necesidad del consentimiento del Estado para la formacion de una persona jurídica, tiene su fundamento en la naturaleza misma del derecho, dice Savigny: «El hombre, por el solo hecho de su aparicion corporal, manifiesta su título á la capacidad de derecho. Por este signo visible, cada hombre, como cada juez, sabe los derechos que debe reconocer, ó los que debe protejer. Cuando la capacidad natural del hombre se estiende ficticiamente á un ser ideal, falta este signo visible, y la voluntad de la autoridad suprema puede solo suplirla, creando sugetos artificiales de derecho. Abandonar estas facultades á las voluntades individuales seria introducir una grande incertidumbre sobre el estado del derecho, á mas de los abusos que podrian cometer las voluntades fraudulentas».

Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorizacion del Gobierno para crear la persona jurídica. La estension ilimitada de las corporaciones de diversas clases no siempre es conveniente ó indiferente á los pueblos. Puede haber conveniencia para la sociedad en evitar la acumulacion de bienes en las corporaciones de manos muertas, y esto no podria conseguirse si los particulares pudieran crear á su voluntad nuevas fundaciones. [De Savigny, § 89, págs. 271 y 272].

Art. 17. — Queda así á los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia ó meramente industriales, sin necesidad de prévia licencia de la autoridad pública, como lo exigia el Derecho Romano y el Derecho Español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da á las personas jurídicas, creadas por un interés público; y sus miembros, en sus derechos respectivos ó en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales.

---

[10] Pero es constante en el derecho, y lo sanciona este Código en varios pasajes (arts. 195, 1066, 1305 y 1938), que el efecto retroactivo no puede perjudicar los derechos de terceros.

Aunque Freitas, á quien se ha seguido en todo este título, limita el beneficio de la autorizacion posterior á los *establecimientos* de utilidad pública puramente (art. 309), y aunque el presente artículo se valga tambien de la palabra *establecimientos*, pensamos que su disposicion abraza á las demás personas jurídicas, por las razones siguientes:

1ª Que no hay razon alguna para esa diferencia y privilegio á favor de los *establecimientos*.

CAPÍTULO II

DEL FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

48. Art. 19. — Termina la existencia de las corporaciones con carácter de personas jurídicas :—

1° Por su disolucion en virtud de la deliberacion de sus miembros, aprobada por el Gobierno ;

2° Por disolucion en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, por haberse abusado ó incurrido en transgresiones de las condiciones ó cláusulas de la autorizacion legal, ó porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, ó porque su disolucion fuese necesaria ó conveniente á los intereses públicos ;

3° Por la conclusion de los bienes destinados á sostenerlas. *Freitas* 312° *y* 315°. [11]

49. Art. 20. — No termina la existencia de las personas jurídicas por el fallecimiento de sus miembros, aunque sea en número tal que quedaran reducidas á no poder cumplir el fin de su institucion. Corresponde al Gobierno, si los estatutos no lo hubiesen previsto, declarar disuelta la corporacion, ó determinar el modo como debe hacerse su renovacion. *Freitas* 313°; *Chile* 560°.

Art. 19. — « La persona jurídica una vez constituida, no debe ser disuelta por la sola voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como lo hemos dicho, independiente de sus miembros, y por el motivo principal de un interés público, permanente, mientras que el Gobierno ó la ley no hubiese declarado que habia cesado la causa de su existencia.

« Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decision sola de la autoridad pública, si ellas vienen á comprometer los intereses generales, pues que solo el interés público, y no intereses individuales, religiosos ó industriales, por grandes que sean, es el motivo de la autorizacion para su creacion. » [De Savigny § 89 al fin].

El derecho á los bienes fué el objeto de la creacion de la persona jurídica. Desde que ella no puede tenerlos, y solo debe existir dependiente del Estado ó del favor público, puede decirse que su existencia no es existencia propia, y que se halla confundida con la del Estado ó la de la persona que la sostiene, con relacion al derecho de los bienes.

2ª Que el artículo 309 del Dr. Freitas, que consigna esa diferencia, no es reproducido por nuestro codificador.

3ª Porque en los artículos 1808 y 3737, que tienen bastante conexion con el presente, se usa de la palabra *corporaciones* y no la de *establecimientos*.

4ª Porque Mackeldey (Derecho Romano, § 148), de quien Freitas tomó el artículo, se refiere no solo á establecimientos de beneficencia sinó á los destinados á generalizar las ciencias y las artes.

Además, este Código no distingue y precisa esas palabras, sinó que las usa indistintamente, como se vé en los artículos 33, 5ª ; 38 á 41, 45, 46, 48 y 50.

[11] Puede verse Código de Luisiana 438° y de Chile 559° y 560°.

Difícil es resolver cuándo hay imposibilidad de cumplir *los estatutos,* por eso hallamos preferible la version de Freitas, que dice « cuando sea imposible el cumplimiento *de la institucion* », ó cuando no correspondan al objeto de su institucion, como establece el Código de Chile 559° inc. 2°.

En el n° 3° la eleccion de la palabra *conclusion,* en vez de estincion ó destruccion, es bien poco apropiada. Vé á Chile 564°.

Sobre cuándo se dice una cosa destruida total ó parcialmente, y cuándo el deterioro puede equivaler á la destruccion de ella, vé el artículo 2606 con sus citas.

50. Art. 21. — Disuelta ó acabada una asociacion con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones [12] que á ella pertenecian, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados á los objetos que disponga el Cuerpo Legislativo, salvo todo perjuicio á tercero y á los miembros existentes de la corporacion. *Freitas* 314°; *Chile* 561°. [Vé arts. 2344 n° 3° y 2931].

—

TÍTULO II

De las personas de existencia visible

51. Art. 1°. — Todos los entes que presentaren signos característicos de humanidad, sin distincion de cualidades ó accidentes, son personas de existencia visible. *Freitas, allí.*

52. Art. 2°. — Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos ó contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están espresamente declarados incapaces. *Freitas* 40°; *Chile* 1446°.

53. Art. 3°. — Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren espresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política. *Freitas* 36° *y* 37°; *Constitucion Nacional* 19°. [Vé arts. 21 y 3290].

Art. 21. — Por el Derecho Romano, constituida una *universitas*, podia continuar con un solo miembro. *Si universitas ad unum* reddit, majus admittitur [léase, *redit magis admittitur*] *posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum recideril et stet nomen universitatis (L.* 7ª [Tít. 4, Lib. 3] *Dig. Quod univ.)*. En tal caso la persona jurídica continúa su existencia, conserva su nombre, y los bienes de la corporacion no vienen á ser del único miembro restante. El caso del texto es, que ese individuo que hubiese quedado, puede obrar directamente en juicio sin el intermedio de un síndico. De este principio y del texto mismo, se ha sacado la conclusion errónea de que una corporacion acaba necesariamente por la muerte de todos sus miembros; y que así, si una epidemia acabara con todos los padres de un convento, la corporacion quedaria disuelta; y sus bienes, como vacantes, pertenecerian al Estado. Este error nace de olvidar el principio, base de toda la teoría de que la persona jurídica es independiente de cada uno de sus miembros y de todos ellos. [De Savigny, § 89, nota *b* y pág. 274].

Art. 1°. — Proyecto de Freitas, art. 35.— Goyena, art. 107 [cita inoportuna].— L. 5ª, Tít. 23, Part. 4ª, y 8ª, Tít. 33, Part. 7ª. — LL. 12 y 14, Tít. 5°, Lib. 1°, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 2°. — La espresion *adquirir derechos*, á mas de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las faces de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisicion de cada uno de los derechos, hasta el de su pérdida total.
Esas faces pueden resumirse del modo siguiente: —
1° Hecho de la adquisicion del derecho;
2° Duracion y ejercicio del derecho;
3° Conservacion ó defensa del derecho;
4° Pérdida total del derecho.
Y así, cuando las leyes civiles permiten la adquisicion de un derecho ó cuando no la prohiben, permiten su ejercicio, su conservacion y la libre disposicion de ese derecho. [De Freitas, á su art. 17].

---

[12] La palabra *bienes* que es genérica y amplísima (art. 2314), hacía innecesaria cualquiera otra.

54. Art. 4°. — Tienen incapacidad absoluta : — [1]

1° Las personas por nacer ;

2° Los menores impúberes ; [Vé art. 922].

3° Los dementes ; [Vé art. 140, etc.].

4° Los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito ; [Vé art. 153, etc].

5° Los ausentes declarados tales en juicio. *Freitas* 41°.

55. Art. 5°. — Son incapaces respecto de ciertos actos ó *del* modo de ejercerlos : —

1° Los menores adultos ;

2° Las mujeres casadas. *Freitas* 42° *n*°ˢ 1° *y* 2°. (a)

Art. 4°. — En el número de los incapaces, no pongo los pródigos porque esa calidad no podrá, segun este Código, ni sujetarse á juicio ni traer una interdiccion. El Código de Luisiana, en el artículo 413, abolió la incapacidad de los pródigos ó disipadores. Dice así : « La interdiccion no tendrá lugar por causa de disipacion ó de prodigalidad. » Las razones de esta resolucion son : 1ª que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales ; 2ª que la libertad individual no debe ser restringida, sinó en los casos de interés público inmediato y evidente ; 3ª que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo seria arbitrario en los jueces, poniendo interdiccion á algunos, mientras quedaban innumerables disipadores ; y 4ª que debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya que no es posible poner un máximum á cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habria solo usado ó abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna. [De Freitas].

---

[1] Como lo hemos consignado en la nota al artículo 6, solo la incapacidad *de hecho* es absoluta ó relativa, mientras que la incapacidad *de derecho* nunca es absoluta, es siempre relativa.

Quiénes son menores impúberes, lo dice el artículo 127.

Respecto á los dementes, véanse los artículos 140 y 469, y la Regla 4, Tít. 34, Part. 7ª. — Sobre los sordo-mudos, se repite la disposicion en el artículo 153, y la redaccion del artículo 469 citado, al decir *que no saben leer ni escribir,* es inexacta y errada. Con relacion á los *ausentes declarados tales en juicio,* nuestro Código no determina los requisitos y trámites para esa declaratoria, vacío sensible que se encuentra llenado en varias legislaciones.

La materia es indudablemente propia de la ley sustantiva, y nuestro legislador debió tratarla, como lo hace respecto á la demencia y sordo-mudez, estableciendo los justificativos y trámites para declararla.

Es claro, por lo demás, que el n° 5° de nuestro artículo no se refiere á los ausentes con presuncion de fallecimiento, que tienen su legislacion peculiarísima. (Vé art. 110 y nota, y á Freitas 129°, n°ˢ 3° y 4°, y 259°).

Aunque nuestro artículo 1042 no lo diga esplícitamente, es cierto que los actos del impúber, del demente, sordo-mudo y del ausente, declarados tales en juicio, están afectados de nulidad absoluta; no son, por tanto, susceptibles de confirmacion (art. 1048 inc. último), y ni aun constituyen una obligacion natural, á diferencia de los actos de una persona relativamente incapaz que, despues de anulados, subsisten como obligacion natural (Compara con el art. 515 n° 1°). Ménos, pues, ofrecerán fundamento para obligaciones accesorias, como fianza (vé art. 1996), hipoteca, etc. Chile 1447° inc. 2° y nuestro artículo 518 y su argumento.

El artículo 3366 usa en sentido menos propio del calificativo de *incapaz* por contraposicion al de *menor de edad,* como se vé por este artículo y el siguiente.

(a) En vez de la palabra *del,* léase *al.* — Quiénes son menores adultos, lo dice el artículo 127. Sobre la incapacidad de la mujer casada, vé los artículos 188 á 191.

El artículo 1447 inciso 3°, chileno, trata con vaguedad sobre la incapacidad relativa y la

56. Art. 6°. — Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos ó contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley. [2]

57. Art. 7°. — Son representantes de los incapaces: —

1° De las personas por nacer, sus padres, y á falta ó incapacidad de estos, los curadores que se les nombre;

2° De los menores impúberes ó adultos, sus tutores; [3]

3° De los dementes, sordo-mudos ó ausentes, sus padres, y á falta ó por incapacidad de estos, los curadores que se les nombre;

4° De las mujeres casadas, sus maridos. *Freitas* 44°.

58. Art. 8°. — Este Código protege á los incapaces, pero solo para el efecto de

Art. 8°. — Este artículo es el 43 del proyecto de Freitas para el Imperio del Brasil. En varios Códigos están ya suprimidos los beneficios de los menores, incluso el de restitucion *in integrum* que abrazaba á todos los incapaces, las Iglesias, el Fisco, etc., privilegio exhorbitante que les dan nuestras leyes, no solo por un daño recibido, sinó por una gran ganancia, que en virtud de él puedan obtener. Esta proteccion exagerada á los incapaces

---

involucra con la capacidad *de derecho*, sin duda porque esta nunca es absoluta. El artículo 1124 francés lo confunde y amalgama todo. Puede verse á Demolombe, XXIV, 291.

Á diferencia de Freitas, nuestro artículo no enumera entre los relativamente incapaces á los *religiosos profesos* y en el artículo 103 se declara que la profesion en las comunidades religiosas no produce la muerte civil; pero de hecho el Código los considera como heridos de incapacidad relativa, como se vé en los artículos 306 n° 2°, 398 n° 16, 921, nota al 1043, 1161 y 2013 n° 6°. Vé el 3335.

Del mismo modo, tampoco se cuenta aquí entre los incapaces á los *comerciantes fallidos* declarados tales en juicio, como lo hace Freitas. Semejante omision que es deliberada, es sin duda debida á que el Codificador entendió que la falencia de los comerciantes era materia privativa del Código respectivo.

Posteriormente el mismo Legislador se encargó de rectificar su error, ocupándose del comerciante fallido en muchos pasages, de los que aparece indudablemente que es una de las personas relativamente incapaces, á lo menos en relacion á los bienes concursados (art. 1161 y nota 36).

He aquí esos pasages que presentan toda la legislacion de nuestro Código sobre *falencia*:

Artículos 301, 398 n° 5°, 546 nota, 572, 753, 816, 828, 963 (donde se espresa en qué difiere de la *insolvencia*), 991, nota al 1043, 1105 n° 2°, 1161, 1259, 1295, 1421, 1645, 1738, 1771, 1965 n° 4°, 1986, 2015 n° 5°, 2030, 2862, 3166 inc. 2°, 3379, 3866, 3882 n° 2° nota al fin y 3981. Vé el 3335.

Así como la incapacidad absoluta produce nulidad *absoluta*, la incapacidad relativa origina una nulidad *relativa* (arts. 1043 y 1049), susceptible de confirmacion (art. 1059), y de recibir fianza (art. 1996), hipoteca y demas obligaciones accesorias (argumento *á fortiori* del art. 518), ya que las admiten aun despues que por su anulacion se truecan en obligacion natural (art. 515 n° 1°).

[2] Este artículo es mas bien doctrinario, parece originado por la nota del Dr. Freitas á su artículo 17, y se halla comprendido hasta cierto punto en el 58.

Asímismo, debe tenerse presente que las personas por nacer tienen una capacidad muy limitada: vé artículo 64.

[3] En el número 2° de este artículo 57 hay una omision, que no existe en Freitas, puesto que es innegable que el menor tiene por representante necesario á sus padres (arts 274, 281, 293 y 305), y solo por su falta les reemplazan los tutores generales ó especiales.

Leyes especiales determinan los representantes de los fallidos y religiosos: vé nuestra nota 1ª, y Freitas 41 n°s 5° y 6°.

suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representacion que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitucion, ni ningun otro beneficio ó privilegio. *Freitas* 43°. [4]

59. Art. 9°. — A mas de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial ó estrajudicial, de jurisdiccion voluntaria ó contenciosa, en que los incapaces demanden ó sean demandados ó en que se trate de las personas ó bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que *hubiere* lugar sin su participacion. *Freitas* 45° *y* 47°. [Vé arts. 494, 1223 y 3966].

60. Art. 10. — Esceptúanse de las representaciones del artículo anterior, las mujeres casadas. *Freitas* 48° *n°* 1°. [5]

no presenta una utilidad que compense los males que causa á la sociedad, y á bienes mismos de los menores. La confianza en la adquisicion queda vacilante, é impide la seguridad del derecho de propiedad, pues ese beneficio aún dura mas que la minoridad de los que favorece. Escluye por el esceso de proteccion, la concurrencia á la compra de los bienes de los incapaces. Por otra parte, en la época actual, las lesiones no pueden admitirse como vicio en los contratos, segun veremos en adelante. [Nota al art. 944]. Creemos pues, que mas valiera á los menores y á los incapaces, una buena administracion de sus bienes, que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes, y á ese objeto tenderán las ulteriores disposiciones de este Código. Mas valiera, decimos tambien, la buena organizacion del Ministerio de Menores, que podria evitar no solo los malos contratos de los tutores y curadores, sinó la mala conducta de estos en la administracion de los bienes. [La mayor parte de esta nota es de Freitas].

---

[4] Estamos perfectamente de acuerdo con la supresion del beneficio de restitucion *in integrum* y de cualquier otro beneficio ó privilegio; con la supresion de la fianza y de la hipoteca tácita de los bienes de los tutores y herederos de estos y de sus fiadores, pero de ninguna manera con la eliminacion de toda garantía, como lo hace nuestro Código con ligereza, lo que constituye á nuestro juicio uno de sus defectos capitales.

Una hipoteca especial, fianza ó prenda sobre el capital mueble y rentas probables del incapaz, tasados moderadamente, está muy léjos de constituir un privilegio, y es una precaucion absolutamente indispensable para evitar la ruina de los menores é incapaces. Los artículos 319 á 322 del Código del Estado Oriental son muy juiciosos. Puede verse á Freitas, 1693 á 1700.

Ninguna razon alcanzamos para haber omitido semejante garantía, cuya sabiduría está demostrada por la esperiencia universal, y reconocida por el mismo Freitas (1693).

Si el heredero presuntivo dá fianza que asegure su buena administracion al tomar posesion de los bienes de su causante, ausente con presuncion de fallecimiento (art. 118) ¿no debe con igual ó mayor razon exigírsela al administrador de los bienes de un incapaz? Compara con el artículo 119.

Cuando hay justo temor sobre seguridad de los bienes de que fuese tenedor el Albacea, los herederos pueden exigirle las seguridades necesarias (art. 3855) ¿y no podrá exigirse á un tutor, y limitarse solo á una vigilancia mas ó menos descuidada? Vé sin embargo, el artículo 414.

Así, pues, se ha incurrido en un grave error al creer que los bienes administrados podrían conservarse seguros, sin imponer gravámenes especiales á los de sus administradores (nota al art. 4050).

[5] Este artículo, siguiendo á Freitas, no esceptúa de la representacion forzosa del Ministerio de Menores á los menores que están bajo patria potestad, obedeciendo así á la tendencia de la legislacion y doctrina francesas de igualar ál padre con el tutor en los derechos

61. Art. 11. — Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial ó estrajudicial, estuvieren en oposicion con los de sus representantes, dejarán estos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores [6] especiales para el caso de que se tratare. *Freitas* 51°. [Art. 397 n°s 1° y 4°].

62. Art. 12. — La representacion de los incapaces es estensiva á todos los actos de la vida civil, que no fueren esceptuados en este Código. *Freitas* 52°.

---

y limitaciones de su facultad administrativa, doctrina inaceptable á nuestro juicio y de que nos hacemos cargo bajo el artículo 297.

Los padres, por los gravísimos deberes de su elevado sacerdocio, han debido poseer siempre sobre su prole menor de edad una autoridad mas ámplia y decisiva que sobre su esposa misma. Existe, pues, una razon mas fuerte aun para que el Ministerio público no haya de intervenir en la administracion paterna, sinó en los casos previstos por los artículos 61 y 397, en que debe darse un tutor ó curador especial, y en los determinados por los artículos 297 y 298.

Lo contrario nos parece desdoroso para los derechos que dá la paternidad y de todo punto inconveniente é inaceptable.

Así parece haberlo entendido tambien el ilustrado jurisconsulto argentino, Dr. Dominguez, en el artículo 82 de su Proyecto de Ley de Organizacion de los Tribunales, y le siguen la ley de San Juan, de Junio 10 de 1869, artículo 66, y los autores del Proyecto de Ley para Córdoba, artículo 120, inciso 1°.

Por último, el mismo Freitas, de quien nuestro artículo 60 ha sido tomado, suministra un argumento decisivo en favor de nuestra proposicion.

« Corresponde al tutor (dice en el art. 1714, n° 3, de su Proyecto de Cód. Civil) representar á sus pupilos, *como el padre á sus hijos,* por el modo y con las escepciones de que tratan los artículos .....; *pero* CON INTERVENCION del respectivo *Agente del Ministerio Público.*

Tambien en su artículo 1712 dejaba establecido lo siguiente: Siempre que los tutores requieran autorizacion al Juez de la tutela para los actos administrativos que no pueden ejercer sin esa autorizacion; y siempre que en nombre de los pupilos se celebrare un contrato, se sostuviere un proceso, ó se vendiere bienes en pública subasta; en todos estos casos, y en los demas que interesen á los pupilos, será préviamente oido, so pena de nulidad, el respectivo Agente del Ministerio Público (arts. 45, 46, 47, 49 y 50).

Ninguna huella de disposicion semejante se encuentra en los artículos del Sr. Freitas (1518 á 1526) que legislan la representacion paterna, y todo hace pensar que la omision del artículo 48 de su Proyecto no es mas que una inadvertencia.

Nuestros artículos 272, 274, 414, 491, 1793, 1809 n° 7° y 3175 inciso 2°, autorizan tambien á pensar lo mismo. Sostendrémos, pues, vivamente, como una necesidad de nuestras costumbres y de nuestros principios políticos, que en una república el padre de familia no debe ser menoscabado en su alta autoridad por la presencia constante é importuna de un funcionario público, salvo en los casos arriba esceptuados.

[6] Aquí y en los artículos 206 y 1793 se les llama *curadores*, y *tutores* en los artículos 272, 303, 397 y 3457. Sobre el artículo puede verse á Goyena 159°. Compara con Maynz, § 346, nota 6, 4ª edicion.

TÍTULO III

De las personas por nacer

63. Art. 1°. — Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno. *Freitas* 53°.

64. Art. 2°. — Tiene lugar la representacion de las personas por nacer, siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donacion ó herencia. *Freitas* 54°. [Vé art. 70].

65. Art. 3°. — Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaracion de ella ó del marido, ó de otras partes interesadas. *Freitas* 56°. [Vé arts. 67, 247 y 78].

66. Art. 4°. — Son partes interesadas para este fin :—

1° Los parientes en general del no nacido, y todos aquellos á quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, ó si el hijo no naciera vivo, ó si ántes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio;

2° Los acreedores de la herencia;

3° El Ministerio de Menores. *Freitas* 57°.

67. Art. 5°. — Las partes interesadas aunque teman suposicion de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el derecho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias. Tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiacion del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para despues del nacimiento. *Freitas* 58° *y* 59°. [Vé arts. 78 y 247].

Art. 1°. — Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habria sugeto que representar. El artículo 22 del Código de Austria dice: « Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho á la proteccion de las leyes, desde el momento de su concepcion. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero. » Lo mismo el Código de Luisiana, art. 29, y el de Prusia, 1ª Parte, Tít. 1°, art. 16. Pero el Código de Chile en el artículo 74 dice: « Que la existencia legal de toda persona principia al nacer; » pero si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el Derecho Romano habia acciones sobre este punto. *Naciturus habetur pro nato. Naciturus* [léase *nasciturus*] *pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur,* etc., etc. Se oponen á estos, otros textos del Digesto. Savigny los esplica perfectamente, demostrando que no hay contradiccion entre ellos (Tomo 2°, pág. 11). [De Freitas, á su art. 221].

Art. 2°. — En este artículo solo se trata del feto que puede tener bienes que adquirir por una donacion ó un testamento, y que necesita una representacion protectora; y no para asegurar la legitimidad de los hijos ó prevenir las suposiciones de parto, de lo cual se tratará en otro lugar. [De Freitas, á su art. 54].

Art. 3°. — El Derecho Romano en cuatro títulos contenia disposiciones de un rigor escesivo, hasta obligar á la mujer embarazada á declarar, bajo juramento, tomándole valores en prenda ó imponiéndole multas. (Títs. 3°, 4°, 5° y 9° [léase, 6°], Lib. 25, Dig.) Habia varias diligencias para el reconocimiento del embarazo, depósito de la mujer y reconocimiento del parto. Pero estas medidas deben abolirse: 1° porque el reconocimiento del embarazo requiere exámen de mèdicos, cuyos resultados son muy falibles; 2° porque la mujer embarazada puede no prestarse á ese exámen humillante y ofensivo al pudor, y no habria medio de obligarla, por el peligro de su situacion, ni hacerle conminaciones penales de ningun género, porque no se trata de su derecho ó interés propio. Basta dejar á salvo el derecho de pedir medidas policiales. La materia no puede corresponder á la justicia civil. [De Freitas, á sus arts. 56 y 58].

68. Art. 6°. — Tampoco la mujer embarazada ó reputada tal, podrá suscitar litigio para contestar su embarazo declarado por el marido ó por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representacion determinada en este Código. *Freitas* 60°.

69. Art. 7°. — Cesará la representacion de las personas por nacer el dia del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entónces la de los menores, ó antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duracion del embarazo, segun las disposiciones de este Código. *Freitas* 61°. [Art. 77].

—

TITULO IV

De la existencia de las personas ántes del nacimiento

70. Art. 1°. — Desde la concepcion en el seno materno comienza la existencia de las personas; y ántes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes despues de estar separados de su madre. *Freitas* 221° *y* 222°.

71. Art. 2°. — Naciendo con vida no habrá distincion entre el nacimiento es-

Art. 1°. — [Vé Luisiana 948°; Chile 74°]. Savigny en el tomo 2° desde la página 5ª, reune toda la doctrina del Derecho Romano sobre la materia, en los términos siguientes: « 1° Es preciso que el hijo sea separado de la madre; 2° separado completamente; 3° que viva despues de la separacion; 4° que sea una creatura humana. Respecto á lo primero son indiferentes los medios que se empleen para obtener esta separacion. Así pues, en derecho no se distingue el nacimiento natural del que se obtiene por una operacion quirúrgica » (1). Una antigua ley ordenaba espresamente que despues de la muerte de una mujer embarazada, su cuerpo fuera abierto á fin de salvar, si era posible, la vida del hijo (2). La separacion debe ser completa (3). Es preciso que el hijo viva despues de la separacion (4). Si pues durante un parto trabajoso, el hijo da signo de vida, pero muere ántes de haber sido completamente separado de la madre, nunca tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo, y con mas razon, si ántes de comenzar el nacimiento, el hijo hubiese muerto (5). Es preciso que la vida sea indudable, no importa por qué signos. Antiguamente muchos jurisconsultos miraban como condicion indispensable que el nacido hubiese dado algun vagido, pero Justiniano condenó espresamente esta opinion (6). La duracion de la vida es tambien cosa indiferente; y el hijo tiene la capacidad de derecho aun cuando muera inmediatamente despues de su nacimiento (7). En fin, para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, esteriormente apreciables; no debe ser, segun la espresion de los romanos, ni *monstrum* ni *prodigium* (8); pero una simple desviacion de las formas normales de la humanidad, por ejemplo un miembro de mas ó un miembro de ménos, no obsta á la capacidad de derecho. Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una creatura humana. Parece que la cabeza debe presentar las formas de la humanidad (9).

(1) *Natum accipe etsi exsecto ventre editus sit.* L. 6 [léase 12, Tit. 2, Lib. 28]. *De liberis.* Dig. — L. 1°, § 5°, *ad S. C. Tertull.*

(2) L. 2ª *De mortuo infer.* Dig. [Tit. 8, Lib. 11].

(3) L. 3ª Cód. *De posthumis — Perfecte natus* [Tit. 29, Lib. 6].

(4) L. 3° Cód. *De posthumis — Vivus, natus est.*

(5) L. 129 Dig. *De verb. sig. qui mortui nascuntur neque, procreati videntur* [Tit. 16, Lib. 50].

(6) L. 3ª Cód. *De posthumis.*

(7) L. 2ª y 3ª Cód. eod. *Licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit.*

(8) L. 3ª Cód. *De posthumis. Ad nullum declinans monstrum vel prodigium.*

(9) L. 44 [Tit. 7, Lib. 11] Dig. *De relig.* Las Leyes de Partida conformes con las Leyes Romanas, véase las LL. 3ª y 5ª, Tit. 23, Part. 4ª, y 8ª, Tit. 33, Part. 7 [de Goyena, 107°. Vé L. 20, Tit. 2, Part. 6ª].

pontáneo y el que se obtuviese por operacion quirúrgica. *Freitas* 223°; *Luisiana* 950°.

72. Art. 3°. — Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, ó que mueran despues de nacer, por un vicio orgánico interno, ó por nacer ántes de tiempo. *Freitas* 224°.

73. Art. 4°. — Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que *asistieren* al parto hubiesen oido la respiracion ó la voz de los nacidos, ó hubiesen observado otros signos de vida. *Freitas* 225°. [1]

74. Art. 5°. — Si muriesen ántes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido. *Freitas* 226°; *Chile 74° inc. 2°*.

75. Art. 6°. — En caso de duda de si hubieran nacido ó nó con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario. *Freitas* 228°. [2]

Art. 3°. — El Código Francés (art. 725) exige que el nacido sea viable, de vida, es decir, que no traiga algun vicio por el cual su muerte pueda asegurarse, ó que haya nacido ántes de tiempo. Lo mismo dispone el de Nápoles (art. 146) [léase, 646], el de Austria [art. 22] (Cap. 3°, Parte 2ª), el de Baviera (Cap. 3°, Lib. 1°). Pero el Código Sardo (art. 705) dice que se presume viable el que ha nacido vivo. El de Luisiana: « Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sinó un instante » (art. 948) [léase, 950]; y en el art. 917 [léase, 957] añade: « La existencia del hijo, nacido vivo, se determina por su respiracion ó sus vagídos, ó por otros signos ». El Código de Chile (art. 74) solo exige que el hijo, despues de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento. La Ley Recopilada 2ª, Tít. 5°, Lib. 10, para quitar dudas en la materia, exigió que el hijo habia de nacer en el tiempo regular, vivir veinte y cuatro horas y ser bautizado. [De Goyena, 107°]. La cuestion quedaba siempre como cuestion de hecho, sobre un solo momento de vida, pues si el nacido vivia solo veinte y tres horas, veinte y tres horas y cincuenta minutos, se tendria como abortivo, ó nacido sin vida. Nuestro artículo no exige la viabilidad del nacido como condicion de su capacidad de derecho. El fundamento del Código Francés y de los Códigos que lo siguen, es el siguiente: « El hijo que nace ántes de los seis meses de la concepcion, aunque nazca vivo, es incapaz de prolongar su existencia ». Lo mismo se dice del que nace con un vicio orgánico, tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte; desde entónces á este ser no se le puede atribuir derecho alguno, porque la capacidad de derecho depende, no solamente del nacimiento, sinó de la capacidad de la vida, de la viabilidad.

Esta doctrina no tiene fundamento, pues es contraria á los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una creatura humana, sin consideracion alguna á la mayor ó menor duracion que pueda tener esa existencia. Este es el derecho general, y no se comprende qué motivo haya para introducir una restriccion respecto al recien nacido. La muerte que sobrevenga puede provenir de circunstancias esteriores y no de la viabilidad. Por otra parte, ¿cómo conocer el dia de la concepcion? ¿qué médico puede decir que el nacido no ha estado sinó 178 dias en el vientre de la madre, y no los 180, los seis meses fijados por las leyes? Se abriria así una puerta á la incertidumbre de los juicios individuales, y á las opiniones siempre dudosas de los facultativos, sobre el tiempo que el hijo hubiese estado en el vientre materno, por la imperfeccion de su constitucion material, que vendria á decidir de los derechos mas importantes.

Decimos lo mismo respecto de los vicios orgánicos que el recien nacido presente. No porque una persona parezca con signos indudables de una pronta muerte, queda incapaz de derecho. Seria preciso tambien que la ley fijara el tiempo en que el vicio orgánico debia desenvolverse para causar la incapacidad del recien nacido, y la ciencia por cierto no podria asegurar qué dias ó qué horas de vida le quedaban al nacido con un vicio orgánico. [De Savigny, allí].

Savigny ha tratado esta materia extensamente en el apéndice 1° del tomo 2°.

---

[1] Código prusiano, parte 1ª, libro 1°, artículo 13. Luisiana, 957°. Demolombe, XIII, 178. En vez de *asistieren*, léase *asistieron*, como dice Freitas, y exige la propiedad.

[2] *Contra*, Luisiana, 956°. Vé la nota al artículo 3292.

76. Art. 7°. — La época de la concepcion de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximun y mínimun de la duracion del embarazo. *Freitas* 229°.

77. Art. 8°. — El máximun de tiempo del embarazo se presume que es de diez meses, y el mínimun de ciento ochenta dias, escluyendo el dia del nacimiento. Esta presuncion no admite prueba en contrario. *De Freitas* 230° *y* 231°. [Vé arts. 240, 247 y 246]. [8]

78. Art. 9°. — No tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto ó despues de tener lugar, ni á requerimiento de la propia mujer, ántes ó despues de la muerte del marido, ni á requerimiento de este ó de partes interesadas. *Freitas* 232°. [Vé arts. 65, 67 y 247].

—

TÍTULO V

De las pruebas del nacimiento de las personas

79. Art. 1°. — El dia del nacimiento, con las circunstancias de lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad, se probará en la forma siguiente: *Freitas 234°*. [Vé art. 357]. [1]

80. Art. 2°. — De los nacidos en la República, por certificados auténticos extraidos de los asientos de los registros públicos, que para tal fin deben crear las municipalidades, ó por lo que conste de los libros de las parroquias, ó por el modo que el Gobierno Nacional en la Capital, y los Gobiernos de Provincia determinen en sus respectivos reglamentos. *De Freitas 234° n° 1°.*

81. Art. 3°. — De los nacidos en alta mar, por cópias auténticas de los actos que por ocasion de tales accidentes, deben hacer los escribanos de los buques de

---

[8] Segun esto el niño puede elegir como punto de partida del cómputo, el momento que considere mas favorable á sus intereses. Aubry y Rau, § 545 nota 17ª, citando tres fallos.

En esos plazos se computa el dia de la concepcion (arts. 240, 246 y 256), aunque los artículos 24 y 25 parecian reclamar una solucion contraria.

[1] Sobre si los registros públicos prueban solo la filiacion ó tambien justifican la legitimidad ó ilegitimidad, vé nuestras notas á los artículos 263 y 85.

Sobre *registro civil* puede verse Código francés, 34° á 101°. Goyena 334° á 378°. Código del Estado Oriental, 39° á 48°. Proyecto del Dr. Acevedo, 28° á 79°, y ley de Buenos Aires.

Nuestro Código entiende que debe limitarse á establecer los medios de probar el nacimiento y la muerte, y que es incumbencia de la legislacion administrativa ó de procedimientos dictar las providencias necesarias para la facilidad y autenticidad de esa prueba. Sigue en esto el parecer de Freitas, separándose de las legislaciones que acabamos de citar y demas que imitan al Código francés.

Puede verse la nota del Dr. Velez, al presentar este Libro 1°.

guerra y el capitan ó maestre de los mercantes, en las formas que prescriba la respectiva legislacion. *Freitas* 234° *n°* 2°. [2]

82. Art. 4°. — De los nacionales nacidos en pais estrangero, por certificados de los registros consulares, ó por los instrumeutos hechos en el lugar, segun las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares ó diplomáticos de la República. *Freitas* 234° *n°* 3° *y* 885°; *Cód. Francés* 47° *y* 48°. [Vé art. 12].

83. Art. 5°. — De los estrangeros en el pais de su nacionalidad, ó en otro pais estrangero, por el modo del artículo anterior. *Freitas* 234° *n°* 4°; *Código Francés* 47°.

84. Art. 6°. — De los hijos de los militares en campaña fuera de la República, ó empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares. *Freitas* 234 *n°* 5°.

85. Art. 7°. — No habiendo registros públicos, ó por falta de asiento en ellos, ó no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el dia del nacimiento, ó por lo ménos el mes ó el año, por otros documentos ó por otros medios de prueba. *Freitas* 235°. [Vé art. 108]. [3]

86. Art. 8°. — Estando en debida forma los certificados de los registros mencionados, se presume la verdad de ellos, salvo sin embargo, á los interesados el derecho de impugnar en todo ó en parte las declaraciones contenidas en esos documentos, ó la identidad de la persona de que esos documentos tratasen. *Freitas* 236° *y* 237°; *Chile* 306° *á* 308°.

87. Art. 9°. — A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los modos declarados, y cuando su determinacion fuere indispensable, se decidirá por la fisonomía, á juicio de facultativos, nombrados por el Juez. *Freitas* 238°. [é Chile 314°].

88. Art. 10. — Si nace mas de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institucion ó sustitucion á los hijos mayores. *Freitas* 239° *y nota al* 234°. [Vé art. 109].

Art. 10. — Porque el tiempo, como se ha declarado [art. 24], no se cuenta por horas. [De Freitas 234°].

---

[2] La palabra *actos*, en vez de *asientos* ó *instrumentos*, es un galicismo, y hay cacofonía en decir *hacer actos*.

La voz *maestre* es sinónima de la de *capitan*, y no debe confundirse con la de *contramaestre*, quien con el piloto, constituyen los empleados inmediatos al Capitan, hacen sus veces (Cód. Com. 1140°), y no es dudoso que como en el otorgamiento de testamentos (art. 3685 del presente Cód.), reemplazan legalmente al Capitan en el asiento de los nacimientos y muertes (art. 104) que tengan lugar en el buque.

[3] Semejante á esta disposicion es la del artículo 46 francés. El Código Chileno 305° á 309°, legisla confusamente la manera de probar hechos puros y simples como el nacimiento y la muerte, y hechos complexos como son la legitimidad é ilegitimidad.

En la espresion *falta de asiento*, queda comprendido el caso de que la falta sea efecto de simple omision; y en los asientos que no están *en la debida forma* se comprenden tambien los que sean ilegibles.

Inútil es agregar que en los casos de nuestro artículo el que impugne el estado civil puede servirse de toda clase de pruebas. Lo que no está prohibido está permitido; y las partes deben encontrarse en un pié de perfecta igualdad: arg. de la regla 41 del Digesto.

TÍTULO VI

Del domicilio

89. Art. 1°. — El domicilio *real* de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. El domicilio de orígen, es el lugar del domicilio del padre, en el dia del nacimiento de los hijos. *Freitas* 182°. [1]

90. Art. 2°. — El domicilio *legal* es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, y así: —

1° Los funcionarios públicos, eclesiásticos ó seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo estas temporarias, periódicas, ó de simple comision; *Freitas* 176° *n°* 3°. [2]

2° Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquel, si no manifestasen intencion en contrario, por algun establecimiento permanente, ó asiento principal de sus negocios en otro lugar; *Freitas* 176° *n°* 4°.

3° El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes ó por el Gobierno, es el lugar donde está situada su direccion ó administracion, [3] si en sus estatutos ó en la autorizacion que se les dió, no tuviesen un domicilio señalado; *Goyena* 45°. [Vé art. 44].

4° Las compañias que tengan muchos establecimientos ó sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para solo la ejecucion de las obligaciones allí contraidas por los agentes locales de la sociedad;

Art. 1°. — Pothier. *Introduccion general á las Costumbres* [la Costumbre] *de Orleans.* Cap. 1°, § 1°, art. 8°. — Cód. Francés, art. 102. — Cód. Sardo, art. 66. [De Goyena 38°].

---

[1] El Código, á diferencia de Freitas 175°, no establece la division del domicilio en *necesario* ó legal y *voluntario*. Tampoco opone al domicilio *real, de hecho* ó verdadero, el *de eleccion,* como lo hacen la mayor parte de los autores franceses y Goyena, sinó mas bien el *legal* ó *de derecho*, siguiendo en ello á Zachariæ (vé art. 100), domicilios que pueden coincidir y confundirse en uno solo.

Sobre el domicilio *real,* vé artículos 91 á 94. El domicilio *de orígen* es una especie del *legal* ó *necesario*, como se vé por el artículo siguiente, número 6°; así es que ha debido definirse en párrafo ó artículo separado.

Como la madre sucede al padre en la patria potestad, podemos establecer que el domicilio de aquella determina el domicilio *de orígen* del hijo póstumo ó sin padre conocido.

[2] En el artículo 106 Francés, 70 Sardo y en Freitas se dá fuerza á una manifestacion de voluntad ó intencion contraria, que nuestro número 1° calla; y como el domicilio legal es una presuncion que no admite prueba en contrario, se desprende de esto y del número 2° que este Código no dá fuerza alguna á esa manifestacion de voluntad contraria; y á nuestro juicio con razon, pues se quita así un motivo de dudas y fraudes.

[3] Recuérdese que en el citado artículo 44 se habla de la direccion ó administracion *principal.*

5° Los transeuntes [4] ó las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual; *De Freitas nota al* 191°, *y Goyena* 44°.

6° Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes; *Freitas* 176° *n°* 1°. [5]

7° El domicilio que tenia el difunto determina el lugar en que se abre su sucesion; [Vé arts. 3285 y 3286].

8° Los mayores de edad que sirven, ó trabajan, ó que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona á quien sirven, ó para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa, ó en habitaciones accesorias, con escepcion de la mujer casada que, como obrera ó doméstica, habita otra casa que la de su marido; *Cód. Francés* 109° *y Goyena á su art.* 42. [6]

9° La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle *separada* de su marido por autoridad competente conserva el domicilio de este, si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte. *Aubry, Massé y Acevedo.* [7]

91. Art. 3°. — La duracion del domicilio *de derecho*, depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando este, el domicilio se determina por la residencia,

Art. 2°. — Zachariæ, § 88. [Aubry, § 143 nota 15, etc.].
1° Cód. Francés, arts. 106 y 107.
4° Pothier, *Ad Pand.* Lib. 50, Tít. 1°, n° 3°. [Demolombe, I, 374 *bis*. Massé y Vergé, nota 2 al § 92 de Zachariæ, etc. Vé á Freitas, 3099° § 2°].
6° Cód. Francés, arts. 108 y 109. — Cód. Sardo, art. 71. [De Goyena 42°].
7° Cód. Francés, art. 110. — Cód. Sardo, art. 74.
8° Cód. Sardo, art. 72. [Holanda 79°, Luisiana 49°, Acevedo 88°, Freitas 176° n° 2°].
9° L. 32, Tít. 2°, Part. 3°. — Cód. Francés, art. 108. — Sardo, art. 71. [De Goyena 42°].

---

[4] No alcanzamos el acierto de esta resolucion, á no ser para el cumplimiento de las obligaciones contraidas en el lugar en que se está de paso (vé el art. 3285), y ella dará márgen á la pluralidad de domicilios, que las leyes deben procurar evitar por las muchas dificultades que origina. Parece ademas contradicha por el artículo 92.

[5] Siendo la mujer casada una de las personas incapaces, ha debido tratarse de su domicilio aquí y no bajo el número 9.

El inciso 2° del artículo 108 francés es el que corresponde á este número, pues el inciso 1° trata del domicilio de la mujer casada, y corresponde así á nuestro número 9. El artículo 109 francés solo cuadra al número 8°. — Concuerda con el número 6°, la Ley 12, Tít. 16, Part. 6ª, y Gregorio Lopez en ella.

[6] Las palabras *ó en habitaciones accesorias* son de Freitas 176 número 2°. — El menor de edad emancipado por el matrimonio (art. 131) se equipara aquí al mayor de edad. — La escepcion referente á la mujer casada es corriente en la doctrina francesa. Aubry, § 143 nota 12; Zachariæ, § 89 nota 9; Demolombe I, 368, etc.

[7] El inciso 1° de este número es tomado de Aubry, § 143 n° 2; el inciso 2° es de Massé, nota 4 al § 89 de Zachariæ, y el 3° es del Proyecto del Dr. Acevedo, artículo 87° inciso 2°, y de Massé, allí.

La *separacion* de que habla nuestro número 9, es la separacion de cuerpos, personal ó divorcio (art. 198); pues la separacion de bienes (arts. 1292 á 1308) no causa el cambio de domicilio de la mujer casada.

Zachariæ y Acevedo iban hasta sostener que el divorcio no hacia mudar el domicilio de la esposa.

con intencion de permanecer en el lugar en que se habite. *De Zachariæ*, §§ 89 *y* 90. [8]

92. Art. 4°. — Para que la habitacion cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intencion de fijarse allí para siempre.[9]

93. Art. 5°. — En el caso de habitacion alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento. *De Zachariæ*, § 90 *nota* 3. [10]

94. Art. 6°. — Si una persona tiene establecida su familia en un lugar, y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.

95. Art. 7°. — La residencia involuntaria por destierro, prision, etc., no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, ó se tiene el asiento principal de los negocios. *Chile* 65°. [Art. 99].

96. Art. 8°. — En el momento en que el domicilio en pais estrangero es aban-

[Art. 7°.]— Argumento L. 27, § 3, Tít. 1°, Lib. 50, Dig. — Merlin, v° *Domicile*, § 4° n° 3°].

---

[8] En otros términos: á pesar de cesar la causa que lo originó, el domicilio *legal* continúa mientras no es reemplazado por otro (legal ó *real*), principio que este Código presupone en los incisos 2° y 3° del número 9, y que debe aplicarse á los demas incapaces.

Si la tutela ó curatela cesan, si mueren los padres ó tutores, es claro que el menor, demente ó hijo de familia conservan el domicilio de sus tutores, curadores ó padres, mientras no lo cambien espontáneamente ó en virtud de disposicion de la ley. Así, una persona tiene siempre un domicilio.

La viuda que casa con persona de otro domicilio, pasa de un domicilio *legal* á otro, y no precisamente *real*, como establece nuestro artículo, copiando á Zachariæ.

El artículo exige el *hecho* de la residencia y el *ánimo* de permanecer para el efecto de adquirir el domicilio, y para conservarlo basta el simple *ánimo* de no cambiarlo (art. 99), porque como se ha observado ingeniosamente, se aplica al domicilio la teoría de la posesion, que tambien no se adquiere sinó por el hecho acompañado del ánimo y se conserva igualmente con la simple intencion (arts. 2375 y 2447).

Por último, este artículo demuestra la inexactitud del 90 n° 5°, en que se establece que los transeuntes tienen su domicilio en el lugar de su residencia actual.

[9] Aubry, § 144 nota 2. Demolombe, I, 354. Freitas, 181° n° 4, 190° y 195°. — Nuestro artículo pudo decir con mas claridad y propiedad: para que la *residencia* (en vez de *habitacion*) cause domicilio debe ser habitual y no accidental.

El domicilio es el lugar jurídico, el lugar cierto de las personas visibles ó ideales, y la *residencia* es un lugar de hecho (ó el hecho mismo) que solo corresponde á las personas de existencia visible, pues las personas jurídicas no tienen residencia.

El domicilio es el *lugar cierto de la residencia de una persona de existencia visible*, el lugar de su residencia con la intencion de permanecer. La residencia es un mero hecho, es el lugar en que cada individuo se halla efectivamente, aun sin intencion de permanecer en él.

Constituido el domicilio, se conserva por el solo ánimo ó hasta que se adquiera otro, aunque no haya residencia efectiva, mientras que la residencia cesa cuando se deja el lugar de ella.

[10] Este artículo lleva una adicion á Zachariæ, que es la que se refiere á la posesion de la familia, circunstancia bastante importante para fijar el domicilio; pero no encontramos motivo suficiente para la disposicion siguiente.

donado, sin ánimo de volver á él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento. [11]

97. Art. 9°. — El domicilio puede cambiarse de un lugar á otro. Esta facultad no puede ser coartada, ni por contrato, ni por disposicion de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslacion de la residencia de un lugar á otro, con ánimo de permanecer en él y de tener allí su principal establecimiento. *Zachariæ* § 90, *y Freitas* 179°. [Vé art. 531 n° 1°].

98. Art. 10. — El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo. *Zachariæ*, § 90 *nota* 9.

99. Art. 11. — El domicilio se conserva por la sola intencion de no cambiarlo, ó de no adoptar otro. [12]

100. Art. 12. — El domicilio de derecho y el domicilio real, determinan la competencia de las autoridades públicas, para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones. [Vé arts. 113, 400, 618, 747 y 3285]. [13]

101. Art. 13. — Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecucion de sus obligaciones.

102. Art. 14. — La eleccion de un domicilio implica la estension de la jurisdiccion que no pertenecia sinó á los jueces del domicilio real de las personas. *Zachariæ*, § 92 *nota* 12; *Cód. Francés* 111°.

Art. 9°. — Cód. Francés, art. 103. — Sardo, art. 66. [Léase 67; citas de Goyena 38°].

Art. 14. — L. 32, Tít. 2°, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 111. — Sardo, art. 75. [Citas de Goyena: vé su art. 46, Acevedo 91°; Zachariæ, allí, y Aubry § 146].

---

[11] Parece que se ha querido decir domicilio *de orígen* en vez de domicilio *de nacimiento*, cosas que son completamente distintas, como puede verse en la nota de Freitas á su artículo 187. De otra manera, quedaria sin aplicacion en este Código el domicilio de orígen, á que los escritores atribuyen tanta importancia, y sin objeto la definicion que de él dá el artículo 89 inciso 2°.

[12] En otros términos: mientras no se adquiera un nuevo domicilio, se conserva el anterior. Es lo que se deduce de los artículos 90 n° 9, 91, 95, 96 y aun tal vez de los artículos 97 y 98.

[13] Del artículo 101 siguiente, del § 91 de Zachariæ, en que el legislador se ha inspirado, del artículo 44, y de Freitas, artículo 4° n° 2°, 30 n° 2°, 205 y 403 n° 3°, se deduce que nuestro artículo habla del domicilio *general* que origina una competencia general; y que debe entenderse sin perjuicio de los casos de competencia especial.

Las palabras *derechos* y *obligaciones* de que nuestro artículo se sirve, oponiéndolas entre sí, lo que dicen la nota del Dr. Velez al artículo 3286 n° 4°, Zachariæ en el lugar citado y Aubry en el § 145 nota 2, persuaden tambien que este artículo se refiere á la *materia personal* y *mueble*, al *forum domicilii*, á las acciones personales que no se dirijan sobre *inmuebles;* como que es corriente en el derecho que estos últimos se rigen por el *forum rei sitæ*.

Téngase presente, sin embargo, que el Código Francés de procedimiento, 59° inciso 3°, sin distinguir los bienes muebles de los raices, dispone que las acciones reales deben dirijirse ante el Juez del lugar en que los bienes estén situados, mientras que la ley de Enjuiciamiento civil española, 5° § 2° y las de nuestras provincias, dejan á eleccion del demandante entablar su accion *real* sobre bienes *muebles* ante el Juez del lugar en que se

TÍTULO VII

Fin de la existencia de las personas

103. Art. 1°. — Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningun caso, ni por pena, ni por profesion en las comunidades religiosas. [Vé arts. 398 n° 16°, 991, nota al 1043, 1161, 2013 n° 6°, y 55 nota *a*].

104. Art. 2°. — La muerte de las personas, ocurrida dentro de la República, en alta mar ó en pais estrangero, se prueba como el nacimiento en iguales casos. *Freitas* 241° *n°* 1°. [Arts. 80 á 84].

105. Art. 3°. — La de los militares muertos en combate, respecto de los cuales no hubiese sido posible hacer asientos, por lo que conste en el Ministerio de la Guerra. *Freitas* 241° *n°* 3°.

106. Art. 4°. — La de los fallecidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales ó lazaretos, por lo que conste de los respectivos asientos, sin perjuicio de las pruebas generales. *Freitas* 241° *n°* 4°.

107. Art. 5°. — La de los militares [1] dentro de la República ó en campaña, y

Art. 1°. — Los votos solemnes en comunidades religiosas causan incapacidad para todos los efectos civiles. Desde ese momento, la sucesion de los religiosos es deferida segun su testamento, ó se da á los parientes que se encuentran en el grado de sucederles. Pero esta posicion de una persona viva no ha podido sostenerse sinó con escepciones tan comunes, que todos los dias vemos dejar sin efecto la ley que causó la muerte civil por la profesion religiosa. El religioso profeso que ha sido elevado al Episcopado y queda secularizado, recobra por su promocion á esta dignidad la vida civil que habia perdido por su profesion, y viene á ser capaz de todas las funciones públicas; puede adquirir bienes por toda clase de actos; tiene derecho de disponer por testamento de los que posee, y ab-intestato trasmite su sucesion á sus parientes.

Tambien los religiosos, curas de las parroquias, como ha habido tantos ejemplos en la República, pueden adquirir bienes y disponer de ellos libremente.

Son tambien restituidos á la vida civil los religiosos que obtienen dispensa de sus votos, dispensas comunes y tan fáciles de obtener, como lo vemos diariamente. Causaba tantas dificultades en las familias esta aparicion repentina del individuo á quien ya se habia heredado y contadosele por muerto en la sucesion de los padres, que Francia no reconoció, como asegura Pothier, la facultad de esas dispensas ni aún en el Sumo Pontífice, y no eran por ellas restituidos á la vida civil los religiosos dispensados de sus votos. En la República Argentina no ha sido así, y ha dependido de un Obispo, de un Vicario Apostólico, y aún de los Vicarios Capitulares, derogar las leyes y restituir la vida civil á los muertos civilmente por la profesion religiosa. Es mejor pues que tales leyes no existan, cuando son tantos los medios de dejarlas sin efecto, causando cuestiones difíciles en las familias, tanto mas cuanto que ni la muerte civil era efectiva. Mil veces los religiosos han sido miembros de los Cuerpos Legislativos, nacionales ó provinciales, y en muchos pueblos lo son hasta hoy.

Así pues, si una sucesion es deferida á un religioso ó religiosa, pueden estos hacer una abdicacion voluntaria de ella con mas conocimiento que las que hacen de las sucesiones futuras al profesar. El religioso, por conservar la vida civil, no deja de ser miembro de una persona jurídica, su convento, sujeto en un todo á los estatutos que lo rijan.

---

hallen ó ante el del domicilio del demandado. Vé la nota 24 al artículo 747, así como nuestro proyecto de Ley de Enjuiciamiento para esta Provincia de Corrientes, artículo 5 y nota.

[1] De la misma manera deberá probarse la muerte de los hijos de los militares: argumento del artículo 84. El 105 debió seguir al presente.

la de los empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros de los hospitales ó ambulancias. *Freitas* 241° *n°* 2°. [Art. 84].

108. Art. 6°. — A falta de los referidos documentos, las pruebas del fallecimiento de las personas podrán ser suplidas por otros en los cuales conste el fallecimiento, ó por declaraciones de testigos que sobre él depongan. *Freitas* 242°; *Cód. Francés*, 46°. [Art. 85].

109. Art. 7°. — Si dos ó mas personas hubiesen fallecido en un desastre comun ó en cualquiera otra circunstancia, de modo que no se pueda *saber* cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar trasmision alguna de derechos entre ellas. *Freitas* 243°. [Vé art. 88].

—

TÍTULO VIII

De las personas ausentes con presuncion de fallecimiento [1]

[Vé art. 54 nota 1ª]

110. Art. 1°. — La ausencia de una persona del lugar de su domicilio ó residencia en la República, haya ó no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años, causa la presuncion de su fallecimiento. *Freitas* 244° *n°* 1°.

Art. 7°. — *Todos* los Códigos modernos * con escepcion del de Chile [art. 79], han creado presunciones de derecho sobre la prioridad de la muerte, cuando muchos mueren á un tiempo, derivándolas de la edad ó del sexo. Para unos, primero deben haber muerto las mujeres que los varones; para otros, la edad de las personas parece que fijaba el órden del fallecimiento. Pero estas presunciones de derecho, que tambien se ven en las Leyes de Partida, eran arbitrarias, y sin ningun fundamento positivo, y lo que es mas, no habia necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho ¿Qué interés social se presentaba para que necesariamente hubiera una trasmision de derecho entre personas que habian fallecido á un tiempo, ó de quienes se ignoraba cual hubiese muerto primero? Mejor es legislar el caso como el Código de Chile y como lo propone Freitas, estableciendo que han muerto todas en el mismo momento y que no ha habido entre ellas trasmision alguna de derechos. De esto no puede resultar cuestion alguna entre los sucesores de esas personas.

Art. 1°. — Freitas observa que el Código Francés y los demás que lo han seguido, no

---

[1] Existen tres clases ó categorias de ausentes:

1ª De los que *no* están *presentes* en un lugar dado, sea el de su domicilio ó sea el de su residencia, ú otro en que su presencia sea necesaria. De esta ausencia tratan los artículos 757 n° 3°, 1148, 1215, 2818, 3205, 3465 y 4002.

2ª De los ausentes declarados tales en juicio, que son absolutamente incapaces segun el artículo 54 n° 5°; y

3ª De la ausencia que causa presuncion de fallecimiento, de la que trata este Título, y á que se refieren los artículos 3459 y probablemente el 310 y el 3467 n° 1°, á pesar de su vaga terminología.

* Es cierto que la mayor parte de ellos siguen al Código francés (720° á 722°), con algunas variantes; pero disponen lo mismo que nuestro artículo los Códigos de Austria, Holanda, Saxe, Saxe-Weimar, Suecia, Noruega, Dinamarca, Cantones de Vaud, Argovia y Lucerna, y lo establecía ya el Gragas ó *jus vetus* de Islandia. — Inglaterra libra el caso al arbitrio judicial.

En el artículo 109 la palabra *saber* equivale á la de *probar*.

111. Art. 2°. — Los seis años serán contados desde el dia de la ausencia, si nunca se tuvo noticia del ausente, ó desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él. *Freitas, allí.*

112. Art. 3°. — Causa tambien presuncion de fallecimiento la desaparicion de cualquiera persona domiciliada ó residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, ó que naufragase en un buque perdido ó reputado por tal, ó que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto ú otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres años consecutivos. Los tres años serán contados desde el dia del suceso, si fuese conocido, ó desde un término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido. *Freitas* 244° *n°* 2°; *Chile* 81° *n°* 7°; *Austria* 24° *n°* 3°. [Vé art. 117].

113. Art. 4°. — En el caso del artículo anterior [2], el cónyuge del ausente, los presuntos herederos legítimos, los instituidos por tales en un testamento abierto, ó los legatarios, los que tuviesen derecho á bienes poseidos por el ausente, ó los que tuviesen sobre sus bienes algun derecho subordinado á la condicion de su muerte, el Ministerio Fiscal y el Cónsul respectivo, si el ausente fuese estrangero, pueden pedir una declaracion judicial del dia presuntivo del fallecimiento del ausente, al juez del último domicilio ó residencia de aquel. *Freitas* 245° *á* 247°. [Arts. 100 y 3286].

114. Art. 5°. — Los que se presentasen pidiendo esta declaracion, deben justificar el tiempo de la ausencia, las diligencias que hubiesen practicado para saber de la existencia del ausente, sin resultado alguno, el derecho á sucederle, y en su caso, el suceso del naufragio, terremoto, accion de guerra, etc., en que el ausente se encontraba. *De Freitas* 248° *n° 1° y* 249°.

115. Art. 6°. — El juez debe nombrar un defensor al ausente y un curador á sus bienes, si no hubiese administrador de ellos, y citar al ausente por los periódicos cada mes, por espacio de seis meses. *De Freitas* 252° *y* 253°.

116. Art. 7°. — Pasados los seis meses, y recibidas las pruebas que presentaren los que hubiesen pedido la declaracion del dia presuntivo del fallecimiento del ausente, el juez, oido el defensor de este, declarará la ausencia y el dia presuntivo del fallecimiento del mismo, y mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiese dejado. *De Freitas* 250° *y* 254°.

117. Art. 8°. — En el caso del artículo 1°, el juez fijará, como dia presuntivo del

hablan precisamente de la ausencia como presuncion de fallecimiento, y no se comprende de qué ausencia tratan [vé art. 3459], pues el carácter de esta es modificado por la circunstancia de haber dejado ó nó el ausente, apoderado ó representante legal. La declaracion judicial, que por esos Códigos debe hacerse, es meramente declaracion de ausencia, cuando debia ser declaracion del dia del fallecimiento presunto, segun las mismas resoluciones finales, que en dichos Códigos se advierten. Es pues inútil [no lo es !] notar las concordancias con los Códigos estrangeros.

En la legislacion española solo hay la Ley 14, Tít, 14, Part. 3ª que dice: « *Si aquel de cuya muerte dubdan, dicen que en estrañas é luengas tierras es muerto, é gran tiempo es pasado, ansi como diez años arriba, abonda que prueben que esto es fama entre los de aquel logar, ó que públicamente dicen todos que es muerto* ». [De Goyena, I, pág. 290].

---

[2] Ninguna duda puede caber, y los comprueban los artículos 114 y 117, que la disposicion del presente es tambien estensiva al caso previsto en el artículo 110 y que se ha omitido decirlo por mera inadvertencia.

fallecimiento del ausente, el último dia de los primeros tres años de la ausencia, ó el dia en que se tuvo de él la última noticia; y en el caso del artículo 3°, el dia del conflicto de guerra, naufragio, terremoto, etc., si fuese conocido, y no siéndolo, el dia del término medio de los tres años. *Freitas* 257° *y* 258°.

118. Art. 9°. — Fijado el dia presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos, *á la época de la desaparicion* del ausente, ó los herederos de estos y los legatarios, entrarán en la posesion provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal y fianzas que aseguren su buena administracion. Si no pudiesen dar fianzas, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, ó poner los bienes bajo la administracion de un tercero. *De Freitas y Goyena.* [Vé art. 2002]. [3]

119. Art. 10. — Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesion provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes. *Goyena* 320°. [4]

120. Art. 11. — Si dada la posesion provisoria, se presentase el ausente ó hubiese noticia cierta de él, quedará sin efecto alguno. *Cód. Francés* 131°. [5]

---

[3] Por ser el primer renglon de Freitas y lo restante tomado de los artículos 318 y 319 de Goyena, este artículo no guarda congruencia entre sus partes ni con los artículos anteriores.

La fijacion del dia presuntivo del fallecimiento tiene un gran objeto: marcar el momento en que la ley considera muerta á una persona, en que su sucesion se abre (art. 3284), para saberse en qué momento y á quiénes se trasmitieron los bienes del presunto fallecido.

Así es que para decidir quiénes son los herederos presuntos (legítimos ó testamentarios) del ausente, debe el Juez guiarse por el dia fijado á la muerte presunta de aquel, y no debe atender *á la* ÉPOCA *de la desaparicion del ausente*, como parecen establecerlo este artículo 118 y el 122, copiando indiscretamente á Goyena y al Código Francés en su artículo 120.

Nuestra tésis se corrobora por el artículo 85 del Código Chileno, que dice: « se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios ó legítimos, que lo eran á la *fecha de la muerte presunta* » (y no á la fecha de la desaparicion).

Pero como el dia que el Juez fija como el del fallecimiento, es solo una presuncion legal, que admite prueba en contrario, queda á salvo á los interesados el derecho para probar, en tiempo, que fué otra la época, año, mes ó dia en que el ausente falleció realmente.

Este artículo y el 121 se hallan modificados por los artículos 1308 á 1312.

[4] Zachariæ establece tambien (§ 100 nota 2ª) que deben administrar como curadores. Puede compararse con los artículos 125 y 128 franceses. Los de Austria, 276°; Prusia, Código de procedimiento, Tít. 37, art. 1°; Holanda 519° á 522°, y Luisiana 50° á 57° no se refieren al heredero presuntivo que obtuvo la posesion provisoria sinó al curador de bienes del ausente.

Los derechos y las obligaciones de los tutores y curadores (art. 475) aplicables al que obtiene la posesion provisoria, son los marcados por los artículos 410, 411, 413, 425, 426, 434 á 450, 458, 459 y 461 á 467. Puede dudarse respecto á la aplicabilidad de los artículos 414, 424, 431, 451 y 452.

Sobre las relaciones de los enviados en posesion provisoria con los terceros, se consultará con provecho á Zachariæ, § 100 n° III, y á Aubry, § 153 n° 3, teniéndose presente los artículos 3983, 3956 y 4026.

[5] Sin perjuicio de los actos administrativos, derechos de administracion y cuenta de ella.

121. Art. 12. — Los herederos presuntivos ó los herederos instituidos, despues de dada la posesion provisoria pueden hacer division provisoria de los bienes, sin poder enajenarlos, sean muebles ó raices, sin autorizacion judicial. [6]

122. Art. 13. — Pasados quince años desde la desaparicion del ausente, ó desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, ú ochenta desde su nacimiento, el juez, á instancia de parte interesada, podrá dar la posesion definitiva de los bienes del ausente á los herederos instituidos, si hubiese testamento, y no habiéndolo, á los herederos presuntivos *al tiempo de la desaparicion del ausente*, á los legatarios y á todos los que tengan derechos subordinados á la condicion de su muerte. *Goyena* 322° *y* 323°. [7]

123. Art. 14. — Con la posesion definitiva queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal. [Art. 1311 : vé arts. 223, 310 y 3557].

124. Art. 15. — Si el ausente apareciese despues de dada la posesion definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, ó los que con el valor de ellos se hubiesen comprado ; pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesion definitiva. *Goyena* 325°. [Vé art. 3427]. [8]

---

[6] Es corriente en la doctrina que los enviados en posesion pueden hacer la particion provisoria de los bienes entre ellos. En cuanto á la prohibicion de enagenar los bienes muebles, ella importa una limitacion á la facultad implícitamente concedida por el artículo 119 combinado con el 440.

[7] Código Francés 129° y los que lo siguen.

Para que la disposicion de este artículo armonizase con los que le preceden, la computacion de los quince años deberia tener un punto de partida diferente en el caso del artículo 110 que en el del 112. De manera que ese plazo se contará desde el dia presuntivo del fallecimiento, fijado con arreglo al artículo 118.

Tal deficiencia no puede reprocharse á Goyena y sus modelos porque ellos no establecen la diferencia consignada en los artículos 110, 112 y 118 citados.

En cuanto al momento en que la ley presume abierta la sucesion, que es el dia de la muerte presunta, fijándolo *al tiempo de la desaparicion del ausente,* repetimos nuestra observacion y crítica á la disposicion análoga del artículo 118.

[8] Código Francés, 132°, 127° inciso 2° y 138°. Se supone que los bienes no estén prescritos por la posesion de treinta años. Vé nota al artículo 4026.

Cuando los enviados en posesion provisoria ó definitiva no tuviesen buena fé, debieran en rigor ser tratados como poseedores de mala fé ; pero como esto sucederá rara vez, la ley parece que se ha creido dispensada de tomar en cuenta ese caso.

Inútil es buscar armonía y congruencia entre las soluciones que los escritores y Códigos presentan al resolver cuestiones análogas, y ciertamente que nuestro Código se distingue en tales casos por su falta de coherencia y armonía, resintiéndose de la variedad de fuentes en que se ha inspirado.

El que obtiene la posesion definitiva de los bienes del presunto fallecido es un poseedor de buena fé dicen todos los jurisconsultos, y entónces ¿por qué nuestro artículo 124 no armoniza con el 2433 y con el 786, por ejemplo?

Pero donde la falta de consecuencia y homogeneidad adquiere notables proporciones, es al legislar la suerte de los actos jurídicos realizados por las personas en situaciones indecisas ó no bien definidas, y cuyos derechos llevaban el gérmen latente de la *revocabilidad.*

Un exámen detenido de estos problemas sería indudablemente fecundo en enseñanza ;

125. Art. 16. — Si el ausente hubiese dejado hijos legítimos, cuya existencia se ignoraba, podrán estos pedir, y deberá entregárseles, los bienes del ausente, como en el caso de la aparicion de este. Lo mismo se hará si se presentasen herederos instituidos en un testamento del que no se tenia conocimiento, y los herederos probasen la efectiva muerte del testador. [é Cód. Francés 133° y 137°]. [9]

TÍTULO IX

De los menores [y su emancipacion]

[Vé art. 1627]

126. Art. 1°. — Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veinte y dos años cumplidos. *De Freitas* 62°. [1]

---

pero los límites que hemos trazado á este trabajo solo nos permitirán estudiar la materia de una manera somera é incompleta, al considerar los diversos artículos que á ello se refieren. Téngase presente lo que decimos al final de nuestra nota al artículo 2415.

Habria que empezar por legislar bien y cuidadosamente la suerte de los actos de los poseedores de buena y de mala fé, respecto á los bienes poseidos, así como la del propietario presunto ó aparente (putativo) y del con derecho resoluble ó revocable; y ambas legislaciones nos servirían de guía y tipo á dos agrupaciones distintas, formadas de la manera siguiente:

1er *Grupo.* — Propietarios presuntos, aparentes ó putativos:

1. El heredero aparente (vé art. 3432).
2. El indigno de suceder (art. 3311).
3. El donatario ingrato (arts. 1868 y 1869).
4. El heredero que no tiene posesion judicial (vé art. 3416)?
5. El que tenia un título nulo (arts. 1052, 1056 y 1058, compáralos con el 2415).

2° *Grupo.* — Propietarios resolubles y acreedores:

1. El acreedor bajo condicion resolutoria cumplida (arts. 2672 á 2674, y vé el 2415).
2. El deudor bajo condicion suspensiva que llega á cumplirse (arts. 549 á 552 y vé nuestras notas al 545 y 549).
3. El donatario *mortis causa* (arts. 549 á 552 y 1805).
4. El donatario bajo cláusula de reversion (art. 1849).
5. El donatario ántes de ser ingrato (arts. 1860 á 1869).
6. El que esceda sus facultades administrativas.
7. El acreedor putativo (arts. 786 á 789).
8. El que tenia un título anulable (art. 1047).

[9] La primera parte de este artículo es tomada del 133 francés, pero el Código Napoleon, lo mismo que nuestro artículo 4026, se refieren á los *hijos y descendientes directos* y no á los *hijos legítimos* esclusivamente.

La segunda parte, parece establecer un derecho estraordinario, inesplicable á la luz de los principios, cuando estiende al heredero instituido el privilegio que solo acuerda al *hijo legítimo,* y exije que el primero pruebe la muerte efectiva del testador, cuando la presuncion de fallecimiento debiera aprovechar á todos. [Vé nota al art. 3557].

Las estrañas disposiciones de los artículos 3956 y 4026 vienen á completar la confusion del presente.

[1] Pero Freitas, siguiendo al Código Francés, 388° y 488°, señala 21 años, y Goyena solo exije 20. Nuestro artículo es conforme á los Códigos de Austria, Holanda, Luisiana y Chile.

127. Art. 2°. — Son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veinte y dos años cumplidos. *Freitas* 63°. [Vé art. 922].

128. Art. 3°. — Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el dia en que cumplieren veinte y dos años, y por su emancipacion ántes que fuesen mayores. *Freitas* 64°. [Vé Cód. Francés 488°].

129. Art. 4°. — La mayor edad habilita, desde el dia que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna ó autorizacion de los padres, tutores ó jueces. *Freitas* 65°.

130. Art. 5°. — Para que los menores llegados á la mayor edad entren en la posesion y administracion de sus bienes, cuando la entrega de estos dependa de la órden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad. *Freitas* 66°. [Vé arts. 79 á 87].

131. Art. 6°. — La emancipacion de los menores, sin distincion de sexo, solo tendrá lugar en el caso del matrimonio de estos, sin depender tampoco de formalidad alguna [2], cualquiera que fuese la edad en que se hubieran casado, con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorizacion necesaria, conforme á lo dispuesto en este Código. *Freitas* 67°. [Art. 177].

132. Art. 7°. — Si el matrimonio fuese anulado, la emancipacion será de ningun efecto desde el dia en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada. *Freitas* 68° 1ª *parte*. [Arts. 1046 y 1047]. [3]

133. Art. 8°. — La emancipacion es irrevocable, y produce el efecto de habilitar á los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan ó no hijos. *Freitas* 69°. [Vé arts. 455 n° 2°, y 266].

134. Art. 9°. — Los menores emancipados por el matrimonio, no podrán ni con autorizacion del Defensor de Menores [4], y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito á estos, ni hacer donaciones de bienes de cual-

Art. 3°. — Savigny, I, pág. 52. La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado, y no se estiende al derecho público. El hijo sujeto á la patria podestad podia, como su padre, por el Derecho Romano, votar en las asambleas del pueblo, y ejercer la mas altas magistraturas. L. 9ª, Dig. *De his qui sui* [Tít. 6, Lib. 1°]. *Filius-familias in publicis causis loco patris-familias habetur. L. 1ª ad S. C. Treb.* [Tít. 1. Lib. 36]. *Nam quod ad jus publicum attinet non sequitur jus potestatis.* [De Savigny, allí].

---

[2] Código Francés 476°. Freitas esplica por qué no acepta la *habilitacion de edad,* que tampoco admite este Código.

[3] Pero subsistirá la emancipacion respecto al cónyuge de buena fé que tenga hijos bajo su pátria potestad y en tanto que los conserve : artículos 230 y 231. ¿Cómo administrar los bienes de sus hijos (art. 293) y no poder gobernar sus propios bienes ? — Vé artículo 328 y nota.

[4] Freitas, dice: *Juez de huérfanos,* y creemos que así debe entenderse, porque las autorizaciones se conceden por el magistrado y no por el Defensor de Menores, si bien la intervencion de este funcionario es indispensable: artículos 135, 297, 434, 438, 443, 59, etc.

quier especie y valor, por actos entre vivos. *Freitas* 71°. [Vé arts. 841 n° 5°, 398 n° 1°, 1809 n° 7°, y 2013 n° 1°].

135. Art. 10. — Tampoco podrán, sin espresa autorizacion del juez, y bajo pena de nulidad, vender ó hipotecar bienes raices, de cualquier valor que sean : — [Vé art. 1362].

Ni vender los fondos ó rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio ó de industria ; [Vé art. 1442].

Ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos ;

Ni hacer arrendamientos, como arrendadores ó arrendatarios por plazo que esceda de tres años ; [Vé art. 1512].

Ni recibir pagos que pasen de mil pesos ; [Vé art. 734].

Ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio á juicio arbitral ; [Vé art. 841 n° 7°].

Ni estar en juicio en pleito civil. *Freitas* 72° *n*os 1° *á* 8°. [Vé arts. 3458, 3848 y 3968]. [5]

136. Art. 11. — La autorizacion judicial no será dada sinó en caso de absoluta necesidad ó de ventaja evidente, y las ventas que se hicieren de sus bienes, serán siempre en pública subasta. *De Freitas* 74°. [Vé arts. 438 y 439]. [6]

137. Art. 12. — Si alguna cosa fuese debida al menor con cláusula de solo poder haberla cuando tenga la edad completa, la emancipacion no alterará la obligacion, ni el tiempo de su exigibilidad. *Freitas* 75°.

138. Art. 13. — El que mude su domicilio de un país estrangero al territorio de la República, y fuese mayor ó menor emancipado, segun las leyes de este Código, será considerado como tal, aún cuando sea menor ó no emancipado segun las leyes de su domicilio anterior. *Freitas* 76°. [7]

139. Art. 14. — Pero si fuese ya mayor ó menor emancipado segun las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquellas sobre estas, reputándose la mayor edad ó emancipacion como un hecho irrevocable. *Freitas* 77°. [8]

---

[5] Para estar en juicio necesita curador (arts. 206 y 3458 y su arg.), que á veces convendrá sea el mismo padre. Respecto al artículo, compáralo con los artículos 481 á 484 franceses.

[6] Cuando se trate de ventas ó pagos, el Juez debe cuidar de providenciar sobre un empleo seguro de los capitales. Véase nuestra nota al artículo 297.

La contravencion á este artículo parece que solo dará accion á los daños y perjuicios, ya que á diferencia de Freitas, no se señala la pena de nulidad; á no ser que digamos que habria la violacion de una forma esencial que importaría nulidad. Vé los artículos 974 y 1045.

Pensamos tambien que los artículos 441 y 442, como que están calculados especialmente para beneficio de los pupilos, deben ser supletorios del presente.

[7] Es una aplicacion del artículo 6.

[8] Para la recta aplicacion de este artículo debe considerarse el momento mismo del cambio de domicilio y no el tiempo posterior á ese cambio.

TÍTULO X

De los dementes

140. Art. 1°. — Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan [1], sin que la demencia sea préviamente verificada y declarada por juez competente. *De Freitas* 78°. [Vé art. 398 n° 3°].

141. Art. 2°. — Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia ó imbecilidad, aunque tengan intérvalos lúcidos, ó la manía sea parcial. *Freitas* 79°. [Vé nota al art. 3617].

142. Art. 3°. — La declaracion judicial de demencia no podrá hacerse sinó á solicitud de parte, y despues de un exámen de facultativos. *Freitas* 81°, 1ª *parte*.

143. Art. 4°. — Si del exámen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial ó total. *De Freitas* 82°. [Art. 141].

144. Art. 5°. — Los que pueden pedir la declaracion de demencia son: — [Vé art. 470].

1° El esposo ó esposa no divorciados; [Vé arts. 193 y 194].

2° Los parientes del demente;

3° El Ministerio de Menores;

4° El respectivo Cónsul, si el demente fuese estrangero;

5° Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, ó incomode á sus vecinos. *Freitas* 83°.

145. Art. 6°. — Si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la declaracion de demencia. *De Freitas* 84°. [Vé arts. 127 y 157]. [2]

146. Art. 7°. — Tampoco podrá solicitarse la declaracion de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya *improbada*, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si espusiese hechos de demencia sobrevinientes á la declaracion judicial. *Freitas* 85°.

147. Art. 8°. — Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado, [3] como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores. *Freitas* 86° *y* 89°. [Art. 59: vé 497° Francés].

148. Art. 9°. — Cuando la demencia aparezca notoria é indudable, el juez mandará inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos,

---

[1] Esto debe limitarse *á los efectos* de los artículos 57 n° 3°, y 472 á 474. Vé nuestra nota 48 al artículo 3297.

[2] Como el menor impúber es absolutamente incapaz (art. 54 n° 2°), no hay objeto en la declaracion de demencia. No así cuando el menor es adulto, porque su incapacidad es solo relativa (art. 55 n° 1°).

[3] La coma que sigue á esta palabra *demandado* está demás.

bajo inventario, á un curador provisorio, para que los administre. *Freitas* 87°. [Vé art. 471].

149. Art. 10. — Si el denunciado como demente fuese menor de edad, su padre ó su tutor ejercerán las funciones del curador provisorio. *Freitas* 88°. [Vé arts. 478 y 57 n°s 2° y 3°].

150. Art. 11. — La cesacion de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, solo tendrá lugar despues de un nuevo exámen de sanidad hecho por facultativos, y despues de la declaracion judicial, con audiencia del Ministerio de Menores. *Freitas* 96°; *Cód. Francés* 512°; *Goyena* 308°. [Art. 484].

151. Art. 12. — La sentencia sobre demencia y su cesacion, solo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código, mas no en juicio criminal, para excluir una imputacion de delitos ó dar lugar á condenaciones. *Freitas* 99°. [Art. 1106].

152. Art. 13. — Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia de un juicio criminal que no hubiese hecho lugar á la acusacion por motivo de la demencia del acusado, ó que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado. *Freitas* 100°. [Vé art. 1104]. [1]

TÍTULO XI

De los sordo-mudos

[Vé art. 471]

153. Art. 1°. — Los sordo-mudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse á entender por escrito. *Freitas* 101°. [Art. 54 n° 4°; vé arts. 469 y 3619].

154. Art. 2°. — Para que tenga lugar la representacion de los sordo-mudos, debe procederse como con respecto á los dementes; y despues de la declaracion oficial, debe observarse lo que queda dispuesto respecto á los dementes. *Freitas* 102°. [Arts. 151 y 152].

155. Art. 3°. — El exámen de los facultativos será únicamente para verificarse si pueden ó no darse á entender por escrito. *Freitas* 103°. [Art. 153].

156. Art. 4°. — Las personas que pueden solicitar la declaracion judicial de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordo-mudos. *Freitas* 104°. [Art. 144].

157. Art. 5°. — La declaracion judicial no tendrá lugar sinó cuando se tratare de sordo-mudos que hayan cumplido catorce años. *Freitas* 105°. [Art. 145].

158. Art. 6°. — Cesará la incapacidad de los sordo-mudos, del mismo modo que la de los dementes. *Freitas* 106°. [Arts. 150 y 484].

---

[1] Como si el delito fué cometido en un acceso pasagero ó en un lúcido intérvalo, dice Freitas. Solo así armoniza el presente con el artículo 1104.

SECCION SEGUNDA

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

TITULO PRIMERO

Del matrimonio (a)

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN DEL MATRIMONIO

139. Art. 1°. — La validez del matrimonio, no habiendo poligamia ó incesto, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen. [é arts. 14, 138 y 139].

(a) La legislacion sobre el matrimonio desde la era cristiana hasta el presente, ha partido del punto de vista especial que cada legislador tomó sobre tan importante acto. En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró solo como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolucion francesa, y el matrimonio fué legislado por solo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partia, las formas que debian acompañarlo para su validez: el divorcio perpétuo, y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los estremos no podian satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos, ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podria descender á las condiciones de una estipulacion cualquiera. La sociedad no marcharia á la par de las leyes: serian necesarias tantas escepciones al contrato, que vendria á quedar sin ninguno de los principios que sirven de base á las convenciones particulares.

Habia otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institucion social fundada en el consentimiento de las partes; y entónces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la estension de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podian corresponder al fin de su institucion. Como bajo este punto de vista consideraremos el matrimonio, pondrémos un notable párrafo de Lord Robertson, en sus notas á Ferguston sobre el matrimonio y el divorcio, que responderá á todas las objeciones jurídicas que pueda hacerse á los artículos de este título.

« Siendo el matrimonio, dice, un contrato consensual, puede juzgarse que la *Lex Loci* es la que debe resolver toda cuestion que respecto á él nazca; pero debe observarse, que el matrimonio es un contrato *sui generis* diferente en muchos respectos de todos los otros contratos, y tanto, que las reglas de derecho aplicables á los otros contratos, no pueden aplicarse á este, ni en su constitucion, *ni en los medios de ejecucion*. El matrimonio es la mas importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitucion de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sinó que son materia de la ley civil, la cual, los interesados, sea cual fuere la declaracion de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna. El matrimonio confiere el *estado* de la legitimidad á los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento á las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil. No teniendo semejanza con los otros contratos, puede celebrarse á una edad en que no es permitida la mas indiferente estipulacion, y entre tanto, en las naciones civilizadas, no puede ser disuelto por mútuo consentimiento, y subsiste en toda su fuerza, aun cuando una de las partes venga á ser para siempre incapaz de llenar las obligaciones del contrato, como en el caso de una demencia incurable, que no le permita cumplir la parte que le corresponda

160. Art. 2°. — Los derechos y deberes de los cónyuges son regidos por las leyes del domicilio matrimonial, mientras permanezcan en él. Si mudasen de domicilio, sus derechos y deberes personales serán regidos por las leyes del nuevo domicilio. [Vé art. 4049].

161. Art. 3°. — El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del domicilio matrimonial, ó del nuevo domicilio en que los esposos se hallaren. [Vé arts. 1218, 1219, 1221 y 4051].

162. Art. 4°. — No habiendo convenciones nupciales, ni cambio del domicilio matrimonial, la ley del lugar donde el matrimononio se celebró, rige los bienes muebles de los esposos, donde quiera que se encuentren, ó donde quiera que hayan sido adquiridos. Los bienes raices son regidos por la ley del lugar en que estén situados. [Vé arts. 10 y 11].

en esa convencion. No es estraño, pues, que los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante contrato, no se dejen á la voluntad de los contratantes, sinó que sean regidos por las leyes de cada país.

« Aunque un matrimonio que es contraido conforme á la *Lex Loci* pueda ser válido en todas partes, sin embargo, la ley pública del domicilio, que es imperativa sobre todos los habitantes que están dentro de su jurisdiccion, no puede ser afectada por la circunstancia de que el matrimonio fué celebrado en un país donde la ley era diferente, como sucede en los contratos, porque á un individuo que esté domiciliado aquí, no se le puede permitir que importe á este pais una ley peculiar que se halle en oposicion á las grandes é importantes leyes públicas que nuestra legislatura ha juzgado esencialmente ligadas á los mas grandes intereses de la sociedad ».

Agregarémos á esto lo que dice sobre la materia Savigny: « Se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta ó de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por *una singular inadvertencia* olvidaron los Romanos. Cuando el sacerdote pregunta á los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte, y los esposos hacen la promesa, esta declaracion no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumision á una ejecucion jurídica en el caso en que esos actos no se cumpliesen. Esa promesa significa solo que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio, y que tienen la intencion de conformar á ellos toda su vida ». (Tomo 3°, § 141.)

Art. 1°. — « La poligamia y el incesto en toda la cristiandad, dice Story, causan la nulidad del matrimonio ». Pero ¿hasta qué grado la union de los parientes puede llamarse incestuosa? En muchas naciones los grados del Levítico han formado el término desde donde únicamente puede comenzar la union legítima. En Inglaterra son respetados los grados del Levítico, limitados al tercer grado de consanguinidad, y al segundo de afinidad, es decir, que es incestuosa la union de los sobrinos con los tios, lo mismo que la de los cuñados. « Mas seria muy difícil, dice Kent (Lect. 26, págs. 83 y 84), sostener toda union como incestuosa, fuera del segundo grado, que es entre hermanos en la línea colateral. En la línea recta, toda union es incestuosa, sea el parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Si en el país no hay una ley especial sobre el incesto, debemos estar á la ley natural. La práctica de todas las naciones de la cristiandad reputa inmoral, incestuosa y contraria á la pureza que debe reinar en las familias, y prohibida tambien por la ley natural, la union de los hermanos, sean de padre y madre ó solo de padre ó de madre. Esta ha venido á ser la regla ó la ley comun del género humano, y en ese grado debe acabar el incesto, si la legislatura del pueblo no ha señalado otro grado ulterior ».

En cuanto á los parientes por afinidad, puede decirse que no hay incesto fuera de la línea recta. En los Estados Americanos, dice Story, la union de los cuñados no solo es tenida por legal, sinó que se reputa moral, religiosa y conforme á las doctrinas cristianas.

Respecto al fondo del artículo, Story, desde el § 121, discute estensamente la materia: trascribe la opinion de los principales jurisconsultos que la han tratado, y espone las razones que la fundan, aún respecto á los que al parecer, por defraudar la ley, salen de su domicilio y van á otro pais á celebrar el matrimonio. Demuestra con los textos de los mas célebres teólogos españoles, como Sanchez, que no hay fraude á la ley y que solo usan de su derecho, desde que no haya una prohibicion especial respecto á ese caso.

Arts. 2°, 3°, 4° y 5°. — [L. 24, Tít. 11 Part. 4ª]. Estos artículos [superiores en mucho á los de Freitas 1301° á 1303°] son tomados de las resoluciones de Story, en el capítulo 6° de su obra *Conflict of Laws*, y del Código de Luisiana, artículo 2370. Story trae sobre la materia la mas importante discusion, esponiendo la opinion de los principales jurisconsultos franceses y alemanes, y las decisiones de los tribunales de Inglaterra y Estados Unidos.

163. Art. 5°. — Si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los esposos ántes de mudarlo, son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido despues del cambio, son regidos por las leyes del nuevo domicilio. [Vé arts. 138 y 4048 inc. 2°].

164. Art. 6°. — Es válido en la República, y produce los efectos civiles, el matrimonio celebrado en pais estrangero que no produzca allí efectos civiles, si lo ha sido segun las leyes de la Iglesia Católica. [Vé art. 14 n°s 1° y 4°].

165. Art. 7°. — El matrimonio disuelto en territorio estrangero, en conformidad á las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse segun las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse á ninguno de los cónyuges. *Chile* 120°. [Art. 220].

CAPÍTULO II

DE LOS ESPONSALES

166. Art. 8°. — La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningun tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnizacion de perjuicios que ellos hubiesen causado. *De Goyena, allí.* [1]

CAPÍTULO III

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

167. Art. 9°. — El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse segun los Cánones y solemnidades prescritas por la Iglesia Católica. *Goyena* 48°; *Chile* 117°; *Freitas* 1261°.

Art. 6°. — El matrimonio meramente religioso no es admitido en Francia, ni lo era por el Código de Nápoles, donde para surtir efectos civiles debe celebrarse dos matrimonios, el matrimonio religioso y el matrimonio civil, y el uno sin el otro no produce efecto alguno.

Art. 7°. — Las leyes de Escocia declaran disoluble el matrimonio por diversas causas; y cuando el caso ha llegado de quererse casar en Inglaterra los que estaban casados en Escocia, ha nacido la cuestion de si la disolucion del matrimonio en conformidad á las leyes del domicilio de los cónyuges, los autoriza para volverse á casar en otro pais donde no rijan leyes semejantes.

Story, en el capítulo 5°, se ocupa estensamente de la cuestion que ahora tambien se presenta en algunos de los Estados de América. Trae y funda las diversas resoluciones de las Córtes de Justicia en Inglaterra. Sea cual fuese la resolucion de los países protestantes en este punto, yo creo que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraido en otro país, disuelto el vínculo de un primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles.

Art. 8°. — Proyecto de Goyena, art. 47 [Chile 98°]. En contra el Tít. 1° de la Part. 4ª, la L. 18, Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec., el Código Sardo, arts. 106 y 107 y los de Baviera, Prusia, Nápoles y Austria. [De Goyena, allí]. En Inglaterra no hay esponsales. Seoane, en su obra sobre legislacion comparada, dice que en toda la Europa están desusados los esponsales.

Art. 9°. — Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en dar al matrimonio un carácter religioso. De los Códigos modernos solo el de Bélgica, el del Ducado de Baden y últimamente el de Cerdeña, hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su

---

[1] Pero habiendo aquí una obligacion natural (art. 515 n° 5°), será aplicable la disposicion del artículo 516. «Pagada la multa no podrá pedirse su devolucion», dice el artículo 86 del Código del Estado Oriental, copiando el 99 Chileno.

168. Art. 10. — La ley reconoce como impedimentos para el matrimonio ante la Iglesia Católica, los establecidos por las leyes canónicas; perteneciendo á la autoridad eclesiástica el decidir sobre el impedimento, y el conceder dispensas de ellos. *Freitas* 1263°; *Chile* 103° *inc.* 2°.

169. Art. 11. — El hijo legítimo de familia y el natural reconocido que no hubiesen cumplido veinte y dos años, necesitan para contraer cualquier clase de matrimonio autorizado por este Código, el consentimiento paterno. Si falta el padre ó se halla impedido para darlo, corresponde á la madre prestar su consentimiento. *De Goyena y Freitas.* [Vé arts. 126, 328 y 305]. [2]

170. Art. 12. — Los padres no necesitan espresar la razon en que se funden para rehusar su consentimiento, y contra su disenso no se admite recurso alguno. *Goyena, allí.*

validez no requiere la consagracion de la Iglesia. Los pueblos sujetos á la Iglesia Griega reconocen un sacramento en la union conyugal, y la celebracion del matrimonio debe hacerse en conformidad á las leyes de la Iglesia. (Cód. de Rusia, Título *Del Matrimonio*). Las naciones que siguen las religiones protestantes, aunque miran el matrimonio como un contrato civil, han juzgado que el simple contrato no bastaba para dar al matrimonio el carácter que debe tener, y han dispuesto que para ser válido, debe celebrarse ante la Iglesia y por un sacerdote de la religion de los esposos. (Blackstone, Lib. 1°, Cap. 15). Podemos decir entónces, que en todas las naciones de Europa y de América, con escepcion de tres, el matrimonio civil del Código Francés no ha encontrado imitadores.

Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrian contraer el matrimonio civil. Para ellas seria un perpétuo concubinato, condenado por su religion y por las costumbres del pais. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconoceria la mision de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres, y no enervarlas y corromperlas. Seria incitar á las personas católicas á desconocer los preceptos de su religion sin resultado favorable á los pueblos y á las familias.

Para los que no profesan la Religion Católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que ella á nadie obliga á abjurar sus creencias. Cada uno puede invocar á Dios en los altares de su culto.

El resultado que ha producido en Francia la ley del matrimonio civil, nos demuestra que el Código *de* Napoleon no ha hecho sinó obligar á católicos y protestantes á contraer dos matrimonios, el civil y el religioso. Solo á los que no profesan religion alguna, puede satisfacer el matrimonio civil. Otras veces ha causado cuestiones de las mas grandes consecuencias la validez del acto civil, cuando no es seguido de la celebracion religiosa, que debia suponerse una condicion implícita, bajo la cual únicamente una persona católica podia consentir en el matrimonio civil. « Cuando una mujer sostenga ante los tribunales, dice Bressolles, que con solo el acto civil no está casada; que así se lo enseñan y se lo mandan los preceptos de su religion, y que ningun poder sobre la tierra la obligaria á vivir en un estado que para ella no es sinó un comercio criminal, ¿ qué responderiamos á este grito imperioso de la conciencia, y qué recurso nos ofrece la ley ? Ninguno, le responde Thierriet, por mas vergonzoso que esto sea para nuestra civilizacion. — La nulidad del matrimonio, le contesta Bressolles, si nos guiamos por los principios que rigen los contratos ». (Revista de Legislacion de Wolowski, año 1846, Tomo 3°, pág. 342. En ese mismo tomo, desde la página 161, puede verse la discusion sobre el matrimonio civil, entre los jurisconsultos Bressolles, Delpech y Thierriet.)

Art. 11. — L. 18, Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec. [De Acevedo 141°].

Art. 12. — Cód. de Holanda, art. 90 [léase 99]. — De Chile, art. 112. — Proyecto de Goyena, art. 53. — El Cód. Francés guarda silencio sobre la materia. En contra, L. 18, Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 3ª [léase 19], Tít. 2°, Lib. 23, Dig. — y los Códigos de Nápoles, art. 165; Sardo, art. 112, y Prusiano, art. 68. [Part. 2ª, tít. 1°: puede verse á Goyena, de quien estas citas son tomadas].

---

[2] Es tomado de los artículos 51, 52 inciso 1°, y 54 inciso 1° de Goyena: lo relativo al hijo natural lo trae el artículo 158 Francés y Freitas 1264° n° 1° inciso 2°. Vé los artículos 148, 149 y 158 del Código Napoleon, y á Goyena en los lugares citados.

171. Art. 13. — Esceptúase el caso en que los padres se hallen gozando del usufructo de los bienes particulares de su hijo, y entónces deben manifestar los motivos de su disenso.

172. Art. 14. — El hijo menor que se casase sin el consentimiento de los padres, cuando estos no están obligados á manifestar los motivos de su disenso, ó cuando tales motivos se hubiesen juzgado *racionales* [8], puede ser privado por estos, hasta de una cuarta parte de la legítima que le corresponda por muerte de ellos.

173. Art. 15. — Los menores que están bajo tutela, y los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, necesitan para casarse, el consentimiento de sus tutores y curadores. Si estos no lo prestasen, la causa de su disenso, como la de los padres en el caso del artículo 13, será calificada por el juez competente sin forma de proceso, en juicio privado y meramente informativo. *De Freitas* 1264° *n*os 2 *y* 3 *y* 1265°. [Vé arts. 54 n° 4° y 175].

174. Art. 16. — En caso de negar su consentimiento, los padres, tutores y curadores, solo serán atendibles las causas siguientes: — [Vé arts. 170 á 173].

1ª La existencia de cualquier impedimento legal;

2ª Enfermedad contagiosa de la persona que pretenda casarse con el menor ó con la menor;

3ª Conducta desarreglada ó inmoral de dicha persona;

4ª Haber sido esta condenada por algun crímen;

5ª Falta de medios de subsistencia, y de aptitud para adquirirlos. *Freitas* 1266°; *Chile* 113°; *Austria* 53°.

175. Art. 17. — Los menores de edad, ciudadanos ó estrangeros que no tengan tutores, deben pedir su asentimiento al juez de primera instancia del territorio, quien podrá exigir las informaciones necesarias para prestarlo.

176. Art. 18. — El párroco, pastor ó sacerdote que casare á personas que debian ántes obtener el asentimiento de sus padres, tutores ó curadores, sin que le presenten la respectiva licencia, podrá ser acusado por el Ministerio Público. *De Freitas* 1267°.

177. Art. 19. — Casándose los menores de uno y otro sexo sin las autorizaciones necesarias, les será negada la posesion y administracion de sus bienes, hasta que

Art. 14. — Véase L. 10 [léase 9], Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec. — La pragmática de 1776 facultaba á los padres para desheredarlos. Lo mismo y con mas dureza el Código de Chile, art. 114, y el Código Sardo, arts. 109 y 110. — De la mitad de la legítima el Código de Prusia, arts. 997 y 1000.

Art. 15. — L. 10 [léase 9], Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec. y Código de Chile, art. 112.

Art. 17. — Cód. de Austria, art. 51. [Goyena 54°; Freitas 1264° n° 2°].

---

[8] Son motivos *legales,* mas bien que *racionales,* y únicamente los enumerados en el artículo 174.

Se hace notar la *dureza* de los Códigos al penar la infraccion de los hijos, pero los artículos 177, 373 y el presente demuestran que el nuestro lo es aun mas. Vé el artículo 3746.

¿Y por qué se deja sin pena á los menores huérfanos?

La pragmática de 1776 es la misma ley 9: la ley 10 se cita equivocadamente.

sean mayores de edad. [a] No habrá medio alguno de cubrir la falta de tales autorizaciones. *Freitas* 70°; *Consolidação das leis* 18°. [Art. 131: vé el 193].

178. Art. 20. — Los tutores y sus *descendientes* [4] legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor ó la menor que han tenido ó tuviesen en guarda, hasta que, fenecida la tutela, no se hayan aprobado las cuentas de la administracion. Si lo hicieren, el tutor pierde la asignacion que tiene sobre las rentas del menor; y á mas podrá ser acusado criminalmente, por abuso de su cargo. *Freitas y Chile.*

179. Art. 21. — El matrimonio se prueba por la inscripcion en los registros de la parroquia ó de las comuniones á que pertenecieren los casados. Si no existiesen registros ó no pudiesen presentarse por haber sido celebrado en paises distantes, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer se han tratado siempre como tales, y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias [5], y tambien por cualquier otro género de prueba. [Vé art. 85].

CAPÍTULO IV

DEL MATRIMONIO CELEBRADO CON AUTORIZACION DE LA IGLESIA CATÓLICA

180. Art. 22. — El matrimonio entre católico y cristiano no católico, autorizado

Art. 20. — [Freitas 1268° y 1269°; Chile 116° inc. 3° y Goyena 55° citando]. L. 59, Tít. 2°, Lib. 23, Dig. y L. 64 id., que dice: « *Ne pupilæ* [pupillæ] *in re familiari circunscribantur ab his qui rationes eis gestæ tutele reddere compelluntur* ». — Código de Nápoles, art. 157, y Prusiano, art. 14. [Tít. 1°, Parte 1ª].

Art. 21. — L. 9ª, Cód. *De nuptis* [Tít. 4°, Lib. 5°]. — Respecto de la segunda parte, en contra, Código Francés, art. 194, y Código de Holanda, art. 155. — La Legislacion de España no determina prueba alguna especial. [De Goyena 98° y 347°]. — Véase Zachariæ, § 116 [y Cód. Francés 194° y 46°].

---

[a] Esta disposicion de derecho escepcional crea al hijo casado una posicion tambien escepcional. El artículo 193 y el presente parece que quitaran al hijo la administracion de los bienes de la sociedad conyugal y los de sus propios hijos.

Por otra parte, teniendo patria potestad sobre sus hijos, estaria él á su vez bajo la potestad paterna (art. 131 y su arg.).

[4] La palabra *descendientes* debe sustituirse con la de *hijos,* que son los únicos que están bajo patria potestad: artículo 453.

La prohibicion es estensiva á los curadores (arts. 475 y 453), como lo declaran Goyena y otros Códigos, con tanta mayor razon que el curador por sí solo y sin intervencion del Juez (art. 173) puede consentir en el matrimonio del sordo-mudo. Inútil referirse al matrimonio imposible del impúber y del demente declarado, salvo en cuanto los usos de la Iglesia se lo consientan al último. Puede verse á Donoso, *Derecho Canónico Americano,* II, Capítulo 10, artículo 5, página 385.

Por idéntica razon debe comprenderse en la prohibicion de nuestro artículo al hijo natural reconocido (arts. 169, 328, etc.); pero como las disposiciones penales no deben estenderse *(pœnalia non sunt extendenda),* el tutor ó curador podria esquivar legalmente la sancion de este artículo.

Respecto á los *legitimados,* véase artículo 319.

[5] Tomándolo del artículo 321 Francés, que enumera los hechos principales que sirven para demostrar la *posesion del estado de hijo legítimo,* nuestro artículo caracteriza la *posesion del estado* de esposos.

La disposicion de nuestro inciso corre el riesgo de amparar el concubinato.

por la Iglesia Católica, será celebrado como fuese de práctica en la Iglesia de la comunion á que perteneciere el esposo no católico. [6]

181. Art. 23. — Es nulo el matrimonio celebrado por sacerdotes protestantes, cuando uno de los esposos es católico, si no fuese inmediatamente celebrado por el párroco católico. *Rusia* 74°. [Vé art. 167]. [7]

182. Art. 24. — Corresponde á las autoridades de la Iglesia Católica conocer en los impedimentos de estos matrimonios, del mismo modo que en los de los matrimonios entre católicos, y conceder dispensas de ellos. *Freitas* 1274°. [Arts. 167 y 168].

CAPÍTULO V

DEL MATRIMONIO CELEBRADO SIN AUTORIZACION DE LA IGLESIA CATÓLICA

183. Art. 25. — El matrimonio celebrado sin autorizacion de la Iglesia Católica es el que se contrae entre cristianos no católicos, ó entre personas que no profesan el cristianismo. Produce en la República todos los efectos civiles del matrimonio válido, si fuese celebrado en conformidad á las leyes de este Código [Freitas 1275°], y segun las leyes y ritos de la Iglesia á que los contrayentes pertenecieren. [Artículos 204 á 207, 222 y 226 á 229]. [8]

CAPÍTULO VI

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

184. Art. 26. — Los esposos están obligados á guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo. El que faltare á esta obligacion puede ser demandado por el otro, ó civilmente por accion de divorcio, ó criminalmente por acusacion de adulterio. *Freitas* 1304°. [Vé art. 208].

185. Art. 27. — El marido está obligado á vivir en una casa con su mujer, y á prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, á ejercer todos los actos y

Art. 26. — [Cód. Francés 212°]. L. 2ª, Tít. 6°, Part. 2ª. — L. 1ª, Tít. 2°, Part. 4ª. [De Acevedo 209°].

---

[6] y [7] Estos artículos son errados y han debido suprimirse, ó bien referirse simplemente á la manera de celebracion que tiene establecida la Iglesia Católica. Así lo exigian la consecuencia y armonía que ha debido guardar el legislador con los artículos 167, 168, 182, 201, 221 y 225, y se habrían evitado las cuestiones que se originarán, y la incongruencia que existe con la última parte del artículo 229.

Además, nuestro artículo 180 dando preferencia en la manera de celebrar el matrimonio al ritual del esposo no católico, no solo se mezcla en ásunto propio de los cánones, sinó que carece de objeto, puesto que segun el artículo siguiente el sacramento es nulo.

[8] ¿Y si los contrayentes son de distintas Iglesias ó religiones? Sobre todo ¿qué puede justificar el que la validez y efectos civiles del matrimonio se haga depender de la observancia de *las leyes* de la Iglesia herética ó pagana? Apenas podría concedérseles fuerza supletoria de las disposiciones de este título. Vé artículos 228 y 229.

Por último, es absurdo hacer depender la validez civil del matrimonio de la observancia de la *ritualidad*: ritos, cuya variedad inmensa es pequeña al lado de la monstruosidad de algunos de ellos.

acciones que á ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como tambien los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido á estas obligaciones, la mujer tiene derecho á pedir judicialmente que su marido le dé los alimentos necesarios, y las espensas que le fuesen indispensables en los juicios. *Freitas* 1305° *n*°ˢ 1° *y* 2°. [Arts. 203, 205, 1303 y 1296 § 2°].

186. Art. 28. — Si no hubiese contrato nupcial, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, inclusos los de la mujer, tanto de los que llevó al matrimonio como de los que adquirió despues por título propio. [Vé art. 1277].

187. Art. 29. — La mujer está obligada á habitar con el marido, donde quiera que éste fije su residencia. Si faltase á esta obligacion, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias, y tendrá derecho á negarle los alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir á la mujer de esta obligacion, cuando *de* su ejecucion haya peligro de su vida. *Freitas* 1306° *n*° 1°; *Chile* 133°.

188. Art. 30. — La mujer no puede estar en juicio por sí ni por procurador, sin licencia *especial* [9] del marido, dada por escrito, ó supliendo esta licencia el juez del domicilio; con escepcion de los casos en que este Código, ó presume la autori-

Art. 28. — Proyecto de Goyena, art. 60. — En contra L. 8ª, Tít. 15 [léase 14], Lib. 5°, Cód. Rom. y L. 17, Tít. 11, Part. 4ª. [De Goyena].

Art. 29. — [L. 7, Tít. 2°, Part. 4ª]. Véase todo el Tít. 3°, Lib. 7°, Rec. de Indias. [LL. 27, Tít. 1°, Lib. 3°, F. R. y 13, Tít. 1°, Lib. 6°, N. R.; Cód. Francés 214° y 218°].

Art. 30. — LL. 11 y 12, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. — Conforme con el artículo 215 del Cód. Francés, y 204 de Nápoles. — En contra: L. 14, Tít. 13 [1ª Tít. 12?], Lib. 4°, Código Romano y art. 84 Cód. de Rusia. — Las Leyes de Partida guardan silencio sobre la materia. — El art. 223 del Cód. Francés y el 151 [léase 137] del Sardo no admiten la autorizacion general. [De Goyena 62°].

---

[9] Este artículo habla de negocios judiciales, de *estar en juicio;* así como el siguiente se refiere á los asuntos *extrajudiciales,* y en general á todos los actos de la vida civil.

La licencia del marido debe ser *especial,* sin que pueda ser *general,* como lo permitia la ley 56 de Toro; es decir, la vénia marital no puede ya otorgarse de una manera absoluta y general, ni estenderse á todos los negocios presentes y futuros, sinó que debe concederla el marido en presencia de cada caso, con exámen y conocimiento del asunto y con determinacion de los objetos ó cantidades sobre que deba versar el acto jurídico. De otro modo la autorizacion no sería válida por falta de especializacion suficiente.

Tal sucedería, por ejemplo, si la mujer hubiese sido autorizada de una manera indeterminada é ilimitada para contraer empréstitos (mútuo ó comodato), vender ó enajenar inmuebles.

La razon de tal disposicion se alcanza. Una autorizacion general, ilimitada, es inconveniente y muy peligrosa: podria comprometer muchas veces los intereses mas caros de la sociedad matrimonial, y vendria á importar además una especie de abdicacion del poder marital, y el órden público se halla interesado en que tales facultades no se renuncien (arts. 5, 21, 1218, 1219 y arg. de estos dos últimos).

El artículo 194 suministra otro fuerte argumento en favor de nuestra tésis, pues de él aparece que los Tribunales no otorgan su licencia de una manera *general,* sinó para cada caso *especial* y con conocimiento de causa, que les convenza de que ella es necesaria ó útil á la mujer ó al matrimonio.

zacion del marido ó no la exige, ó solo exige una autorizacion general [10] ó solo una autorizacion judicial. *Freitas* 1306° *n°* 2° *inc.* 1°. [Vé arts. 190 á 194 y 210].

189. Art. 31. — Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni adquirir bienes ó acciones por título oneroso ó lucrativo ; ni enajenar, ni obligar sus bienes, ni contraer obligacion alguna, ni remitir obligacion á su favor. *De Chile* 137°. [Vé arts. 1810 n° 1° y 3336]. [11]

190. Art. 32. — Se presume que la mujer está autorizada por el marido, si ejerce públicamente alguna profesion ó industria como directora de un colegio, maestra de escuela, actriz, etc., y en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos ó contratos concernientes á su profesion ó industria, si no hubiese reclamacion por parte de él, anunciada al público ó judicialmente intimada á quien con ella hubiese de contratar. Se presume tambien la autorizacion del marido, en las compras [12] al contado que la mujer hiciese, y en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia. *Freitas* 1307°; *Chile* 150° *y* 147° *inc.* 1° *y* 2°. [Vé art. 283].

191. Art. 33. — No es necesaria la autorizacion del marido en los pleitos de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer, ó cuando la mujer es acusada criminalmente, ó cuando hiciere su testamento ó revocare el que hubiese

Art. 31. — [Acevedo 212° y 214°]. LL. 11 y 14, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. y L. 12, Tít. 23, Part. 1°. — El Cód. Francés, art. 117 [léase 217] y el de Holanda, art. 163, exigen á mas la autorizacion [de dos] de sus mas próximos parientes. [El Cód. de Vaud 119° es el único que la exige. Son citas de Goyena].

---

[10] No hay caso en que por nuestro Código baste la autorizacion general. Freitas se refiere á la mujer autorizada para comerciar. Vé los artículos 15 y 18 de nuestro Código de Comercio.

[11] Como su modelo, este artículo está redactado sin propiedad ninguna, y la enumeracion de los actos prohibidos es bien poco jurídica. La mujer casada es relativamente incapaz (art. 55 n° 2°), y habría bastado decir: no puede obligarse, ni ejercer ningun otro acto de la vida civil: argumento del artículo 210.

Que la mujer casada *no puede* sin la licencia marital *contraer obligacion alguna,* está desmentido por los dos artículos siguientes, así como por los artículos 197, 734, 2299, 2304, 2308 y los artículos 1067 á 1137 de los títulos 8° y 9°.

Nuestro artículo no exige que la licencia se dé por escrito, como lo hace el anterior, pero habria sido muy conveniente, y los contratantes no deben omitir tan prudente precaucion, tratándose de contratos que en defecto de confesion, deben probarse por escrito y no por testigos. Vé el artículo 1194 y notas. En los actos que requieren escritura pública, la licencia escrita será siempre necesaria: artículos 1005, 1185 n° 7° y su argumento.

Los Códigos de Francia 217°, Chile 138° y los demás imitadores del primero exigen autorizacion escrita: solo el Código del Estado Oriental 131° no la requiere.

Respecto á la necesidad de que la autorizacion sea especial, véase la nota 9, el artículo 195 y el Código Chileno 140° y 142°.

En cuanto á la mujer separada de bienes, vé el artículo 1303.

[12] En las compras al contado, *de objetos muebles,* entiéndase. Puede verse el Código Chileno y á Freitas, en los lugares citados, respecto á la compra de joyas y objetos de lujo.

Sobre el inciso 2° y último, puede verse á Aubry, § 509 n° 4, letra *c,* 4ª edicion.

hecho, ni para la administracion de bienes que ella se hubiese reservado por el contrato de matrimonio. *Freitas* 1308; *Goyena* 65° *y* 66°. [Vé arts. 286 y 1218 n° 2°]. [13]

192. Art. 34. — La mujer, el marido y los herederos de ambos, son los únicos [14] que pueden reclamar la nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de la licencia del marido. *Goyena* 67°; *Freitas* 1306° *n° 2° inc. 2°*. [Vé arts. 1049, 1050, 1167 y 4033].

193. Art. 35. — Bastará que la mujer sea *solamente* autorizada por el juez del domicilio, cuando estuviese el marido demente [15] ó en lugar no conocido; en los casos del artículo 19, por ser menor el marido ó la mujer, y se hubiesen casado sin las autorizaciones necesarias; ó en los casos del artículo 10, Título *De los menores*, en cuanto á los actos que los menores casados no pueden ejecutar. *De Freitas* 1310°. [Vé Cód. Francés 224°].

194. Art. 36. — Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la

Art. 33. — Todos los Códigos antiguos y modernos [Cód. Francés 216° y 226°]; el Derecho Romano como el Derecho Español. [De Goyena 66°].

Art. 34. — Cód. Francés, art. 225. — De Nápoles, art. 214. [L. 7ª, Tít. 16, Part. 7ª. Tít. 22, Lib. 1°, Instit. y L. 13, § 29, Tít. 1°, Lib. 18, Dig.].

---

[13] Los artículos 216, 226 y 905 inciso 2° del Código Francés son relativos á la acusacion criminal y facultades de testar y disponer por testamento.

Tampoco necesita autorizacion alguna la mujer para reconocer sus hijos naturales habidos antes del matrimonio: argumento del artículo 286. Las disposiciones del título « De los hijos naturales » (arts. 324 á 344), apoyan esta tésis, sin que obste el artículo 326.

La mujer casada no necesita autorizacion, como dice el artículo, para la administracion del bien raíz reservado en el contrato nupcial; pero necesitará de ella para cualquier acto á él relativo que no sea una consecuencia de su facultad de administrarlo: argumento del artículo 1303, y vé el 1882, así como el 1228.

[14] Como la nulidad de que trata el artículo no es absoluta sinó relativa (nuestra nota al art. 54), solo pueden reclamar de ella la mujer casada, su marido ó los herederos de estos; pero no pueden deducirla los demás sucesores ó causahabientes (vé art. 1165), los acreedores (vé art. 1197), ni ningun otro interesado ó cointeresado: artículos 1049 y 1050 y nuestra nota 26. Vé los artículos 1854 y 1866, así como á Aubry y Demolombe sobre el artículo 225 Francés.

Lo que se dice de la falta de licencia del marido es estensivo á la supletoria del Juez, en su caso: artículo 193 y argumento del 4033 que no distingue.

Al litigante contrario cumple deducir en tiempo la escepcion dilatoria de falta de personalidad de la mujer casada, so pena de esponerse á la nulidad del juicio que le sea favorable.

[15] Si la mujer es la curadora legítima de su marido demente (art. 476) y le reemplaza en la administracion de la sociedad conyugal (art. 1285), con mayor razon debería poder administrar sus bienes propios (aunque con las limitaciones del art. 135, siendo menor de edad), cuando por el artículo 1288 hasta puede arrendar los inmuebles propios del marido. Vé nuestra nota al artículo 476 citado.

No hay, pues, razon alguna para que la mujer curadora de su marido demente, haya de necesitar licencia judicial para la administracion de sus bienes propios; y la de los bienes sociales le corresponde por el artículo 1285, con las limitaciones del 1286.

La palabra *solamente* es un pleonasmo en el artículo.

falta de la autorizacion del marido cuando este se hallare ausente ó impedido para darla, ó la rehusare sin motivo fundado, y ella fuese necesaria y útil á la mujer ó al matrimonio. *Freitas* 1311°; *Chile* 143°; *Goyena* 64°. [16]

195. Art. 37. — El marido puede revocar á su arbitrio la autorizacion que hubiere concedido á su mujer; pero la revocacion no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero. *Freitas* 1312°; *Chile* 141°. [17]

196. Art. 38. — El marido puede *ratificar* general y especialmente los actos para los cuales no hubiere autorizado á su mujer. La *ratificacion* puede ser tácita por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia. *Chile* 142°. [18]

197. Art. 39. — Los actos y contratos de la mujer no autorizada por el marido, ó autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligarán solamente sus bienes propios, si no pidiere ella rescision de la obligacion en el primer caso; pero no obligarán el haber social ni los bienes del marido, sinó hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal ó el marido hubiesen reportado del acto, á no ser que el régimen del matrimonio fuese el de una comunidad universal. *Aubry y Rau*, § 509 *nota* 31; *Chile* 146° *inc.* 3°, *y Freitas* 1314°. [Vé arts. 1283, 192, 1038 nota *a*, 4033 y nota ántes del 2308]. [19]

Art. 36. — LL. 13 y 15, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. — Cód. Francés, arts. 218 [á 222]. — De Nápoles 207 y siguientes. [De Goyena, allí].

Art. 38. — L. 14, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. [De Acevedo 218°].

Art. 39. — Cód. de Chile, art. 146. [Vé Cód. Francés 1413° y 1426°, 2ª parte].

---

[16] Si el marido se opone, es muy justo y natural se le oiga, como establece el artículo 219 Francés.

En vez de necesaria y útil, debe leerse necesaria ó útil, pues las ideas de necesidad y utilidad deben distinguirse, como lo hacen el artículo 136 y el 2612. Bastará, pues, que de la autorizacion resulte una utilidad verdadera, aunque ella no sea realmente de necesidad.

Sobre la autorizacion marital ó judicial debe consultarse á Demolombe, IV, 112 á 357.

[17] La revocacion, del mismo modo que la ratificacion, no puede perjudicar á terceros, mientras no la conozcan: artículos 1868, 1869, 1938, 1066 y 1305.

[18] Hay en esto una *confirmacion* mas bien que una *ratificacion* (vé nota del Dr. Velez al art. 1060), y así le serán aplicables las disposiciones respectivas (arts. 1060 á 1066). Habria ratificacion en el caso de los artículos 1162 y 1163.

Por el Código Chileno 140° y 142°, la confirmacion como la autorizacion, puede ser *general* ó *especial;* pero nuestro Código que no admite la licencia general, para ser consecuente no debió tolerar confirmaciones vagas y generales, que no son conformes con el artículo 1061 y permitirán que de hecho sea burlada la necesidad de la autorizacion especial. Esto no importa decir, que la confirmacion como la autorizacion no pudiese abrazar muchos actos determinados á la vez.

Sobre ratificacion *tácita,* el artículo 1937 trae una disposicion muy semejante.

[19] Aquí debió colocarse el artículo 1283. Aunque á diferencia de Freitas, no tengamos el régimen de la *comunidad universal* en el matrimonio, el caso puede presentarse en contratos nupciales hechos en el estrangero (art. 161).

CAPÍTULO VII

DEL DIVORCIO

198. Art. 40. — El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separacion personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial. *Freitas* 1379°. [Vé art. 219]. [20]

199. Art. 41. — No puede renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente. *Freitas* 1378°. [Arts. 1218, 1219 y 21].

200. Art. 42. — No hay divorcio por mútuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia del juez competente. *Freitas* 1380°; *Cód. Francés* 307°; *Goyena* 77°. [Vé art. 1292].

CAPÍTULO VIII

DEL DIVORCIO DE LOS CASADOS ANTE LA IGLESIA CATÓLICA Ó CON AUTORIZACION DE ELLA

201. Art. 43. — El conocimiento de las causas de divorcio entre los casados ante la Iglesia Católica ó con autorizacion de ella, en los matrimonios mistos, corresponde únicamente á la autoridad eclesiástica. *Freitas* 1381°.

202. Art. 44. — Corresponde esclusivamente á los jueces civiles conocer de todos los efectos civiles del divorcio en relacion *con* la persona de los cónyuges, crianza y educacion de los hijos, y *de* los bienes de la sociedad conyugal. *Freitas* 1382; *Chile* 168° *inc.* 1°.

203. Art. 45. — Admitida la demanda de divorcio por el juez eclesiástico, el juez civil, á instancia de parte, señalará los alimentos que el marido debe prestar á la mujer, y dispondrá que las espensas del juicio de divorcio sean satisfechas por el marido. [Arts. 185 y 205].

CAPÍTULO IX

DEL DIVORCIO ENTRE LOS CASADOS SIN AUTORIZACION DE LA IGLESIA CATÓLICA [art. 183]

204. Art. 46. — El juez civil conoce de las causas de divorcio entre los casados sin autorizacion de la Iglesia Católica.

Las causas de divorcio en estos matrimonios son las siguientes : —

1ª Adulterio de la mujer ó del marido;

Art. 43. — L. 7ª, Tít. 10, Part. 4ª. — Cód. Sardo, art. 140. [De Goyena, allí]. — De Chile, art. 168. — Goyena (art. 75 de su Proyecto) propone que el conocimiento de las causas de divorcio corresponda á los jueces civiles, y destina el largo apéndice n° 1°, á demostrar que esto no seria contrario á los Cánones de los Concilios de la Iglesia Católica. Esta fué materia muy discutida en las comisiones de lejislacion para redactar el Código Civil de España.

Arts. 44 y 45. — Cód. Sardo, art. 141. [De Goyena 65°]. — Cód. de Chile, art. 168. [L. 20, Tít. 1°, Lib. 2, N. R.].

---

[20] Es la *séparation de corps* del derecho Francés.

2ª Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro; [Vé arts. 3293, 3749 nº 2º y 3750].

3ª Ofensas físicas ó malos tratamientos. *Freitas* 1386º. [21]

205. Art. 47. — Puesta la accion de divorcio, ó antes de ella en casos de urgencia, *podrá* el juez, [22] á instancia de parte, decretar la separacion personal de los casados y depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdiccion; determinar el cuidado de los hijos, con arreglo á las disposiciones de este Código, y los alimentos que han de prestarse á la mujer y á los hijos que no quedaren en poder del padre, como tambien las espensas necesarias á la mujer para el juicio de divorcio. *Freitas* 1388º *nos* 1º *á* 3º; *Código Francés* 267º *á* 271º; *Goyena* 81º.

206. Art. 48. — Si alguno de los cónyuges fuese menor de edad, no podrá estar en juicio, como demandante ó demandado, sin la asistencia de un curador especial, que para este solo fin elegirá la parte ó nombrará el juez. *Freitas* 1391º. [Vé arts. 61, 135 y 1294].

207. Art. 49. — Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con escepcion de la confesion ó juramento de los cónyuges. *Freitas* 1394º; *Aubry*, § 491 *notas* 40 *y* 41, *etc.* [Vé art. 200]. [23]

CAPÍTULO X

EFECTO DEL DIVORCIO EN TODA CLASE DE MATRIMONIOS

208. Art. 50. — Los esposos que vivan separados durante el juicio de divorcio ó en virtud de la sentencia de divorcio, tienen obligacion de guardarse mútuamente fidelidad, y podrá ser criminalmente acusado por el otro, el que cometiere adulterio. *Freitas* 1399º.

209. Art. 51. — Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio ó residencia donde crea conveniente, aunque sea en país estrangero; pero si tuviese hijos á su cargo, no podrá trasportarlos á país estrangero sin licencia del juez del domicilio. *Freitas* 1398º *nº* 1º. [Vé art. 432].

---

[21] Al Juez toca apreciar las circunstancias de cada caso. Tócale igualmente tomar en consideracion la reciprocidad de ofensas que alegue el demandado, para apreciar la mayor ó menor gravedad de las de que se queje el demandante, y rechazar, si hay lugar, la querella como no motivada suficientemente, y para resolver las cuestiones relativas al cuidado de los hijos. Vé los artículos 213 y 214.

[22] *Podrá* el Juez, dice nuestro artículo. Parece, pues, que podrá no hacer lugar á la prestacion de alimentos y litis-espensas, si la mujer tiene bienes personales suficientes, sobre todo si es ella la parte demandada: argumento de los artículos 216 y 217.

Sobre nuestro artículo trae Goyena juiciosas consideraciones. Vé nuestros artículos 185, 203, 211 y 1296 al fin.

[23] Freitas dice con mas acierto: la confesion ó juramento no será *suficiente* para decretar el divorcio. Compara con Demolombe, IV, 458, y Aubry, § 493 nota 25.

Si la accion criminal de adulterio precediese á la accion civil de divorcio, habrán de observarse por analogía los artículos 1002 á 1004, y los artículos 1006 y 1007, si precedió la accion de divorcio por adulterio.

210. Art. 52. — La mujer podrá ejercer todos los actos de la vida civil, esceptuando el estar en juicio como actora ó demandada sin licencia del marido ó del juez del domicilio. *Freitas* 1398° *n°* 4°. [24]

211. Art. 53. — Si durante el juicio del divorcio, la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas en perjuicio de la mujer, ó disipacion de los bienes del matrimonio, esta podrá pedir al juez del domicilio que se haga inventario de ellos y se pongan á cargo de otro administrador, ó que el marido dé fianza del importe de los bienes. Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separacion de los bienes del matrimonio, en los términos que se prescribirá en el título de la sociedad conyugal. *De Freitas* 1388° *n°* 4°. [Vé arts. 1297 y 2002]. [25]

212. Art. 54. — El cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio, podrá revocar las donaciones ó ventajas que en el contrato del matrimonio hubiere hecho ó prometido al otro cónyuge, y que debian tener efecto en vida ó despues de su fallecimiento. *Freitas* 1401° *n°* 3°. [Vé art. 3576]. [26]

213. Art. 55. — Los hijos menores de cinco años quedarán siempre á cargo de la mujer. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo, que á juicio del Juez, sea el mas á propósito [27] para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido ó por la mujer, preferente derecho á tenerlos. [Vé art. 271].

214. Art. 56. — Si por acusacion criminal de *alguno* de los esposos contra el otro, hubiese condenacion ó prision, reclusion ó destierro, ninguno de los hijos de

Art. 53. — L. 5ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 1ª, Tít. 9°, y L. 8ª, Tít. 23 [léase 29], Part. 3ª — L. 29, Tít. 11, Part. 4ª. [De Acevedo 255° y Goyena 1294°].

Art. 55. — L. 3ª, Tít. 19, Part. 4ª — L. 9ª, Tít. 47, Lib. 8°, Cód. Rom. — Estas leyes, [citadas bajo el art. 367] lo mismo que la 3ª, Tít. 8°, Lib. 3° del Fuero Real, limitan á tres años lo que llaman el tiempo de la lactancia. [De Goyena 82°]. En casi todos los Códigos, se niega al esposo que ha dado causa al divorcio, el derecho de tener los hijos. Las leyes los dejan á cargo del cónyuge inocente, tenga ó no aptitud para crearlos y educarlos. Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno ú otro observarán con sus hijos. He creido que los hijos y el derecho de tenerlos, no puede ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe solo atenderse cuando se trata de la separacion personal de los padres.

---

[24] Para que la mujer divorciada pueda ejercer todos los actos de la vida civil, es necesario que á peticion del cónyuge inocente (arts. 211 y 1307), se haya decretado la separacion de bienes (arts. 1300 y 1307) y quede estinguida la sociedad conyugal.

Nuestro artículo no armoniza con el 1303 combinado con el 1307.

[25] Este artículo tampoco armoniza con el 1296, ni con el 1307, pues la separacion solo puede pedirla el cónyuge inocente.

[26] La revocacion no perjudicará los derechos adquiridos por terceros: argumento del artículo 1868. — La palabra *inocente* es un pleonasmo en el artículo. — Compáralo con los artículos 299 y 300 franceses; Goyena 86°, etc.

[27] Es decir al que sea mas á propósito para asegurar su educacion y bienestar.

A pesar de lo que el Codificador dice en la nota, creemos que el Juez debe tomar en consideracion como elemento de su juicio, la conducta del esposo que dió causa al divorcio, especialmente si se trata del adulterio de la mujer.

cualquiera edad que sea, deberá ir con el que deba cumplir alguna de estas penas. [28]

215. Art. 57. — El padre y la madre quedarán ambos sujetos á todas las cargas y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera de ellos que sea el que hubiese dado causa al divorcio. [29]

216. Art. 58. — El marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir á la subsistencia de la mujer. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos. *Chile* 174°.

217. Art. 59. — Cualquiera de los esposos que hubiere dado causa al divorcio, tendrá derecho á que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad, y no tuviere recursos propios. *De Chile* 175° *y* 176°. [30]

218. Art. 60. — Si se reconciliasen marido y mujer, se restituirá todo al estado que tenia ántes del dia del divorcio ó de la demanda. La ley presume la reconciliacion, cuando el marido cohabita con la mujer despues de haber dejado la habitacion comun. *Chile* 178° *inc.* 1°; *Holanda* 271°. [Vé art. 1305 inc. 2°]. [31]

CAPÍTULO XI

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

219. Art. 61. — El matrimonio válido no se disuelve sinó por muerte de uno de los esposos. *Aubry,* § 473 *etc.* [32]

Art. 57. — Proyecto de Goyena, art. 83. — La L. 3ª, Tít. 19, Part. 4ª, y algunos Códigos modernos hacen solo cargar con el deber de alimentar y educar á los hijos, al esposo que hubiese dado causa al divorcio.

Art. 60. — L. 8ª, Tít. 17, Part. 7ª. — Cap. 10, Novela 134. — Código de Holanda, artículo 271. [De Goyena 80° y Acevedo 256°].

Art. 61. — LL. 4ª, Tít. 8°, 2ª y 5ª, Tít. 10, Part. 4ª. — Cód. de Austria, art. 111. — Sardo, art. 144. [De Goyena 89°].

---

[28] En vez de *alguno*, léase *uno*, y en lugar de *ó prision*, léase *á prision*.

En el caso de destierro, podria llegar á ser mas ventajoso para la educacion y bienestar de uno ó mas hijos que el desterrado los llevase consigo; y por tanto existen en el caso las mismas razones para que se le hubiera regido por las disposiciones del artículo anterior (213).

[29] Como el divorcio no estingue la patria potestad (vé artículos 306 á 310), se conservan los mismos los deberes así como los derechos y ventajas que ella engendra. Vé nuestra nota 13 al artículo 1115.

Goyena establece muy distinta cosa en su artículo 85.

[30] Aubry y Rau, § 494 nota 5ª, y la opinion comun.

La subsistencia importa aquí *alimentos:* vé artículos 267 y 372. Vé tambien el artículo 800 n° 2°.

[31] Si la reconciliacion posterior suprime los efectos del divorcio, con mas razon causará la improcedencia para entablar la accion de divorcio: arg. del artículo 3752. Código Francés 272°; Freitas 1393° n° 2°.

[32] La letra de este artículo y del siguiente, y su comparacion con Freitas (1420°, 1419°

220. Art. 62. — El matrimonio que puede disolverse segun las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la República sinó en conformidad al artículo anterior. *Chile* 121°; *Freitas* 1417°. [Art. 165].

221. Art. 63. — Compete al juez eclesiástico conocer de la disolucion del matrimonio celebrado ante la Iglesia Católica, ó con autorizacion de ella. *Freitas* 1419° inc. 1°.

222. Art. 64. — Corresponde al juez civil conocer de la disolucion del matrimonio celebrado sin autorizacion de la Iglesia Católica. [Vé arts. 183, 204 y 227].

223. Art. 65. — El fallecimiento presunto del cónyuge ausente ó desaparecido no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio. Mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente ó desaparecido, el matrimonio no se reputa disuelto. *Freitas* 1422°; *Acevedo* 122° *inc.* 1°; *Demolombe, II,* 260, *etc.* [Vé arts. 104 á 108].

CAPÍTULO XII

DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

[Vé art. 843]

224. Art. 66. — La accion de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sinó en vida de los dos esposos. [33]

225. Art. 67. — Compete al Juez eclesiástico conocer de la nulidad de los casamientos celebrados ante la Iglesia Católica ó con autorizacion de ella. *Freitas* 1427°. [Vé arts. 168, 182, 201 y 221].

226. Art. 68. — Corresponde al juez civil conocer de todos los efectos civiles de los matrimonios declarados nulos, ó decretar las medidas provisorias que fuesen necesarias durante el juicio de nulidad, respecto á las personas y á los bienes de los esposos. *Freitas* 1428°. [Vé art. 202].

227. Art. 69. — Corresponde esclusivamente al juez civil conocer de la nulidad de los matrimonios celebrados sin autorizacion de la Iglesia Católica. *Freitas* 1429°. [Vé art. 222].

228. Art. 70. — Las disposiciones de este Código sobre la nulidad de los actos jurídicos, son estensivas á los matrimonios celebrados sin autorizacion de la Iglesia Católica. *Freitas* 1430°, 1ª *parte.* [Vé arts. 1038 á 1059]. [34]

---

n° 2° y 1460° n° 3°), Goyena 89°. y artículo 123 Chileno, que aceptan las demas causas de disolucion que establecen los cánones de la Iglesia, autorizan á resolver que nuestro Código no reconoce otra causa de disolucion que la muerte, separándose en este punto de la legislacion de la Iglesia.

Así, pues, la mision del Juez se reducirá á resolver si está probada la muerte del cónyuge, y el fallo del Juez eclesiástico ó civil, en su caso (arts. 221 y 222) hará cosa juzgada.

En los artículos 104 á 108 queda establecida la manera de probar el hecho del fallecimiento.

[33] Esta sábia disposicion no la hemos hallado en ningun otro Código: vé á Toullier, I, 608.

[34] Por tanto, la accion de nulidad estará sujeta á la prescripcion establecida por los artículos 4032, 4033 y 4025.

229. Art. 71. — Las causas de nulidad de los matrimonios celebrados ante la Iglesia Católica son estensivas á los que se celebrasen sin autorizacion de ella, con la sola escepcion de *necesitar* de la asistencia del párroco, siempre que el matrimonio hubiese sido bendecido por algun sacerdote de la comunion de los esposos. [35]

230. Art. 72. — Si el matrimonio anulado fuese putativo, es decir contraido de buena fé por ambos cónyuges, producirá hasta el dia de la sentencia que lo anule, todos los efectos del matrimonio válido, no solo en relacion á la persona y bienes de los mismos cónyuges, sinó tambien en relacion á los hijos. En tal caso, la nulidad solo tendrá los efectos siguientes : — [art. 1040 y vé el 3828].

1° En cuanto á los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio. Esceptúase únicamente la obligacion recíproca de prestarse alimentos en caso *necesario ; [de necesidad* : arts. 217 y 370].

2° En cuanto á los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; pero antes del fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá derecho á las ventajas ó beneficios que en el contrato del matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos sobreviviese ; [Vé art. 1222].

3° En cuanto á los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio legítimo. [36] En cuanto á los hijos naturales concebidos ántes del matrimonio putativo entre el padre y la madre, y nacidos despues, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto. *Freitas* 1448°, *y vé* 1559°.

231. Art. 73. — Si hubo buena fé de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio putativo, hasta el dia de la sentencia que lo anulare, producirá tambien los efectos del matrimonio válido, mas solo respecto al esposo de buena fé y á los hijos, y no respecto al cónyuge de mala fé. La nulidad en este caso tendrá los efectos siguientes : — [Vé arts. 230 n° 3° y 1040].

1° El cónyuge de mala fé no podrá exigir que el de buena fé le preste alimentos ;

2° El cónyuge de mala fé no tendrá derecho á ninguna de las ventajas que se le hubiesen hecho en el contrato de matrimonio ; [Vé art. 230 n° 2°].

3° El cónyuge de mala fé no tendrá patria potestad sobre los hijos. *De Freitas* 1449° : *Código Francés* 202°. [Vé á Goyena 1249°].

232. Art. 74. — Si el matrimonio anulado no fuese putativo, es decir si fuese

Art. 72. — [Código Francés 201° ; Goyena 93° ; Acevedo 196° á 198°]. L. 1ª, Tít. 13, Part. 4ª, y L. 4ª, Tít. 6°, Lib. 3° Fuero Real. [Citas de Goyena y Acevedo]. Zachariæ, § 125. En cuanto á los hijos naturales, en contra : Pothier, *Traité du Mariage* [VI], 418 y 419, y Cód. de Chile, art. 203. [En favor, la mayoría de los autores franceses].

---

[35] La edicion argentina de este Código en vez de *necesitar* decia *de la necesidad*. El artículo alude al 182, que por otra parte guarda poca armonía con este, pues no exige precisamente la *asistencia* del párroco, sinó la reiteracion del matrimonio, so pena de nulidad.

[36] Como existe absoluta desarmonía entre la disposicion de este n° 3 y la del artículo 338, para conciliarlas es forzoso considerar este último artículo como una escepcion, y que así el beneficio de la legitimidad no alcanza á los hijos *adulterinos*, sinó á los *incestuosos* y *sacrílegos* (!) Vé arts. 358 y 359.

contraido de mala fé por ambos cónyuges, no producirá efectos algunos civiles. Su nulidad tendrá los efectos siguientes : —

1° En cuanto á la persona de los cónyuges, su union será reputada como un mero concubinato;

2° En relacion á los bienes, se procederá como en el caso de la disolucion de una sociedad de hecho, quedando sin efecto alguno el contrato de matrimonio;

3° En cuanto á los hijos, serán considerados como ilegítimos, y en la clase que los pusiere el impedimento que causare la nulidad. *Freitas* 1450°. [Vé arts. 338 á 340].

233. Art. 75. — Consiste la mala fé de los cónyuges en el conocimiento que hubiesen tenido ó debido tener, el dia de la celebracion del matrimonio, del impedimento que cause la nulidad. No habrá buena fé ni por motivo de ignorancia ó error de derecho, ni por motivo de ignorancia ó error de hecho que no sea escusable, [37] á ménos que el error fuese ocasionado por dolo. *Freitas* 1451°. [Vé arts. 924, 930 y 931].

234. Art. 76. — El cónyuge de buena fé puede demandar al cónyuge de mala fé, y á los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnizacion del perjuicio recibido. *Freitas* 1452°. [Vé arts. 936, 1069 y 1070].

235. Art. 77. — En todos los casos de los artículos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fé hubiesen contratado con los supuestos cónyuges. *De Freitas* 1453°. [Vé arts. 1052, 1056 y 1058].

CAPÍTULO XIII

DE LAS SEGUNDAS Ó ULTERIORES NUPCIAS

236. Art. 78. — La viuda no podrá casarse hasta pasados diez meses de disuelto ó anulado el matrimonio. Si quedase encinta podrá solo hacerlo despues del alumbramiento. Si ántes de este tiempo contrajere matrimonio, pierde los legados y cualquier otra liberalidad ó beneficio que el primer marido le hubiese hecho en su testamento. *Goyena* 56°, *y L.* 3, *Tít.* 12, *Part.* 4ª. [Vé arts. 3811 y 3845].

237. Art. 79. — El viudo ó viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, pase á ulteriores nupcias, está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento ó ab-intestato hubiese heredado de alguno de ellos, conservando solo durante su vida el usufructo de dichos bienes. *Goyena* 800° *inc.* 1°; *Acevedo* 228° *á* 231°; *Freitas* 1459°. [Vé art. 2818]. [38]

[Arts. 76 y 77. — Austria 102°; Holanda 151° inc. 2°; Goyena, á su art. 90].

Art. 78. — Código Sardo, art. 145. — Código de Austria, arts. 120 y 121. — Código Francés, art. 228 y Código de Holanda, art. 91. — En contra: L. 4ª, Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec., que revocó la L. 3ª, Tít. 12, Part. 4ª. En la Iglesia Griega solo se permiten tres matrimonios. [De Goyena, allí].

Art. 79. — L. 7ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 26, Tít. 13, Part. 5ª.— L. 3ª y siguien-

---

[37] Para resolver si el error de hecho es *escusable* (vé art. 930), hay que tomar en consideracion las circunstancias particulares de cada caso, y especialmente la condicion de los esposos.

[38] Se ha dicho, que la institucion de las *reservas* tuvo su orígen durante la decadencia de

238. Art. 80. — Cesa la obligacion de la reserva, si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos. *Goyena* 804°.

239. Art. 81. — La viuda que teniendo bajo su podestad hijos menores de edad, contrajere segundo matrimonio, debe pedir al juez, que les nombre tutor. Si no lo hiciere, es responsable con todos sus bienes de los perjuicios que resultaren en adelante á los intereses de sus hijos. [89] La misma obligacion y responsabilidad tiene el marido de ella. [Vé arts. 308 y 1110].

—

TÍTULO II

De los hijos legítimos

[Vé arts. 319 y 359].

240. Art. 1°. — La ley supone concebidos durante el matrimonio, los hijos que nacieren despues de seis meses del casamiento válido ó putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de diez meses contados desde el dia que el matrimonio válido ó putativo fué disuelto por muerte del marido, ó porque fuese anulado. *Freitas* 1460°. [Arts. 76 y 77: vé arts. 219, 243, 245, 246 y 255].

241. Art. 2°. — Si disuelto ó anulado el matrimonio, la madre contrajere otro en el plazo prohibido por el artículo 78 del título anterior, el hijo que naciere ántes de los seis meses del segundo matrimonio se presume concebido en el primer matrimonio. [1]

tes, Tít. 9°, Lib. 5°, Código Romano — Código Sardo, arts. 146 y 147. En contra: todos los otros Códigos modernos. [De Acevedo y Goyena]. Las leyes declaraban reservables, á mas de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, todos los demás que hubiese adquirido de su difunto consorte por testamento, donacion ú otro cualquier título lucrativo. El artículo limita la reserva á solo los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio. [Siguiendo á Freitas: vé á Goyena, II, Apéndice n° 10].

Art. 80. — L. 3ª, Tít. 9°, Lib. 5°, Código Romano. [De Goyena, allí].

Roma y no pudo aclimatarse en España sinó cuando, corrompido el estudio del derecho, se tomaron los Códigos bizantinos como el único depósito de justicia y de ciencia, queriendo que preponderasen sobre la tradicion y leyes de la península. Que ha sido ella justamente relegada á la historia por todos los Códigos modernos como incompatible con los principios del derecho y economía pública, á mas de ser contraria á la ley de las familias.

Suscribimos á ese parecer, agregando que ella obra sobre los hijos del segundo matrimonio, y no alcanza á los hijos naturales del cónyuge viudo.

[89] Pensamos que la misma obligacion y responsabilidad incumben á la abuela tutora (artículos 390 n° 3°, y 398 n° 8°; Cód. del Estado Oriental 296°), aunque no á su marido: *pœnalia non sunt extendenda.* Compara el presente con el artículo 395 Francés.

[1] Hay en esto un error evidente y grave. Los seis meses deben contarse desde la anulacion y disolucion del primer matrimonio, como lo exige la razon y se deduce del artículo 242 siguiente.

Siguiendo el artículo á la letra, se presumiria concebido en el primer matrimonio el hijo nacido á los *once* y hasta los *quince* meses despues de disuelto, lo cual es tanto mas inaceptable y absurdo, cuanto que estas presunciones no admiten prueba en contrario (artículo 214).

242. Art. 3°. — Se presume concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere despues de los seis meses de su celebracion, aunque se esté dentro de los diez meses posteriores á la disolucion del primer matrimonio. *Freitas* 1463° § 2°.

243. Art. 4°. — El hijo nacido dentro de diez meses posteriores á la disolucion del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre ú otro que se diga su padre, lo reconozcan por hijo natural. *Freitas* 1464°. [Vé art. 240].

244. Art. 5°. — Las presunciones de la ley espresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contra. *Freitas* 1465°. [Vé art. 77]. [2]

245. Art. 6°. — La ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido de ella, y así: *Cód. Francés* 312° *inciso* 1°. [3]

246. Art. 7°. — Son hijos legítimos los nacidos despues de ciento ochenta dias desde la celebracion del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolucion, si no se probase que habia sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento. *Goyena* 101°; *Chile* 180°; *Freitas* 1446° y 1472° *inc.* 1°. [Vé arts. 252 y 253]. [4]

Art. 7°. — L. 16, Tít. 6°, Part. 6ª — L. 4ª, Tít. 23, Part. 4ª — y véase la L. 2ª, Tít, 5°, Lib. 10, Nov. Rec. — Son muy importantes en la materia las Leyes Romanas, 5ª, Tít. 4°, Lib. 2°, Dig.; 6ª, Tít. 6°, Lib. 1°, idem; 3ª, § 12, Tít. 16, Lib. 38, idem. — L. 29, Tít. 2°, Lib. 28, idem, y Novela 39, Cap. 2°. — Art. 312, Cód. Francés. — De Nápoles, art. 234. — De Holanda, art. 305, y de Austria, art. 138. — El Código de Prusia exige 210 dias, ó siete meses cumplidos desde la celebracion del matrimonio, y 302 despues de su disolucion. [De Goyena, allí].

En los [primeros, agréguese] *ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al matrimonio* [léase, nacimiento] Goyena esplica este término de la manera siguiente — en las notas al artículo 101: « O en los cuatro *primeros* meses (contándose de treinta dias) de los diez anteriores al nacimiento. Probada la imposibilidad física del acceso en el tiempo del artículo, la criatura no habrá nacido dentro de los trescientos dias (diez meses), que son el término mas largo de los nacimientos tardíos, ni despues de los ciento ochenta dias (seis meses), término de los nacimientos mas precoces, ejemplo:

« La mujer libra en 26 de Diciembre.

« Los diez meses de treinta dias, ó los trescientos dias anteriores al nacimiento, comienzan á correr desde el 1° de Marzo, y se completan en 25 de Diciembre, ambos inclusive.

« Los cuatro *primeros* meses de los diez, ó los ciento veinte dias de los trescientos, se completan el 29 de Julio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad física del acceso

---

[2] Se trata en esos artículos del hecho de la *concepcion* puramente, aplicándose la presuncion del artículo 77, que tampoco admite prueba en contrario; y *concepcion* no es necesariamente *legitimidad*. Pero si el marido (art. 256), ó los herederos, en su caso (art. 258), no reclaman de la legitimidad en la hipótesis del artículo 246 inc. 2°, ó cuando el parto le fué ocultado (art. 252), ó hace su reclamacion fuera de tiempo (art. 254), las presunciones de *concepcion* constituyen *legitimidad* para el marido y sus herederos, ya que no para el propio hijo. Vé nota 5ª á los artículos 250 y 251, y el 4031.

Nos referimos con la ley, á la concepcion sucedida durante un matrimonio válido ó á lo ménos putativo (vé arts. 230 y 231); así es que nuestra tésis no se halla contradicha por el artículo 257, que no tiene aquí aplicacion.

[3] Es la version del célebre principio del Digesto Romano: *pater est quem nuptiæ demonstrant.* Ley 5ª, *de in jure vocando,* Tít. 4°, Lib. 2°.

[4] Sensible es que nuestro Código, resintiéndose de la variedad de sus modelos, no haya

247. Art. 8°. — La mujer que, muerto el marido, se creyere embarazada, debe denunciarlo á los que, no existiendo el hijo póstumo, serian llamados á suceder al difunto. [Chile 198° inc. 1°]. Los interesados pueden pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo en que el hijo debe ser tenido por legítimo. [Vé arts. 65, 67 y 78].

248. Art. 9°. — La madre tendrá derecho á que de los bienes que han de corresponder al póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se causaren por el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, ó resulte que la mujer no ha estado embarazada, no estará obligada á restituir lo que hubiere recibido. *De Chile* 199°.

249. Art. 10. — La mujer recien divorciada, que se creyere embarazada, debe denunciarlo al juez ó al marido en el término de treinta dias desde su separacion; y este podrá pedir las diligencias necesarias para asegurarse *tambien* de que el parto es efectivo, y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo.

250. Art. 11. — En caso de divorcio, si la mujer despues de su separacion definitiva ó provisoria, tuviere algun hijo nacido despues de diez meses desde el dia en que la separacion se realizó de hecho, el marido ó sus herederos tienen derecho á negar la paternidad, á ménos que se probase que hubo reconciliacion privada entre los esposos. Estas disposiciones se estienden al caso de separacion provisoria de los cónyuges, por motivo de accion de nulidad del matrimonio. *Freitas* 1468° *inc.* 1° *y* 1469°. [6]

251. Art. 12. — Declarado el fallecimiento presunto del marido ausente, si la

por haber estado ausente en todo el dicho período, y no haber regresado hasta el 30 de Junio.

« El parto no será legítimo porque pasó ya un dia del onceno mes, ó tuvo lugar á los trescientos un dias desde que sobrevino la imposibilidad física, y dentro de los ciento ochenta dias, ó sin tocar un solo dia del sétimo mes desde que cesó: desde el 30 de Junio, en que regresó el marido, hasta el 26 de Diciembre en que libró su mujer, ambos inclusive, van seis meses justos de treinta dias, ó ciento ochenta dias ».

Art. 8°. — Véase L. 17, Tít. 6°, Part. 6ª, y L. 1ª, Tít. 9°, Lib. 37, Dig., y los artículos desde el 190 al 197 Código de Chile. [Citas repetidas bajo el art. 249].

Art. 9°. — L. 1ª, Tít. 9°, Lib. 37, Dig. — Código de Chile, art. 199.

Art. 10. — Véase L. 17, Tít. 6°, Part. 6ª, y L. 1ª, Tít. 9°, Lib. 37, Dig. y los artículos desde el 190 al 197 Código de Chile.

Art. 11. — Código de Luisiana, art. 207. — Código de Chile, art. 190. [Goyena 103°, Ley Francesa, Dic. 6 de 1850].

---

seguido en materia de tanta trascendencia, la computacion por dias, como lo hace el artículo 76 Chileno, ya que no todos los meses son de 30 dias (art. 23). Vé á Goyena, art. 15.

Tampoco adopta plazos uniformes y fijos, sinó que á veces nos habla de 180 *dias,* como en este artículo y en el 253, cuando en los artículos 78, 240, 241, 242 y 258 se refiere á seis *meses;* y mientras en todas partes marca el *máximum* de 10 meses (arts. 78, 236, 240, 242, 243, 250 y 251), señala aquí el plazo de 300 dias.

Resulta de esto, que nuestro artículo y la nota declaran *ilegítimo* al hijo nacido un dia despues del décimo mes, cuando, segun el artículo 78, seria necesariamente *legítimo* no solo á los 301 dias, sinó á los 307 si la concepcion sucedió en Marzo ó Abril, pues no debe incluirse el dia del nacimiento.

Harémos notar, por último, que en vez de *los 120 dias,* debe leerse en el artículo, en los *primeros* 120 dias, como está en Goyena, y sobre lo cual no puede haber duda séria.

mujer durante la ausencia tuviere algun hijo nacido despues de diez meses, desde el primer dia de la ausencia, los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo una accion negativa de la paternidad, si *la madre* está en posesion provisoria ó definitiva de los bienes, ó para escluirla, si ella pretende obtenerlos. *De Freitas* 1467°. [5]

252. Art. 13. — El marido no puede desconocer al hijo, dando por causa el adulterio de la mujer, ó su impotencia anterior al matrimonio. Pero si á mas del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo. *Cód. Francés* 313°. [6]

Art. 13. — L. 9ª, Tít. 14, Part. 3ª. — LL. 11, § 9°, Tít. 5°, Lib. 48, Dig., y 29, § 1°, Tít. 3°, Lib. 22, idem. — Código Francés, art. 313, y Código Sardo, art. 152. — Código de Holanda, art. 307 [de Goyena 102°], y véase á Leclerc, *Droit Romain*, tomo 1°, pág. 333.

---

[5] Freitas, refiriéndose al que está en posesion de los bienes del presunto fallecido, dice *el hijo,* lo mismo que nuestro artículo 258 inciso 3°, como que es el heredero principal y necesario de su padre. Pero como la madre puede optar por la continuacion de la sociedad conyugal y administrar todos los bienes del matrimonio (art. 1310), como tambien es representante necesaria de su hijo á quien tiene bajo su potestad (arts. 57 n° 1° y 305), y como frecuentemente será coheredera con el hijo (arts. 3572 á 3577), el artículo 251 queda bien agregando á las palabras *si la madre,* la frase *ó el hijo.*

Hay que distinguir cuidadosamente las disposiciones relativas al hijo *concebido durante el matrimonio* válido ó putativo de los padres, que la ley presume *legítimo* (arts. 245 y 246), de los artículos que tratan del hijo que *no* ha sido *concebido* durante ese matrimonio, por cualquier causa, como son los artículos 250, 251, 253, 257, cuyos hijos están muy lejos de tener á su favor la presuncion de *legitimidad,* y no le son aplicables las prescripciones de los artículos 254 y 256.

La interpolacion de los artículos aumenta así la dificultad de materia tan difícil.

Aquí, probado que han trascurrido mas de diez meses, basta negar la legitimidad, para que quien la sustente deba suministrar la prueba de la cohabitacion: por el contrario, probado que el parto ha tenido lugar dentro de los diez meses, se presume la legitimidad, y al que la niegue incumbe la prueba, artículo 246, y vé nuestra nota al 241, así como la del Dr. Velez al artículo 920.

Respecto al término para negar la paternidad (art. 250) ó para oponerse á la posesion del hijo ó de la madre (art. 251) ¿se aplicará el artículo 258 inciso 2°, ó tambien los plazos ordinarios? Vé el artículo 4021 2° y notas.

[6] Se declara aquí que la imposibilidad física proveniente de impotencia *anterior* al matrimonio no es aceptable, porque el marido debe cargar con las consecuencias de su torpe engaño; pero la impotencia posterior, originada por la edad ú otro accidente, es admisible.

Este artículo debió, pues, constituir el natural complemento del 246.

Los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo por el marido, á mas de la impotencia posterior al matrimonio, podrán ser, entre otros, la decrepitud, la salud valetudinaria, la distancia que existía entre las residencias del marido y de la mujer, durante el período de la concepcion (art. 78), la desinteligencia que en esa época reinaba entre los esposos, etc.

Como la suficiencia de las pruebas suministradas por el marido para justificar el desconocimiento del hijo, no será siempre irrefragable y de aquellas que quitan todo motivo de duda, habrá de quedar muchas veces abandonada á la apreciacion prudente de los Jueces, y en estos casos será de importancia y complementará la prueba producida, la justificacion directa del hecho del adulterio de la mujer ó su cohabitacion con un estraño; pero ni

253. Art. 14. — El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias *siguientes* al matrimonio, si supo ántes de casarse el embarazo de su futura esposa, ó si consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, ó que de otro modo hubiera reconocido tácita ó espresamente por suyo el hijo de su mujer. *De Goyena, allí.* [7]

254. Art. 15. — Toda reclamacion del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer *durante* el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta dias

Art. 14. — Proyecto de Goyena, art. 104 — Código Francés, art. 314, para los *tres* casos — Cód. Sardo, art. 153, para los dos primeros casos y Código de Austria, art. 155, para solo el primer caso. [De Goyena, allí. El Cód. Francés solo trata de *dos* casos].

---

el testo de nuestro artículo, que es idéntico al del Código Francés ni la razon exigen como indispensable la justificacion separada y principal de la infidelidad.

Si el artículo habla de *adulterio de la mujer*, es porque si el marido no acepta la paternidad del hijo, si no es su padre, ha habido necesariamente adulterio de su esposa.

Así, pues, demostrada la no cohabitacion del marido con la mujer en tiempo propio, unida á la ocultacion del parto, el adulterio de la mujer queda virtualmente probado.

Sobre la forma de probar el adulterio y la ocultacion del parto, puede verse á Demolombe, V, 50.

[7] Obsérvese cuidadosamente que este artículo se ocupa del hijo concebido *fuera* del matrimonio (arts. 322, 78, 240 y 246), difiriendo profundamente del artículo anterior, del siguiente, del 256 y de los artículos 240 á 246, que tratan del niño concebido *durante* el matrimonio. En los casos 2° y 3° de nuestro artículo se corre el riesgo de legitimar un hijo adulterino, que el marido creyó erradamente que era suyo.

Sobre el artículo 314 del Código Francés, muy semejante al nuestro, existe una gran cuestion entre los comentadores de aquel. Aubry y Rau (§ 545 nota 9, 4ª edicion) parecen sostener que es una legitimacion *especial*, impugnable respecto al hijo habido durante el primer matrimonio de su padre, cuya adulterinidad es así indubitable ; y á esta opinion suscribimos (arg. del art. 357). Freitas, 1560° á 1564°, se inclina á dicho parecer y Demolombe, V, 57 á 60, lo combate.

Por nuestro Código las dificultades suben de punto, y la cuestion se hace casi insoluble. Aquí se trata al niño como hijo *legítimo* y hasta se emplea la palabra *legitimidad*, que el artículo 314 francés no trae ; y en el artículo 322, siguiendo á Freitas inoportunamente, se habla de simple paternidad y se le declara implícitamente *legitimado* y se varía la legislacion. Por último, viene á completar la confusion la errada disposicion del artículo 258 inciso 1°, y el que en los artículos 254 y 256 no se trate sinó del hijo concebido *durante* el matrimonio.

Goyena en sus comentarios á los artículos 104 y 106 tampoco guarda armonía.

¿No habría sido mas lójico y conforme á los principios, considerar el caso de nuestro artículo, no como de legitimidad, sinó como de simple paternidad ?

Así lo hace el artículo 322 citado.

Es preciso, por lo demás, que el niño haya tenido existencia natural, que haya nacido con vida, aunque haya muerto inmediatamente (arts. 70 y 72), pues no habria objeto en desconocer á un muerto.

Aquí se admite el reconocimiento *tácito*, mientras que el artículo 322 requiere que haya sido reconocido *espresamente*.

El artículo 4044 marca el plazo para el desconocimiento de la legitimidad del hijo por el padre.

El inciso último del artículo 258 no armoniza bastante con el presente y no es en gran parte sinó una repeticion suya.

contados desde que tuvo conocimiento del parto. *Freitas* 1476° § 1° *inc.* 1°. [Artículo 4044, y vé 258, 3968 y 3982].

255. Art. 16. — Cualquiera declaracion ó confesion de la madre, afirmando ó negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna. *Freitas* 1479° § 2°; *Sardo* 152° *inc. último.*

256. Art. 17. — Miéntras viva el marido, nadie sinó él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. *Chile* 182°; *Freitas* 1474° § 1°.

257 Art. 18. — Pero la legitimidad del hijo puede ser contestada por no haber habido matrimonio entre su padre y madre, ó por ser nulo, ó haberse anulado el matrimonio [8], ó por no ser concebido el hijo durante el matrimonio. *Freitas* 1480°. [Vé art. 224].

258. Art. 19. — Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido despues de seis meses de la celebracion del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda. [9] En los demás casos, [10] si el marido ha

Art. 15. — Código de Chile, art. 183. — El Código Francés, art. 316, señala solo un mes si el marido se encuentra en el lugar del nacimiento, y dos meses si está ausente. Lo mismo el Código Sardo, art. 154. — De Nápoles, art. 238. — De Holanda, art. 311. — El Código de Austria señala tres meses, art. 158, y un año el de Prusia, art. 2°, Tít. 2°, Parte 2ª. [De Goyena 105°].

Art. 17. — L. 2ª, Tít. 9°, Part. 4ª. [Da accion popular contra la adúltera].

---

[8] Salvo que el matrimonio anulado haya sido putativo: artículos 230 y 231.

[9] Ni Goyena, ni Código alguno lo establece. Goyena trata del hijo nacido *antes* ó *dentro* de los seis meses, refiriéndose á su artículo 104, correspondiente al 253 nuestro; y así debe entenderse nuestro inciso, atribuyendo la palabra *despues* á un error de cópia ó tipografía, por las siguientes razones: que el artículo es tomado del 106 de Goyena; que el inciso no tendria objeto en presencia del artículo 254, en que el caso está plenamente legislado, y que por su generalidad él es errado, porque *despues* de los seis meses de la celebracion del matrimonio, queda el tiempo sin límites.

[10] Con estas palabras Goyena se refiere á los casos de los artículos 246 inciso 2° y 250, pero nosotros debemos comprender tambien el del artículo 252.

Es entendido que el marido ha debido morir en tiempo útil para reclamar: de lo contrario, este derecho caduco ya para él durante su vida, no podría trasmitirse á sus herederos: artículo 2045.

¿Y qué diremos del caso del artículo 251 y de un hijo póstumo (art. 240)? Creemos que este último caso se halla comprendido en nuestro artículo, y por razones análogas el del artículo 251 citado, á condicion de que reapareciendo el ausente, quedará sin efecto el fallo.

¿Podría la mujer, como *heredera* que es, impugnar la legitimidad de su hijo? Casos habrían en que tendría vivísimo *interés* en ello; pero segun el artículo 255 no podría hacerlo. *Nemo auditur, turpidinem suam allegans.*

Otra dificultad. El Código Francés, sus comentadores, Goyena, Freitas y el Código del Estado Oriental establecen, y á nuestro juicio con gran sabiduría, una profunda diferencia entre la accion de *desconocimiento* y las de contestacion de legitimidad ó de filiacion (que es el caso de los artículos 257 y 261), concediendo estas últimas á todo interesado (vé art. 1048), mientras que le niegan la primera, y señalando plazos diversos para una y otras.

Pareciera que nuestro artículo, que sigue al Código Chileno, no aceptase semejante di-

muerto sin hacer reclamacion contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello [vé art. 1048], tendrán dos meses para interponer la demanda. Este término correrá desde el dia en que *el hijo* hubiese entrado en posesion de los bienes del marido. [Goyena, allí]. No hay lugar á demanda cuando el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento, ó en otra forma pública. [Art. 253].

259. Art. 20. — Los hijos pueden reclamar su filiacion legítima cuando sean desconocidos por los padres. Esta accion es imprescriptible. Los herederos y *descendientes* podrán continuar la accion intentada por *ellos*, ó entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiese muerto en la menor edad. *De Goyena* 113° y 115°; *Freitas* 1486° *inc.* 2°. [Vé art. 4021, 2ª]. [11]

260. Art. 21. — La accion de filiacion no puede ser intentada sinó contra el padre y madre conjuntamente, y por fallecimiento de estos, contra sus herederos. *Freitas* 1487°.

261. Art. 22. — La filiacion de que el hijo esté en posesion, aunque sea conforme á los asientos parroquiales, puede ser contestada en razon de parto supuesto, ó por haber habido sustitucion del verdadero hijo, ó no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo. *Freitas* 1482°; *Contra, Código Francés* 322°. [Vé art. 262].

262. Art. 23. — El derecho de reclamar la filiacion, ó de contestar la legitimidad no se estingue, ni por prescripcion ni por renuncia espresa ó tácita; mas los derechos pecuniarios, ya adquiridos, están sujetos á la prescripcion. *Freitas* 1488°. [Vé arts. 257, 259, 845, 19, 3967, etc.]. [12]

Art. 19. — Proyecto de Goyena, art. 106. — Cód. Francés, art. 317. — Cód. de Chile, arts. 184 y 185.

Art. 20. — [Compara con el] Código Francés, art. 328 [á 330] y siguientes. — Cód. de Holanda, arts. 324 y 325. — Cód. Sardo, arts. 169 y 170. [De Goyena, allí].

---

ferencia entre dichas acciones; pero es forzoso hacerla, porque el artículo 262 declara imprescriptibles las acciones para contestar la legitimidad ó la filiacion. Vé el 4021° 2ª y notas.

Sobre á quienes aprovecha ó perjudica el fallo, vé á Aubry, § 545 *bis*, notas 38 á 42.

Como la accion de desconocimiento ó negativa de paternidad, reposa, por lo que respecta á los herederos del marido, en un interés puramente pecuniario, puede ser ejercida por los acreedores de ellos (art. 1197).

En el caso del inciso siguiente, el término debe contarse desde que el hijo turbe á los herederos, cuando sean estos los que se hallen en posesion de la herencia.

[11] De modo que, si el hijo desconocido muere al llegar á la mayor edad ó poco despues, cesa el derecho de reclamacion, lo que es completamente injusto. Todos los Códigos y el mismo Goyena dán cuatro ó cinco años además de la mayor edad. El artículo 4031 arguye tambien en contra del inciso último de nuestro artículo.

Además, estando declarado imprescriptible el derecho de reclamar la filiacion, se da aquí una prescripcion brevísima y hasta instantánea con perjuicio irreparable de los derechos pecuniarios y del estado mismo de su descendencia.

Si el hijo está bajo curatela, la injusticia resaltará aun mas.

La palabra *descendientes* parece demás, como comprendida en la de *herederos*. La voz *ellos* se refiere á los hijos, y es preferible *aquellos*.

[12] Freitas declara tambien imprescriptible el derecho de contestar la filiacion, á que se

263. Art. 24. — La filiacion legítima se prueba por la inscripcion en los registros parroquiales, tanto del nacimiento, como del matrimonio de los padres, y por la posesion constante del estado de hijo legítimo, fundada en actos que la demuestren. A falta de inscripcion en los libros parroquiales y de la *posesion de estado*, la filiacion legítima puede probarse con testigos, cuando la inscripcion en los registros se ha hecho bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos. *De Zachariæ, allí.* [18]

—

TÍTULO III

De la patria potestad [1]

264. Art. 1°. — La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes

Art. 24. — Código Sardo, art. 164. — Zachariæ, § 162. — Merlin, *Rép. Verb. Maternité.* [De Zachariæ y Goyena 109° y 112°].

---

refiere nuestro artículo 261, y los autores franceses establecen el principio de que el *estado* de familia no se puede adquirir ni perder por prescripcion. Toullier, II, 908; Demolombe, V, 328, etc.

La omision de nuestro artículo se esplica quizá por la consideracion de que las escepciones y derechos de defensa fueron siempre perpétuos (nota 160 al art. 4021).

El artículo no distingue si el reclamo de filiacion es hecho por el hijo ó por sus herederos, aunque el artículo 4021 2ª, suministre un argumento en contrario.

Si se decide que ambas acciones son prescriptibles (lo que consideramos anti-jurídico é injusto), lo serian en el término de diez ó veinte años desde la muerte del hijo, en el caso del artículo 259, y desde que la falsa maternidad fué conocida (art. 261): artículo 4025 y argumento de los artículos 3959, 4032 y 4035. Vé las notas al artículo 4031.

Son, por lo demás imprescriptibles no solo los derechos ya adquiridos sinó los que pudieron adquirirse, como la accion de peticion de herencia (vé art. 3423), cuya receptibilidad se hallase subordinada á la admision de la reclamacion de estado, y fuese aquella tardiamente deducida.

[18] ¿Para probar la filiacion legítima serán precisas las partidas de matrimonio y nacimiento ó bastará una sola de ellas? La última será siempre indispensable, y en muchos casos suficiente (art. 79 y Cód. Francés 319°); pero en otros habrá necesidad tambien de la partida de matrimonio ó su prueba supletoria (art. 179); y á veces será preciso demostrar la paternidad ó maternidad, el matrimonio y la identidad personal: argumento de los artículos 257, 261 y 86. Tratándose, pues, de un hecho muy complejo, no es posible dar una respuesta absoluta. Compara esto con Goyena sobre el artículo 109, y Massé y Vergé, nota 1° al § 162 de Zachariæ.

La apreciacion de la prueba indirecta de la *posesion de estado*, queda librada naturalmente al juicio prudente de los magistrados. En cuanto á los hechos que sirven para demostrarla, vé artículo 179 y notas al 325; Cód. Francés 321°; Goyena 110°; Acevedo 278°; Chile 311° y Freitas 1495° á 1497°.

Al consultarse los escritores franceses, debe tenerse presente que este Código no acepta los artículos 323 inciso 2°, y 324 del Francés.

[1] No encontramos una razon satisfactoria para haber suprimido la *adopcion*, á pesar de lo que el Codificador aduce en la nota de remision de su proyecto. Lejislada convenientemente seria una institucion ventajosa. Vé los artículos 223 á 231 del Código del Estado Oriental, y lo que sus autores dicen en el § 1° de la nota de remision.

conceden á los padres desde la concepcion de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, miéntras sean menores de edad y no estén emancipados. *De Goyena, allí.* [Art. 131 y vé 327 y 328].

265. Art. 2°. — Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Tienen estos obligacion y derecho de criar á sus hijos, elegir la profesion que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme á su condicion y fortuna, no solo con los bienes de ellos ó de la madre, sinó con los suyos propios. [Vé arts. 280, 1276° n° 1° y 1301°].

266. Art. 3°. — Los hijos deben respeto y obediencia á sus padres. Aunque estén emancipados, están obligados á cuidarlos en su ancianidad, en el estado de demencia ó enfermedad, y á proveer á sus necesidades en todas las circunstancias de la vida, en que les sean indispensables sus auxilios. Tienen derecho á los mismos cuidados y auxilios los demas ascendientes legítimos. *Chile* 219° *á* 221. [Vé arts. 331 y 367].

267. Art. 4°. — La obligacion de alimentos comprende la satisfaccion de las necesidades de los hijos en manutencion, vestido, habitacion, asistencia y gastos por enfermedades. *Zachariæ*, § 131 *nota* 29. [Art. 372, vé arts. 3482 inc. 1°, 3792 y 3882 n° 4°]. [2]

268. Art. 5°. — La obligacion de dar alimentos á los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta. [Art. 370 y vé el 373]. [3]

269. Art. 6°. — Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se hallase en urgente necesidad, que no pueda ser atendida por los padres, las suministraciones que se le hagan se juzgarán hechas con autorizacion de ellos. *De Chile* 232° § 1°. [Vé art. 284].

Art. 1°. — Proyecto de Goyena [I, pág. 153], Tít. 7°. — LL. 1ª y 3ª, Tít. 17, Part. 4ª. — L. 3ª, Tít. 20, Part. 2ª, y 18, Tít. 8° [léase 18], Part. 4ª. [De Acevedo 328°; Freitas 1509° y 1510°.]

Art. 2°. — L. 1ª, Tít. 19, Part. 4ª. — L. 9ª, Tít. 2°, Lib. 10, Nov. Rec. [De Goyena 143° y Acevedo 329°]. — La Ley Romana decia: « *Veluti erga Deum religio ut parentibus et patriæ pareamur* ». LL. 4ª y 5ª, Tít. 3°, Lib. 25, Dig., y 4ª, Tít. 2°, Lib. 27, idem, y 16, Tít. 10, Lib. 37, idem [?] — Cód. Francés, art. 203 y los demás Códigos modernos. — Zachariæ § 131, y véase L. 7ª, Tít. 2°, Part. 3ª, y 13, Tít. 7°, Part. 6ª, [citada bajo los arts. 3293 á 3296].

Art. 3°. — Las leyes del Tít. 19, Part. 4ª. [Vé Cód. Francés 371° y 205° á 207°].

Art. 4°. — L. 5ª, Tít. 33, Part. 7ª, y 2ª, Tít. 20, Part 4ª. — Zachariæ, § 131 — LL. 43 y 44, Dig. *De verb. Signif.* [Tít. 16, Lib. 50. De Acevedo 208° y Zachariæ].

Art. 5°. — La Novela 27 [léase 12], Cap. 2°, dice: « *Quia [licet] legum contentores [contemptores] et impii sint, parentes tamem sunt* ». En contra L. 6ª, Tít. 19, Part. 4ª, y Proyecto de Goyena art. 72 [de quien estas citas son tomadas].

Art. 6°. — Cód. de Chile, art. 232. — Zachariæ, § 131. [Nota 31. Demolombe IV, 55].

---

[2] Respecto á *alimentos*, véase tambien los artículos 217, 291 2ª; 331, 367 á 376, 1301, 1860 n° 3°, y 3882 n° 4°.

[3] Así establecen Demolombe, IV, 48, y otros autores franceses. Aunque los padres se inhabiliten para ó sean privados de la patria potestad, la obligacion subsiste.

El pasage de la novela solo viene al caso como argumento, porque se refiere á padres *(parentes)* criminales y no á hijos.

270. Art. 7°. — Los padres no están obligados á dar á sus hijos los medios de formar un establecimiento, ni á dotar á las hijas. *De Código Francés, allí.*

271. Art. 8°. — En caso de divorcio, ó separacion judicial de bienes, ó de nulidad del matrimonio, incumbe siempre al padre el deber de dar alimentos á sus hijos y educarlos, si el juez los dejare en su poder. [Vé art. 1301]. [4]

272. Art. 9°. — Si el padre faltase á esta obligacion, puede ser demandado por la prestacion de alimentos, ó por el propio hijo si fuese adulto, asistido por un tutor especial, ó por cualquiera de los parientes, ó por el Ministerio de Menores. *De Freitas* 1529° *n°* 1°, § 3°. [Vé art. 61].

273. Art. 10. — Los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos. *De Freitas* 1529° *n°* 3°. [Vé arts. 922 y 1115 á 1117]. [5]

274. Art. 11. — Los padres, sin intervencion alguna de sus hijos impúberes, pueden estar en juicio por ellos como actores ó demandados, y á nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administracion señalados en este Código. *Freitas* 1519°. [Vé arts. 281, 57 n° 2°, 1809 n° 7° y 3456].

275. Art. 12. — Los hijos no pueden dejar la casa paterna, ó aquella en que sus padres los han colocado, ni enrolarse en servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar sus personas de otra manera, ni ejercer oficio, profesion ó industria separada, sin licencia ó autorizacion de sus padres. [Vé art. 277].

276. Art. 13. — Si los hijos dejasen la casa paterna, ó aquella en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hayan sustraido á su obediencia, ó que otros los detengan, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. Ellos pueden acusar criminalmente á los seductores ó corruptores de sus hijos, y á las personas que los retuvieren. *Freitas* 1518° *n°* 1° *inc.* 2°; *Aubry* § 550 *n°* 1° *nota* 11ª.

Art. 7°. — Código Francés, art. 204.— Zachariæ § 130 [citando á] Toullier, Tom. 14 n°s 69 y 70.—En contra, en cuanto á dotar á las hijas: L. 8ª, Tít. 11, Part. 4ª.—Cód. de Nápoles, art. 194.—Código de Prusia, en cuanto á los hijos é hijas, en contra, 232 y 233. [De Goyena 1269°].

Art. 8°. — Véase el Título *Del matrimonio*, Capítulo *Del divorcio*. [Art. 215].

Art. 12. — Código de Friburgo, art. 192.—En cuanto al enrolamiento militar, en contra: el Código Francés, art. 274 [léase 374].— Código Sardo, art. 212—y L. 4ª, § 11, Dig. [lib. 49°, Tít. 16], *De re militare*. La razon especial de esta ley puede verse en Leclerc, *Droit Romain*, Tom. 1°, pág. 441. [Goyena 145°; Freitas 1518° n° 1°].

---

[4] En presencia de los artículos 265, 215, 367 y argumento del 369, que cargan en primer lugar al padre con la obligacion de alimentos, habria sido preferible eliminar el presente. Además, se halla él contradicho por el 1301, y la separacion de bienes no causa legalmente la separacion de hijos.

La palabra *siempre* debe eliminarse.

[5] Aunque el artículo 1115 se inspiró indiscretamente en la doctrina francesa que no se detiene ante la edad del discernimiento ó sea la pubertad, para conciliarlos con el presente, dirémos que la palabra *menores* en aquel artículo se refiere á los que no han cumplido diez años. — El artículo 433 es análogo á este.

277. Art. 14. — Los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho á reclamar paga ó recompensa. *Freitas* 1581° *n°* 3°. [Vé art. 1627 y Código Francés 375 á 382].

278. Art. 15. — Los padres tienen la facultad de corregir ó hacer corregir moderadamente á sus hijos; y con la intervencion del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones escesivas de los padres. *Goyena* 147°, *y Austria* 177°. [Vé art. 309].

279. Art. 16. — Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad. *De Friburgo* 206°. [Art. 1361, vé 1807, 297, y 450 n° 3°].

280. Art. 17. — Los padres no pueden hacer contratos de locacion de los servicios de sus hijos adultos, ó para que aprendan algun oficio sin asentimiento de ellos. *Freitas* 1520° *n° 2°*. [Arts. 1044 y 1048].

281. Art. 18. — El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, [6] sinó autorizado por el padre. *Chile* 258° *inc.* 1°.

282. Art. 19. — Si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar una accion civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el padre, puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio. *Chile* 258° *inc.* 2°; *Freitas* 1521°. [Vé art. 194].

283. Art. 20. — Se presume que los hijos de familia adultos, si ejerciesen algun empleo público, ó alguna profesion ó industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público ó á su profesion ó industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administracion ó [7] usufructo, ó solo el usufructo, no tuviese el padre. *Freitas* 1523° *n°* 1° *y* 1524°. [Arts. 190, 287 y 295].

284. Art. 21. — Los hijos de familia adultos ausentes de la casa paterna, con licencia del padre, ó en país estrangero, ó en lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos ú otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar, ó por el Cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallaren. *De Freitas* 1526° *n°* 1° *inc.* 1° *y* 3°. [Vé art. 373]. [8]

Art. 16. — L. 3ª, Tít. 4°, Part. 5ª, y L. 8ª, Tít. 11, Lib. 1°, Fuero Real. [De Acevedo 1319° n° 2°].

Art. 20. — Cód. de Chile, art. 242.

---

[6] Entiéndase del menor adulto, porque el impúber es absolutamente incapaz: artículos 274 y 54 n° 2°.

Siendo el padre el representante legítimo y necesario de sus hijos menores, en juicio y fuera de él (art. 57 n° 2° y argumento de los arts. 285, 274, 293, 135 inc. último, y 411), no es dudoso que ellos no pueden estar en juicio civil *como demandados*, á no ser con el asentimiento del padre ó representados por él.

[7] Léase *y usufructo*, como trae Freitas y lo exige el contesto mismo.

[8] Debió este artículo amalgamarse con el 269.

285. Art. 22. — Los hijos de familia no pueden demandar á sus padres sinó por sus intereses propios, y prévia licencia del juez del territorio, aun cuando tengan una industria separada ó sean comerciantes. *De Freitas* 1526° *n°* 2°.

286. Art. 23. — No es precisa la autorizacion del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente, ni para las disposiciones de su última voluntad, ni cuando reconociere sus hijos naturales. *Freitas* 1527°. [Vé art. 191]. [9]

287. Art. 24. — El padre y la madre [10] tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con escepcion de los siguientes: — [Art. 2818 y vé el 336].

1° De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares ó eclesiásticos;

2° De los que adquieran por su trabajo ó industria, aunque vivan en casa de sus padres; *Código Francés* 387° 1ª *parte.* [Vé arts. 275 y 277].

3° De los que adquieran por caso fortuito, como juego, apuesta etc.; [11]

4° De los que hereden con motivo de la incapacidad [12] del padre para ser heredero.

288. Art. 25. — El usufructo de dichos bienes esceptuados, corresponde á los hijos. *De Freitas* 1532° *n°s* 3° *á* 6°. [Vé art. 3751].

289. Art. 26. — Tienen tambien los hijos la propiedad y usufructo de los bienes adquiridos por herencia, donacion ó legado, cuando el donante ó testador ha

Art. 24. — L. 5ª, Tít. 17, Part. 4ª, y L. 13, Tít. 8° [léase 6°], Part. 6ª. — Cód. Sardo, art. 235 [y 224, Cód. Francés 384°].

Estas leyes dan solo el usufructo al padre. En cuanto á los bienes esceptuados, Código Sardo, art. 226. — De Austria, art. 151, y Cód. Francés, art. 387. — En contra: L. 7ª, Tít. 17, Part. 4ª. — Las leyes 6ª y 7ª, del mismo título conforme con el artículo en cuanto al peculio castrense, y en contra, respecto á los otros bienes, y LL. 4ª, 6ª y 8ª, Tit. 61, lib. 6°, Cód. Rom. [De Acevedo 332° y Goyena 152° á 154°].

Art. 25. [Léase 26]. — Argumento de la Ley 11, Tít. 4°, Part. 6ª y Novela 117 [Capt. 1°], Código Francés, art. 387. — De Nápoles, art. 301. — Sardo, art. 227. [De Goyena 154°].

---

[9] Constituyendo una nulidad relativa la resultante de la falta de autorizacion paterna, le es perfectamente aplicable el artículo 192 y cuanto allí dijimos.

Se habrá observado que los artículos anteriores guardan gran semejanza con los artículos 188 á 197, y deben así ser complementados por estos.

[10] Como el derecho de usufructo legal nace y muere con la patria potestad (argumento del art. 303), solo corresponde á la madre cuando enviuda: vé artículos 290, 295 y 3303.

Si el padre vuelve á casar, el derecho de usufructo pasa á ser ganancial (art. 1273, inc. 6°), lo que parece poco justo, pues de las cargas enumeradas por el artículo 291, solo pasan á la sociedad conyugal los gastos de alimentos (art. 1276 n° 1° y vé el n° 4°); á no ser que digamos que es forzoso pasen todas esas cargas: argumento artículo 3268.

[11] Invencion ó hallazgo, y loteria. Compara con el artículo 1273 inciso 3°.

[12] Mas propiamente *indignidad* ó desheredacion (arts. 3303 y 3751). El padre indigno no adquiere el usufructo, y lo aprovecha la madre viuda, en su caso; pero recíprocamente la indignidad de la esposa aprovecha al esposo inocente: artículos 287 y 3303 y argumento de ellos.

El usufructo nace y se estingue con la patria potestad: vé artículo 304; así como el final de la nota del Dr. Velez al 2314.

dispuesto que el usufructo corresponda al hijo. *De Freitas* 1532° *n°* 2°; *Código Francés, allí.* [Vé art. 3600].

290. Art. 27. — Es implícita la cláusula de no tener el padre el usufructo de los bienes donados ó dejados á los hijos de familia, cuando esos bienes fuesen donados ó dejados con indicacion del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos, ó rentas. *Freitas* 1533°; *Goyena, á su art.* 154.

291. Art. 28. — Las cargas del usufructo legal del padre y de la madre son: —[13]

1ª Las que pesan sobre todo usufructuario, escepto la de afianzar. *Goyena* 156° § 1°; *Código Francés* 601°. [Vé art. 2860].

2ª Los gastos de subsistencia y educacion de los hijos, en proporcion á la importancia del usufructo ; [Art. 265].

3ª El pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo ; [Vé arts. 2900 y 2902].

4ª Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo. [Vé art. 267].

292. Art. 29. — Las cargas del usufructo legal son cargas reales.[14] A los padres por hechos ó por deudas no se les puede *embargar el goce* del usufructo, sinó dejándoles lo que fuese necesario para llenar aquellas. *Zachariæ* § 189 *n*os 4° y 2°. [Vé art. 2910].

293. Art. 30. — El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aún de aquellos bienes de que no tenga el usufructo. *De Goyena* 150° *y nota.* [Vé arts. 177, 274, 287, 289, 290 y 305].

294. Art. 31. — El padre no tiene la administracion de los bienes donados ó dejados por testamento á los hijos, cuando han sido donados ó dejados bajo la condicion de que no los administre. *Chile* 247° *inc.* 2°; *Holanda* 362° *inc.* 2°.[15]

295. Art. 32. — La condicion que prive al padre de administrar los bienes donados ó dejados á los hijos, no le priva del derecho al usufructo. *Chile* 248° 1ª *parte.*

296. Art. 33 — En los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre ó de

Art. 27. [Léase 28]. — L. 5ª, Tít. 17, Part. 4ª. — Cód. Francés, art. 385. — De Nápoles, art. 299, y Sardo, art. 230, y véase la importante L. 8ª, § 4°, Tít. 61 [lib. 6°], Cód. Rom. [De Goyena y de Acevedo 333°].

Art. 29. — Véase sobre la materia Zachariæ § 188 y nota 14. [Freitas 1546°, etc.].

Art. 30. — L. 5ª, Tít. 17, Part. 4ª, Cód. Sardo, art. 231. El Cód. Francés, art. 389. — De Holanda, art. 362, y el de Nápoles arts. 291 y 311 [léase 312], ponen la cláusula *durante el matrimonio.* Segun el artículo, y el Código Sardo, el padre ni por enviudar ni por contraer segundas nupcias, pierde la administracion de los bienes de los hijos menores de edad. [De Goyena, allí. Vé arts. 308 y 304].

---

[13] Puede consultarse sobre esta materia á Aubry y Demolombe.

[14] Esta terminología de *cargas reales* ú *obligaciones reales* es combatida por el Dr. Velez en la nota al artículo 497; y es impropio decir *embargar el goce.* No teniendo el inciso 2° conexion con el 1°, debieron redactarse en artículos separados.

[15] El artículo 1227 trae una disposicion análoga. Vé los arts. 397 nos 3° y 6°, y 3600.

la madre [16], el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él los bienes que correspondan á los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores. [Vé art. 3516 inc. 2°].

297. Art. 34. — Los padres no pueden enajenar sin autorizacion del juez del domicilio los bienes inmuebles de los hijos, ni las rentas que estén constituidas sobre la deuda nacional, ni constituir derechos reales sobre dichos bienes, ni trasferir derechos reales que pertenezcan á los hijos sobre bienes de otros, ni comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles ó inmuebles de sus hijos en remate público, ni constituirse cesionarios de créditos, derechos ó acciones contra sus hijos, *á menos* que las cesiones *no* resulten de una subrogacion legal; ni hacer remision voluntaria de los derechos de sus hijos; ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna de ellos, ó de herencia en que sea con ellos coheredero ó legatario; ni obligar á sus hijos como fiadores de ellos, ó de terceros. *Freitas* 1537°. [Vé los arts. 434, 1362, 1453, 435, 1303, 450 n° 2°, 443 n° 10, 450 n° 6°, 61, 450 n° 9°, 279 y 1809 n° 3°]. [17]

298. Art. 35. — No podrán tampoco enajenar los ganados de cualquier clase, que formen los establecimientos rurales, sinó aquellos cuya venta es permitida á los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños. [Vé arts. 443 n° 1°, 2865 y 2904].

299. Art. 36. — Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal. [Vé arts. 18, 1044 y 1048].

300. Art. 37. — Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus hijos, llevan implícita la condicion que acabarán cuando concluya la patria potestad. [18]

[Art. 33. — De Freitas 1543° inc. 1° y 1552, y Cód. Francés 1442° inc. 2°. Vé á Aubry § 515 n° 1°].

Art. 34. — L. 24, Tít. 13, Part. 5ª. — L. 6ª, § 2°, Tít. 61, Lib. 6°, Cód. Rom. — Código Sardo, art. 232. — De Nápoles, arts. 291 y 92. — De Holanda, art. 364. — El Código Francés guarda silencio. [De Goyena 158°.]

---

[16] O desde que el sobreviviente supo la delacion de la sucesion: argumento del artículo 3368.

[17] Es preciso reconocer que no hay congruencia entre este artículo y el 279.

Comparando este artículo 297 y otros de este título con los artículos 443, 450, etc. se colige que, aunque las potestades paterna y tutelar tengan algunos puntos de contacto y varias restricciones que son comunes á ambas, la primera es mucho mas estensa que la segunda. Véase nuestra nota 4 al artículo 60, y á Goyena, tomo 1°, pág. 190.

No debiendo ser la autorizacion judicial una mera forma, es necesario que el Juez tome el conocimiento necesario para ver si hay necesidad ó verdadera conveniencia en la celebracion del contrato ó enagenacion (arg. arts. 136, 194, 1362 y 438). Así, tratándose de la enagenacion de un inmueble, deberá preceder la tasacion de él é investigacion de la fortuna del menor en su caso (vé art. 438), y precauciones sobre la inversion á darse al producido de la enagenacion; y si el Juez se persuade que el contrato no es de necesidad ó no ofrece positiva conveniencia para el menor, debe negar la autorizacion.

[18] Con la mayor edad ó emancipacion: véanse los artículos 443 n° 11 y 306. La redaccion del artículo por demasiado comprensiva, es impropia.

301. Art. 38. — Los padres perderán la administracion de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, ó se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, ó se hallen reducidos á estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores. [De Freitas 1540°]. En este último caso podrá continuar con la administracion, si los acreedores les permiten y no embargan su persona. [19]

302. Art. 39. — Los padres aun insolventes, pueden continuar en la administracion de los bienes de sus hijos, si dieren fianzas ó hipotecas suficientes. *Freitas* 1451°. [20]

303. Art. 40. — Removido el padre de la administracion de los bienes, el juez la encargará á un tutor especial, y éste entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, despues de satisfechos los gastos de la administracion, de los alimentos y educacion de ellos. *Freitas* 1541° § 2°, *Demolombe, VI,* 427°. [Vé art. 397 n° 2°]. [21]

304. Art. 41. — Los padres pierden la administracion de los bienes de los hijos, cuando son privados de la patria potestad, pero si lo fuesen por demencia, no pierden el derecho al usufructo de los bienes de sus hijos. [22]

305. Art. 42. — Los derechos y deberes del padre sobre sus hijos y los bienes de ellos corresponden á la madre viuda. [23]

Art. 41. — Código Austriaco, art. 176. — Proyecto de Goyena, art. 163. [Véanse.]

Art. 42. — Proyecto de Goyena, art. 164. Los Códigos modernos no están conformes con la resolucion de este artículo. En unos la patria potestad pasa á la madre, despues del fallecimiento del padre, con todos los derechos y obligaciones impuestas á este: en otros, la patria potestad de la madre es limitada en sus facultades: en otros lo es en sus derechos, no dando á la madre sinó la mitad del usufructo en los bienes del hijo menor que

---

[19] La disposicion del artículo 1295 es análoga. Con gran cautela deben proceder los jueces en materia tan delicada, teniendo presente que es dudoso si el mismo tutor es removible por ineptitud. Vé el artículo 457 n° 3°, y á Demolombe, VI, 424 á 428.

[20] El artículo 1297 es análogo á este, y el 2002 es aqui aplicable.

[21] Este artículo supone que el usufructo corresponde al padre, y debe ser complementado por el 291. Si el usufructo corresponde al hijo sobre el todo ó una parte de sus bienes, debe llevarse una doble cuenta, y el sobrante de los fondos será tambien administrado por el tutor especial.

[22] Para guardar congruencia con el artículo 310 y demás de este Título, el presente debió redactarse así: « Acabada la patria potestad (art. 306), fenecen la administracion y el usufructo de los bienes de los hijos. En el caso del artículo 310, continuará solamente el usufructo, cuando la suspension provenga de *incapacidad mental* ». No hay razon ni equidad en conservar el usufructo paterno solo en el caso de *demencia*, y no concederlo en los demás casos de *incapacidad mental*.

Cesando las causas de suspension, es claro que los padres serán reintegrados en sus facultades y deberes.

[23] Las razones espuestas por el Codificador en la nota y el fuerte argumento que suministran los artículos 169, 231 n° 3°, 328, 478 y 1115, demuestran que la madre debe suceder á su esposo en la patria potestad en todos los casos de los artículos 306 y 310, como establece Goyena. Respecto al caso de incapacidad mental, vé los artículos 476 y 480. — En el caso del artículo 231 n° 3°, si la madre tuvo buena fé, adquiere la patria potestad: si la tuvo mala, no la adquirirá, aunque enviude.

306. Art. 43. — La patria potestad se acaba: —

1° Por la muerte de los padres ó de los hijos;

2° Por profesion de los padres en institutos monásticos, ó por profesion de los hijos con autorizacion de los padres; [Art. 275].

3° Por incurrir el padre ó madre en la pérdida de ella; [Arts. 307 á 309].

4° Por llegar los hijos á la mayor edad; [Art. 126].

5° Por emancipacion de los hijos; *Freitas* 1512°. [Art. 131]. [24]

307. Art. 44. — Los padres que esponen ó abandonan á sus hijos en la infancia pierden la patria potestad. *De Goyena, á su art.* 162. [25]

308. Art. 45. — La madre viuda que contrajere segundas nupcias, pierde la patria potestad. [Vé art. 239]. [26]

309. Art. 46. — Los jueces pueden privar [27] á los padres de la patria potestad, si tratasen á sus hijos con escesiva dureza, ó si les diesen preceptos, consejos ó ejemplos inmorales. *Goyena* 162°; *Freitas* 1513°. [27]

está en su poder, y en otros, que son los ménos, la patria potestad se acaba con la muerte de los padres.

Esta era la marcha natural de la civilizacion, elevando contra las mas antiguas costumbres, la condicion de las madres de familia. El derecho ha marchado tambien, y acabará por ser reconocida en los paises cultos la necesidad y conveniencia de poner á la madre en sus relaciones de derecho, á la par del padre.

« El Derecho Romano y las Partidas negaron la patria potestad y todas sus ventajas á la madre, aunque la ley romana decia: « *Non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere* ». [De Goyena, allí]. ¿Cuál era pues la razon de no dar á la viuda los derechos todos que sobre los hijos tenia el padre? Solo la razon histórica de que en el matrimonio, la mujer comenzó por ser una hija de familia. Despues fué conveniente darle la tutela de los hijos, una patria potestad supletoria sin los derechos de la verdadera patria potestad, y despues fué preciso autorizarla con uno de los mas importantes derechos de los padres, la necesidad de su asentimiento para el matrimonio de sus hijos. Al fin, el mayor número de legisladores ha dado á la madre viuda la misma autoridad, poder y derechos sobre sus hijos y sus bienes, que los que tenia el marido. Goyena en una nota al artículo 161 de su proyecto, funda muy bien el artículo que de él tomamos.

Art. 43. — LL. 1ª y 8ª, Tít. 7°, Part. 1ª. — L. 8°, Tít. 1°, Lib. 5°, Nov. Rec. [léase, Recop. Cast.; ó sea L. 3ª, Tít. 5°, L. 10, N. R., ó sean LL. 47 y 48 de Toro; Goyena 160°; Código Francés 372°].

Art 44. — L. 4ª, Tít. 20, Part. 4ª. — L. 2ª, Tít. 52, Lib. 8°, Código Romano y Novela 153. [De Goyena, allí].

Art. 45. — Argumento de la L. 5ª, Tít. 16, Part. 6ª. — *Autent Sacramentum* á la L. 2ª, Tít. 55 [léase 35], Lib. 5°, Cód. Romano. Véase Cód. Francés, art. 386 [381, 399 y 400]. — De Nápoles, art. 300. — Sardo, art. 235. — Holandés, art. 372. Es espreso [no lo es] el Código de Vaud, art. 206 [léase 207. De Goyena 168°].

Art. 46. — L. 18, Tít. 18, Part. 4ª — L. 5ª, Tít. 12, Lib. 3° [léase 37], Dig. — L. 12, Tí-

---

[24] La anulacion de un matrimonio putativo ó no putativo, cuando no hubo buena fé por parte de ambos cónyuges, puede dar lugar á la estincion de la patria potestad. Vé los artículos 230 inciso 1°, 231 n° 3°, 232 y á Freitas 1512° n° 9°, previniendo que este autor solo al padre concede patria potestad.

[25] *Infantes*, son los menores de siete años. Ley 4ª, Tít. 16, Part. 4ª. Vé la nota del Doctor Velez al artículo 922.

[26] No podria gobernar y ser gobernada. ¿Y disuelto ó anulado el matrimonio recobrará la patria potestad? no, salvo que la mujer haya contraido el matrimonio por fuerza ó violencia ejercida contra ella.

[27] Si no bastare su restriccion. Compara con el artículo 329.

310. Art. 47. — La patria potestad se suspende por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos, y por su incapacidad mental. [28]

TÍTULO IV

De la legitimacion

311. Art. 1°. — Los hijos nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepcion de aquellos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres. *Goyena* 118°. [Vé artículos 322, 76, 77, 230, 231 y 317].

312. Art. 2°. — En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de orígen en la República, este Código no admite otros modos de legitimacion. *Freitas* 1554° § 2°. [Vé art. 89]. [1]

313. Art. 3°. — En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de orígen fuera de la República, se admiten los modos de legitimacion que dispusieren las leyes del pais de ese domicilio. *Freitas* 1555°. [Art. 7° y vé el 315]. [1]

314. Art. 4°. — Las disposiciones de este título sobre la legitimacion por subsiguiente matrimonio, serán solo aplicables á los hijos cuyos padres tengan ó hubiesen tenido su domicilio en la República al tiempo de la celebracion del matrinio. *Freitas* 1556°. [1]

315. Art. 5°. — En cuanto á los hijos cuyos padres tengan ó hayan tenido su domicilio fuera de la República al tiempo de la celebracion de su matrimonio, aunque otro fuese su domicilio al tiempo de la concepcion ó nacimiento, y aunque el casamiento se haya celebrado en la República, el subsiguiente matrimonio no legitimará á los hijos, si las leyes del pais del domicilio del padre al tiempo de la celebracion del matrimonio no admitieren este modo de legitimacion, y si lo admitieren la legitimacion será solo juzgada por esas leyes. *Freitas* 1557°. [1]

tulo 4°, Lib. 1°, Cód. Rom. — Cód. de Austria, arts. 77 [léase 177] y 78. — Código de Prusia, Tít. 2°, Parte 1ª, arts. 90 y 91.— Código de Baviera, art. 7° n° 2°, Cap. 5°, Lib. 1°. [De Goyena, allí].

Art. 1°. — [Freitas 1558°]. L. 4ª, Tít. 15, Part. 4ª. — L. 2ª [léase 1ª], Tít. 13, Part. 4ª. — Código Francés, art. 331.— Holandés, art. 327, y demás Códigos estrangeros.— L. 5ª, Tít. 27, Lib. 50 [léase 5], Cód. Rom. — En estas leyes y en estos Códigos están escluidos los hijos incestuosos, aunque se pueda obtener la dispensa del impedimento. Goyena, en su Proyecto [léase, el Código Sardo, art. 173 n° 1°], esceptúa los hijos de parientes entre el segundo grado de afinidad y el tercero de consanguinidad, segun la computacion civil, es decir, hijos de cuñados y de tio ó tia y de sobrino ó sobrina. [De Goyena, allí, y Acevedo 288°].

---

[28] Goyena 163° y Freitas 1515°, hablan de la ausencia con presuncion de fallecimiento (vé nuestra nota al art. 110) y de la incapacidad *ó enagenacion* mental judicialmente declarada (arts. 54 n° 4°, y 140 á 158). La espresion *incapacidad mental* es vaga, y parece comprender la sordo-mudez, la imbecilidad y la demencia, provenientes de cualquier causa, como vejez, embriaguez habitual, etc.

La incapacidad del hijo suspende tambien la patria potestad, que entónces se trueca en curatela. Vé el artículo 478 y su nota.

[1] No es fácil armonizar estos artículos 312 á 315; porque en los dos primeros prevalece

316. Art. 6°. — La legitimacion puede estenderse á los hijos que hubiesen fallecido al tiempo de celebrarse el matrimonio, dejando descendientes, en cuyo caso aprovecha á estos. *Goyena* 121°. [Vé art. 319]. [2]

317. Art. 7°. — Para que la legitimacion tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle ántes de la celebracion del matrimonio, ó al inscribirse *estos* en los registros parroquiales, [3] ó dos meses despues de celebrado el matrimonio. [4]

318. Art. 8°. — El reconocimiento deberá hacerse, ó en la partida del nacimiento, ó ante el juez del lugar, levantándose el acta correspondiente, ó por escritura pública, ó en presencia del párroco y testigos del matrimonio, si se hiciese al contraerse este. [Vé art. 332].

319. Art. 9°. — Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales á los legítimos para todos los efectos legales, desde el dia de la celebracion del matrimonio, y la legitimidad aprovecha á su posteridad legítima [5]. La designacion de *hijos legítimos, hijos de legítimo matrimonio,* comprende los hijos legitimados. *Chile* 214°, 213° *inc.* 1° *y* 215°. [Vé arts. 323 y 359].

Art. 6°. — [Acevedo 291°]. Cód. de Francia, art. 332. — De Nápoles, art. 254. — Holandés, art. 334. — Sardo, art. 173 [léase 175]. —En contra: Gregorio Lopez, Glosa 9ª á la L. 1°, Título 13, Part. 4ª. [De Goyena].

Art. 7°. — Cód. Francés, art. 331. — Holandés, art. 327. [De Goyena 119°].

Art. 8°. — Cód. Francés, art. 334.—Holandés, art. 336.—Sardo, art. 180. [De Goyena 124°].

Art. 9°. — L. 1ª, Tít. 13, Part. 4ª. — Cód. Francés, art. 333. — De Nápoles, art. 254, y Sardo, art. 176. [De Goyena 120°. Vé á Freitas 1572° y 1573°].

---

el domicilio de orígen (art. 89), y en los dos últimos, se da preferencia á las leyes del domicilio del padre en el tiempo de la celebracion del matrimonio.

Los artículos 314 y 315 precisan el alcance é inteligencia de la disposicion general contenida en los dos precedentes.

[2] Quiere decir, hijos fallecidos *antes* y al tiempo de celebrarse el matrimonio. Nótese que el artículo no dice *descendientes legítimos:* vé nota 5.

[3] Léase, *al inscribirse* ESTE (el matrimonio) en los registros parroquiales y demás registros públicos á que el artículo 80 se refiere.

[4] Pasado este plazo, que ningun Código concede (vé el art. 208 Chileno), el reconocimiento de los padres no opera la legitimacion, y el hijo queda como *hijo natural reconocido* simplemente (vé art. 332).

Segun los autores franceses y Freitas 1566°, el reconocimiento forzoso ó sea por medio de los tribunales produce la legitimacion, lo mismo que el voluntario. Pero en presencia de los testos, consideramos muy dudosa esa opinion, y estamos mas inclinados al parecer de Duranton; por una consideracion decisiva, y es que segun nuestro artículo la voluntad paterna entra por mucho en la legitimacion de su prole, sin que baste el matrimonio subsiguiente por sí solo.

[5] O legitimada; y tambien á la posteridad natural, por el derecho de representacion (art. 3551). Vé nota 2 al artículo 316 y los artículos 365, 3584 y 3585. No es dudoso ni se opone á nuestra tésis lo que dicen Aubry, § 546 nota 25, etc., así como Freitas 1570° n° 2°, que el nieto natural no queda legitimado por el matrimonio de su abuelo.

Si quedan nietos legítimos y naturales, se aplicará el artículo 3581.

320. Art. 10. — La persona que tenga la libre administracion de sus bienes, podrá aceptar ó repudiar la legitimacion. Los que estén bajo tutela, y la mujer casada, no pueden aceptarla ni repudiarla sin consentimiento y aprobacion del tutor ó del marido. *De Chile* 210° *y* 211°. [Vé arts. 189, 193, 194 y 411].

321. Art. 11. — Pueden impugnarla los hijos del matrimonio por el que hubieren de legitimarse los hijos, y tambien los hijos de un anterior ó posterior matrimonio, ó los que tengan un interés actual en hacerlo. [Vé art. 335].

322. Art. 12. — La denegacion de paternidad no obstará á la legitimacion de los hijos concebidos ántes del matrimonio, y nacidos despues, si el marido ántes del casamiento supo el embarazo de su esposa, ó si por cualquier otro modo reconoció espresamente por suyo el hijo que la mujer diera á luz, sea ántes ó despues del nacimiento. *Freitas* 1561° *n*os 1 *y* 2°. [6]

323. Art. 13. — Los derechos y obligaciones que produce la legitimacion principian desde el dia en que el subsiguiente matrimonio fué celebrado; no remonta al dia de la concepcion ni al dia del nacimiento de los hijos legitimados, sea para influir en derechos ya adquiridos de sucesion hereditaria, ó para aprovechar al padre en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos. *Freitas* 1571° §§ 1° *y* 2°; *Chile* 214° *inc.* 2° *y* 3°; *Acevedo* 293°; *Aubry* § 546° *notas* 25 *á* 28. [Ve § 3°, nota al art. 3292.]

—

TITULO V

De los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS HIJOS NATURALES

324. Art. 1°. — Los hijos designados en el artículo 1°, título *De la legitimacion*, son hijos naturales. [Art. 311].

325. Art. 2°. — Los hijos naturales tienen accion para pedir ser reconocidos por el padre ó la madre, ó para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigacion de la paternidad ó

Art. 11. — Véase la nota al art. 208, inciso 3° del Código de Chile [y puede verse sus arts. 216 y 217].

---

[6] Nótese que se trata de una especie particular de legitimacion, de la de hijos nacidos *despues* del matrimonio y no *fuera* de él (art. 311), á que no se aplican los artículos 317, 318 y 321, sinó el presente y el 253. Véase nuestra nota á este último.

En el conflicto de este artículo con el 253 citado, optamos por considerar al hijo *legítimo* y no *legitimado*, por ser una posicion mas favorable al mismo.

maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran á demostrar la filiacion natural. [1]

Art. 2°. — Prohiben la indagacion de la paternidad los Códigos de Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haiti, Hesse, Chile [Bolivia, Polonia, Servía, Baden], y el Proyecto de Goyena del Código Civil de España. La permiten: Luisiana, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, Prusia [el Derecho Comun aleman], y todos los Códigos Suizos [escepto los de Tesino y de Neufchatel].

La razon que se da para prohibir la indagacion de la paternidad es que daria lugar á pleitos inmorales y escandalosos; pero, precisamente las leyes que la permiten tienen por objeto evitar fraudes y escándalos de un órden superior. En las cuestiones de filiaciones naturales, la indagacion de la paternidad no tendria el resultado de descubrir un crímen. Las leyes no castigan la union de las personas libres. Ningun hombre se juzgaria deshonrado porque se descubriera que era el padre natural de una persona. ¿Dónde está, pues, el descubrimiento del acto escandaloso? Entre tanto, las leyes de diversas naciones la han permitido, y han debido permitirla, porque ellas autorizan para dejar al hijo natural toda la sucesion con perjuicio de los ascendientes: de otra manera, seria permitido desheredar á los ascendientes con solo llamar hijo natural al heredero

---

[1] La analogía autoriza á estender á la filiacion natural las disposiciones de los artículos 259 y 261 á 263. Ejercida por el hijo mismo será, pues, imprescriptible esta accion, como dispone el artículo 4021 escepcion 2ª, y arguye el artículo 845. Y si el artículo habla de *reconocimiento* y *negativa* paternos, es porque legisla el caso mas frecuente *(de eo quod fit plerumque.* Regla 36, Tít. 34, Part. 7ª); puesto que la circunstancia accidental de la negativa paterna, no puede tener la fuerza y el estraño efecto de destruir el derecho primordial de reclamar el propio estado de familia y eximir de los sagrados deberes que la paternidad impone.

El desconocimiento de los padres les quita derechos (art. 3586), pero no puede eximirlos de sus obligaciones.

Lo que el Codificador establece en la nota al artículo 3579, tomándolo de Demolombe, lo aceptamos tambien, pero modificado en el sentido del artículo 259 citado, pues la condicion del hijo natural no puede ser mejor que la del legítimo.

Como nuestro artículo, á imitacion de los Códigos de Baviera y Argovia, admite para justificar el hecho oculto de la filiacion, *todas las pruebas* que se admiten para probar los hechos, todas las pruebas *que concurran á demostrar* la filiacion natural, claro es que lo que se dice en la nota sobre la *posesion de estado* debe entenderse con entera subordinacion al texto de este artículo 325. Vé el artículo 22 con nuestra nota 15 y los artículos 179 inciso 2°, y 263.

Lo que en derecho francés se llama posesion de estado, no es propiamente una prueba determinada, sinó una *presuncion legal* de reconocimiento ó confesion de la paternidad legítima, que segun los casos es espreso, tácito ó presunto (vé art. 332); y que á veces no es sinó la fórmula de la conciencia ó conviccion del Juez.

Por otra parte, muchas causas pueden impedir la existencia de la posesion de estado, tales como la muerte inmediata del hijo ó de sus padres, la ausencia, ignorancia ó mala voluntad de estos, etc.

Todo ello demuestra la ninguna justicia del Código Sardo, al no permitir otra prueba de la filiacion natural que la posesion de estado, despues de la muerte del padre.

Como por la naturaleza de las cosas el hecho misterioso de la paternidad no es suceptible de una prueba directa y completa, pues no existe ningun signo natural que indique cual es el padre de un hijo, nuestro Código ha sido muy sábio en admitir para la jusficacion de la paternidad toda prueba que concurra á *demostrar* la filiacion natural.

Podrá, pues, ser esta demostrada con testigos; y aun bastará que sean dos, si sus declaraciones suministran luz bastante y no hay presunciones en contrario.

Podrá, en fin, ser justificada por presunciones simples ó de hombre, y por toda especie de prueba que pueda legalmente formar la conviccion del Juez.

326. Art. 3°. — La indagacion de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo á una mujer casada. *Freitas* 1597°. [2]

instituido. Las leyes han debido permitir la indagacion de la paternidad en las cuestiones de parto supuesto, de falsas filiaciones, toda vez que los padres quieran desconocer á los hijos que verdaderamente lo sean, y no han podido dejar de permitirlo en las cuestiones de filiaciones adulterinas. Si se prohibe, pues, la indagacion de la paternidad, se da lugar á verdaderos escándalos, y se destruyen todas las leyes que crean el órden de las familias.

¿Y cómo evitar en los juicios la discusion de hechos inmorales ó escandalosos? Los pleitos sobre estupros, nulidad de matrimonios, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer ó del marido, son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagacion y prueba de los hechos.

Se ha reconocido la necesidad de permitir la indagacion de la maternidad. Supóngase que una jóven que ha concebido un hijo fuera de matrimonio: que oculta el parto para cubrir el honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo, esta mujer se casa, es la madre de familia, reputada honrada por su marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso é inmoral que va á quitar el honor de una mujer casada y traer el desórden en toda su familia? Sí, contestan los autores del Código Francés, porque la indagacion de la maternidad debe ser permitida, porque *la madre es cierta*, el hecho puede probarse, no así la paternidad. ¿Y el escándalo y la moralidad del juicio? Luego no es por la moral que se prohibe la indagacion de la paternidad, sinó por lo difícil de la prueba de los hechos. [Vé art. 326].

La madre es siempre cierta, y por esta vulgaridad de antigua jurisprudencia, se permite la indagacion de la maternidad y se prohibe la de la paternidad. En la naturaleza de las cosas, la maternidad es cierta é indudable: pero no en el pleito, en el juicio, si no es que el juez hubiese asistido al parto. El juez tiene que decidir el caso por las declaraciones de testigos, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales á las que puedan darse sobre la paternidad.

Los Códigos que no admiten la indagacion de la paternidad se ven en la necesidad de permitirla por las pruebas de escritura pública ó de actos auténticos, y la niegan por las pruebas comunes de presunciones de los hechos accesorios, que constituyen la posesion de estado. Así, la paternidad demostrada por los hechos mas incontestables, justificada por la posesion de estado mas notoria, confesada aún por las declaraciones autógrafas mas precisas, podrá ser impunemente desmentida á nombre de la ley, y salvada la primera obligacion de un padre de alimentar al hijo á quien ha dado el ser, miéntras no se le pruebe que es el padre por escritura pública ó por actos auténticos. Pero la verdad de la escritura pública es meramente una presuncion de la ley, desmentida todos los dias, igual á la presuncion de verdad de la declaracion de los testigos. Las leyes, no pudiendo llegar á una perfeccion absoluta, se han guiado, en la constitucion de las pruebas, por lo que regularmente sucede, por meras presunciones de hombre, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y mas fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, segun sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad.

Cuando un hombre ha sostenido y mantenido á la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal á su familia y á la sociedad, y en calidad de padre ha provisto á su educacion, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesion judicial. La posesion de estado vale mas que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesion judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesion de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento contínuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los dias, de todos los instantes. La posesion de estado es así por su naturaleza, una prueba mas perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decia una corte francesa. El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesion de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia mas segura que la que daria una escritura pública, un asiento bautismal.

---

[2] El caso que este artículo legisla es el del hijo concebido siendo la mujer soltèra. Los hijos adulterinos son la materia del Capítulo 2°: vé el artículo 341. Al discutirse el Código Francés, Maleville propuso una enmienda igual. La adopta el artículo 230 de Luisiana.

327. Art. 4°. — Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, se estienden á los hijos naturales, respecto á los padres de ellos. *De Chile, allí.*

328. Art. 5°. — El padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos. *Freitas* 1588°. [Vé arts. 169, 394, 1115 y 336]. [3]

329. Art. 6°. — Los jueces, sin embargo, pueden restringir ó suspender enteramente el ejercicio *de este derecho*, cuando así convenga al interés de los hijos. [*Adde*, art. 309].

330. Art. 7°. — El padre y la madre tienen el deber de criar á sus hijos naturales, proveer á su educacion, darles la enseñanza primaria, y costearles el aprendizaje de una profesion ú oficio; pero en los casos que el interés de los hijos lo demande, los jueces podrán ordenar que la educacion del hijo no sea confiada al padre, sinó á la madre, ó á un tercero á costa de los padres. *De Zachariæ* § 171 *n° 2°, y Chile* 279° *inc.* 2°.

331. Art. 8°. — Los padres están obligados á dar á sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer á sus necesidades. Esta obligacion incumbe á los herederos de los padres. [4] La obligacion de alimentos es recíproca entre padres é hijos. [Art. 367, y vé el 267].

Art. 4°. — Cód. de Chile, art. 276.

Art. 5°. — En contra. L. 2ª, Tít. 17, Part. 4ª. [De Acevedo 349°]. — Zachariæ, § 171 [en favor del artículo].

Art. 6°. — Zachariæ, lugar citado.

Art. 7°. — L. 3ª, Tít. 8°. Lib. 3°, Fuero Real. — Zachariæ, § 171 inciso 2°; y véase el § 131 nota 10 [cita inoportuna]. — Merlin, *Rép. Verb. Education*, § 2°. [De Zachariæ].

Art. 8° — Zachariæ, § 171 inciso 8°. — Cód. de Chile, art. 279 inciso último. [L. 8ª, Tít. 13, Part. 6ª].

---

[3] Pero solo desde el momento que los reconozcan. Si la madre es la única que los reconoce, solo ella tendrá la patria potestad: si tambien el padre, solo este la tendrá, y con su muerte pasará á la madre: artículo citado en el testo. Luisiana 274°; Goyena 170° inciso 1°; Chile, artículo citado; Zachariæ § 171; Freitas 1589°.

Se aplica por tanto el Título «De la patria potestad», escepto los artículos 287 á 297, y 301 á 304. ¿Se aplicará el 308? Indudablemente, porque la madre legítima no puede ser de peor condicion que la natural.

Segun nuestro artículo se dará la consecuencia estraña, pero del todo cierta, de que el padre natural menor de edad sea tenido en patria potestad y tenga á su vez en potestad á sus hijos.

[4] Es absolutamente imposible armonizar este inciso 2° con los artículos 369 y 374, y se consagra así una escepcion inícua á favor del hijo natural.

En cuanto á la obligacion de alimentar al hijo mayor de 18 años, cuando se halle necesitado é imposibilitado de proveer á sus necesidades, podria decirse que para trasmitirse á los herederos es indispensable que ella haya existido, pues la obligacion inexistente es natural y legalmente intrasmisible, y no hay obligacion sin deudor (art. 496 y su arg.).

Si, pues, el padre no tenia esa obligacion al tiempo de morir, ella no ha podido trasmitirse á sus herederos. Vé el artículo 374, y Zachariæ § 131 con la nota 10.

Este razonamiento cae, observando que la obligacion no pasa al heredero por trans-

332. Art. 9°. — El reconocimiento que los padres hagan de los hijos naturales, por escritura pública, ó ante los jueces, ó de otra manera, es irrevocable, y no admite condiciones, plazos ó cláusula de cualquier naturaleza, que modifique sus efectos legales, sin ser necesaria la aceptacion por parte del hijo, ni notificacion alguna. *De Freitas* 1586°, 1587° *y* 1581°. [5]

333. Art. 10. — Se tendrán como reconocimiento hecho del hijo natural, en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos, ó de frase incidente, en que se manifieste la voluntad de reconocerlo por su hijo natural; pero todo reconocimiento en testamento *ó codicilo* puede ser revocado. *De Freitas* 1580° § 1°, *y* 1587°. [6]

334. Art. 11. — En el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, es prohibido declarar el nombre de la persona en quien ó de quien se tuvo

---

mision, sinó como una carga directa *(incumbe*, dice el artículo) impuesta por la ley al heredero.

El Código Chileno no obliga ni aun á los abuelos á suministrar alimentos á sus nietos.

Por lo demás, como es mas equitativo imponer la carga al que hereda, y los abuelos legítimos ó naturales nunca heredan al nieto natural (art. 3584), porque no son sus parientes (art. 365 y arg. del 395), la disposicion de este artículo 331 es preferible á la del 369 citado.

La carga debe tambien guardar proporcion con la parte hereditaria. Vé los arts. 367 y 369 con sus notas.

Con motivo de los derechos y deberes establecidos por estos artículos 327 á 331, podrá el padre natural parecer en juicio; y en lo relativo á la administracion de los bienes, el curador especial que se le nombre; pero será muy justo y conveniente dar al padre ó madre intervencion en el juicio, como tambien preferirlos para el referido cargo de curador. Vé la nota 9.

[6] La mujer casada (art. 191 con la nota 13), el hijo de familia adulto (art. 286), y con mas razon el pupilo adulto, pueden reconocer á sus hijos naturales, sin necesidad de autorizacion ó intervencion del marido, padre ó tutor respectivamente.

En cuanto á los incapaces que están bajo curatela, vé los artículos 54 n°s 3° y 4°, 472, 473 y 922.

El mandatario necesita poder especial: artículo 1883 n° 6°.

El reconocimiento de un hijo muerto aprovecha á su posteridad (arts. 316, 319 y 3585); pero se cuestiona si valdrá cuando es hecho en mira puramente de heredar al reconocido. Vé á Aubry, § 568 nota 32, 4ª edicion. Nosotros resolvemos, que el reconocimiento valdrá siempre, porque lo que no está prohibido está permitido (nota 14 al art. 21), y porque los Jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos (como lo es un reconocimiento) que las que en este Código se establecen (art. 1038). Pero agregamos, que el reconocimiento posterior á la muerte del hijo natural no aprovecha para heredar, segun la letra y espíritu del artículo 3586, aunque lo contrario sostenga Demolombe, V, 416. Vé nuestra nota 34 á dicho artículo.

Como el reconocimiento es solo *declarativo* y no atributivo de filiacion, sus efectos remontan, en general, al dia mismo del nacimiento de la persona reconocida. Así, podría anular un matrimonio por parentesco en grado no dispensable, y sus derechos hereditarios remontan á la epoca de la concepcion, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 323. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 3579.

[6] No hay lójica (vé art. anterior), ni conveniencia en permitir la revocacion del reconocimiento hecho en testamento. Compara con el artículo 3790 y con la nota 4 al 3332.

El Código no admite los *codicilos*: nota al artículo 3608 y artículo 3634 con su nota.

el hijo, [7] á ménos que esa persona lo tenga ya reconocido. *Freitas* 1579°; *Goyena* 125°. [7]

335. Art. 12. — El reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos, ó por los que tengan interés en hacerlo. *Freitas* 1582° *inc.* 2°; *Código Francés* 339°. [8]

336. Art. 13. — Los padres naturales no tienen la administracion ni el usufructo de los bienes de los hijos. [9]

Art. 13. — Zachariæ, § 171 inciso 7° [cita á] Proudhon, *De l'usufruit*, tomo 1°, página 124. — En contra, Favard, *Verb. enfant naturel*, § 2° [léase § 3° n° 2°], cuestion muy debatida.—En Zachariæ y Favard pueden verse los autores que principalmente la han tratado.

---

[7] La contravencion sería un acto ilícito, legislado por los artículos 1067 á 1070, etc., y la declaracion ineficaz (art. 18). Compara con el artículo 126 de Goyena.

[8] Como esplicacion de nuestro artículo vé á Aubry y Rau, § 568 *ter*, notas 23 á 37, teniendo presente los artículos 1049 y 4031, y lo que decimos en el § 4° de la nota al artículo 332. Compara el presente con el artículo 321.

[9] Si los padres tienen patria potestad sobre sus hijos naturales reconocidos, les dan tutores, son sus herederos y están obligados á protejerlos, alimentarlos y educarlos (art. 328 á 321 y sus concordantes), exigian la lógica y la conveniencia se les diese la administracion y usufructo de los bienes de sus hijos naturales.

Goyena, Acevedo 350°, Freitas 1590° n° 1°, siguiendo á muchos escritores franceses (vé á Demolombe, II, 384), les acuerdan la administracion; y el temor de un sórdido interés en el reconocimiento no persuade, porque la esperiencia enseña que ese temor es mas fundado respecto al hijo, que exije su reconocimiento al solo objeto de heredar.

Aubry y Rau, que como los demás escritores reconocen que el usufructo es un atributo de la patria potestad y que es acordado á los padres *en compensacion* de sus graves deberes y con la mira de facilitar su cumplimiento (§ 550 *bis* n° 1°), para negar el usufructo al padre natural, se ven obligados á decir en el § 570 nota 18, que el usufructo no es *una consecuencia* del «deber de educacion impuesto á los padres, y constituye una ventaja acordada á estos últimos *en perjuicio* de sus hijos». Vé art. 291.

Demolombe, con la sagacidad que le distingue, arguye tambien la posibilidad de que el hijo natural, que hereda poco (vé arts. 3579 á 3581), enriquezca á su padre con el usufructo de *todos* sus bienes (vé arts. 287 á 289), riqueza que pasaria indebidamente á los herederos de este último (tomo 6° n° 649).

Pero basta observar que la temida desigualdad que para el hijo natural es imaginaria, es sobrado real y efectiva para los legítimos con beneficio positivo de los naturales, para que podamos concluir que el argumento de Demolombe, léjos de combatir nuestra tésis, la favorece en estremo.

La disposicion de nuestro artículo es, pues, de derecho escepcional y como tal no debe estenderse. *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* Regla 141 de Paulo, Tít. 17, Lib. 50 del Digesto.

Y como la ley no prohibe á los Jueces que nombren al padre ó á la madre curador especial de su hijo natural, debe preferirse á ellos para el desempeño de la curatela, en igualdad de circunstancias. Compara con Marcadé, II, 148, 157, 180 y 181.

Por lo demás, no es dudoso que el padre ó la madre natural tendrán el usufructo y tambien la administracion, cuando el donante ó testador así lo disponga: argumento de los artículos 289 y 294. Es una condicion permitida, desde que no está prohibida.

Adviértase, por último, que Zachariæ, § citado n° 6°, y varios otros escritores franceses, que niegan el usufructo á los padres naturales, les conceden la tutela legal ó administracion de los bienes de sus hijos. Vé á Aubry, § 571 nota 12.

337. Art. 14. — Los hijos naturales tienen un derecho de sucesion sobre los bienes de sus padres muertos, que será determinado en el lugar correspondiente. [Arts. 3579 á 3585].

CAPÍTULO II

DE LOS HIJOS ADULTERINOS, INCESTUOSOS Y SACRÍLEGOS

338. Art. 15. — El hijo adulterino es el que procede de la union de dos personas que al momento de su concepcion no podian contraer matrimonio porque una de ellas, ó ambas estaban casadas. La buena fé del padre ó de la madre que vivian en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudan la calidad de la filiacion, y en uno y otro caso el hijo queda adulterino. *Massé y Vergé, allí.* [Vé arts. 230 nº 3º y 231]. [10]

339. Art. 16. — Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenian impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable segun los Cánones de la Iglesia Católica. *Freitas* 173º.

340. Art. 17. — Hijo sacrílego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, ó de persona, padre ó madre, ligada por voto solemne de castidad, en órden religiosa aprobada por la Iglesia. *Chile* 39º; *Freitas* 174º.

341. Art. 18. — Es prohibida toda indagacion de paternidad ó maternidad adulterina, incestuosa ó sacrílega. *Código Francés* 342º. [Vé 331º y 335º].

342. Art. 19. — Los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos no tienen, por las leyes, padre ó madre, ni parientes algunos por parte de padre ó madre. No tienen derecho á hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad ó maternidad. *Zachariæ* § 172, *y Freitas* 1601º; *Código Francés* 342º.

343. Art. 20. — La sola escepcion del artículo anterior, es que los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, pueden pedirles alimentos hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer á sus necesidades. [Vé art. 331]. [11]

344. Art. 21. — Los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos no tienen ningun derecho en la sucesion del padre ó de la madre, y recíprocamente, los

Art. 15. — Zachariæ, § 172 nota 1ª. [El Dr. Velez confunde á cada paso la opinion de Zachariæ con la de sus anotadores Massé y Vergé.]

Art. 20. — El Derecho Romano los privó de alimentos. Autent. 2ª á la L. 6ª, Tít. 5º, Lib. 5º, Cód.— Lo mismo las Leyes de Partida : L. 10, Tít. 13, Part. 6ª; L. 4ª, Tít. 3º, Part. 6ª, y L. 5ª, Tít. 19, Part. 4ª. Pero les concedió alimentos la L. 5ª, Tít. 20, Lib. 10, Nov. Rec. Se los conceden tambien el Cód. Francés, art. 762; de Luisiana, art. 914; de Holanda, art. 914; de Nápoles, art. 678, y el Sardo, art. 957. [De Goyena 132º].

---

[10] La liberalidad y sabiduría de los artículos 230 á 232 contrastan con el grave error de esta disposicion. El hijo adulterino queda así de peor condicion que el incestuoso y el sacrílego, habidos de matrimonio putativo, y es claro que la circunstancia de ser adulterino é incestuoso, ó adulterino y sacrílego á la vez, no puede mejorar su posicion.

[11] La equidad y el argumento que suministran los artículos 331 y 367 exigen que esa obligacion de alimentos sea recíproca ; ya que no es trasmisible á los herederos (art. 374). Vé el artículo 763 Francés.

padres no tienen ningun derecho en la sucesion de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores. *Código Francés* 762°, *y Zachariæ* § 172 *nota* 4.

TÍTULO VI

Del parentesco, sus grados; y de los derechos y obligaciones de los parientes

345. Art. 1°. — El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco. *Código de Rusia* 190°.

346. Art. 2°. — La proximidad de parentesco se establece por líneas y grados. *Rusia* 191°.

347. Art. 3°. — Se llama grado, el vínculo entre dos individuos, formado por la generacion; se llama línea la série no interrumpida de grados.

348. Art. 4°. — Se llama tronco el grado de donde parten dos ó mas líneas, las cuales por relacion á su orígen se llaman ramas. *Rusia* 193°.

349 Art. 5°. — Hay tres líneas: la línea descendente, la línea ascendente y la línea colateral. *Rusia* 194.

350. Art. 6°. — Se llama línea descendente la série de grados ó generaciones que unen el tronco comun con sus hijos, nietos y demás descendientes. *Rusia* 195°.

351. Art. 7°. — Se llama línea ascendente la série de grados ó generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes. *Rusia* 196°.

CAPÍTULO I

DEL PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

352. Art. 8°. — En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, el bisnieto en el tercero, así los demas. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etc. *Rusia* 197°; *Código Francés* 737°; *Freitas* 150°.

Art. 21. — Sobre este y los tres artículos anteriores, Zachariæ, § 172.

Art. 1°. — Código de Rusia. art. 143.

Art. 2°. — La L. 2ª, Tít. 13, Part. 6ª confunde los grados y las líneas: *Tres grados,* dice, *ó líneas son de parentesco.* [De Goyena 748°].

Art. 3°. — La L. 2ª, Tít. 6°, Part. 4ª, con un árbol genealógico, esplica esta materia. El Código Francés la trata desde el art. 735 muy confusamente, y lo siguen el de Nápoles desde el art. 656 al 658; el de Holanda, desde el 316 al 349, y el Sardo, desde el 917 al 921. [De Goyena 748°].

Art. 8°. — Goyena acepta el modo de contar los grados de la Ley de Partida. «En todas las líneas, dice, hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco». La L. 2ª, Tít. 3° [léase 6°], Part. 4ª, dice: *cuantas son las personas quitada una, tantos son los grados entre ellas.* Se cree que la palabra *persona* da una idea mas clara que la palabra *generacion*; pero es tan antiguo el uso de la palabra *generacion*, que habria algun inconveniente en sustituirla por *persona*, que está comprendida en la palabra *generacion*. La Instituta dice: *semper generata persona gradum adjicit.* Lib. 3°, Tít. 6°, § 7°. [De Goyena 749°].

353. Art. 9°. — En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor comun: y desde este hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tio y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el *quinto*, y los nietos del primo hermano en el *sexto*, [1] y así en adelante. *De Rusia* 198°; *Francés* 738°; *Freitas* 151°.

354. Art. 10. — La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir, del padre y madre de la persona de que se trate, y comprende á sus hermanos y hermanas y á su posteridad. *Rusia* 199°. [2]

355. Art. 11. — La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate, y comprende al tio, *el* primo hermano, y así los demas. *Rusia* 200°. [2]

356. Art. 12. — La tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir, los bisabuelos y bisabuelas, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes mas remotos. *Rusia* 201° y 202°. [2]

357. Art. 13. — Los grados de parentesco se prueban por los registros parroquiales. *Rusia* 203° 1ª *parte*. [3]

358. Art. 14. — La calificacion de *legítimos* en las relaciones de parentesco, es correlativamente aplicable á todos los individuos de la línea recta ó colateral, que tuviesen entre sí parentesco legítimo, esto es, derivado de casamiento válido ó putativo, segun las disposiciones de este Código. *Freitas* 155°.

359. Art. 15. — Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido ó putativo de su padre ó madre, y tambien los legitimados por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior á la concepcion. *Freitas* 156°; *Chile* 35°. [4]

360. Art. 16. — Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, ó de la misma madre, pero de padres diversos. *Freitas* 157°. [5]

---

[1] En vez de *quinto* léase *sexto* y *octavo* en lugar de *sexto*, segun las reglas de computacion y el Códice Oficial de erratas.

[2] Estos tres artículos no presentan ninguna utilidad para la legislacion ni para la doctrina (nota del Dr. Velez al 2978). Vé el artículo 3587 y en el Código Ruso los artículos 955 y 956.

[3] Esto no es mas que una aplicacion del artículo 79, y habrá que complementarlo con los artículos 85 y 179, en su caso.

[4] Para guardar consecuencia con el artículo 311 debió decir *posterior al nacimiento*.

[5] Estas definiciones debieron aplicarse en los artículos 390 n° 4°, 3562, 3588 y 3589, para que no careciesen de objeto. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 495.

Los hermanos bilaterales se llaman tambien *enteros* (art. 3589), de ambos lados (dicho art. y el 390 n° 4°), ó de padre y madre (arts. 3562 y 3588). Los unilaterales, de un solo lado (art. 3562), *medios* hermanos (art. 3588), y son *consanguineos* (de padre) ó *uterinos* (de madre): vé artículo 361 siguiente.

361. Art. 17. — Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos. *Freitas* 158°.

362. Art. 18. — Los grados de parentesco, segun la computacion establecida en este título, rigen para todos los efectos declarados en las leyes de este Código, con escepcion del caso en que se trate de impedimento para el matrimonio, para lo cual se seguirá la computacion canónica. *De Freitas* 143° y 144°. [Vé arts. 168, 182, 228 y 229].

CAPÍTULO II

DEL PARENTESCO POR AFINIDAD

363. Art. 19. — La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente ó ascendente, el yerno ó nuera están recíprocamente con el suegro ó suegra, en el mismo grado que el hijo ó hija, respecto del padre ó madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados ó cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos ó hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro ó madrastra en relacion á los entenados ó entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro ó suegra en relacion al yerno ó nuera. *Freitas* 159° *á* 162°. [6]

364. Art. 20. — El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relacion á los parientes consanguíneos del otro cónyuge. *Freitas* 163°. (a)

CAPÍTULO III

DEL PARENTESCO ILEGÍTIMO

365. Art. 21. — Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos. Pueden, sin embargo, adquirir algunos derechos en las rela-

Art. 18. — En la L. 2ª, Tít. 6°, Par. 4ª, se esplican las diferencias de la computacion civil y canónica, sobre la línea colateral. [De Goyena 750°]. En la línea recta, es la misma en derecho civil que en el canónico, cuya regla es que los grados son tantos, cuantas son las personas menos una. En la línea colateral, el derecho civil es diferente del derecho canónico. La regla del derecho canónico es que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos distan del tronco comun. Cuando la línea colateral es desigual, la regla es, que las personas distan entre sí tantos grados cuantos dista del tronco comun la mas remota de ellas. [De Freitas 150° á 152°].

Art. 19. — En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computacion se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona. [De Freitas 159°].

---

[6] El parentesco por afinidad no se estingue ni á consecuencia de divorcio ni por disolucion del matrimonio (art. 219), hayan ó no quedado hijos. El matrimonio putativo no lo destruye, y solo se acaba en los demas casos de nulidad. Esta doctrina, que el Código corrobora con su silencio, recibe interesantes aplicaciones en los artículos 368 y 3655. Vé los artículos 991, 3701 inc. 1°, y 3709.

(a) Aplaudimos que no se haya aceptado el parentesco ilegítimo por afinidad que Freitas admite. Vé sus artículos 165 y 168, y nuestro artículo 368.

ciones de familia, en los casos que este Código determina. *Freitas* 163°. [Vé arts. 319, 395, 3584 y 3587].

366. Art. 22. — Son parientes ilegítimos los que proceden de un mismo tronco por una ó mas generaciones de una union fuera de matrimonio. *De Freitas* 167°.

CAPÍTULO IV

[DE LOS ALIMENTOS: vé art. 267 nota 2]

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PARIENTES

367. Art. 23. — Los parientes legítimos por consanguinidad se deben alimentos en el órden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta de padre y madre, ó cuando á estos no les fuese posible prestarlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí. La prestacion de alimentos entre los parientes es recíproca. *Freitas* 1603°. [Vé arts. 265, 271 y 331]. [7]

Art. 23. — En el Derecho Romano el órden de la obligacion de alimentos era el siguiente: 1° el padre, 2° los ascendientes paternos, 3° la madre, 4° los ascendientes maternos. L. 5ª, § 2, y 8ª, Tít. 3, Lib. 25, Dig. En caso de divorcio la madre rica reemplazaba inmediatamente en esta obligacion al padre. Novela 117, Cap. 7. La Ley Romana hizo obligacion privativa de la madre, criar á los hijos menores de tres años. L. 9ª, Tít. 47, Lib. 8°, Cód. — La Ley de Partida adoptó en todas sus partes la Ley Romana, L. 3ª, Tít. 19, Part. 4ª [citas del art. 213], y despues de los tres años impone la obligacion al padre y subsidiariamente á la madre; despues á los ascendientes sin distincion de línea, L. 4ª, idem. Por este Código se hace comun á los dos esta obligacion; pues tambien á la madre se le da toda la autoridad y beneficio que tenia el padre sobre sus hijos y los bienes de ellos. [Art. 305]. La obligacion entre los hermanos estaba establecida por la Novela 89, Cap. 12, § 6. Las Leyes de Partida no la admitieron. Yo he aceptado en esta parte el art. 197 del Código de Nápoles. [De Goyena 68° y 69°. Vé Cód. Francés 205° á 207°.]

---

[7] La redaccion de este artículo como la del 369, es en estremo confusa; porque al propio tiempo que habla de un *órden* en la prestacion de alimentos, no lo hace con relacion á una persona determinada sinó con referencia á grupos de dos en dos, obligados recíprocamente á ellos.

Así, los ascendientes y descendientes se deben alimentos entre sí (este art. y los arts. 266, 331 y 369); pero queda sin resolverse la cuestion mas importante: ¿cuál es el primero en la obligacion, mi hijo ó mi padre? Si soy menor de edad, mi padre, si mayor, mi hijo será el primero.

La regla mas equitativa, consistiría, á nuestro juicio, en gravar al heredero ó herederos *ab intestato*, y cuando concurran, dividir esta obligacion en proporcion á sus cuotas hereditarias, como en las demás (art. 3500). Vé la nota 4 al artículo 331. *Ubi est successionis emolumentum, ibis et onus alimentorum esse debet.*

La redaccion propia de nuestro artículo sería esta:

Entre parientes legítimos por consanguinidad, la prestacion de alimentos solo incumbe á las personas siguientes (vé art. 374):

1° Al padre y á la madre (arts. 265, 331, 343 y 369);

2° En su defecto, á los descendientes (arts. 266 y 369);

3° A falta de unos y otros, á los abuelos y abuelas; y en su defecto, á los demás ascendientes;

4° En defecto de todos los enumerados, á los hermanos, siendo preferidos los bilaterales: argumento artículo 390 n° 4°, 3588 y 3589.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de los deberes entre esposos: artículo 217 y su argumento y artículo 2310.

368. Art. 24. — Entre los parientes legítimos [8] por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera. *De Freitas* 1607°. [9]

369. Art. 25. — Entre los parientes ilegítimos se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes, y á falta de padre y madre, ó cuando estos no pueden prestarlos, el abuelo ó la abuela y sus nietos ó nietas. *De Freitas* 1608°. [10]

370. Art. 26. — El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido á tal estado. *Freitas* 1611°. [Vé arts. 217 y 268].

371. Art. 27. — El pariente que prestase ó hubiese prestado alimentos voluntariamente ó por decision judicial, no tendrá derecho á pedir á los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condicion que él. *Freitas* 1619°. [11]

372. Art. 28. — La prestacion de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitacion y vestuario correspondiente á la condicion del que la recibe, y tambien lo necesario para la asistencia en las enfermedades. [Vé arts. 267 y 2310].

373. Art. 29. — Cesa la obligacion de prestar alimentos, si los hijos de familia legítimos ó legitimados, ó los hijos naturales, se casaren sin consentimiento de los padres, y en caso de disenso, sin la autorizacion judicial; si los descendientes en relacion á sus ascendientes, ó los ascendientes en relacion á sus descendientes, cometieren algun acto por el que puedan ser desheredados; si los hijos de familia dejaren la casa paterna sin licencia de sus padres. *Freitas* 1620°. [Vé arts. 172, 276, 319, 800 n° 1°, 3749 y 3750]. [12]

Art. 26. — LL. 4ª y 6ª, Tít. 19, Part. 4°. — Pero no se reputa pobre ó necesitado el que puede vivir de su trabajo. Dicha L. 6ª y L. 5ª, § 7, Tít. 3°, Lib. 25, Dig. [De Goyena 72°].

[Art. 28. — Acevedo 208°. — LL. 5ª, Tít. 33, Part. 7ª, y 2ª, Tít. 20, Part. 4ª. — Vé á Freitas 1613°.]

Art. 29. — El Código Sardo, arts. 109 y 110, conserva los alimentos necesarios á los hijos que se casen contra la voluntad de los padres. Conforme con el artículo, cuando haya una causa de desheredacion, el mismo Código art. 743 y L. 6ª, Tít. 19, Part. 6ª [léase 4ª], y Novela 115, Cap. 3° y 4°. [De Goyena 72°].

---

[8] Esta palabra *legítimos* está demás (nota (ª) al art. 364).

[9] En defecto de parientes por consanguinidad en línea recta, se entiende, y aunque el Código tampoco lo dice, parece que la equidad requeriria que la deuda de alimentos se dividiese entre el afin (suegro, yerno, etc.) y el hermano, ó entre afines y hermanos, en proporcion á sus fortunas. Freitas 1607° exime á los hermanos.

[10] Este artículo hay que combinarlo y esplicarlo con el 331 y con lo dicho bajo el 367; con la diferencia que los hermanos, los bisabuelos y demás ascendientes están exentos de la obligacion de alimentos, en su carácter de tales, á no ser que como herederos del padre ó madre natural estén obligados á prestarlos (dicho art. 331).

Por el artículo espresado y el testo y redaccion de estos (367 á 369) se vé que es siempre recíproca la prestacion de alimentos entre parientes.

[11] Es bien dudosa la equidad, y hasta la conveniencia de esta disposicion.

[12] Cesará tambien la prescripcion del artículo 368, cuando con la anulacion del matrimonio la afinidad desaparezca: vé nota 6.

374. Art. 30. — La obligacion de prestar alimentos no puede ser compensada con obligacion alguna, ni ser objeto de transaccion ; ni el derecho á los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos ó por muerte del acreedor ó deudor de alimentos, ni constituir á terceros derecho alguno sobre la suma que se destine á los alimentos, ni ser esta embargada por deuda alguna. *De Freitas* 1624°. [Vé arts. 825, 849 y nota, 2078 y 2961]. [13]

375. Art. 31. — El procedimiento en la accion de alimentos, será sumario, y no se acumulará á otra accion que deba tener un procedimiento ordinario ; y desde el principio de la causa ó en el curso de ella, el juez, segun el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestacion de alimentos provisorios para el actor, y tambien las espensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo. *De Freitas* 1616° § 1°.

376. Art. 32. — De la sentencia que decrete la prestacion de alimentos, no se admitirá recurso alguno con efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos podrá ser obligado á prestar fianza ó caucion alguna de volver lo recibido, si la sentencia fuese revocada. *Freitas* 1616° § 2°.

—

TÍTULO VII

De la tutela

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA TUTELA EN GENERAL

377. Art. 1°. — La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto á la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. [Arts. 380 y 411].

378. Art. 2°. — Los parientes de los menores huérfanos están obligados á po-

Art. 30. — Código de Holanda, art. 384. — Sardo, art. 2098. — Prusiano, art. 413. [No apoyan el art.] Las leyes españolas guardan silencio sobre la materia. [De Goyena 73° y 1721°].

Arts. 31 y 32. — L. 7ª, Tít. 19, Part. 4ª.

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 16, Part. 6ª. — Por el Derecho Romano solo se daban tutores á los varones huérfanos menores de catorce años, y á las mujeres de doce. Desde esta edad hasta los veinticinco se daba curadores á unos y á otros. Las LL. 1ª y 13, Tít. 16, Part. 6ª, aceptaron esta legislacion. Los Códigos modernos, con escepcion del de Luisiana, no la han admitido, y por este los tutores se dan á los menores hasta que llegan á la mayor edad. La distincion de las leyes romanas y de Partida, á mas de no fundarse en razon alguna, causa todos los dias cuestiones judiciales, sobre si los púberes podian ó no ser obligados á recibir curadores, ó sobre la validez de sus actos, etc. [De Goyena, I, pág. 181].

---

[13] Si el deber de prestar alimentos no es trasferible por muerte del deudor de ellos, quiere decir que cesa con la existencia de este, y no pasa á sus herederos: vé artículo 331. Era esta una cuestion célebre, que puede verse en el tomo 4° de Demolombe.

Adviértase que Troplong y Freitas, siguiendo á las leyes romanas, limitan las prohibiciones consignadas en nuestro artículo á los alimentos *futuros*, autorizando así á contratar sobre los pasados, lo cual es mas razonable. Vé á Goyena, bajo el artículo 1721, hácia el fin.

ner en conocimiento de los magistrados el caso de horfandad, ó la vacante de la tutela; si no lo hicieren quedan privados del derecho á la tutela que la ley les concede. *Goyena* 176°. [Art. 398 n° 14, y vé el 456].

379. Art. 3°. — La tutela es un cargo personal, que no pasa á los herederos, y del cual nadie puede escusarse sin causa suficiente. *De Código Francés y Goyena, allí.*

380. Art. 4°. — El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles. [Arts. 377 y 411].

381. Art. 5°. — La tutela se ejerce bajo la inspeccion y vigilancia del Ministerio de Menores. [Art. 493].

382. Art. 6°. — La tutela se dá, ó por los padres, ó por la ley, ó por el juez.

CAPÍTULO II

DE LA TUTELA DADA POR LOS PADRES

383. Art. 7°. — El padre mayor ó menor de edad, y la madre *que no ha pasado á segundas nupcias*, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento tutor á sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden tambien nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto despues de su fallecimiento. [1]

384. Art. 8°. — El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula ó condicion no prohibida. *Freitas* 1654° § 1°; *Chile* 365°. [2]

Art. 2°. — L. 12, Tít. 16, Part. 6ª. — Por el Derecho Romano y de Partidas perdian el derecho á suceder ab-intestato al menor. [De Goyena, allí].

Art. 3°. — Cód. Francés art. 419. — Proyecto de Goyena, art. 173. [La apreciacion de las escusaciones de la tutela y curatela (art. 475), queda así librada al Juez: nota del Codificador al presentar este Libro del Código].

Art. 4°. — LL. 15 y 17, Tít. 16, Part. 6ª. — LL. 2ª y 3ª, Tít. 7°, Lib. 3°, Fuero Real. [De Goyena 218° y Acevedo 412°]. Hasta donde se estiende esta representacion. — Zachariæ § 196 y nota 7ª al § 207.

Art. 6°. — L. 3ª, Tít. 16, Part. 6ª. [De Acevedo 364°].

Art. 7°. — Código Francés, art. 397. — De Nápoles, art. 319. — De Luisiana, art. 275. — El Código Sardo solo reconoce esta facultad en el padre, art. 245. Lo mismo el de Vaud art. 214 [porque no dan patria potestad á la madre]. Esta es tambien la disposicion de las leyes de Partida, L. 2ª, Tít. 16, Part. 6ª. [De Goyena 177°]. — En cuanto á la menor edad de los padres, Zachariæ nota 12 al § 208. En cuanto al nombramiento por escritura pública, véase Cód. Francés, arts. 392 y 398.

---

[1] Cuando la madre suceda en la patria potestad (vé nuestra nota al art. 305), podrá nombrar tutor á sus hijos, aun en vida de su esposo. Tambien podrá hacerlo este, en vida de su esposa, si esta es demente ó sordo-muda declarada en juicio, ó bajo la condicion de que su mujer no le sobreviva; y cuando no queden hijos mayores de edad, creemos que convendria que el nombrado sirviese de curador al cónyuge incapaz (vé arts. 477 y 480). Si nuestro artículo no lo dice es porque habla del caso mas frecuente: *de eo quod fit plerumque.*

Los padres menores de edad podrán nombrar tutor aun en el caso del artículo 177.

Segun el artículo 308 las palabras *que no ha pasado á segundas nupcias,* son supérfluas.

[2] Mientras se cumpla la condicion suspensiva ó venza el plazo suspensivo, tendrá lugar la tutela legítima (art. 389). El huérfano no puede quedar abandonado.

385. Art. 9°. — Son prohibidas y se tendrán como no escritas, las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, ó de entrar en la posesion de los bienes ántes de hacerlo, ó de dar cuenta de su administracion todas las veces que se ordena por este Código. *Freitas* 1655°. [Vé arts. 418, 458 y 459].

386. Art. 10. — La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido á los padres nombrar dos ó mas tutores, que funcionen como tutores conjuntos ; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el órden que fuesen designados en el caso de muerte, incapacidad, *escusa* ó separacion de alguno de ellos. *Goyena* 173° *y* 180° ; *Freitas* 1648° á 1651°. [Vé arts. 379, 1901 y 3872].

387. Art. 11. — Los padres pueden nombrar tutores al hijo que deshereden. *Goyena* 177° ; *Freitas* 1653° 1ª *parte*.

388. Art. 12. — La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el juez, si hubiese sido legalmente dada, y entónces se discernirá el cargo al tutor nombrado. [Art. 399].

CAPÍTULO III

DE LA TUTELA LEGÍTIMA

389. Art. 13. — La tutela legítima tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor á sus hijos, ó cuando los nombrados no entran á ejercer la tutela, ó dejan de serlo. *De Freitas* 1667°. [Vé art. 480].

390. Art. 14. — La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor, en el órden siguiente : —

1° Al abuelo paterno ;

2° Al abuelo materno ;

3° A las abuelas paterna ó materna, si se conservan viudas ; [Vé art. 239 nota 39].

4° A los hermanos varones, siendo preferidos los de ambos lados, [3] y entre estos, el de mayor edad. [Vé art. 360].

Estas personas se reemplazarán en la tutela en el órden en que van designadas. *Goyena* 182°.

Art. 10. — L. 11, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 3ª, § 6°, Tít. 7, Lib. 26, Dig. [De Goyena, allí]. Toullier, tom. 2°, n° 1123.—Zachariæ, nota 3ª al § 198. Freminville, *Traité de la minorité et de la tut.* n° 121 [De Zachariæ]. En contra : Cód. de Chile, art. 361. [En vez de *n°* 121, léase, *tomo 1° n°* 21].

Art. 11. — Proyecto de Goyena, art. 117 [léase 177]. — LL. 4ª y 10, Tít. 2°, Lib. 26, Dig. [Cita de Goyena].

Art. 12. — LL. 6ª y 8ª, Tít. 16, Part. 6ª. [De Acevedo 370° y 371°].

Art. 13. — La L. 9ª, Tít. 16, Part. 6ª, sólo dá lugar á la tutela legítima, cuando el padre no nombrase tutor en su testamento ; véase á Gregorio Lopez sobre dicha ley, y compárese con la L. 12, del mismo título. Lo mismo que la Ley de Partida, el Código Francés, art. 402 ; el de Nápoles, art. 665 [léase, 302], y Sardo, art. 257. Pero si los padres hubiesen nombrado tutor y este no lo fuese, ó dejare la tutela, tenia en tal caso lugar la tutela dativa, y no la legítima. Conforme con el artículo, el Código de Luisiana, art. 282 [léase 281], y las Leyes Romanas, 11, Tít. 2°, y 6ª, Tít. 4°, Lib. 26, Dig. [De Goyena 181°].

Art. 14. — La Ley Romana preferia en la tutela legítima á la abuela del huérfano *Autent. matri*, Tít. 35, Lib. 5°, Cód.—El Código de las Partidas da derecho á la tutela á todos los parientes del menor, por el órden de su proximidad en el parentesco, LL. 9ª y 11ª, Tít. 16, Part. 6ª, y tambien la L. 2ª, Tít. 7°, Lib. 3°, Fuero Real. El Código Francés dá la tutela aun á los bisabuelos. [Arts. 403 y 404]. Lo mismo el Código Sardo. [De Goyena, allí].

---

[3] Armoniza con el 1588.

391. Art. 15. — El juez no confirmará ó dará la tutela legítima sinó al que por sus bienes ó buena reputacion fuese idóneo para ejercerla, quedando esta calificacion al arbitrio del juez, debiendo siempre preferir el pariente mas idóneo al ménos idóneo, no obstante el órden establecido en el artículo anterior. *Freitas* 1669°.

CAPÍTULO IV

DE LA TUTELA DATIVA

392. Art. 16. — Los jueces darán tutor al menor que no lo tenga nombrado por sus padres, y cuando no existan, los parientes llamados á ejercer la tutela legítima ó no sean capaces é idóneos, ó hayan hecho dimision de la tutela, ó cuando hubiesen sido removidos de ella. *De Freitas* 1662° y 1668°. [4]

393. Art. 17. — El nombramiento de tutor dativo será hecho sin condicion alguna, y durará hasta que la tutela se acabe. *Freitas* 1673°. [Vé art. 384].

CAPÍTULO V

DE LA TUTELA DE LOS HIJOS NATURALES

394. Art. 18. — El sobreviviente [5] de los padres naturales puede nombrar por escritura pública, ó en su testamento, tutores á sus hijos, cuando los hubiere instituido por herederos, ó solo un curador de los bienes que les hubiese dejado. [Vé art. 485, etc].

395. Art. 19. — La tutela de los hijos naturales se rige por las mismas reglas que la de los hijos legítimos, con la escepcion que la tutela legítima no tiene lugar respecto de ellos. *De Goyena* 267° y 270°. [6]

396. Art. 20. — Los niños admitidos en los hospicios, ó en las casas de espósitos por cualquier título, y por cualquier denominacion que sea, estarán bajo la tutela de las comisiones administrativas. [Vé art. 403].

Art. 16. — L. 12, Tít. 26 [léase 16], Part. 6ª. — Véase el comentario de Gregorio Lopez á la L. 9ª del mismo título. Por el Código Francés, por el Sardo y otros, la tutela dativa la defiere el consejo de familia. [De Goyena 184°].

Art. 18. — L. 8ª, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 7ª, Tít. 3°, Lib. 26, Dig. — El Código de Holanda art. 408 [cita inoportuna] no exige que los instituya por herederos. Lo mismo el de Luisiana, art. 279. El Código Francés guarda silencio sobre la materia. En varios Códigos [es inexacto] está determinado que *el que* dejare algun legado á los menores ilegítimos, pueda nombrarles tutor. He creido deber limitar tal facultad á solo nombrarles administrador de los bienes que les hubiere legado, pues que la tutela es un gran poder que no debe constituirse por un simple legado. [De Goyena, I, pág. 257].

Art. 19. — Proyecto de Goyena, art. 270.

Art. 20. — Código de Holanda, art. 421. [y Goyena 271°, que lo cita. Freitas 1637° n° 1°].

---

[4] Lo mismo si el tutor legítimo muere y no hay otro pariente idóneo. Solo cuando la tutela legítima no es legalmente posible se ocurre á la dativa.

[5] Siempre que tenga ó conserve la patria potestad: argumento artículo 382, y vé el 328 con la nota.

[6] Porque legalmente no tienen familia: artículo 365 y su argumento, artículos 443 n° 12 y 3584.

Segun el artículo 394 tampoco le es aplicable el 387.

CAPÍTULO VI

DE LA TUTELA ESPECIAL

397. Art. 21. — Los jueces darán á los menores, tutores especiales, en los casos siguientes: — [Vé art. 61 y nota].

1° Cuando los intereses de ellos estén en oposicion con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; [Art. 61].

2° Cuando el padre ó madre perdiere la administracion de los bienes de sus hijos; [Art. 303].

3° Cuando los hijos adquieran bienes cuya administracion no corresponda á sus padres; [7]

4° Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposicion con los de su tutor general ó especial; [Vé art. 61 y Cód. Francés 420°].

5° Cuando sus intereses estuvieren en oposicion con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor comun, ó con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador; [Vé art. 3457].

6° Cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, ó de no ser administrados por su tutor;

7° Cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdiccion del juez de la tutela, que no puédan ser convenientemente administrados por el tutor; [Vé art. 404]. [8]

8° Cuando hubiese negocios, ó se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, ó una administracion distinta. *Freitas* 1636°. [Vé Cód. Francés 417°]. [8]

—

TITULO VIII

De los que no pueden ser tutores [1]

398. Art. 1°. — No pueden ser tutores: — [Vé art. 457 n° 3°].

1° Los menores de edad; [2]

2° Los ciegos, los mudos; *Chile* 497° *n*°s 1° y 2°.

Art. 1°. — LL. 4ª y 7ª, Tít. 6° [léase 16], Part. 6ª. — Lib. 1°, Tít. 13, § 3°, Instit. [y Tít. 25, etc.].
2°. L. 4ª, Tít. 16, Part. 6ª.

---

[7] A no ser que el donante ó testador haya dispuesto que sean administrados por persona determinada, condicion que el Código no prohibe: vé el n° 6° de este artículo.

[8] El huérfano ganará en no tener sinó un solo tutor, y este nombre un mandatario para la administracion de los bienes distantes. Así habria mas unidad, sencillez y rapidez en la gestion de los negocios pupilares. No debe, pues, el Juez deferir al nombramiento de tutor especial, sinó cuando en ello haya positiva conveniencia para los intereses del menor ó incapaz (art. 475 inc. 2°).

[1] Las disposiciones de este Título y sus citas son en general tomadas de Goyena 202° y Código Chileno 497°.

[2] Goyena 202 n° 2°; Freitas 1683° n° 2°; Código Francés 442° n° 1°. Vé nuestra nota al artículo 476.

3° Los privados de razon; [3]

4° Los que no tienen domicilio en la República; *Chile, allí, n°* 6°. [Vé nota 5].

5° Los fallidos, mientras no hayan satisfecho á sus acreedores; *Chile n°* 4°. [4]

6° El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad; *Chile n°* 11. [Vé art. 309].

7° Los que tienen que ejercer por largo tiempo, ó por tiempo indefinido, un cargo ó comision fuera del territorio de la República; *Chile* 498° *n°* 3°. [5]

8° Las mujeres, con escepcion de la abuela, si se conservase viuda; *Goyena* 202° *n°* 1°. [Art. 390 n° 3°].

9° El que no tenga oficio, profesion ó modo de vivir conocido, ó sea notoriamente de mala conducta; *Goyena, allí, n°* 6°; *Código Francés* 444° *n°* 1°.

10. El condenado á pena infamante; *De Código Francés* 443°.

11. Los deudores ó acreedores del menor por cantidades considerables;

12. Los que tengan, ellos ó sus padres, pleito con el menor sobre su estado, ó sus bienes; [Vé Código Francés 442° n° 4°].

13. El que hubiese malversado los bienes de otro menor, ó hubiese sido removido de otra tutela;

14. Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenia; *Goyena n°* 9. [Art. 378].

15. Los individuos del ejército y de la marina que se hallen en actual servicio, *incluso* los comisarios, médicos y cirujanos. *De Chile* 498° *n°* 2°.

16. Los que hubiesen hecho profesion religiosa. [Vé nota al art. 55].

3°. Dicha L. 4ª y L. 1ª, Tít. 7°, Lib. 3°, Fuero Real. — Lib. 1°, Tít. 14, § 2°, Instit.
4°, 5° y 6°. Código de Chile, art. 497.
7°. Código de Chile, art. 498. [Código Francés 428°].
8°. L. 4ª, Tít. 16, Part. 6ª, y *Autent. matri* Tít. 35, Lib. 5°, Código Romano.
9°. L. 1ª, Tít, 18, Part. 6ª, y L. 3ª, § 12, Tít. 10, Lib. 26, Dig.
11. L. 14, Tít. 16, Part. 6ª, en cuanto á los deudores, y Novela 72, Cap. 1°, en cuanto á los acreedores. Lo mismo el Código de Chile, art. 506. [Vé á Goyena 202° n° 8°].
12. L. 1ª, Tít. 18, Part. 6ª. [y 4ª, Tít. 16, y 2ª, Tít. 17. Part. 6ª; Goyena n° 7°; Chile 505° y 506 inc. 1°].
13. L. 1ª, Tít. 18, Part. 6ª, y L. 3ª, [§ 8]. Tít. 10, Lib. 26, Dig. [Chile, arg. 541°; Goyena n° 4°].
15. Código de Chile, art. 498. [Vé Código Francés 428°].
16. L. 14, Tít. 16, Part. 6ª, y Novela 123, Cap. 5°.—Código Sardo desde el art. 302 al 305.—Véase sobre este inciso el Código Francés desde el art. 442 al 445, y el Código de Nápoles desde el art. 365 al 368. [De Goyena 202°].

---

[3] Aunque no se hallen declarados tales judicialmente: vé artículo 140, Demolombe, VII, 439, y Código Chileno 497° n° 3°. El artículo 442 n° 2° Francés dice, *les interdits;* y Goyena, *los que están en curatela.*

[4] Existe igual ó mayor razon para escluir á los *insolventes*, sobre todo cuando al tutor no se exige fianza. Vé artículos 391 y 963 n° 1°.

[5] A veces esta circunstancia quizá no inutilizaria para la tutela especial del artículo 397 n° 7°.

TÍTULO IX

Del discernimiento de la tutela

399. Art. 1°. — Nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada por los padres ó por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, que autorize al tutor nombrado ó confirmado para ejercer las funciones de de los tutores. *Freitas* 1685°.

400. Art. 2°. — El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenian su domicilio, el dia de su fallecimiento. *De Freitas* 1686°, 1ª *parte*. [Arts. 90 n°s 6° y 7° y 3286]. [1]

401. Art. 3°. — Si los padres del menor tenian su domicilio fuera de la República el dia de su fallecimiento, ó lo tenian el dia en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el dia de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual. *Freitas* 1687°. [Vé art. 92 nota 9].

402. Art. 4°. — Si los menores fuesen hijos naturales reconocidos por sus padres, ó juzgados por tales, se observará respecto de ellos, lo dispuesto en los dos artículos anteriores. Si fuesen solamente reconocidos por la madre, ó juzgados tales respecto de ella, el juez competente para el discernimiento de la tutela será el juez del domicilio de la madre, ó el del lugar de su residencia, si el domicilio de ella estuviese fuera de la República. *Freitas* 1688°.

403. Art. 5°. — En cuanto á los espósitos ó menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren. *Freitas* 1689°. [Vé art. 396].

404. Art. 6°. — El juez á quien compete el discernimiento de la tutela, será el competente para dirigir todo lo que á ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abraze su jurisdiccion. *Freitas* 1690°. [Arts. 397 n° 7°, y 463].

405. Art. 7°. — La mudanza de domicilio ó residencia del menor ó de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual solo corresponde la direccion de ella hasta que venga á cesar por parte del pupilo. *Freitas* 1692°. [Vé art. 463].

406. Art. 8°. — Para discernir la tutela, el tutor nombrado ó confirmado por el juez, debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administracion. *De Freitas* 1693°. [Vé art. 58 nota 3].

407. Art. 9°. — Los actos practicados por el tutor á quien aún no se hubiere discernido la tutela, no producirán efecto alguno, respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificacion de tales actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor. *Freitas* 1701°; *Chile* 377°.

---

[1] O al Juez del lugar en que los padres tengan su domicilio, cuando en vida de ellos se haya de dar tutor á sus hijos: argumento del artículo 401 *vers.* « ó la tenian el dia en que se trataba de constituir la tutela ».

408. Art. 10. — Discernida la tutela, los bienes del menor no serán entregados al tutor, sinó despues que judicialmente hubiesen sido inventariados y avaluados, á menos que antes del discernimiento de la tutela se hubiera hecho ya el inventario y tasacion de ellos. *De Freitas* 1704°. [Vé art. 417].

—

TÍTULO X

De la administracion de la tutela

[Vé art. 475]

409. Art. 1°. — La administracion de la tutela, discernida por los jueces de la República, será regida solamente por las leyes de este Código, si en la República existiesen los bienes del pupilo. *De Freitas* 1706°.

410. Art. 2°. — Si el pupilo tuviese bienes muebles ó inmuebles fuera de la República, la administracion de tales bienes y su enajenacion será regida por las leyes del país donde se hallaren. *De Freitas* 1707°. [Arts. 8, 10 y 11].

411. Art. 3°. — El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: [2] gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad. *Código Francés* 450° *inc.* 1°, *y Luisiana* 344° § 1°. [3]

412. Art. 4°. — Debe tener en la educacion y alimento del menor los cuidados de un padre. Debe procurar su establecimiento á la edad correspondiente, segun la posicion y fortuna del menor, sea destinándolo á la carrera de las letras, ó colocándolo en una casa de comercio, ó haciéndole aprender algun oficio. *Zachariæ* § 220 n°s 1° y 2°. [Vé arts. 416, 423 y 1627].

413. Art. 5°. — El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen

Art. 3°. — LL. 15 y 17, Tít. 16, Part. 6ª. — LL. 2ª y 3ª, Tít. 7°, Lib. 3°, Fuero Real. LL. 12 [§ 3], 30 y 33, [Tít. 7], Lib. 26, Dig. [De Goyena 218°, y Acevedo 412°].

Art. 4°. — Proemio al Tít. 16, Part. 6ª. — L. 9ª [y 16, de Acevedo 406°] de dicho Tít. — Zachariæ § 220.

---

[2] Art. 380. — Como es un mandatario, la legislacion sobre el mandato, sirve de complemento al presente Título: artículo 1872 n° 1° inciso 1°.

[3] Esta disposicion niega toda participacion al mandante y viene á acordar al tutor mayor autoridad que al propio padre (art. 274 y su arg.). Tampoco armoniza con el artículo 320. que solo exige el consentimiento y aprobacion del tutor.

Hallamos muy previsor el artículo 411 del Código Chileno, seguido por el 345 del Código del Estado Oriental, que establece: « En los actos y contratos que ejecute ó celebre el « tutor, *en representacion del menor*, deberá espresarse esta circunstancia en la escritura « del mismo acto ó contrato; so pena de que omitida esta espresion se repute ejecutado el « el acto ó celebrado el contrato en representacion del menor, si fuese útil á este y no de « otro modo ». Nuestro artículo 425 es poco comprensivo.

padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes. *Zachariæ* § 218; *Código Francés* 450° *inc.* 2°. [4]

414. Art. 6°. — Si los tutores escediesen los poderes de su mandato, ó abusasen de ellos en daño de la persona ó bienes del pupilo, este, sus parientes, el Ministerio de Menores, ó la autoridad policial, pueden reclamar del Juez de la tutela las providencias que fuesen necesarias. *Freitas* 1711°. [Vé art. 459].

415. Art. 7°. — El menor debe á su tutor el mismo respeto y obediencia que á sus padres.

416. Art. 8°. — El menor debe ser educado y alimentado con arreglo á su clase y facultades. *Goyena* 220°. [Vé arts. 412, 423, 427 á 430].

417. Art. 9°. — El juez, discernida la tutela, debe señalar, segun la naturaleza y situacion de los bienes del menor, el tiempo en que el tutor debe hacer el inventario judicial de ellos. Mientras el inventario no esté hecho, el tutor no podrá tomar mas medidas sobre los bienes, que las que sean de toda necesidad. *De Goyena á su artículo* 224. [Vé arts. 408 y 422].

418. Art. 10. — Cualesquiera que sean las disposiciones del testamento en que el menor hubiese sido instituido heredero, el tutor no puede ser eximido de hacer el inventario judicial. *De Goyena* 224°. [5]

419. Art. 11. — Si el tutor tuviese algun crédito contra el menor, deberá asentarlo en el inventario; y si no lo hiciese, no podrá reclamarlo en adelante, á menos que al tiempo del inventario hubiese ignorado la deuda á su favor. *Acevedo* 415°. [6]

Art. 5°. — L. 94, Tít. 18, Part. 3ª. — L. 15, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 23 [léase 33], Tít. 7°, Lib. 26, Dig. [De Acevedo 412° y Goyena 218°].

Art. 7°. — [Véanse] L. 5ª, Tít. 14, Part. 7ª. — Código de Prusia, art. 231. — Austríaco, art. 217. — Sardo, art. 314. [De Acevedo 426°, y Goyena 219°].

Art. 8°. — L. 20, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 3ª, Tít. 2°, Lib. 27, Dig. — Código Francés, art. 454. — Sardo, art. 328. — De Lusiana, art. 343. [De Goyena, allí].

Arts. 9° y 10. — L. 15, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 24, Tít. 37, Lib. 5°, Código Romano. — L. 7ª, Tít. 7°, Lib. 26, Dig. — Código Francés, art. 451. — Holandés, art. 444. — Sardo, art. 316. — Zachariæ § 219. [De Goyena, allí].

Art. 11. — Código Francés, art. 451 [inc. 2°]. — Novela 72, Cap. 4°. — Zachariæ § 219. [Goyena, 225°].

---

[4] Esta disposicion general no se propone fijar la estension de los poderes del tutor, de lo cual se ocupan los artículos 434 á 450, sinó caracterizar su mision é indicar la manera de cumplirla. — La palabra *administrar* se emplea aqui en su acepcion ordinaria de *gestionar*, y no en la acepcion restringida del artículo 1882 y sus referencias.

La apreciacion de la culpa se gobierna por los artículos 512 y 910.

[5] Aubry, § 112 y nota 13. Vé el artículo 385. Como el 3517 no es congruente con el presente, es forzoso subordinarlo á este ó considerarlo como una escepcion.

[6] Si fuera considerable el crédito, no podria ser tutor: artículo 398 n° 11. — La Novela 72 nada dice: son las Pandectas y el Código Romano los que legislan el caso de nuestro artículo.

Los artículos 3975 y 4027 determinan el plazo para reclamar el crédito ignorado.

420. Art. 12. — Los bienes que en adelante adquiriese el menor por sucesion ú otro título, deberá inventariarlos con las mismas solemnidades. *Goyena* 226°; *Chile* 383°.

421. Art. 13. — Si el tutor entrase en lugar de un tutor anterior, debe inmediatamente pedir á su predecesor ó á sus herederos, la rendicion judicial de las cuentas de la tutela, y la posesion de los bienes del menor. *De Goyena* 259°; *Chile* 389°; *Freitas* 1796° *y* 1797°. [Vé art. 460].

422. Art. 14. — Para la faccion del inventario el juez debe acompañar al tutor con uno ó mas parientes del menor, ú otras personas que tuviesen conocimiento de los negocios ó de los bienes del que lo hubiese instituido por heredero.

423. Art. 15. — El juez, segun la importancia de los bienes del menor, de la renta que ellos produzcan, y de la edad del pupilo, fijará la suma anual que ha de invertirse en su educacion y alimentos, sin perjuicio de variarla, segun fuesen las nuevas necesidades del menor. *De Freitas* 1719° *y* 1721°, *y Goyena* 221°. [Vé arts. 412, 416, 427 á 430].

424. Art. 16. — Si hubiese sobrante en las rentas del pupilo, el tutor deberá colocarlo á interés en los bancos ó en rentas públicas, ó adquirir bienes raíces con conocimiento y aprobacion del juez de la tutela. *De Chile* 406°. [Vé art. 443 n° 7°].

425. Art. 17. — Los depósitos que se hagan en los bancos, de los capitales de los menores, deben ser á nombre de ellos, lo mismo que las inscripciones en la deuda pública. *Holanda* 450°. [Vé art. 1245]. [7]

426. Art. 18. — El tutor para usar de los depósitos hechos en los bancos, ó para enajenar las rentas públicas, necesita la autorizacion judicial, demostrando la necesidad y conveniencia de hacerlo. [Vé arts. 1250, 434, 437 y 443].

427. Art. 19. — Si las rentas del menor no alcanzaren para su educacion y alimentos, el juez puede autorizar al tutor para que emplee una parte del principal, á fin de que el menor no quede sin la educacion correspondiente. *De Goyena* 222° *inc.* 2°. [Arts. 412, 416, 423 y vé 438].

Art. 15. — L. 20, Tít. 16, Part. 6ª. — LL. 3ª, Tít. 2°, Lib. 27, Dig., y 3ª, Tít. 7°, Lib. 26, idem. [De Goyena, allí. Vé Cód. Francés 454° inc. 1°].

Art. 16. — L. 24, Tít. 27 [léase, 37], Lib. 5°, Código Romano. — L. 3ª, Tít. 7°, Lib. 26, Dig.—Estas leyes señalaban el término de seis meses para la colocacion del dinero que hubiese en los bienes del menor, y dos meses para lo que sobrase de las rentas. Lo mismo el Código Francés [vé], arts. 455 y 456.—El de Nápoles, arts. 378 y 379.—El Sardo, arts. 329 y 330.—El de Luisiana, art. 341, cuando la suma llegue á 500 pesos fuertes.— El de Holanda, art. 449, cuando el sobrante llegue á la cuarta parte de las rentas del menor, el empleo debe ser en fondos públicos, en bienes raices ó á interés sobre hipoteca. Por la Novela 72, Cap. 7°, el tutor cumple con guardar bien el dinero del menor, y solo está obligado á emplearlo cuando todo el patrimonio consista en dinero, ó no tenga el menor otras rentas de que mantenerse. [De Goyena 228°].

Art. 18. — Zachariæ § 221. [Notas 6 á 7].

Art. 19. — Véase la L. 16, Tít. 16, Part. 6ª, y la 20 del mismo Título que no permite que ni aún para esos objetos se disminuya el capital de los menores. [En cuanto fuere posible, dice la ley. De Goyena, allí].

---

[7] Debe decirse otro tanto de cualquier adquisicion: vé el artículo Chileno trascrito en nuestra nota al artículo 411.

428. Art. 20. — Si los pupilos fuesen indigentes, y no tuviesen suficientes medios para los gastos de su educacion y alimento, el tutor pedirá autorizacion al juez para exigir de los parientes la prestacion de alimentos. *Freitas* 1717° *n°* 3° *inc.* 1°.

429. Art. 21. — El pariente que diese alimentos al pupilo podrá tenerlo en su casa, y encargarse de su educacion, si el juez lo permitiese. *Freitas, allí, inc.* 2°.

430. Art. 22. — Si los pupilos indigentes no tuviesen parientes, ó estos no se hallasen en circunstancias de darles alimentos, el tutor, con autorizacion del juez puede ponerlos en otra casa ó contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos. *De Freitas, allí, n°* 4°.

431. Art. 23. — El tutor no podrá salir de la República sin comunicar préviamente su resolucion al juez de la tutela, á fin de que este delibere sobre la continuacion de la tutela, ó nombramiento de otro tutor. *Freitas, allí, n°* 5°.

432. Art. 24. — No podrá tampoco mandar á los pupilos fuera de la República ó á otra Provincia, ni llevarlos consigo, sin autorizacion del Juez. *Freitas, allí, n°* 6°. [Vé art. 209].

433. Art. 25. — El tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de diez años que habiten con él. *De Freitas, allí, n°* 7°. [Vé arts. 273 y 1118].

434. Art. 26. — El tutor no puede enajenar los bienes muebles ó inmuebles del menor, sin autorizacion del juez de la tutela. *Freitas* 1723° *n°* 1°. [Vé art. 440]. [8]

435. Art. 27. — Le es prohibido tambien constituir sobre ellos derecho real alguno, ó dividir los inmuebles que los pupilos posean en comun con otros, si el juez no hubiese decretado la division con los co-propietarios. *Freitas, allí, n°s* 2° *y* 3°. [Vé arts. 297, 439 y 1303].

436. Art. 28. — El tutor debe provocar la venta de la cosa que el menor tuviese en comunidad con otro, como tambien la division de la herencia en que tuviese alguna parte. [Vé arts. 437 y 438 n° 5°].

437. Art. 29. — Toda particion en que los menores estén interesados, sea de muebles ó de inmuebles, como la division de la propiedad [9] en que tengan una parte pro-indiviso, debe ser judicial. [Arts. 450 n° 7°, 2700 y 3467 n° 1°].

Arts. 26 y 27. — L. 4ª, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 60, Tít. 18, Part. 3ª. — L. 18, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 27 [léase 22], Tít. 37, Lib. 5°, Código Romano. — L. 5ª, §§ 14 y 15 [léase 13], Tít. 9°, Lib. 27, Dig. — Código Francés, art. 457. — De Holanda, arts. 451 y siguientes. — Código Sardo, arts. 331 y 374. [léase 334. De Goyena 229°].

Art. 28. — Pothier sostiene por una razon jurídica de muy poco peso que el tutor no puede provocar la division de la cosa que con otro tenga pro-indiviso. Tratado *De las personas*, Parte 1ª, Tít. 16 [léase 6°], art. 3°, § 2° [n° 271 inc. 2°], pero véase L. 2ª [léase 1ª], Tít. 15, Part. 6ª. — L. 14, § 2°, [Tít. 3°], y L. 1ª, Tít. 2°, Lib. 10, Dig. — L. 5ª, Tít. 37, Lib. 3°, Código Romano. [De Goyena 238°].

Art. 29. — Zachariæ trata largamente la materia en el § 21 [léase 221] inciso 4°, y en las notas 33 y siguientes. [Vé Cód. Francés 466°].

---

[8] Vé artículos 3175, 437 y 438.

[9] *Propiedad*, ó mas propiamente *bien particular*, por oposicion á *particion*, que se refiere á una herencia ó universalidad.

438. Art. 30. — El juez puede conceder licencia para la venta de los bienes raíces de los menores, en los casos siguientes :—

1° Cuando las rentas del pupilo fuesen insuficientes para los gastos de su educacion y alimentos ; [Art. 427].

2° Cuando fuese necesario pagar deudas del pupilo, cuya solucion no admita demora, no habiendo otros bienes, ni otros recursos para ejecutar el pago ;

3° Cuando el inmueble estuviese deteriorado, y no pudiera hacerse su reparacion sin enajenar otro inmueble ó contraer una deuda considerable ;

4° Cuando la conservacion del inmueble por mas tiempo, reclamara gastos de gran valor ;

5° Cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona, y la continuacion de la comunidad le fuese perjudicial ;

6° Cuando la enajenacion del inmueble haya sido convenida por el anterior dueño, ó hubiese habido tradicion del inmueble, ó recibo del precio, ó parte de él;

7° Cuando el inmueble hiciese parte integrante de algun establecimiento de comercio ó industria que hubiese tocado en herencia al pupilo, y que deba ser enajenado con el establecimiento. *Freitas* 1730°. [10]

439. Art. 31. — No será necesaria autorizacion alguna del juez, cuando la enajenacion de los bienes de los pupilos fuese motivada por la ejecucion de sentencia, ó por exigencia del co-propietario de bienes indivisos con los pupilos, ó cuando fuese necesario *hacerlo* á causa de espropiacion por utilidad pública. *Freitas* 1739°. [11]

440. Art. 32. — Los *bienes* muebles serán prontamente vendidos, [12] esceptuándose los que fueren de oro y plata, ó joyas preciosas ; los que fuesen necesarios para uso de los pupilos segun su calidad y fortuna ; los que hiciesen parte integrante de algun establecimiento de comercio ó industria que á los pupilos les hubiese tocado en herencia, y este no se enajenase ; los retratos de familia ú otros objetos destinados á perpetuar su memoria, como obras de arte ó cosas de un valor de afeccion. *Freitas* 1724°. [Vé Cód. Francés 452°].

[Art. 30.—Las citas del artículo 26].

---

[10] Todos los que se enumeran en este artículo son casos en que la enagenacion es ó de *absoluta necesidad* ó de *ventaja evidente* (art. 136), y como nuestro artículo no se halla concebido limitativamente, el Juez podrá autorizar la venta en otros casos semejantes que puedan presentarse, una vez que se justifique plenamente que la enagenacion es de absoluta necesidad ó de indiscutible ventaja para el pupilo.

[11] O por otra necesidad legal ; esto es, cuando la enagenacion es legalmente forzosa é independiente de la voluntad del tutor, porque la adquisicion estuviese sujeta á una cláusula ó condicion que así lo requiera (art. 1325).

[12] Es decir, las cosas muebles (art. 2313), los muebles *corporales* que tienen un valor por sí, y no los representativos de valor, como los documentos y títulos de crédito. Vé artículos 426, 2319 y 434, así como el 443 n° 1°.

Si el tutor omite ó retarda la venta, es responsable de los daños que se sigan al menor (art. 413). Puede especialmente ser responsable de los intereses que habria producido el precio de venta (vé art. 424), de la depreciacion de los muebles no vendidos, y aun de su pérdida por caso fortuito.

Sobre los retratos de familia, etc. vé el artículo 3475 y notas.

441. Art. 33. — Los bienes muebles é inmuebles no podrán ser vendidos sinó en remate público, escepto cuando los primeros sean de poco valor, y haya quien ofrezca un precio razonable por la totalidad de ellos, [13] á juicio del tutor y del juez. *De Freitas* 1733° *n°* 1°.

442. Art. 34. — El juez puede dispensar que la venta de muebles é inmuebles se haga en remate público, cuando á su juicio la venta estrajudicial sea mas ventajosa por alguna circunstancia estraordinaria, ó porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasacion. *Freitas* 1733° *n°* 7°.

443. Art. 35. — El tutor necesita la autorizacion del juez para los casos siguientes: — [Vé arts. 426, 428, 434, 1043, 1049, 1051 inc. 1° y 1059].

1° Para vender todas ó la mayor parte de las haciendas de cualquier clase de ganado, que formen un establecimiento rural del menor; [Vé arts. 298, 434 y 440].

2° Para pagar deudas pasivas del menor, si no fuesen de pequeñas cantidades; *De Freitas* 1723° *n°* 5. [Vé art. 782].

3° Para todos los gastos estraordinarios que no sean de reparacion ó conservacion de los bienes; *De Goyena* 246°; *Freitas, allí, n°* 6°.

4° Para repudiar herencias, [14] legados ó donaciones que se hiciesen al menor; *De Freitas, allí, n°* 8°. [Art. 1810 n°s 2° y 3°].

5° Para hacer transacciones ó compromisos sobre los derechos de los menores; *Freitas n°* 9° *inc. 1°*; *Cód. de Vaud* 262°. [Vé art. 841 n° 6°].

Art. 35. — N° 1°. Muy importante en la materia la L. 22 [Tít. 37, Lib. 5°], Código Romano, *De administr. Tut.* que revocó las leyes anteriores.

N° 4°. Ni en el Código Romano, ni en nuestras leyes hay disposicion alguna sobre la materia; pero el artículo está conforme con el Código Francés, art. 461. — De Nápoles, art. 384. — Sardo, art. 338. — Holandés, art. 459. — De Luisiana, art. 345 [15]. — Véase á Zachariæ, § 221, inciso 2°, y notas 25 y siguientes.

N° 5° En el Derecho Romano es dudoso este punto; en el Derecho Español no hay ley

---

[13] Se refiere á los bienes muebles. Vé artículo 136, Ley 60, Título 18, Part. 3ª, y artículo 459 Francés.

[14] Luego, puede aceptar la herencia con beneficio de inventario: argumento artículo 450 n° 4° y artículos 3335 y 3366.

El Código Francés 461°, y Freitas, aun para admitirla con beneficio de inventario exigen autorizacion, y se da para ello la razon muy atendible de que tal aceptacion pudiera ser muy onerosa para el pupilo, por la obligacion de colacionar que impone y la de responder de la administracion de la herencia á los acreedores del difunto: artículos 3478, 3479, 3384 y 3386. Se engaña, pues, Goyena cuando piensa que el inventario garantiza de todo perjuicio.

Del mismo modo que no puede aceptar donaciones, parece que tampoco podrá admitir legados sin autorizacion judicial. Los escritores franceses discrepan, como puede verse en Demolombe, VII, 708, y Aubry, § 113 nota 10.

[15] Esta nota es mal estractada de Goyena, bajo su artículo 244 inciso 2°, y debe reemplazarse con la siguiente:

En Derecho Español, vé L. 13, Tít. 6°, Part. 6ª; en Derecho Romano, Instit. Lib. 1°, Título 21, § 1°; Digesto, LL. 8ª, Tít. 2°, Lib. 29; 1ª, § 1°, Tít. 9°, Lib. 38; 9ª, § 3°, Tít. 8°, Lib. 26, Código; LL. 7ª, Tít. 9°, Lib. 6°, y 26, Tít. 54, Lib. 8°. — En los Códigos modernos: Francés 461° á 463°; Nápoles 384° á 386°; Sardo 338° á 340°; Holandés 459° y 460°; Luisiana 345° á 347° y 349°.

6° Para hacer continuar ó cesar algun establecimiento de comercio ó industria de los menores, que les haya tocado en herencia ; *Freitas n°* 11. [Vé n° 13 *infra*].

7° Para comprar inmuebles para los pupilos, ó cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educacion ; *Freitas n°* 12°. [Art. 424 y vé 1363 n° 2°].

8° Para contraer empréstitos á nombre de los pupilos ; *Freitas n°* 14.

9° Para tomar en arrendamiento bienes raices, que no fuesen la casa *de* habitacion;

10. Para remitir créditos á favor del menor, aunque el deudor sea insolvente; [Art. 297 y vé 496]. [16]

11. Para hacer arrendamientos de bienes raices del menor que pasen del tiempo de cinco años. Aun los que se hicieran autorizados por el juez llevan implícita la condicion de terminar á la mayor edad del menor, ó ántes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo ; *De Chile* 407°. [17]

12. Para todo acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor, hasta el cuarto grado, ó sus hijos naturales ó alguno de sus sócios de comercio ; *De Chile* 412° § 1° ; *Gutierrez, « de Tut. »*

13. Para hacer continuar ó cesar los establecimientos de comercio ó de industria que el menor hubiese heredado, ó en que tuviera alguna parte. [Vé n° 6° *supra*]. [18]

444. Art. 36. — Si el establecimiento fuese social, el tutor, tomando en consideracion las disposiciones del testador, el contrato social, su naturaleza, estado del negocio y lugar del establecimiento, informará al juez de la tutela si conviene ó no continuar ó disolver la sociedad. *Freitas* 1735° *n°* 1°.

445. Art. 37. — Si el juez, por los informes del tutor, resolviese que continúe [19] la sociedad, autorizará al tutor para hacer las veces del socio fallecido de que el pupilo es sucesor. *Freitas, allí, n°* 2°.

446. Art. 38. — Si el juez resolviese que la sociedad se disuelva luego ó despues de haberse vencido el tiempo de su duracion, autorizará al tutor para que, de acuerdo con los demas interesados, ajuste la venta ó la cesion de la cuota social

sobre la materia. Véase el Código Francés, art. 467 [y 2045]. — Napolitano, art. 390. — Holandés, art. 465.— Sardo, art. 344.—Por estos Códigos debe preceder el dictámen de dos ó mas letrados, sobre la transaccion que intente hacer el tutor. [De Goyena 247°]. Véase Zachariæ, § 221, notas 43 y siguientes.

N° 8°. L. 60, Tít. 18, Part. 3ª. —L. 18, Tít. 16, Part. 6ª.—LL. 3ª y 4ª, Tít. 5°, Part. 5ª.— LL. del Tít. 39, Lib. 5°, Código Romano.— Código Francés, art. 457. — Napolitano, art. 384 [léase 380]. — Sardo, art. 331. — Holandés, art. 451.—De Luisiana, art. 348. [Citas de los arts. 434 y 435. De Goyena 243° y Acevedo 416°].

N° 10. Zachariæ § 221, notas 48 y 49.

N° 11. Ni en el Derecho Romano, ni en las leyes españolas hay disposicion alguna sobre la materia. En los Códigos estrangeros se nota un olvido absoluto. [De Goyena 237°]. Miéntras tanto, todos los autores que tratan de la tutela, enseñan la doctrina de nuestro artículo.

---

[16] Esto le es absolutamente prohibido por el artículo 450 n° 6°.

[17] Compara con los artículos 300, 455 n° 2°, 1279 y 1883 n° 10.

[18] El artículo 782 presenta otro caso.

[19] Suponiendo que los socios sobrevivientes consientan en la continuacion (arts. 1672 y 1673).

del pupilo, al socio ó socios sobrevivientes, ó á un tercero, con asentimiento de estos; y si no fuere posible la venta, para inspeccionar ó promover la liquidacion final, y percibir lo que correspondiese al pupilo. *Freitas, allí, n°* 3°. [Vé arts. 1673 y 1732].

447. Art. 39. — Las disposiciones de los tres artículos anteriores no son aplicables, cuando los pupilos fuesen interesados en sociedades anónimas, ó en comandita por acciones. *De Freitas* 1737° *n°* 1°. [20]

448. Art. 40. — Si el establecimiento no fuese social, el juez, tomando pleno conocimiento del negocio, autorizará al tutor para que, por sí ó por los agentes de su confianza, dirija las operaciones y trabajos, haga pagos y ejecute todos los demas actos de un mandatario con libre administracion, [21] sin necesidad de requerir autorizacion especial, sinó en el caso de una medida estraordinaria. *Freitas* 1736° *n°* 2°.

449. Art. 41. — Si el juez ordenare que el establecimiento cese luego, ó cuando juzgare que su continuacion seria perjudicial al pupilo, autorizará al tutor para enajenarlo, en venta pública, ó privada, despues de tasada ó regulada su importancia [*De Freitas* 1736° *n°* 3°]; y miéntras no fuese posible venderlo, para proceder como el tutor lo encontrase ménos perjudicial al menor.

450. Art. 42. — Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorize, los actos siguientes : — [Vé arts. 954 y 1044].

1° Comprar ó arrendar por sí, ó por persona interpuesta, bienes muebles ó inmuebles del pupilo, ó venderle ó arrendarle los suyos, aunque sea en remate público ; y si lo hiciere, á mas de la nulidad de la compra, el acto será tenido como suficiente para su remocion, con todas las consecuencias de las remociones de los tutores por conducta dolosa ; *De Freitas* 1749° *n°s* 1° y 2°. [Vé arts. 297, 1361, 1363 n° 2° y 1515].

2° Constituirse *cesionarios* de créditos ó derechos ó acciones contra sus pupilos, á no ser que las cesiones resultasen de una subrogacion legal ; *Freitas, allí, n°* 3°. [Vé art. 297].

3° Hacer con sus pupilos contratos de cualquier especie ; *Freitas, allí, n°* 4°. [Vé art. 279].

4° Aceptar herencias deferidas al menor, sin beneficio de inventario ; *Goyena* 244° *n°* 1° ; *Cód. Francés* 461°, 484°, 776° y 782°. [Art. 3335 y nota al 3366].

5° Disponer á título gratuito de los bienes de sus pupilos, á no ser que sea para prestacion de alimentos á los parientes de ellos, ó pequeñas dádivas remuneratorias, ó presentes de uso ; *Freitas, allí, n°* 5° ; *Zachariæ* § 221 *nota* 49 ; *Goyena* 245°. [Vé arts. 1883 n° 8° y 2264].

6° Hacer remision voluntaria de los derechos de sus pupilos. *Freitas, allí, n°* 6° ; *Goyena* 245. [Vé art. 443 n° 10]. [22]

---

[20] Porque en ellas la asociacion es mas bien de capitales que de personas, al contrario de lo que sucede en las demás sociedades. Las acciones se enajenan por endoso ó por la simple entrega (vé artículos 2392, 1440, etc.), sin que el asentimiento de los demás socios sea necesario. Vé en el Código de Comercio el Título respectivo.

[21] En presencia del artículo 1882 que no da importancia alguna á esa cláusula, somos de parecer que la administracion del tutor en nuestro caso debe regirse por el artículo 1696.

[22] Otro tanto dirémos de la renuncia : artículos 869 y 877.

7° Hacer ó consentir participaciones [particiones] privadas en que sus pupilos sean interesados; *Freitas, allí,* n° 7°; [Art. 437].

8° *Prestar* dinero de sus pupilos, por mas ventajosas que sean las condiciones; *Freitas* n° 8°. [23]

9° Obligar á los pupilos, como fiadores de obligaciones suyas ó de otros. *Freitas* n° 9°. [Art. 2013 n° 3°; vé el 297].

451. Art. 43. — El tutor percibirá por sus cuidados y trabajos la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor, tomando en cuenta, para la liquidacion de ellos, los gastos invertidos en la produccion de los frutos, todas las pensiones, contribuciones públicas ó cargas usufructuarias á que esté sujeto el patrimonio del menor. *De Chile* 535°. [Vé art. 2896].

452. Art. 44. — Respecto á los frutos pendientes al tiempo de principiar la tutela, se sujetará la décima á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo. *Chile* 536°; *Gutierrez,* « *De Tut.* » [Vé art. 2866]. [24]

453. Art. 45. — El tutor no tendrá derecho á remuneracion alguna, y restituirá lo que por ese título hubiese recibido, si contrariase á lo prescrito respecto al casamiento de los tutores ó de sus *hijos* con los pupilos ó pupilas, ó si fuese removido de la tutela por culpa *grave,* ó si los pupilos solo tuviesen rentas suficientes para sus alimentos y educacion, en cuyo caso la décima podrá disminuirse ó no satisfacerse al tutor. *De Freitas* 1755°. [Vé arts. 178 y 512].

454. Art. 46. — Si el tutor nombrado por los padres hubiese recibido algun legado de ellos que pueda estimarse como recompensa de su trabajo, no tendrá derecho á la décima; pero es libre para no percibir el legado, ó volver lo percibido y recibir la décima. *Compara con Freitas* 1752°.

Art. 42. — N° 1°. [L. 1ª, Tít. 12, Lib. 10, N. R.]. En contra, el Derecho Romano, L. 5°. Tít. 38, Lib. 4°, Código Romano. — L. 5ª, § 2°, Tít. 8°, Lib. 26, Dig. y los Códigos Francés, art. 450 [y 1596]; Napolitano, art. 378; Sardo, art. 311; de Luisiana, art. 327; de Holanda art. 457. [De Goyena 236]. Puede deducirse entónces que todas las prohibiciones de los números que siguen podria salvarlas el tutor, siendo autorizado por el juez, lo cual seria dejar al arbitrio del juez toda la hacienda de los menores y la moral del cargo de tutor. [N° 3°. L. 4ª, Tít. 3, Lib. 4, F. R., y arg. LL. 4ª, Tít. 5°, Part. 5ª; 18, Tít. 16, Part. 6ª y la 1ª citada de la N. R.].

Art. 43. — L. 2ª, Tít. 7°, Lib. 3°, Fuero Real. La tutela era gratuita por el Derecho Romano, pero el [testador ó] magistrado podia señalar al tutor un honorario proporcionado á las facultades del menor. — L. 3ª [léase 33], § 3°, Tít. 7°, Lib. 26, Dig. — Los Códigos Francés, Napolitano y Sardo nada disponen á este respecto. El Código de Luisiana, art. 342, da al tutor el diez por ciento de las rentas [anuales] del menor. El Holandés no le da honorario alguno, sinó cuando los padres lo han señalado en su testamento. El de Baviera solo da al tutor el derecho á una remuneracion, acabada la tutela, segun hubiese sido su trabajo y el aumento de las rentas del menor. Lo mismo el de Prusia, cuando la tutela le hubiera absorbido mucho tiempo ó hubiese tenido que hacer viajes en el interés del menor, art. 231. El de Austria dispone que pueda darse una retribucion al tutor, la cual no debe pasar del cinco por ciento de las rentas del menor, arts. 266 y 267. [De Goyena 253°]. El Código de Chile está conforme con nuestro artículo.

---

[23] Es decir, *dar en préstamo,* pues el tomarlo le es prohibido por el n° 3°. — El presente debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 424 y 448.

[24] Sin deduccion prévia de gastos ó espensas, no hay frutos. Ley 4ª, Tít. 14, Part. 6ª. *Fructus non sunt nisi deductis expensis.* Tambien los causados en procuradores ó administradores especiales.

Aunque el artículo no lo dice, creemos que la décima no se cobrará anualmente, sinó al fin de la tutela: argumento artículos 453 y 454.

TÍTULO XI

De los modos de acabarse la tutela

455. Art. 1°. — La tutela se acaba : —

1° Por la muerte del tutor, su remocion ó escusacion admitida por el juez; [Vé art. 379].

2° Por la muerte del menor, por llegar este á la mayor edad, ó por contraer matrimonio. *Freitas* 1773° y 1774°. [1]

456. Art. 2°. — Sucediendo la muerte del tutor, sus albaceas, ó sus herederos mayores de edad, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez del lugar, y proveer entretanto á lo que las circunstancias exijan respecto á los bienes y persona del menor. *Freitas* 1775°, *y Goyena* 254° *y* 1629°. [Vé arts. 378, 1971, 1981 á 1983].

457. Art. 3°. — Serán separados de la tutela : —

1° Los inhábiles para ejercer este cargo desde que sobrevenga, ó se descubra la incapacidad; [Vé art. 398].

2° Los que no formen inventario de los bienes del menor en el término y forma establecidos por la ley, ó que no lo hubiesen hecho fielmente; [Vé art. 450 n° 1°].

3° Los que se conduzcan mal en la tutela respecto á la persona, ó en la administracion de los bienes del menor. *Goyena* 203° *n*os 2° á 4°. [2]

Art. 1°. — L. 21, Tít. 16, Part. 6ª. [De Acevedo 429° ; Goyena 254°].

Art. 2°. — Véase el art. 3003 del Código de Luisiana. — Código Francés, art. [419 y] 2010. — Sardo, art. 2043. [De Goyena 1629° citado].

Art. 3°. — LL. 15, Tít. 16, y 1ª, Tít. 18, Part. 6ª. — L. 13, Tít. 51, Lib. 5°, Código Romano. [Cód. Francés 444°].

N° 3°. L. 1ª, Tít. 18, Part. 6ª. — Lib. 1°, Tít. 26, § [léase §§] 5° y 12, Instit. [De Goyena n*os* 2° y 3°].

---

[1] La tutela no cesará si el menor casó sin autorizacion (art. 173) : artículos 131, 177 y su argumento.

La ausencia prolongada puede autorizar tambien la terminacion de la tutela (argumento arts. 398 n° 4° y 431) ; y con mas razon si hay motivo para presumir el fallecimiento, como en los casos del artículo 112. Los artículos 310 y 384 pueden presentar otros casos.

En cuanto á la tutela especial (art. 397), cesará tambien con el asunto ó negocio que la originó.

Es bien dudoso, si la incapacidad del menor adulto (vé art. 145) pone fin á la tutela, ó solo hay un cambio en su capacidad legal (arts. 55 n° 1° y 54 n° 3°) ; pues los artículos 57 n*os* 2° y 3°, 149, 154, 476, 478 ni el 468 suministran un argumento decisivo en pró ni en contra ; pero esa tutela quedará sujeta á las disposiciones de los artículos 480 á 483. Vé nuestras notas á los artículos 468, 480 y la 17 al 4027.

[2] Aunque la mala administracion sea el efecto de la ineptitud puramente : argumento *a fortiori* del artículo 301. Código Francés, artículo citado n° 2°.

Es evidente por lo demás, que el artículo 309 le es aplicable.

TÍTULO XII

De las cuentas de la tutela

458. Art. 1°. — El tutor está obligado á llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos que la administracion y la persona del menor hubiesen hecho necesarios, aunque el testador lo hubiera exonerado de rendir cuenta alguna. *De Chile, allí.*

459. Art. 2°. — En cualquier tiempo el Ministerio de Menores ó el menor mismo, siendo mayor de diez y ocho años, cuando hubiese dudas sobre la buena administracion del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.

460. Art. 3°. — Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos deben dar cuenta justificada de su administracion, al menor ó al que lo represente, en el término que el juez lo ordene, aunque el menor en su testamento lo hubiera eximido de este deber. *Goyena* 255°; *Freitas* 1796° *á* 1798°. [Vé arts. 385 y 421].

461. Art. 4°. — Contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administracion, ó que sea convencido de dolo ó culpa *grave* [vé art. 512], el menor que estuvo á su cargo tendrá derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada á lo que los bienes del menor podian producir. *De Chile, allí.*

462. Art. 5°. — Los gastos de rendicion de cuentas deben ser anticipados por el tutor; pero le serán abonados por el menor [Goyena 261°], si las cuentas estuviesen dadas en la debida forma.

463. Art. 6°. — Las cuentas deben ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela. *Goyena* 262° § 1°, *inc.* 1°. [1]

Art. 1°. — Código de Chile, art. 415. [Acevedo 428° y 433°, y citas del art. 460].

Art. 2°. — El Código de Vaud, art. 264, manda al tutor dar cuenta anual de la tutela. [De Goyena 257°]. — Código de Chile, art. 416, y las citas del artículo siguiente. [Cód. Francés 470°].

Art. 3°. — L. 6ª, Tít. 11, Part. 3ª. — L. 94, Tít. 18, Part. 3ª. — L. 21, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 2ª, Tít. 7ª, Lib. 3°, Fuero Real. Sobre la última parte, L. 5ª, Tít. 10, Part. 5ª. [De Acevedo, allí]. — Proyecto de Goyena, art. 255, y todos los Códigos modernos. [Vé Cód. Francés 469°].

Art. 4°. — Código de Chile, art. 423. [L. 6ª, Tít. 11, Part. 3ª].

Art. 5°. — Código Francés, art. 471. —Holandés, art. 468. — Napolitano, art. 394.—Sardo, art. 347.— De Luisiana, art. 352. — L. 1ª, § 9°, Tít. 3°, Lib. 27, Dig. [De Goyena 261°].

Art. 6°. — L. 32, Tít. 2°, Part. 3ª. Véase la *Catorcena.* — L. 54, § 1°, Tít. 3°, Lib. 3°, Dig. — L. 19, § 1°, Tít. 1°, Lib. 5°, Dig. [De Goyena, allí; Freitas 1800°].

---

[1] Esta redaccion ambigua puede ofrecer dificultad. ¿Dónde se desempeña la tutela? ¿En el domicilio ó residencia del tutor, ó en el lugar ó lugares en que los bienes están situados? Creemos que debe prevalecer el Juez del discernimiento (arts. 403 á 405), pues así parece exigirlo estos artículos; á no ser que conviniese al menor pedir las cuentas en el lugar del domicilio del tutor. Vé artículo 90 n° 6°; Ley citada de Partida; Goyena, allí; Demolombe, VII, 236 á 250, y Aubry § 92 *bis*.

464. Art. 7°. — Serán abonables al tutor todos los gastos debidamente hechos, aunque de ellos no hubiese resultado utilidad al menor, y aunque los hubiese anticipado de su propio dinero. *Goyena* 263°. [Arts. 1951 y 2299].

465. Art. 8°. — Hasta pasado un mes de la rendicion de las cuentas, es de ningun valor todo convenio entre el tutor y el pupilo ya mayor ó emancipado, relativo á la administracion de la tutela, ó á las cuentas mismas. *De Goyena* 264° *y nota.*[2]

466. Art. 9°. — Los saldos de las cuentas del tutor producirán el interés legal. *Chile* 424°; *Goyena* 265° § 1°. [Vé arts. 622 y 3876].

467. Art. 10. — Los que han estado bajo tutela, acabada esta, pueden pedir la inmediata entrega de los bienes suyos que estén en poder del tutor, sin esperar á la rendicion ó aprobacion de las cuentas. *De Freitas* 1809°.

—

TITULO XIII

De la Curatela

CAPÍTULO PRIMERO

CURATELA A LOS INCAPACES MAYORES DE EDAD

468. Art. 1°. — Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes. *Goyena* 278°. [1]

469. Art. 2°. — Son incapaces de administrar sus bienes, el demente aunque

Art. 7°. — L. 3ª [§ 8°], Tít. 4°, Lib. 27, Dig. — Véase el art. 471 del Código Francés.—Holandés, art. 468. — Napolitano, art. 394. — Sardo, art. 347. — De Luisiana, art. 352. [cit. en el art. 462. De Goyena, allí].

Art. 8°. — No hay ley sobre la materia, ni en el Derecho Español, ni en el Romano. El Código Francés, art. 472, señala solo diez dias. Lo siguen el Sardo, art. 349; de Nápoles, art. 395, y de Holanda, art. 470. [De Goyena, allí].

Art. 9°. — Código Francés, art. 474. — Napolitano, art. 397. — Sardo, art. 351. — Holandés, art. 471.—De Luisiana, art. 353, y L. 2ª, Tít. 56, Lib. 5°, Código Romano. — L. 28, § 1°, Tít. 7°, Lib. 26, Dig. — L. 3ª [§§ 1° y 4°], Tít. 4°, Lib. 27, Dig. [De Goyena, allí; Freitas 1807°].

Art. 1°. — Véase Código Francés, art. 489. — De Nápoles, art. 412. — Sardo, art. 368. [De Goyena, allí].

---

[2] Combina y complementalo con los artículos 134, 841 n° 5°, y vé 1810 n° 4°, 3738, 3739 y 4027 § 2°.

Esta nulidad es considerada como relativa y por tanto susceptible de confirmacion: vé los arts. 1044 y 1061 con sus notas, y compara con la nota al 1364.

[1] Tambien al menor de edad púber (art. 146) se dá curador: artículos 149, 154, 476, 478 y su argumento. — Nuestro artículo no dice que no pueda darse curador al menor, y trata *de eo quo fit plerumque.* Además, en los casos de los dos primeros artículos no tiene lugar una curaduría permanente, y en los dos restantes no interesa distinguir ambos cargos, pues en definitiva las obligaciones de uno y otro son casi idénticas. Vé nuestras notas á los artículos 478 y 455 n° 2°.

tenga intérvalos lúcidos, y el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir. *Goyena* 279°. [Arts. 54 n°s 3° y 4° y 153]. [2]

470. Art. 3°. — La declaracion de incapacidad y nombramiento de curador pueden pedirla al juez, el Ministerio de Menores y todos los parientes del incapaz. *De Goyena* 280° *y* 281°. [3]

471. Art. 4°. — El juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino á los bienes, ó un interventor en la administracion del demandado por incapaz. *De Goyena* 283°. [4]

472. Art. 5°. — Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningun valor los actos posteriores de administracion que el incapaz celebrare. *Goyena* 289° § 1°. [5]

473. Art. 6°. — Los anteriores á la declaracion de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdiccion declarada por el juez, existia públicamente en

Art. 2°. — L. 13, Tít. 1° [léase 16], Part. 6ª. — Tít. 23, § 3°, Lib. 1°, Instit. y los Códigos citados en el artículo anterior. El Derecho Romano declaraba válido el testamento del demente, hecho en los intérvalos lúcidos. Lo mismo podria inferirse de la ley [13, Tít. 1°, Part. 6ª; vé art. 3617] citada. Pero el testamento era un acto revocable como no lo serian los demás que se permitieran al demente en los intérvalos lúcidos. Los artículos citados de los códigos estrangeros no hablan de los sordo-mudos. El Derecho Romano los declaraba incapaces, L. 8ª, Tít. 5°, Lib. 26, Dig. Lo mismo el Derecho de las Partidas, L. 60, Tít. 18, Part. 3ª. — L. 2ª [léase 5ª], Tít. 11, Part. 5ª. [De Goyena, allí].

Art. 3°. — A ejemplo de la tutela, L. 12, Tít. 16, Part. 6ª, y L. 10, Tít. 58, y 6ª, Tít. 56, Lib. 6°, Código Romano. — Código Francés, arts. 490 y 491. — Napolitano, arts. 413 y 414. — Sardo, art. 370.—El de Luisiana, arts. 384 y 385, admite á los estraños y aún el procedimiento de oficio, si los parientes no se presentasen. El Código de Vaud aún admite á la municipalidad, art. 290. [De Goyena, allí].

Art. 4°. — Código Francés, art. 497. — Napolitano, art. 420. — Sardo, art. 378. — Holandés, art. 495. [De Goyena, allí].

Art. 5°. — Código Francés, art. 502. — Holandés, art. 500. — Sardo, art. 384, y véase L. 5ª, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 10, Tít. 10, Lib. 27, y 6ª, Tít. 1°, Lib. 45, Dig. [De Goyena, allí].

---

[2] La verdadera fórmula es: *que no sabe darse á entender por escrito* (arts. 54 y 153 citados). Así, no basta que sepa leer ni aun que sepa escribir, si no sabe ó no puede darse á entender por escrito. Habría sido menos impropio decir, *que no sabe leer y escribir.*

La vejez por sí sola no prueba enagenacion mental, ni la enfermedad perpétua ó permanente, el desarreglo de costumbres ó la embriaguez habitual; y mientras no se pruebe lo contrario debe siempre presumirse el estado normal de las facultades intelectuales: artículos 3618, 3698, argumento del 474, y nota del Dr. Velez al 54. Compara con Demolombe, VIII, 421 á 440.

[3] La disposicion de este artículo es no solo diminuta sinó supérflua: vé artículos 144 y 156.

[4] Tambien este artículo armoniza poco y debe ser combinado con los artículos 147 y 148.

[5] Son nulos no solo los *actos de administracion*, sinó los de disposicion y todo acto jurídico sin escepcion, como la faccion de testamento (vé arts. 922 y 3617), el reconocimiento de hijos naturales, contraer matrimonio que no ha menester autorizacion de la Iglesia católica (arts. 227, 228 y 1042)? Podria creerse que sí, porque el demente y el sordo-mudo declarados en juicio son *absolutamente* incapaces (art. 54 n°s 3° y 4°); y tal incapacidad subsiste y no cesa hasta que se alce en forma la interdiccion (arts. 150 y 158). Vé sin embargo, la nota 13 al citado artículo 922.

la época en que los actos fueron ejecutados. *Goyena* 289° § 2°. [Vé arts. 474 y 3618]. [6]

474. Art. 7°. — Despues que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, [7] á no ser que esta resulte de los mismos actos, ó que se hayan consumado despues de interpuesta la demanda de incapacidad. *Goyena* 290°. [Vé art. 3618 y nota al 3617].

475. Art. 8°. — Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto á su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán á la curaduría de los incapaces. *Cód. Francés* 509°; *Acevedo* 488°. [Vé art. 479]. [8]

476. Art. 9°. — El marido es el curador legítimo y *necesario* de su mujer, declarada incapaz, y esta *lo es* de su marido. *Goyena* 292°. [9]

Art. 6. — Código Francés, art. 503. — Holandés, art. 501. — Sardo, art. 385. — De Luisiana, art. 394, y véase L. 18, Tít. 1°, Lib. 28, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 7. — Código Francés, art. 504. — Napolitano, art. 427. — Sardo, art. 386, y véase L. 1ª, Tít. 14, Part. 3ª. [De Goyena, allí, y Acevedo 483°].

Art. 8°. — L. 13, Tít. 16, Part. 6ª. — L. 5ª, Tít. 11, Part. 5ª. — Código Francés, art. 509. — Holandés, art. 506. — De Luisiana, arts. 361 y 362. — Prusiano, art. 553 [léase 953; De Acevedo, allí, y Goyena 307°].

Art. 9°. — Código Francés, art. 506. Todos los Códigos estrangeros permiten solo que la mujer sea nombrada curadora del marido. Véase Goyena, art. 292 [y Cód. Francés, 507°].

---

[6] El Juez aprecia las circunstancias de cada caso, el carácter de la afeccion mental, naturaleza y consecuencias del acto, la mayor ó menor buena fé del tercero contratante, y especialmente la fecha del acto. Como esplicacion de nuestro artículo léase á Demolombe, VIII, 650 á 662, y Aubry, § 127 notas 7 á 10.

El artículo es especial y derogatorio del derecho comun; pero se entiende sin perjuicio del 922.

En el caso del artículo 148 los actos celebrados por el demandado, durante los procedimientos, serán nulos. Goyena, nota al artículo 283 y artículo 301.

[7] Debe leerse *demencia*, como dicen todos los Códigos, y cuando mas abrazará la sordo-mudez del artículo 153. Mientras no recaiga una declaracion judicial, no hay *incapacidad absoluta* por demencia ó sordo-mudez: artículos 54 n°s 3° y 4°, 140, 154 y su argumento.

[8] Los artículos 377 á 467, 3969, 4027, etc. rigen, pues, la curatela en cuanto ellos fueren aplicables y no se hallen modificados por el presente capítulo.

[9] La curatela del marido es verdaderamente una consecuencia y por decirlo así una continuacion y manera de ejercicio del poder marital. — En cuanto á la mujer, vé nuestra nota al artículo 193 y los artículos 1287 y 1290. Así, la minoridad del cónyuge no impedirá que sea curador de su consorte (salvo en el caso del art. 177), lo que es una escepcion al artículo 398 n° 1°. En contra, Código Chileno 463° § 2°. Así, tambien, la disposicion de nuestro artículo cesa en caso de divorcio ó separacion personal de los esposos: argumento de los artículos 144 n° 1° y 156. Código Chileno 499° 2ª; Freitas 1821°; Aubry § 126 nota 4, § 491 n° 1° nota 4; Demolombe, VIII, 568.

Creemos tambien que las incapacidades señaladas en el artículo 398 no inhabilitan necesariamente al cónyuge, y que debe librarse al Juez la apreciacion de cada caso (art. 391 y su arg.) cuando tenga de efectuar el discernimiento del cargo, salvo en los casos de los n°s 2°, 3° y 16°, que son de incapacidades absolutas. Así, la falencia, la pérdida de

477. Art. 10. — Los hijos varones mayores de edad son curadores de su padre ó madre viudos declarados incapaces. Si hubiere dos ó mas hijos, el juez elegirá el que debe ejercer la curatela. *De Goyena* 293° §§ 1° y 2°. [10]

478. Art. 11. — El padre, y por su muerte ó incapacidad la madre, son curadores de sus hijos legítimos solteros ó viudos [11] que no tengan hijos varones mayores de edad, que puedan desempeñar la curaduría. *Goyena* 293° § 3°.

479. Art. 12. — En todos los casos en que el padre ó madre *pueden* dar tutor á sus hijos menores de edad, *podrán* tambien nombrar curadores por testamento á los mayores de edad, dementes ó sordo-mudos. *Goyena* 294°. [Vé arts. 383, 394 y 475]. [12]

480. Art. 13 — El curador de un incapaz que tenga hijos menores es tambien tutor de estos. *Goyena* 296° 1ª *parte*. [13]

481. Art. 14. — La obligacion principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y á este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes. *Goyena* 298° *inc.* 1°.

Art. 10. — LL. 2ª y 4ª, Tít. 10, Lib. 27, Dig. — Proyecto de Goyena, art. 293.

Art. 11. — Proyecto de Goyena, art. 293.

Art. 12. — L. 16, Tít. 10, Lib. 27, Dig. Véase Código Sardo, art. 390. [De Goyena, allí].

Art. 13. — « Código Holandés, art. 507 ». — Proyecto de Goyena, art. 296.

Art. 14. — Código Francés, art. 510 [inc. 1°]. — Napolitano, art. 433. — Sardo, art. 393. [De Goyena, allí; Chile 467° y 471°].

---

la patria potestad, una deuda considerable entre los esposos, no vemos por qué han de importar necesariamente la imposibilidad de que sea un cónyuge curador del otro. Vé Código Chileno 506 § 3°, y Demolombe, VIII, 571.

Los cónyuges son curadores *necesarios*, y los Jueces no deben admitir las escusas ni sancionar incapacidades, sinó cuando haya conveniencia positiva para el consorte incapaz. Otro tanto debe decirse con respecto á la disposicion de los dos artículos siguientes (477 y 478).

[10] Tambien podrá serlo el hijo menor emancipado. Goyena, allí : vé nota 9 precedente. Si el padre ó la madre no puede ser curador de su consorte, le reemplazarán los hijos, aun en vida de ambos cónyuges. El artículo habla de *viudez* como del caso mas frecuente : *de eo quod fit plerunque.*

[11] Repetimos nuestra nota anterior, y véase tambien lo dicho al final de la nota 9.

La circunstancia de que el hijo sea menor de edad no puede quitar al padre la curatela (art. 149 y su arg.), que es una manera de ejercicio de los sagrados deberes que la paternidad engendra. Se vé, por esto, que el menor de edad puede hallarse bajo curatela. Vé artículo 468.

[12] Sin perjuicio de lo dispuesto en los tres artículos precedentes, porque la curatela legítima escluye á la testamentaría.

[13] ¿Y si tenian ya tutor los menores? pasarán bajo la guarda del curador de su padre ó madre, porque la tutela legítima escluye á la dativa; pero los Jueces podrán mantener la primera tutela si hay positiva conveniencia para los menores, y deberán hacerlo si el tutor es dado por los padres, porque esta tutela es preferente á las otras dos (artículos 389 y 392).

482. Art. 15. — El demente no será privado de su libertad personal sinó en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe á sí mismo ó dañe á otros. No podrá tampoco ser trasladado á una casa de dementes sin autorizacion judicial. *De Chile, allí.*

483. Art. 16. — El declarado incapaz no puede ser trasportado fuera de la República sin espresa autorizacion judicial, dada por el consejo cuando menos de dos médicos, que declaren que la medida es conveniente á su salud. *Luisiana, allí.*

484. Art. 17. — Cesando las causas que hicieron necesaria la curatela, cesa tambien esta por la declaracion judicial que levante la interdiccion. *Goyena* 308°. [Vé arts. 150 y 158].

CAPÍTULO II

CURADORES Á LOS BIENES [14]

485. Art. 18. — Los curadores á los bienes podrán ser dos ó mas, segun lo exigiese la administracion de ellos. *De Chile* 475° § 3° y 483° *inc.* 2°.

486. Art. 19. — Se dará curador á los bienes del difunto cuya herencia no hubiese sido aceptada [Chile 481° inc. 1°], [15] si no hubiese albacea nombrado para su administracion. [16]

487. Art. 20. — Si hubiesen herederos estrangeros del difunto, el curador de los bienes hereditarios será nombrado con arreglo á los tratados existentes con las naciones á que los herederos pertenezcan. *De Chile* 482°.

488. Art. 21. — Los curadores de los bienes están sujetos á todas las trabas de los tutores ó curadores, y solo podrán ejercer actos administrativos de mera custo-

Art. 15. — Código de Chile, art. 466.

Art. 16. — Código de Luisiana, art. 410.

Art. 17. — L. 1ª, Tít. 10, Lib. 27, Dig. — Código Francés, art. 512. — Sardo, art. 395. — Napolitano, art. 435. — Holandés, art. 516. [De Goyena, allí; Acevedo 491°].

---

[14] Los artículos 57 n° 1°, y 394 presentan otros casos de curaduría de bienes.

[15] Y en los demas casos del artículo 3541.

[16] Esta adicion, que no existe en Código ó escritor alguno, es completamente inaceptable, pues el Albacea ni tiene por mision administrar la herencia (vé art. 3853 con la nota 13, 3851, 3858, 3864 inc. 2° y 3865), ni ejerce los derechos hereditarios como el curador de bienes, ni tiene las facultades que los artículos 488 y 489 acuerdan á este. El nombramiento de curador es, pues, siempre indispensable. Vé nuestra nota 29 al artículo 3861, y á Duranton, IX, 416 y 417. Demolombe, XXII, 66, etc.

Sin embargo, para dar algun alcance al final de este artículo, conciliando en lo posible las disposiciones legales, diremos que la presencia del Albacea escusará el nombramiento de curador bajo las condiciones siguientes: 1ª Que el Albacea ejerza su mandato; 2ª Que se le haya dado poder para administrar los bienes, y 3ª Que toda la herencia deba distribuirse en legados (art. 3856); aunque bien vemos que esta condicion pugna con la existencia de un heredero que ha renunciado.

De todos modos, la disposicion del final de nuestro artículo debe restringirse al caso en que el heredero no ha aceptado la herencia, y no aplicarse á los demas casos de vacancia (art. 3541), por tratarse de una prescripcion de derecho completamente escepcional.

dia y conservacion, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. *Chile* 487°. [17]

489. Art. 22. — A los curadores de los bienes corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores. *Chile* 490°. [Vé art. 2543°].

490. Art. 23. — La curaduría de bienes se acaba por la estincion de estos, ó por haberse entregado á aquellos á quienes pertenecian. *De Chile* 491° §§ 2° y 4°. [18]

—

TÍTULO XIV

Del Ministerio Público de Menores

491. Art. 1°. — El defensor oficial de menores debe pedir el nombramiento de tutores ó curadores de los menores ó incapaces que no los tengan; y aún ántes de ser estos nombrados, puede pedir tambien, si fuese necesario, que se aseguren los bienes, y se pongan los menores ó incapaces en una casa decente.

492. Art. 2°. — El nombramiento de los tutores y curadores, como el discernimiento de la tutela y curatela, debe hacerse con conocimiento del defensor de menores, quien podrá deducir la oposicion que encuentre justa, por no convenir los tutores ó curadores al gobierno de la persona y bienes de los menores ó incapaces.

493. Art. 3°. — El Ministerio de menores debe intervenir en todo acto ó pleito sobre la tutela ó curatela, ó sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores ó curadores. Debe tambien intervenir en los inventarios de los bienes de los menores é incapaces, y en las enajenaciones ó contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan á los tutores ó curadores, cuando estos no lo hiciesen. Puede pedir la remocion de los tutores ó curadores, por su mala administracion, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores é incapaces. [Vé arts. 59, 60, 272 y 381].

494. Art. 4°. — Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas ó bienes de los menores é incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores. [Vé arts. 59 y 60].

---

[17] Como el artículo 3543, no armoniza con el presente, es preciso considerar aquel como una escepcion, aplicable solo al curador de una herencia vacante y someter á este artículo los demas casos de curaduría de bienes: vé nota 14, y artículos 148 y 471.

[18] La curaduría de la persona por nacer cesa á consecuencia del parto: artículo 69. La del artículo 394, por las causas señaladas en el 455. Los curadores provisorios (arts. 148 y 471) por las causas generales, y especialmente por la cesacion del objeto ó lleno de su comision.

FIN DEL LIBRO PRIMERO

LIBRO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS PERSONALES

EN LAS RELACIONES CIVILES

SECCION PRIMERA

PARTE PRIMERA [1]

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL (*a*)

TÍTULO PRIMERO

De la naturaleza y orígen de las obligaciones

495. Art. 1°. — Las obligaciones son: de dar, de hacer ó de no hacer. [Vé arts. 636 inc. 2°, 641 inc. 2°, y 1651 § 1°].

(*a*) Todos los Códigos de Europa y América [inclusive nuestro Cód. de Com. y salvo el de Chile], imitando al Código Francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripcion: « *De los contratos ó de las obligaciones convencionales* », equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusion en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse. Zachariæ [léase Marcadé], al llegar á esta parte del Código Francés, dice así: « Nada mas vicioso que el método seguido por los redactores del Código. — Hay cinco fuentes de las obligaciones: 1ª Los contratos ó convenciones ; 2ª los cuasi contratos; 3ª los delitos; 4ª los cuasi delitos; y 5ª la ley. Era evidente que para proceder con órden, debieron abrazar en un solo título todas las obligaciones en general; pero los redactores del Código, al contrario, han comenzado por dividir la materia de las obligaciones en general, en dos títulos: el uno de las obligaciones convencionales, y el otro de las obligaciones que se forman sin convencion; y como para disimular la unidad natural de la materia que sometian á esta division ilógica, han afectado reservar el nombre de obligacion para las que resultan de los contratos, dando á las otras el nombre de *engagement*, como si no fuesen palabras sinónimas. Este primer vicio que causa una mezcla de las ideas mas incoherentes, nace de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento á la obligacion y otra la obligacion convencional, que no es sinó el efecto del contrato. [2] Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas, y que, al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que solo son una de las fuentes de las obligaciones ».

Ortolan, conforme con Zachariæ, dice: « Hay dos fuentes de las obligaciones en el derecho civil. *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam*

---

[1] El método seguido en esta *Seccion*, que termina en el artículo 896, es el de Zachariæ, Código de Chile y Freitas.

[2] Muchos artículos de este Código incurren en el mismo vicio cuando dicen, *contratar obligaciones*, en vez de *contraer* obligaciones. Vé artículos 1018, 1365, 1666, 1693, 1749, 1979, 1948 y 3271.

496. Art. 2°. — El derecho de exigir la *cosa* (a) que es objeto de la obligacion, es un crédito, y la obligacion de hacer ó no hacer, ó de dar una cosa, es una deuda. *Massé y Vergé al* § 524 *de Zachariæ.*

jure ex variis causarum figuris. Esta es la regla del Digesto. Cuando la jurisprudencia halla otros casos de obligaciones, los refiere sin embargo á las dos fuentes primitivas, y los asimila á ellas. Se dice que son figuras variadas de aquellas causas legítimas de las obligaciones, *variæ causarum figuræ:* que la obligacion nace como naceria de un contrato *(quasi ex contractu),* ó como naceria de un delito *(quasi ex delito* [léase *delicto*]*).* Es preciso añadir las obligaciones que resultan de las relaciones entre las personas, por la constitucion de la familia, que son las que se dicen originadas de la ley *(quæ ex lege nascuntur).* Tomo 2°, Tít. *De las obligaciones.*

Teniéndose presente pues los diversos orígenes de las obligaciones, se advertirá la razon de las diferencias de nuestros artículos, comparados con los de los Códigos de Europa y América. En estos se trata solo de las obligaciones convencionales, y en nuestro proyecto, de las obligaciones en general.

Por esto tambien serán muy diversas las causas y los efectos de las obligaciones, determinadas en nuestros artículos, de las que señalan los Códigos citados.

Para tratar de los derechos personales en las relaciones civiles, tratamos de las obligaciones; porque la teoría de los derechos personales se reduce á la esposicion de los principios concernientes á las obligaciones que forman su objeto. La relacion que existe entre un derecho personal y la obligacion que le corresponde, puede compararse á la que tiene el efecto con la causa que lo produce.

Art. 1°. — Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo solo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, ó por la inmediata aplicacion de sus vocablos, ó por su influencia en las disposiciones de una materia especial. [3] La definicion exacta de los términos de que se sirve el legislador para espresar su voluntad no entra en sus atribuciones. La definicion es del dominio del gramático y del literato, si la espresion corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribucion del profesor cuando la espresion es técnica. En todo caso es estraña á la ley, á menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significacion del término de que se sirva, á las ideas que reunan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se estiende por los mismos motivos á toda materia puramente doctrinal, á lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe estenderse sinó á lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande ó prohiba, debe solo espresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislacion, así tambien la ley nada tiene de comun con un tratado científico de derecho.

Contrayéndonos al artículo 1° entendemos por la palabra *dar* [dacion], las prestaciones que tienen por fin un cambio en el derecho de las cosas, en el sentido que el deudor debe procurar al acreedor la propiedad ó algun derecho real. *Dare, est accipientis facere. Inst.* § 14 *De actionibus* [Tít. 5, Lib. 4]. La espresion es empleada, ya en un sentido ámplio, ya en un sentido estricto. La misma espresion aún se aplica á actos que no se refieren al derecho de las cosas, sinó que deben simplemente aumentar el patrimonio del acreedor por una cesion, por ejemplo, ó librándole de una deuda.

Prestar equivale á entregar, suministrar, procurar alguna cosa, por otro título que el de la propiedad. Nosotros tomamos la palabra *prestar*, prestacion, en un sentido general que abraza una y otra idea. [Vé á Freitas 871°].

La espresion *hacer, facere,* se emplea muchas veces tanto en el sentido positivo como en el sentido negativo (Inst. *verb. oblig.* [Tít. 16, Lib. 2], § 7°. — L. 75, Dig. [Tít. 1°, Lib. 45], eod). El hecho comprende todos los actos ú omisiones que no pueden entrar en la dacion: yo puedo obligarme á construir una casa, ó puedo tambien obligarme á no impedir que un tercero pase por mi propiedad. (Savigny, *Derecho de las Obligaciones* [tomo 2°, pág. 327], § 28. — Ortolan, *Generalizacion,* n° 69). [Vè art. 1164].

Art. 2°. — Ortolan, *Generalizacion,* n° 69. — Zachariæ, nota 2ª al § 525.

(a) Léase, prestacion (vé art. 2313 nota).

[3] Es un argumento contra las definiciones de los artículos 360, 498, 591, etc., de que el Código no hace uso.

Por lo demás, grande es la verdad del axioma romano, *omnis definitio in jure periculosa!*

497. Art. 3°. — A todo derecho personal corresponde una obligacion personal. [4] No hay obligacion que corresponda á derechos reales. *Freitas* 867° y 868°. [Vé nota ántes del art. 2504].

498. Art. 4°. — Los derechos no trasmisibles á los herederos del acreedor, como las obligaciones no trasmisibles á los herederos del deudor, se denominan en este Código: *derechos inherentes á la persona, obligaciones inherentes á la persona. Freitas* 868°. [5]

499. Art. 5°. — No hay obligacion sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, ó de uno de los actos lícitos ó ilícitos, de las relaciones de familia, ó de las relaciones civiles. *Freitas* 870° inc. 1°. [Vé art. 3834]. [6]

Art. 3°. — Aubry y Rau § 296. — El Código Francés distingue las *obligaciones* en *personales* y *reales* [vé art. 292], como distingue los derechos. Sus comentadores [Zachariæ] dicen que una obligacion es real, cuando incumbe al deudor, no relativamente á su persona, sinó solo en su calidad de poseedor de una cosa cierta; en otros términos, cuando el deudor, obligado al cumplimiento de la obligacion, no lo es personalmente ó con su patrimonio, sinó solo como poseedor de ciertas cosas [vé art. 3268]; y que así la obligacion de un tercer poseedor de un inmueble hipotecado, de pagar ó hacer entrega del inmueble, es una obligacion real [vé art. 3167]. — Toullier, tomo 3°, núm. 344 y siguientes [citado por] Zachariæ, § 529. — Nosotros decimos que el derecho puede ser un derecho real, como la hipoteca; pero la obligacion del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta no es una obligacion accesoria. Cuando [dice Freitas 868°] la cosa sale del poder del que la obliga, y pasa á otro poseedor, este se halla en la misma posicion respecto del acreedor, que tiene un derecho real, que cualquiera otra persona, á quien se prohibe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posicion del deudor. Marcadé dice, respecto á esto: « Cuando me habeis vendido vuestra casa, estais obligado á no molestarme en el goce del inmueble; pero esto no es una obligacion de no hacer, pues no os privais de ningun derecho. Esta necesidad nada tiene que os sea personal: ella es comun á todos; es para vos, como para los otros, la consecuencia y correlacion de mi derecho real existente *erga omnes*. Esta necesidad general y comun á todos, que corresponde á un derecho real, forma un deber que cada uno está sin duda en el caso de respetar, como una obligacion *personal*, mas no constituye *una* [léase *esta*] obligacion ». — (Sobre el art. 1101, n° 387).

Ortolan dice: « Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sugeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sugeto pasivo del derecho. O en términos mas sencillos, un *derecho personal* es aquel que dá la facultad de obligar individualmente á una persona á una prestacion cualquiera, á dar, á suministrar, á hacer ó no hacer alguna cosa. Un *derecho real* es aquel que dá la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor ó menor ». — *Generalizacion*, § 67. [Vé art. 2504, nota (a)].

Art. 5°. — El Código Francés [vé su art. 1131] y los demas Códigos que lo han tomado por modelo han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como estas nacen, á mas de los contratos y cuasi-contratos que son los actos lícitos, de

---

[4] Es un pleonasmo inaceptable. Vè la nota del Dr. Velez, advirtiendo que Aubry y Rau (citados aquí por primera vez) no apoyan el artículo.

Solo en caso de violacion, el derecho *real*, lo mismo que el *personal*, da lugar á una obligacion, engendrada por un acto ilícito, que es la violacion.

[5] Vé artículos 1196, 1197, 1447, 2841 al fin, 3419 y 3824. Compara con los artículos 259, 316, 1642, 1843, 1844, 1867, 2083, 2085, 2922, 3270 y 3983.

[6] Vé la nota (a), hácia el artículo 2504. *Causa*, es pues, el hecho, acto ó relacion jurídica, que engendra y sirve de fundamento á la obligacion. Vé á Chile 1437°, y compara en diversos sentidos con Goyena, III, págs. 31 y 32; Aubry, § 345 y Demolombe, XXIV, 345 á 355.

Este último autor denomina (vé la nota (a) citada) á la causa de nuestro artículo, *causa eficiente* ó elemento generador de la obligacion (n° 354), diferente de la *causa final* (artículo 3843) y de la causa *impulsiva* (n°s 346 y 355). Acevedo 1328°, llama causa al motivo determinante. Vé artículo 3834, y la nota 21 al 927.

500. Art. 6°. — Aunque la causa no esté espresada en la obligacion, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario. *Goyena* 1000°. [Vé art. 722].

501. Art. 7°. — La obligacion será válida aunque la causa espresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera. *Goyena* 999°. [Vé arts. 956 y 961, 3834 y 4032].

502. Art. 8°. — La obligacion fundada en una causa ilícita, es de ningun efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria á las leyes ó al órden público. [Vé arts. 5, 21, 530, 564, 954 y 961].

503. Art. 9°. — Las obligaciones no producen efecto sinó entre acreedor y deudor, y sus sucesores á quienes se trasmitiesen. *Freitas* 878°. [Vé arts. 962 á 973, 1196, etc.].

504. Art. 10. — Si *en la obligacion* se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, este podrá exigir el cumplimiento de la obligacion, si la hubiese aceptado y *hécholo saber al obligado ántes de ser revocada. Goyena* 977° *inc.* 2°. [Vé arts. 653, 1150 á 1155 y 1831]. (a)

los actos ilícitos, delitos y cuasi-delitos, y de las relaciones de familia, la causa de ellas debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no solo en los contratos. Ortolan, despues de hablar de las causas de las obligaciones que nacen de los contratos, continúa así: — « Si una persona ha causado perjuicio á otra, ya voluntariamente, y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de la razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado [arts. 1068, 1109 y 1110], nos dice que aquí hay un hecho productor de obligacion. Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece á otra; si aparece enriquecida de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razon natural de que *ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro* [vé art. 2308], y de que hay obligacion de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice tambien que hay en esto un hecho causante de obligacion. Así, por un lado el consentimiento de las partes, los contratos por otro, los innumerables hechos que son producto, ya de la voluntad ó actividad del hombre, ya de causas que son independientes de él, por efectos de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya á otra, ó haberse enriquecido con perjuicio de alguno, nos ofrecen diariamente innumerables y repetidas causas de obligaciones. Añádanse á esto, en la constitucion de la familia, ciertas relaciones entre personas, que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de unas con respecto á otras, por ejemplo, produciendo el hecho de la generacion, obligacion entre el padre y la madre por una parte, y los hijos por otra, por la causa de que unos han dado la existencia y los otros la han recibido, teneis otra fuente de obligaciones segun los principios de la pura razon filosófica ». (Tom. 2°, pág. 160).

Por todo esto, el artículo dice que la causa de las obligaciones debe derivarse de uno de los hechos ó de uno de los actos lícitos ó ilícitos, de las relaciones de familia ó de las relaciones civiles.

Marcadé, en su comentario al Código Francés, art. 1108, demuestra tambien que las causas de las obligaciones son diferentes de las causas de los contratos.

Art. 6°. — Cód. Francés, art. 1132. — Sardo, art. 1223. — De Nápoles, art. 1086. — Holandés, art. 1372. [De Goyena, allí].

Art. 7°. — Cód. de Luisiana, art. 1891 [léase 1894]. — Holandés, art. 1372 [de Goyena, allí; Vé Cód. Francés 1131°].

Art. 8°. — Cód. Francés, arts. 1131 y 1133. — Napolitano, arts. 1085 y 1087. — Sardo, arts. 1221 y 1224. — Holandés, arts. 1371 y 1373. [De Goyena 998°].

Art. 9°. — LL. 11, Tit. 14, Part. 3ª, y 3ª, Tít. 11, Lib. 1°, Fuero Real. [De Acevedo 1317°]. — Código Francés, art. 1165. — Sardo, art. 1192 [léase 1256°]. — Napolitano, art. 1118. — Holandés, art. 1376. [De Goyena 977°].

Art. 10. — Proyecto de Goyena, art. 977. [Vé leyes 7ª y 11, Tít. 11, Part. 5ª, y Chile 1449°]. — Código Francés, art. 1121. — Sardo, art. 1208. — Holandés, art. 1353. — Napolitano, art. 1075.

(a) Este artículo no constituye una escepcion al anterior, pues, una vez aceptado el derecho por el tercero, este viene á ser un acreedor, y el promitente un verdadero deudor. Ade-

505. Art. 11. — Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: —

1° Darle derecho para emplear los medios legales, á fin de que el deudor le procure aquello á que se ha obligado;

2° Para hacérselo procurar por otro á costa del deudor; [Vé art. 630]. [7]

3° Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. *De Marcadé* IV, 460.

Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligacion le confiere el derecho de obtener la liberacion correspondiente, ó el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligacion se hallase estinguida ó modificada por una causa legal. *Freitas* 879° *n°* 2° *y* 880° *n°* 2°. [8]

506. Art. 12. — El deudor es responsable al acreedor de los daños é intereses que á este resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligacion. *De Goyena* 1011° *y* 1012°. [9]

Art. 11. — El Código Francés y los otros de Europa, que regularmente lo siguen, confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. «¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligacion, cuando las mas veces la obligacion no es sinó un efecto del contrato? Los efectos de los contratos son: 1° crear obligaciones; 2° estinguir obligaciones; 3° trasferir la propiedad ó sus desmembraciones. [Vé arts. 1138 y 577]. En cuanto á los efectos de la obligacion, consisten únicamente en permitir al acreedor emplear los medios legales: 1° para forzar á su deudor á procurarle aquello á que se obligó; 2° para hacérselo procurar por otros, si hay lugar, á costa del deudor; 3° como último recurso, para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Si la obligacion no produce jamás los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligacion. Sin duda que si el contrato puede producir la obligacion misma, puede arrastrar consigo los efectos de esta obligacion; mas los llevará como consecuencias ulteriores, y no como engendrados por él. En segundo lugar, el contrato puede bien existir sin hacer nacer obligacion alguna, produciendo solo estincion de obligaciones, ó trasmision de derechos reales. En fin, si la obligacion y por consecuencia sus efectos, pueden resultar del contrato, pueden tambien nacer de otro orígen; por lo tanto, los efectos del contrato no pueden jamás ser producidos por la obligacion. Y en cuanto á los efectos de la obligacion, existen regularmente sin que haya ningun contrato. Recíprocamente un contrato podrá existir sin que haya ningun efecto de obligacion; y en el caso mismo que ese efecto descendiese de una obligacion, no seria sinó como una consecuencia remota: no seria como efecto del contrato, sinó como efecto de la obligacion, la cual habria siempre producido ese efecto, aunque no tuviera el contrato por principio.» (Tom. 4°, n°s 460 y 461).

---

más, tratándose de obligaciones convenidas ó convencionales, el artículo corresponde al tratado de los actos jurídicos ó al de los contratos, y debió mas bien figurar al lado de los artículos 1162 á 1164. Vé nuestra nota al artículo 1155, y Código Chileno 1449°.

Los escritores franceses deben consultarse cuidadosamente sobre esta materia. Vé á Aubry, § 343 *ter*, n° 2°, 4ª edicion, y á Demolombe, XXIV, 231 á 258.

[7] Estos tres números pertenecen mas bien á la doctrina que á la legislacion. El número segundo solo tiene lugar en ciertas obligaciones *de hacer* (art. 630), y el tercero puede no tener lugar absolutamente, ó solo en reemplazo y compensacion del no cumplimiento de la obligacion, ó puede exigirse al mismo tiempo que el lleno. Entre los *medios legales* se encuentran las garantías personales y reales, así como los privilegios: artículo 1460 y su argumento.

[8] Se trata de obligaciones reales y *verdaderas:* en cuanto á las putativas, vé los artículos 784 á 798.

[9] En vez de *dolo en el cumplimiento*, debe decirse, como en los artículos 521 y 1151 Francés, *inejecucion proveniente de dolo.*

La inejecucion puede ser absoluta ó completa, ó la ejecucion puede ser solamente parcial

507. Art. 13. — El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligacion. *De Goyena* 1012° § 2° [Vé arts. 18 y 21]. [10]

508. Art. 14. — El deudor es igualmente responsable por los daños é intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligacion. *De Goyena* 1012° *n°* 4°. [Vé art. 576]. [11]

509. Art. 15. — Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial ó *estrajudicial* por parte del acreedor, escepto en los casos siguientes: — [Vé art. 1377 n° 2°].

1° Cuando se haya estipulado espresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca;

2° Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligacion resulte que la designacion del tiempo en que debia cumplirse la obligacion fué un motivo determinante por parte del acreedor. *Goyena* 1007, n°s 1° y 2°. [12]

Art. 13. — L. 29, Tít. 11, Part. 5ª. — LL. 27, §30 [léase 3°], Tít. 14, Lib. 2°, y 5ª, Tít. 7°, Lib. 26, Dig. [De Goyena].

Art. 14. — Sobre la mora pueden verse las LL. 4ª, Tít. 3°; 28, Tít. 8°; 8ª, Tít. 14, y 35, Tit. 11, Part. 5ª. [De Acevedo 1347°]. Véase Maynz que trata perfectamente la materia. [§§ 261 y 265. Cód. Francés 1146°].

Art. 15. — Por las leyes de Partida y por las del Código Romano, el simple vencimiento de la obligacion á plazo equivalia á una interpelacion, y esta no era, por lo tanto, necesaria. LL. 18 y 35, Tít. 11, Part. 5ª. En las otras obligaciones era necesaria la interpelacion. LL. citadas de Partida, y 32, Tít. 1°, Lib. 22, Dig. El artículo es conforme al 1139 [y 1146] del Código Francés; 1272 [léase 1271] de Holanda; 1093 de Nápoles y 1230 del Sardo. Estando ausente el deudor, la protesta, dice la Ley Romana, hace las veces de peticion. L. 23, Tít. 1°, Lib. 22, Dig., y L. 2ª, Tít. 2°, Lib. 22, id. Respecto al inciso 2°, véase la Ley 44, Tít. 14, Part. 5ª. [De Goyena, allí]. Sobre todo este artículo trata Maynz estensamente en el § 264.

El *deudor* se encuentra tambien constituido en mora, sin necesidad de interpelacion: 1° cuando la interpelacion se hace imposible por una causa que proviene de su persona; 2° cuando la obligacion resulta de una posesion de mala fé ó de un delito; 3° todas las veces que el retardo en la ejecucion equivale á una inejecucion completa. Véase á Maynz, Derecho Romano, § 264.

El *acreedor* se encuentra en mora toda vez que por un hecho ó por una omision culpable, hace imposible [vé arts. 889 á 896] ó impide la ejecucion de la obligacion, por ejemplo, rehusando aceptar la prestacion debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecucion [vé arts. 756 á 766] ó rehusando concurrir á los actos indispensables para la ejecucion, como la medida ó el peso de los objetos que se deban entregar [vé art. 1345], ó la liquidacion de un crédito no líquido. (La cita anterior). [De Maynz, § 264 notas 14 y 5].

ó incompleta (que abraza el cumplimiento tardío). En todos los casos, si hay daño causado, y la ejecucion es *imputable* al deudor (vé artículo 511 y nota al 512), existe siempre obligacion de indemnizarlo. Vé á Freitas 844°, Goyena 1011°, Código Francés 1147°, Marcadé, IV, 514 y Demolombe, XXIV, 546 y 565; así como nuestros artículos 508, 511, 519 á 521 y 660.

Adviértase, por último, que en las obligaciones *recíprocas* ó *bilaterales* (art. 510), ambos contrayentes son deudores y acreedores á la vez, y responsables de la inejecucion de sus obligaciones respectivas: artículos 510 y 1202 y su argumento.

[10] O con mas exactitud, « la responsabilidad por el dolo *futuro* no puede dispensarse ». Vé artículo 2101.

[11] A no ser que la mora provenga de caso fortuito ocurrido sin culpa del deudor ó de fuerza mayor que no tomó sobre sí: artículo 513 y su argumento.

[12] Tambien existe mora en los casos que la ley determina: vé artículos 622, 1377 n° 1°, 1243, 1323, 1611, 1724, 1915, 2924 y 2946.

Del presente artículo y del siguiente se colige que se trata de las obligaciones que nacen

510. Art. 16. — En las obligaciones recíprocas, [13] el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple ó no se allana á cumplir la obligacion que le es respectiva. *Goyena, allí,* n° 2° § 2°; *Chile* 1552°. [Art. 1202].

511. Art. 17. — El deudor de la obligacion es tambien responsable de los daños é intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla. [14]

512. Art. 18. — La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligacion consiste en la omision de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligacion, y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. [15]

Art. 16. — Código de Luisiana, art. 1907. — L. 31 al fin, Tít. 1°, Lib. 12, Dig., y véase LL. 27, Tít. 5°, y 35, Tít. 11, Part. 5ª. [De Goyena, allí].

Art. 18. — Las Leyes de Partida reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levísima. El Derecho Romano no reconocia en verdad sinó las dos primeras.

Si la utilidad es comun para deudor y acreedor, se presta solo la culpa leve. Si única-

---

del consentimiento espreso ó tácito, ó *de contrato*, como dice Goyena, ó de las obligaciones *convencionales*, como se espresa el artículo 1108: así es que el segundo caso de mora que trae Maynz tiene su legislacion peculiar: vé artículos 1070 y 1108 á 1110 etc.; como la tienen las obligaciones negativas ó *de no hacer:* vé artículos 633 y 634, y Código Francés 1145.

Evidente es por sí mismo, que cuando ya no es posible cumplir la obligacion, queda sin objeto y razon de ser la interpelacion. Código Francés 1146° y Maynz n° 3°.

Parece muy difícil que la interpelacion llegue á ser absolutamente imposible, á lo ménos la ficta ó presunta.

De todos modos, el caso del número primero de Maynz, aunque pueda ser imputable al deudor y someterlo á la disposicion del artículo 506 ó del 511, no constituye moroso al deudor. Vé nuestra nota al artículo 22.

En cuanto á lo que Maynz y Freitas 1070° llaman impropiamente mora *del acreedor*, se halla legislado por los artículos 889 á 896, 756 á 766, 1345 y otros que determinan los deberes de aquel en los diversos contratos (compara con Maynz, § 265, notas 12 á 27); pero solo en las obligaciones recíprocas y contratos bilaterales, ambos contrayentes se deben daños é intereses por su dolo, culpa ó mora: vé el § 3° de nuestra nota 9.

[13] Obligaciones *recíprocas* ó *correlativas*, como les llama el artículo 1054, son las engendradas por los contratos bilaterales (art. 1139): nota al artículo 877. Vé el artículo 1495 y la definicion de Freitas trascrita en la nota al 1138.

Nuestro artículo parece una aplicacion del principio de la compensacion de las moras.

[14] La deficiencia en la redaccion de este artículo aparece de su combinacion con los artículos 512 y 513. De todo ello resulta:

1° Que el deudor responderá de los daños y perjuicios, siempre que no justifique que la inejecucion de la obligacion ó el retardo en el cumplimiento no le es imputable, importando poco su buena fé: artículo 1330 inciso 2° y su argumento. Código Francés 1147°. Vé nuestra nota 9.

2° Que se eximirá tambien de los daños y perjuicios, si justifica que la inejecucion ó retardo proviene de fuerza mayor ó caso fortuito, que segun el artículo 513 no le es imputable.

[15] La existencia, apreciacion de su gravedad y compensacion de las culpas quedan así libradas al prudente arbitrio del Juez: vé la nota del Dr. Velez y los artículos 453, 461, 2293 y 3386.

Complementa el presente con el artículo 910, y advierte que esta disposicion consigna una regla general, y debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones especiales á cada contrato y á los actos á que estas puedan estenderse legalmente.

513. Art. 19. — El deudor no será responsable de los daños é intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligacion, cuando estos resultaren de caso fortuito ó fuerza mayor, á no ser que el deudor hubiera tomado á su cargo las consecuencias del caso fortuito, ó este hubiere ocurrido por su culpa, ó hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito ó fuerza mayor. *Freitas* 884°; *Zachariæ* § 549. [Vé art. 1852 nota]. [16]

mente es de utilidad para el acreedor, el deudor presta solo la culpa grave; pero si es de utilidad solo para el deudor, este presta la culpa levísima. El tipo que se tomaba para la graduacion de las culpas era el buen padre de familia, mas ó menos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servia al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo habia juzgado así y [en el Discurso 59, Bigot-Préameneu] decia: « La division de las culpas es mas ingeniosa que útil en la práctica, pues á pesar de ella será necesario á cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligacion del deudor es mas ó menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intencion al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme á la equidad. La teoría de la division de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones ». [De Goyena 1005°].

Zachariæ [léase Massé y Vergé] dice tambien, respecto á esto: « La teoría de la prestacion de las culpas es una de las mas oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima. Sin duda hay culpas, que por razon de las circunstancias, de la posicion de las partes, respecto á las obligaciones especiales que les son impuestas, son mas graves ó mas ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve ó como culpa levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razon de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce. *Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa.* Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios é igualmente abstractos, seria siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia é importancia de las culpas, y entónces las divisiones teóricas son mas bien un embarazo que un socorro. La *sola* [única] ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el Código toma por término de comparacion de los cuidados que incumben al que está obligado á velar por la conservacion de una cosa, la diligencia de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificacion que escluyen los términos *de los artículos* [léase *del artículo*], cuando no hay un tipo conocido, al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del Código [1137 Francés] se reduce á un consejo á los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligacion sinó los cuidados razonables, debidos á la cosa que está encargado de conservar, sea en razon de la naturaleza de ella, sea en razon de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligacion para hacerla mas ó menos estricta ». [De Massé y Vergé, nota 5ª al § 548 de Zachariæ].

Art. 19. — LL. 3ª, Tít. 2°, y 8ª, Tít. 8°, Part. 5ª al fin. Sobre la *mora* L. 1ª, Tít. 3°, § 35, Lib. 16, Dig. y L. 6ª, Tít. 21, Lib. 4°, Código Romano. — Código Francés, art. 1148. — De Nápoles, art. 1102. — Sardo, art. 1238 [léase 1239. Véanse estas citas en Goyena 1014].

---

[16] Los artículos 890, 2205 y 2271 constituyen aplicaciones aisladas del presente y podrian ser eliminados. Vé el artículo 2296, y como complemento del actual, los artículos 789, 893, etc.

Probado el caso fortuito por el deudor ¿á quién incumbe probar que intervino alguna falta imputable á este? Al acreedor, porque al demandante que afirma incumbe la prueba: artículos 1573, 1574 y su argumento. Pothier y hasta cierto punto Troplong creen que corresponde al deudor, lo que no parece sostenible desde que la ley no presume la culpa. Ménos aceptable aun es el parecer de Massé y Vergé (nota 6 al § 549 de Zachariæ), que hacen depender la cuestion de la naturaleza del hecho constitutivo del caso fortuito ó fuerza mayor, y de las circunstancias en que se produjo; porque las presunciones *de hecho*, á diferencia de las *de derecho*, no eximen de la prueba. Vé la nota 17 al artículo 3743.

514. Art. 20. — Caso fortuito es el que no ha podido preverse, ó que previsto, no ha podido evitarse. *Goyena en su art.* 1014. *Vinnio.*

—

TÍTULO II

De las obligaciones naturales

515. Art. 1°. — Las obligaciones son civiles ó meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho á exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas solo en el derecho natural y en la equidad, no confieren accion para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razon de ellas, tales son : —

1° Las contraidas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorizacion del marido, y los menores adultos; [1]

Art. 20. — L. 11, Tít. 33, Part. 7ª; L. 6ª, Tít. 24, Lib. 4°, Código Romano. [De Goyena, allí]. Los casos fortuitos ó de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza ó por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la impetuosidad de un rio que sale de su lecho (L. 15 [§ 2°, Tit. 2°, Lib. 19], Dig. *Loc. Cond.*), los terremotos ó temblores de la tierra (id.), las tempestades (L. 2ª [§ 6, Tít. 11, Lib. 2°], Dig. *Si quis caution*), el incendio (Dig. *De incendiis*), las pestes, etc. (L. 5ª, [Tít. 6°, Lib. 13], § 4°, Dig. *Commodato*). Mas los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, miéntras que por su intensidad no salgan del órden comun. No se debe, por lo tanto, calificar como caso fortuito ó de fuerza mayor, los acontecimientos que son el resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los rios, etc.; pues, las estaciones tienen su órden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que tambien traen daños imprevistos.

Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, ó fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entiende por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo [léase *tendentes*] á disminuir los derechos de los ciudadanos. Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor, [17] porque son delitos, y como tales están sujetos á otros principios que obligan á la reparacion del mal que causen. [Vé art. 1067 y siguientes].

El artículo habla de *casos fortuitos previstos*, pero no debe entenderse de una prevision precisa, conociendo el lugar, el dia y la hora en que el hecho sucederá, sinó de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el artículo 1773 del Código Francés dice : « La estipulacion que pone los casos fortuitos á cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sinó de los casos fortuitos *ordinarios*, tales como el granizo, el hielo, la seca, y no de los casos fortuitos *extraordinarios* [vé art. 1559], como la guerra, los terremotos, etc. » [De Troplong, *Louage*, n°s 206 á 208 y 757].

---

[17] Esto no armoniza con los artículos 1519 y 2239; y los artículos 1530 y 1531 demuestran que las vias de hecho de los particulares toman el carácter de casos fortuitos, cuando son imponentes é irresistibles. Compara con lo que dice el Codificador en la nota al artículo 901.

[1] Debió decir, *las contraidas por personas relativamente incapaces* (vé art. 55 y nota (°)) *despues que han sido anuladas,* pues ántes son civiles y no naturales. Efectivamente, son susceptibles de confirmacion (arg. del art. 1061) espresa ó tácita, y su nulidad puede ser cubierta por la prescripcion (art. 4033) : todo lo cual prueba que es perfectamente civil, aunque anulable. Tales obligaciones no comienzan, pues, á ser naturales, sinó desde que, á peticion del incapaz, han sido anuladas.

Parece que existe igual ó mayor razon para clasificar tambien de *natural*, la anulada

2° Las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles, y que se hallan extinguidas por la prescripcion; [Art. 791 n° 2°, y vé arts. 3965 á 3967].

3° Las que proceden de actos jurídicos, á los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como es la obligacion de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas sustanciales; [Vé art. 791 n° 3°].

4° Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, ó cuando el pleito se ha perdido, por error ó malicia del juez; *Chile* 1470 *n*°s 1° á 4°; *Goyena*, III, 60. [Vé art. 791 n° 4°, y á Maynz, § 382 nota 16].

5° Las que se derivan de una convencion que reune las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero á las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda accion; tales son las deudas de juego. *Aubry* § 297 *n*° 3° *nota* 4ª. [Vé arts. 791 n° 5° y 2059]. [2]

Art. 1°. — La obligacion civil se funda en el derecho civil, y es garantizada por las instituciones civiles, por medio de una accion. Hay obligacion natural siempre que, segun el *jus gentium*, existe un vínculo, obligatorio entre dos personas. Este vínculo, á menos que la ley civil no le reprueba espresamente, merece ser respetado; pero miéntras no esté positivamente sancionado, no hay derecho para invocar la intervencion de los tribunales, institucion esencialmente civil, es decir, que el acreedor no tiene accion para demandar la ejecucion de su derecho. [De Maynz, § 278 nota 3]. Por el Derecho Romano no habia obligacion civil ni pretoriana, por los actos que originaban la obligacion natural. Solo ocasionalmente y por medios ménos directos podia el acreedor hacerla valer. Sin embargo, ella producia muchas veces los efectos de las obligaciones ordinarias. La obligacion natural servia de causa de compensacion como una obligacion ordinaria (L. 6ª Dig. *De Compent.* [Tít. 2°, Lib. 16. Vé art. 819°]. Escluia la repeticion de lo que se habia pagado aún por error. (L. 10, Dig. *De oblig. et act.*, [Tít. 7°, Lib. 44] y Lib. 19, Dig. [Tít. 6°, Lib. 12]. *De condit. indebiti.*), podia ser asegurada con fiador (Instit. *De fidejuss* [Tít. 21, Lib. 3°] § 1°, ó con prendas ó hipotecas (L. 5ª [Tít. 1°, Lib. 20] Dig. *De Pign.*), ó ser trasformada por la novacion en una convencion obligatoria (L. 1ª [Tít. 2, Lib. 46] Dig. *De Novat.* [De Duranton].). Nuestras leyes les dan casi los mismos efectos (L. 5ª, Tít. 12, Part. 5ª; LL. 4ª y 6ª [Tít. 1°]; 18 y 31, Tít. 14, Part. 5ª). [De Goyena 1025°]. Por estos efectos de tanta importancia Duranton juzga que hay un blanco en los Códigos en materia de obligaciones, y que corresponde á los jueces en virtud del artículo 4° del Código Francés [es nuestro art. 15], decidir cuando hay una obligacion natural.

Zachariæ [léase Massé y Vergé] procura en el § 525 nota 10, establecer reglas generales sobre las obligaciones naturales. « Es preciso, dice, para determinar los efectos de las obligaciones naturales, hacer varias clases de ellas. Hay obligaciones naturales que la ley reprueba por el disfavor inherente á su causa, como las deudas de juego. [Vé art. 2059°]. Esas obligaciones no dan ninguna accion; pero la que ha sido voluntariamente pagada no puede repetirse. [Art. 2066]. Sin embargo, como la ley reprueba la causa de la obligacion, y por consiguiente la obligacion misma, reprueba tambien las obligaciones accesorias que tengan por objeto asegurar la ejecucion.

« Hay obligaciones que la ley rehusa reconocer por razon de la inhabilidad de las personas que las han contraido, por ejemplo las obligaciones de una mujer casada. Estas obli-

---

por haber sido contraida por una persona incapaz *de derecho* (nota al art. 950); pues la incapacidad jurídica y la relativa de hecho, no difieren, sinó en que la primera es una incapacidad relativa, *limitada* á determinados actos; ó en otros términos, la incapacidad relativa es una incapacidad *general* de derecho ó *estensiva* á todos los actos de la vida civil.

Juzgamos tambien natural la contraida en un intérvalo lúcido por el incapaz declarado (arts. 54 y 472), así como la contraida por un impúber (vé arts. 54 n° 2 y 922), capaz de voluntad. Puede verse sobre esto á Maynz, § 430, nota 17 (§ 346 de la 4ª edicion), y á Savigny, *Derecho de las obligaciones*, § 10.

Creemos, por último, que puede ser meramente natural la obligacion estinguida por una presuncion *juris et de jure*: argumentos de los números 2° y 4° del presente artículo. Vé la nota al número 5°.

[2] El artículo 166 nos presenta otro caso. Vé nuestra nota al artículo 2059.

516. Art. 2°. — El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenia capacidad legal para hacerlo. *De Chile* 1470° *inc. últ.; Cód. Francés* 1235° *inc.* 2°. [Vé arts. 784, 737 á 739, 791, 878 y 2065].

gaciones, sin embargo, pueden ser afianzadas [art. 518], porque no reprobando la ley el principio de la obligacion, no puede reprobar las obligaciones accesorias que tienen por causa la primera obligacion. Pero otra cosa seria, y entónces la obligacion no podria ser afianzada, si en vez de ser contraida por una persona inhábil bajo el punto de vista de la ley civil, lo fuese por una persona naturalmente incapaz, como, por ejemplo, un demente ó un menor que no hubiese llegado á la edad del discernimiento. En estos casos, ni aún habria obligacion natural. Pero si el fiador hubiese conocido la nulidad de la obligacion, su fianza seria firme [vé art. 1996], menos como fianza que como obligacion de pagar la cosa que hacia el objeto de la obligacion nula. Hay obligaciones que han comenzado por ser obligaciones civiles, pero que contra el ejercicio de ellas el deudor ha adquirido una sentencia que las declara inadmisibles, porque están prescritas, ó por otras causas legales: sin embargo, pueden ser afianzadas y no dan lugar á repetir lo pagado. Hay obligaciones civiles que continúan existiendo como obligaciones naturales, cuando por razones políticas ó de órden público, la ley les retira la accion que les habia concedido. Resulta de todo lo que precede, que el efecto comun de todas las obligaciones naturales, es impedir la repeticion de lo pagado [art. 516], porque se ha pagado lo que verdaderamente era debido; pero que ellas no pueden ser compensadas [arts. 819 y 2059], porque la compensacion es de derecho, y el pago es de hecho. Resulta igualmente que las obligaciones naturales pueden ser garantidas y afianzadas, cuando no son reprobadas por la ley civil, ó contrarias al órden público; pero resulta tambien que la obligacion natural, si puede servir de base á una escepcion, no puede por sí misma dar ninguna accion al acreedor, porque la accion que consiste en poner en ejercicio los medios coercitivos establecidos por la ley civil, no puede ser llamada al socorro de una obligacion que la ley civil desconoce ó reprueba. Una distincion análoga sirve para resolver la cuestion de si las obligaciones naturales pueden por medio de una novacion *venir á ser* [convertirse en] obligaciones civiles. Ellas no son susceptibles de novacion, cuando son contrarias á la ley ó al órden público [art. 2054° citado], sinó únicamente en el caso que puedan valer como obligaciones civiles. [Vé art. 802 nota]. En cuanto á la cuestion de si las obligaciones naturales pueden, por medio de la ratificacion ó confirmacion, llegar á ser obligaciones civiles, creemos que la afirmativa es cierta para aquellas que han llegado á ser naturales, despues de haber sido primitivamente civiles, como las obligaciones prescritas, ó que son naturales por razon de la inhabilidad del obligado. Mas las obligaciones naturales reprobadas por el derecho civil, como las de juego, no son susceptibles de ratificacion. [Art. 1048, y vé nota al 1060]. Nos inclinamos á creer que lo mismo seria respecto á las obligaciones que, primitivamente civiles, han venido á ser naturales en virtud de las leyes políticas ó de órden público, que han abrogado los contratos de donde ellas resultaban».

Creyendo justa la observacion de Duranton, sobre la falta que advierte en los Códigos, respecto de las obligaciones naturales, tomamos lo dispuesto en el de Chile, el único en que se encuentran leyes positivas sobre dichas obligaciones.

Art. 2°. — En esta espresion *lo pagado*, se comprende no solo la dacion ó entrega de cualesquiera cosas, sinó tambien la ejecucion de un hecho, la fianza de una obligacion, la suscricion de un documento, el abandono de un derecho, el perdon de una deuda. La significacion jurídica de pago en toda su estension, se advertirá en el Título que trata de los pagos. Véase Ortolan, tomo 2°, *pág.* 417 [y nuestro art. 725].

La razon de la disposicion del artículo es que el pago voluntario de una obligacion natural, es la renuncia de hecho de las escepciones, sin las cuales la accion del acreedor hubiese sido admitida. [3] El pago pues, en tal caso, no es una mera liberalidad, ni el deudor de la obligacion natural puede á su turno decir que ha pagado lo que no debia. La obligacion natural puede asi ser causa legítima de obligaciones civiles que se contraigan por la novacion de ella [vé nota al art. 802], y ser considerada como obligacion principal para admitir, en seguridad de su cumplimiento, obligaciones accesorias. [Vé art. 518].

Vidal publicó en 1845, en la Revista de Legislacion de Fœlix, una larga y escelente disertacion sobre las obligaciones naturales, la cual obtuvo el primer premio en el concurso abierto por la Facultad de Derecho de Paris, en 1840. En ella hace ver las razones filosóficas que tuvieron las Leyes Romanas para dar á las obligaciones naturales los efectos que hemos indicado. Marcadé tambien las espone por otro género de consideraciones sobre el artículo 1235 n° 669, y en el n° 751 sobre el artículo 127 [léase 1272].

---

[3] Es un reconocimiento tácito de la deuda (art. 721), y una especie de confirmacion: artículo 1061 y nota del Dr. Velez al 517.

517. Art. 3°. — La ejecucion parcial de una obligacion natural no le da el carácter de obligacion civil; tampoco el acreedor puede reclamar el pago de lo restante de la obligacion. *De Aubry* § 297 *y nota* 18.

518. Art. 4°. — Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas *por terceros* [4] para seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias. *Chile* 1472°; *Goyena,* III, 61 y 62. [Vé arts. 666, 783, 1995 y 3124]. [5]

—

TÍTULO III

De los daños é intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero.

[Vé art. 1070 y nota al 622].

519. Art. 1°. — Se llaman daños é intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligacion, por la *inejecucion de esta á debido tiempo. Cód. Francés* 1149°; *Goyena* 1015°. [1]

520. Art. 2°. — En el resarcimiento de los daños é intereses solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligacion. *Goyena, allí.* [Vé arts. 902, 904, 1955, 1956 y su nota].

Art. 3°. — El pago parcial de una obligacion natural, es una mera confirmacion [ó reconocimiento] de ella, que nada de nuevo le agrega. [Vé art. 723]. En las obligaciones civiles, el pago parcial no importa sinó el reconocimiento de la deuda, y lo mismo debe ser en el pago parcial de una obligacion natural, el cual será el reconocimiento de esa obligacion.— Véase á Aubry y Rau, sobre Zachariæ, § 297 [y nota 18 citada, y nuestra nota 3].

Arts. 1°, 2° y 4°. — Sobre estos tres artículos, véase el Código de Chile, artículos 1470 y 1472. Savigny, en su obra *Derecho de las obligaciones,* §§ 11 y 12, trata estensamente de las obligaciones naturales y de sus efectos jurídicos, y en el § 14, de cuándo exista la obligacion natural para poder servir de escepcion ó causar los efectos designados en los artículos 2° y 4° de este Título.

Art. 1°. — La Ley Romana [13, Tít. 8°, Lib. 46, Dig.] dice: « *Quantum mihi abest, quantumque lucrare potui.* » [De Goyena, allí].

Art. 2°. — Proyecto de Goyena, art. 1016 [§ 1°]. — Código Francés, art. 1150 [y 1151]. Los otros Códigos copian al Francés. El principio de donde se origina la obligacion de

---

[4] La obligacion accesoria, constituida *por el mismo obligado,* capaz de contraerla, tendría que anularse y seguir la suerte de la obligacion principal.

[5] ¿Las deudas de juego no permitido admitirán tambien una obligacion accesoria? Pensamos que no: artículo 666 y su argumento, y vé el 2059.

[1] Este artículo y los tres siguientes se hallan fuera de lugar, y son el natural complemento de los artículos 506 á 512.

La frase *inejecucion de la obligacion á debido tiempo,* es estrecha, pues solo abraza el caso de mora (vé nuestra nota al art. 506). Ademas, no legisla sinó la obligacion *positiva* y olvida las *negativas*: vé artículos 633 y 634.

Nuestros artículos 581, 605, 608, 610, 612, 613, 615 y muchos otros ofrecen ejemplos de daños é intereses *moratorios* y *compensatorios* á la vez. Respecto á las semejanzas y diferencias entre unos y otros, puede verse á Demolombe, XXIV, 566 á 573.

521. Art. 3°. — Aun cuando la inejecucion de la obligacion resulte del dolo del deudor, los daños é intereses comprenderán solo los que han sido ocasionados por el, y no los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes. *De Goyena* 1016° § 2°; *Pothier n°* 166.

522. Art. 4°. — Cuando en la obligacion se hubiere convenido que si ella no se cumpliese se pagaria cierta suma de dinero, no puede darse una cantidad ni mayor ni menor. *De Acevedo* 1358°. [Arts. 655 y 1190].

—

TÍTULO IV

De las obligaciones principales y de las obligaciones accesorias

523. Art. 1°. — De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razon de la existencia de la otra. *Zachariæ, allí.*

524. Art. 2°. — Las obligaciones son principales ó accesorias con relacion á su objeto, ó con relacion á las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraidas para asegurar el cumplimiento de una obligacion principal; como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias á las personas obligadas, cuando estas las contrajeren como garantes ó fiadores. *Accesorios* de la obligacion vienen á ser, no solo todas las obligaciones accesorias, sinó tambien los derechos accesorios del acreedor, como la prenda ó hipoteca. *Freitas* 873° *y* 874°. [Arts. 862, 3153 nota y vé el 803]. [1]

525. Art. 3°. — Estinguida la obligacion principal, queda estinguida la obliga-

pagar daños é intereses, lo deriva Marcadé de la misma obligacion que debia cumplirse. La deuda, dice, de daños é intereses es el resultado de una convencion accesoria, tácitamente estipulada entre el deudor y el acreedor. Esta intencion probable de las partes no ha podido comprender sinó el perjuicio que podia preverse ó que fuese consecuencia inmediata de la inejecucion de la obligacion, segun el curso ordinario de las cosas (sobre el articulo 1151 del Código Francés). [Vé art. 902].

Art. 3°. — Pothier, Part. 1ª, Cap. 2°, art. 3°. [N°s 166 y 167, *Obligat.*].

Art. 4°. — Código Francés, art. 1152.—Holandés, art. 1258 [léase 1285].—Napolitano, art. 1104 [léase 1106].—El Sardo añade en el art. 1243: «A ménos de resultar con evidencia que la suma es enormemente escesiva, en cuyo caso podrá el juez reducirla. » — El Código de Luisiana, art. 1928, dice: « Sin embargo, si la obligacion ha sido ejecutada en parte, los daños sobre que hayan convenido los contrayentes, pueden ser reducidos á la pérdida ó privacion de la ganancia realmente sufrida. » [Vé nuestro art. 660]. En contra del artículo [no es cierto]: Goyena, art. 1018, y Pothier, *De las obligaciones*, Part. 1ª, Cap. 2°, art. 3°. La ley Romana [38, § 17, Tít. 1°, Lib. 45, Dig.] decia á este respecto: *Non illud inspicitur* [*quid intersit*] *sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.* [De Goyena, allí].

Art. 1°. — Zachariæ § 538.

Art. 2°. — Zachariæ § 538; Toullier, Lib. 3°, Tít. 3°, Cap. 4°, art. 3° [Tom. 6°, n°s 463 á 466].

---

[1] La prenda, la hipoteca y el anticrésis son *accesorios* de la obligacion, pero no son *obligaciones* accesorias, porque constituyendo derechos reales (art. 2505 n°s 5° á 7°), no puede corresponderles obligacion alguna (art. 497 inc. 2°).

cion accesoria, pero la estincion de la obligacion accesoria no envuelve la de la obligacion principal. *Freitas* 1026°. [2]

526. Art. 4°. — Si las cláusulas accesorias de una obligacion fueren cláusulas imposibles con apariencias de condiciones suspensivas, ó fueren condiciones prohibidas, su nulidad hace de ningun valor la obligacion principal. *De Freitas* 584°, 634° *y* 1924° *inc.* 2° [Vé art. 530].

—

TÍTULO V

De las obligaciones condicionales

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES EN GENERAL

527. Art. 1°. — La obligacion es pura cuando su cumplimiento no depende de condicion alguna. *Goyena* 1029°.

528. Art. 2°. — La obligacion es condicional, cuando en ella se subordinare á un acontecimiento incierto y futuro *que puede ó no llegar*, la adquisicion de un derecho, ó la resolucion de un derecho ya adquirido. *De Freitas* 567°. [1]

Art. 3°. — L. 56, Tít. 5°, Part. 5ª; L. 43, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. [De Goyena 1138° y 1139°].

Art. 1°. — L. 12. Tít. 11. Part. 5ª. — Instit. Lib. 3°, Tít. 16, § 2°. Por estas dos leyes la definicion es muy lata, porque exigen para que la obligacion sea pura, que no tenga condicion, ni tampoco plazo ó dia señalado. [De Goyena, allí].

Art. 2°. — L. 8ª, Tít. 4°, Part. 6ª. — LL. 12 y 16, Tít. 11, Part. 5ª. — Instit. Lib. 3°, Tít. 16, § 4°. — Zachariæ § 534, nota 10. — Código Francés, art. 1168. — De Nápoles, art. 1121. — Sardo, art. 1260 [léase 1259]. — Zachariæ, nota 2ª, dice: « Un acontecimiento pasado aunque incierto para las partes, ó futuro, pero que indudablemente ha de llegar, no es una condicion. En el primer caso, la obligacion debe considerarse pura y sin condicion. En el segundo, la obligacion es solo á término, pero no condicional. » Esta doctrina es conforme á la L. 12 citada de Partida, y á la L. 2ª, Tít. 4°, Part. 6ª, y al § 6°, Tít. 16, Lib. 3°, Instit. [Las citas todas son de Goyena, 1030°].

---

[2] Aunque la estincion se cause por la prescripcion (vé final de la nota 21 al art. 4029). Los artículos 665, 803, 809, 810, 865, 867, 3189 y 3238 constituyen aplicaciones del principio jurídico consignado en el presente.

Lo dicho sobre la estincion es aplicable á la nulidad: artículos 650 y 663. Vé tambien los artículos 329, 1996, 3247 inciso 1°, 3259 y nota al 3999. El 1996 trae la fórmula mas completa, y es estensivo á toda obligacion accesoria. Su inciso 3° supone que esta es otorgada por un tercero.

La nulidad de la obligacion principal implica la de sus *accesorios*, pero la nulidad de los acesorios de la obligacion principal no induce la nulidad de esta, salvo lo dispuesto por los artículos 518 y 526 siguiente.

[1] La redaccion resulta impropia, porque Freitas define la *condicion* y no la obligacion condicional. La frase *que puede ó no llegar*, es un pleonasmo.

En la condicion, la incertidumbre se refiere á la existencia misma del hecho ó acontecimiento, mientras que en el plazo *incierto*, se refiere solo á la fecha de su existencia (arts. 529 y 569).

Compara este artículo con los artículos 545 y 553.

529. Art. 3°.—La condicion que se refiere á un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condicion, ni suspende la obligacion, y solo difiere la exigibilidad de ella. *Pothier, Obligat. n°* 203, *pág.* 102. [Vé arts. 568 y 569].

530. Art. 4°. —La condicion de una cosa imposible, contraria á las buenas costumbres, ó prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligacion. *Cód. Francés* 1172°. [Vé arts. 526, 564, 954 y 502]. [2]

531. Art. 5°. — Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes : —

1ª Habitar siempre un lugar determinado, ó sujetar la eleccion de domicilio á la voluntad de un tercero; [Art. 97].

2ª Mudar ó no mudar de religion ;

3ª Casarse con determinada persona, ó con aprobacion de un tercero, ó en cierto lugar ó en cierto tiempo, ó no casarse ;

Art. 3°. — Las citas del artículo anterior y Pothier, *De las obligaciones*, pág. 103.

Art. 4°. — Aubry y Rau, § 308 [léase 302], esplican muy bien las condiciones de que trata este artículo.

Las condiciones imposibles tienen una íntima analogía con las prestaciones imposibles, y lo que dirémos respecto de estas, debe aplicarse á las condiciones [vé art. 954].

En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas. La condicion, por ejemplo, impuesta á un donatario de no emplear lo que se le daba en libertar á su padre preso por deudas, se tendria por no escrita [art. 532], porque ella tendria el efecto inmediato de inducir á un hijo ingrato á faltar á sus primeros deberes. La ofensa á las buenas costumbres debe ser el efecto inmediato y cierto de la condicion. Cuando la condicion por sí misma no ofenda las buenas costumbres, pero, sin embargo, da lugar á temer que sea ocasion de faltar á sus deberes, á quien se impone, tal condicion no entra en la prohibicion del artículo, porque la equidad enseña que las acciones de los hombres deben juzgarse por lo que les sea personal y no por el hecho de otro. El ultraje á las buenas costumbres debe encontrarse en la voluntad del que impone la condicion para que ella deje sin efecto el acto. Si su intencion es pura é inocente, la condicion vale, aunque sea un medio para que la otra parte falte á los deberes civiles ó religiosos. Véase Chardon, *Del Dolo y Fraude,* Tom. 3°, pág. 365.

Art. 5°. — [Vé á Demolombe XVIII, 270, 271, 261, 252 á 255 y 243 á 247].—1ª. Savigny, *Orígen y fin de las relaciones de derecho,* § 123 ;

2ª. Savigny, lugar citado n° 4° [*Derecho romano,* Tomo 3°, allí] ;

3ª. LL. 64 § 1°, y 72 § 4° [Tít. 1°, Lib. 35], Dig. *De Cond.* — Chardon, en el tratado *Del Dolo y Fraude,* Tomo 3°, desde la pág. 367, trata estensamente este punto.

---

[2] La escesiva dificultad puede importar *imposibilidad* ; pero si solo es imposible para aquel á quien es impuesta, y no para la generalidad de las personas, la condicion es permitida.

Es inmoral ó ilícita la condicion, cuando tiende á alentar la inmoralidad ó la desobediencia á la ley ; pero cuando por el contrario se propone asegurar el respeto á la ley ó á las buenas costumbres, es válida.

Así, debe considerarse, en general, como nula la obligacion contraida, para el caso en que el estipulante cometa un acto ilícito ú omita el lleno de un deber, ó en que el promitente cumpla tal deber ó no cometa tal acto ilícito ; y que es válida la obligacion contraida para el caso en que el promitente mismo ó un tercero cometa un acto ilícito ó descuide el lleno de un deber. Vé la nota del Dr. Velez al artículo siguiente, n° 4°, y nuestra nota al 3610.

No vemos por qué se reputa ilícita la condicion de vivir célibe por un tiempo dado.

Cuando el vicio del acto jurídico, generador de la obligacion, no fuere conocido desde luego y necesitare de una investigacion de hecho, parece que el acto será solamente *anulable* : argumento del artículo 1046, y nota 12 al 1045.

4ª Vivir célibe perpétua ó temporalmente, ó no casarse con persona determinada, ó divorciarse. *De Freitas* 633º.

532. Art. 6º. — La condicion de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligacion. *Cód. Francés* 1173ª.

533. Art. 7º. — Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que habian de cumplirse. *Cód. Francés* 1175º. [Vé art. 541].

534. Art. 8º. — Las prestaciones que tienen por objeto el cumplimiento de una condicion son siempre indivisibles. [3]

535. Art. 9º. — El cumplimiento de las condiciones es indivisible, aunque el objeto de la condicion sea *una cosa* [4] divisible. Cumplida en parte la condicion, no hace nacer en parte la obligacion. *Freitas* 627º *y Pothier nº* 215.

4ª. LL 22, 63 y 72, Dig. [Tít. 1º, Lib. 35], *De Cond.* Respecto al divorcio, L. 5ª, Cód. de Instit, [Tít. 25, Lib. 6º]. Véase L. 3ª, Tít. 4º, Part. 5ª al fin.—L. 21, Tít. 11, Part. 5ª.—L. 31, Tít. 7º, Lib. 44, Dig.—Cód. Francés, art. 1172. — De Nápoles, art. 1125. — Sardo, art. 1263. — Holandés, art. 1290 [de Goyena 995º].—Pothier, nº 240 [léase 204]. Marcadé sostiene que el artículo del Código Francés, igual al nuestro [al 530], no puede comprender la condicion negativa ó de no hacer, y que lo contrario seria un error. Aun cuando la condicion de no hacer, dice, tuviese por objeto una cosa contraria á las leyes ó á las costumbres, una cosa ilícita, no habria siempre nulidad, y seria las mas veces, conforme á las reglas de derecho y á la sana moral, mantener y reconocer válida la condicion y la obligacion *de que* [léase *que de ella*] depende. Cuando, por ejemplo, para fortificar vuestra voluntad y ayudaros á vencer una pasion que os arrastra á una mujer casada, hemos convenido que os cederia por precio determinado la casa de campo que deseabais comprarme, pero con la espresa condicion: « Si dejais de ir á casa de esa mujer », es claro que nada hemos hecho que no fuera muy honorable. La religion y la ley exigen cumplir ese contrato. Si al contrario, se trata de un malvado que solo ha querido hacerse pagar su abstencion de un acto malo, es evidente que mi promesa no es obligatoria (art. 1172 del Código Francés).

El autor, para dar visos de justicia al agente que se abstiene de una accion ilícita, le da el carácter de agente pasivo meramente en el primer ejemplo, y en el segundo ya es activo; ya exige un precio por no cometer un crímen. Dándoles iguales funciones, y poniéndolos en iguales casos, todo su argumento desaparece. Si traducimos el primer ejemplo, diciendo, uno de los agentes ha exigido, por dejar el adulterio en que vive, que el otro le dé una suma de dinero, y que bajo esa condicion se abstendrá del crímen; ¿le daria el señor Marcadé el derecho de demandar judicialmente el cumplimiento de la obligacion cuando se hubiese en verdad abstenido, y no se le diese el dinero prometido? No es preciso, por otra parte, que la causa ilícita de una obligacion, lo sea para ambos contratantes, basta que lo sea para el que pretende ser acreedor en la obligacion.

Art. 6º. — L. 17, Tít. 11, Part. 5ª; Lib. 3º, Tít. 20, § 10 [léase 11], Instit.—Código Francés, art. 1173.—Holandés, art. 1291.—Sardo, art. 1264.—De Nápoles, art. 1126 [de Goyena 1033º].

Art. 7º. — L. 119 [léase 129, Tít. 1º, Lib. 45], Dig. *De Verb. oblig.* — Savigny, Tomo 3º, pág. 141. — Pothier dice: « Si el hecho puesto en la condicion es un hecho personal, si es el hecho de una persona elegida para hacerlo, mas bien que el hecho en sí mismo, si las partes han tenido esto en mira, en tal caso la condicion para que la obligacion exista, no puede ser cumplida sinó por la persona misma. » (Nº 207 de las *Obligaciones.*) [Vé art. 626].

Art. 8º. — L. 13, Tít. 4º, Part. 6ª [no apoya el artículo].

Art. 9º. — L. 56, [Tít. 1º. Lib. 35], Dig. *De Cond. et Dem.* — Pothier, *De Oblig.* nº 215. — [citados por] Aubry y Rau, § 302 [nota 20, y autores que citan].

---

[3] Es un artículo doctrinal y en presencia del artículo siguiente, innecesario. Vé el 667, y á Savigny, *Derecho de las obligaciones*, § 31, pág. 356.

[4] La espresion *una cosa*, es vaga é impropia, y debe eliminarse. No la traen ni Pothier ni Freitas. Vé artículos 496 y 2313.

536. Art. 10. — Cuando en la obligacion se han puesto varias condiciones disyuntivamente, basta que una de ellas se cumpla para que la obligacion quede perfecta; pero si las condiciones han sido puestas conjuntamente, si una sola deja de cumplirse, la obligacion queda sin efecto. *Pothier, n°* 223.

537. Art. 11. — Las condiciones se juzgan cumplidas, cuando las partes á quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncien; ó cuando, dependiendo del acto voluntario de un tercero, este se niegue al acto, ó rehuse su consentimiento; ó cuando hubiere dolo para impedir su cumplimiento por parte del interesado, á quien el cumplimiento no aprovecha. *Freitas* 629°.

538. Art. 12. — Se tendrá por cumplida la condicion bajo la cual se haya obligado una persona, si ella impidiere voluntariamente su cumplimiento. *Cód. Francés* 1178°. [Vé arts. 898, 922 y 923].

539. Art. 13. — La obligacion contraida bajo la condicion de que un acontecimiento sucederá en un tiempo fijo, caduca, si pasa el término sin realizarse, ó desde que sea indudable que la condicion no puede cumplirse. *Goyena* 1034°.

540. Art. 14. — La obligacion contraida bajo la condicion de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, queda cumplida [5] si pasa el tiempo sin verificarse. *Cód. Francés* 1177°; *Goyena* 1035° § 1°.

541. Art. 15. — Si no hubiere tiempo fijado, la condicion deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debia cumplirse. Caduca cuando fuere indudable que el acontecimiento no sucederá. [Art. 533 y Cód. Francés 1177° inc. últ.].

Art. 10. — L. 129 [Tít. 1°, Lib. 45]. Dig. *De Verb. oblig.*, Pothier, en el n° 223 [Demolombe, XXV, 338. — L. 13, Tít. 4°, Part. 6ª, citada bajo el art. 534. En contra, Freitas 628°].

Art. 11. — Sobre este artículo y los tres siguientes, véase á Savigny, *Derecho Romano.* Tomo 3°, pág. 141 y siguientes, y Aubry y Rau, § 302.

Art. 12. — Savigny, Tomo 3°, pág. 144 y siguientes. Las leyes 14, Tít. 4°, y 22, Tít. 9°, Part. 6ª, confirman la resolucion del artículo. Ellas hablan de las condiciones en las últimas voluntades; pero Gregorio Lopez opina que debe ser lo mismo en las obligaciones. — Cód. Francés, art. 1178.—Sardo, art. 1269.— Holandés, art. 1296.—Napolitano, art. 1131.—L. 89 [léase 85, § 6, Tít. 1°, Lib. 45], *De Verb. Oblig.*, y LL. 24 y 81, Tít. 1°, Lib. 35, Digesto. [De Goyena 1036°. La ley 85 es cita de Savigny].

Art. 13. — L. 27, Tít. 1°, Lib. 45, Dig. —Cód. Francés, art. 1176.—Holandés, art. 1294.— De Nápoles, art. 1129. — Sardo, art. 1267 [De Goyena, allí]. — Sobre este artículo y los dos siguientes, Savigny, Tom. 3°, pág 141.

Art. 14. — L. 27 [léase LL. 9, 10 y 115], Tít. 1°, Lib. 45, Dig. — Cód. Francés, art. 1177. — Holandés, art. 1295. — Sardo, art. 1268. — De Nápoles, art. 1130. [De Goyena, allí].

Art. 15. — Marcadé, sobre el artículo 1177 del Código Francés [copiando el n° 209 de Pothier], dice en el caso de nuestro artículo: « Si la condicion negativa para la cual no se ha fijado término, es potestativa para el deudor, y consiste en un hecho que interesa al acreedor: si por ejemplo, os habeis obligado á darme quinientos francos, si no haceis cortar en vuestro terreno un árbol que daña mi casa, yo puedo *hacer fijar* un plazo [arts. 620, 752 y su arg., etc.], pasado el cual debeis pagarme la suma de dinero, como que la condicion se ha cumplido. [Freitas 622°]. Es verdad que una de las dos escuelas de los jurisconsultos romanos era de opinion contraria, pero sobre esta opinion no puede ya haber duda alguna, en virtud de la disposicion que declara que la condicion debe cumplirse de la manera que las partes entendieron verosimilmente que ella lo fuese. » [nuestro art. 533 y 1175 Francés].

---

[5] Es inadvertencia: la condicion y no la obligacion, es la que queda cumplida. Vé el artículo francés y á Goyena, allí.

542. Art. 16. — La obligacion contraida bajo una condicion que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningun efecto; pero si la condicion hiciese depender la obligacion de un hecho que puede ó no puede ejecutar la persona obligada, la obligacion es válida. *De Massé y Vergé, allí.* [Vé art. 1357].

543. Art. 17. — Cumplida la condicion, los efectos de la obligacion se retrotraen al dia en que se contrajo. *Goyena* 1037°; *Cód. Francés* 1179°. (a)

544. Art. 18. — Los derechos y obligaciones del acreedor y deudor que falle-

Art. 16. — [Chile 1478°]. Instit. *De Verb. Oblig.* [Tít. 16, Lib. 3°], § 4. — Zachariæ [léase Massé y Vergé], en el § 534, nota 16, dice, respecto á la resolucion del artículo anterior, que es igual al artículo [1174] del Código Francés: « Toda obligacion es nula, cuando ha sido contraida bajo una condicion potestativa de parte de quien se obliga. Esta disposicion es demasiado general: solo es verdadera, en el caso de la condicion puramente potestativa, es decir, de la que hace que el obligado solo lo sea cuando él quiera. Pero la obligacion es válida, cuando la condicion potestativa se halla modificada por una circunstancia que le quite lo que pueda tener de puramente voluntario, de tal suerte que ella dependa, no de la sola voluntad del deudor, sinó de un hecho que esté en su poder ejecutar ó no. Por ejemplo, si yo os vendo alguna cosa con la condicion de que iré á Paris, la obligacion es válida, porque hay un vínculo de derecho, desde que me encuentro colocado entre la obligacion de no ir á Paris ó de venderos la cosa prometida en venta. » Lo mismo, Savigny, Tomo 3°, pág. 140.

Art. 17. — L. 1ª, Tít. 4°, Part. 4ª.—L. 14, Tít. 11, Part. 5ª.—L. 11, [§ 1°], Tít. 4°, Lib. 20, Dig.— L. 3ª [léase Lib. 3°. Es cita del art. 544], Tít. 20, § 24, Inst.—Cód. Francés, art. 1179. Holandés, art. 1297. — Napolitano, art. 1132. — Sardo, art. 1270. [De Goyena]. Marcadé hace notar las consecuencias del artículo, en su comentario al artículo 1179. Dice así: « La obligacion condicional, y en general todo derecho condicional, cualquiera que sea su naturaleza, no es un derecho que *existirá* segun que el acontecimiento tenga ó no lugar: es un derecho que, segun la condicion prevista, *existe ó no* desde el presente. El derecho no tiene *ni tendrá jamás* [léase *ni tuvo nunca*] existencia alguna, si la condicion no se cumple. Pero tiene existencia actual si mas tarde la condicion se cumple. El cumplimiento de la condicion tiene pues necesariamente un efecto retroactivo *en el* [léase *al*] momento mismo de la obligacion. El cumplimiento de la condicion, obrando sus efectos *en* [léase *desde*] el momento de contraerse la obligacion, y haciendo que esta se encuentre haber sido pura y simple, resulta que todos los derechos reales que el deudor habria [léase *haya*] podido conferir *pendente conditione* sobre el inmueble que debia entregar, quedan sin efecto. » [Vé arts. 3127 y 3196].

La última consecuencia que el autor deduce, parte del antecedente, que se halla solo en el Código Francés, de transferir la propiedad de los bienes raices por solo el contrato sin necesidad de la tradicion. [Vé art. 577 y notas]. Para nosotros, el efecto retroactivo que obre la condicion, no anularia los derechos reales, constituidos durante la condicion, sinó que el deudor se hallaria, por ejemplo, en el caso del que ha vendido el bien raiz á uno, pero no habiéndolo entregado, lo vende á otro, ó constituye en él derechos reales. [Arts. 593 á 599, vé nuestra nota 11].

Zachariæ [léase Massé y Vergé] limita el efecto retroactivo de la obligacion en el caso del artículo á las obligaciones de dar, y no á las obligaciones de hacer: « Esto es verdad, dice, en las obligaciones de dar, la condicion cumplida tiene entónces un efecto retroactivo al dia en que ha sido contraida, porque la cosa que hace el objeto de la obligacion de dar, es necesariamente el objeto de los derechos recíprocos en el tiempo intermedio *á* [léase *entre*] la obligacion y *al* [léase *el*] cumplimiento de la condicion. El cumplimiento, pues, de la condicion, hace remontar ó cesar los efectos de la obligacion al dia en que ella se celebró. Mas en las obligaciones de hacer es otra cosa, la condicion suspensiva ó resolutoria no tiene efecto retroactivo. Si se trata de una condicion suspensiva, es evidente que no es obligado á hacer, sinó cuando la condicion se cumpla. Si se trata de una condicion resolutoria, y ántes del cumplimiento de ella se ha hecho lo que ella obligaba, este cumplimiento no impide que la cosa haya sido hecha (§ 534, nota 24) [Vé nota 77 al art. 2400].

(a) Entre los contrayentes la aplicacion de este artículo es absoluta: vé, sin embargo, en cuanto á los frutos los artículos 583 y 3773, y el 3959 en cuanto á la prescripcion. Respecto de terceros, vé los artículos 549 á 552 y nuestra nota al 557; así como el 4016 con la nota 145.

cieren ántes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus herederos. *Goyena* 1038°; *Cód. Francés* 1179° *inc.* 2°. [Vé arts. 3612 y 3801]. [6]

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES BAJO CONDICION SUSPENSIVA

545. Art. 19. — La obligacion bajo condicion suspensiva es la que debe existir ó no existir, segun que un acontecimiento futuro ó incierto suceda ó no suceda. *Marcadé*, IV, 561. [7]

546. Art. 20. — Pendiente la condicion suspensiva, el acreedor puede proceder á todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos. *Zachariæ* § 535 *nota* 4; *Cód. Francés* 1180°. [Vé arts. 1372 n° 1°, 3435, 3775 y 3160]. [8]

547. Art. 21. — El deudor puede repetir lo que durante la condicion hubiere pagado al acreedor. *Goyena* 1039° *inc.* 2°; *Chile* 1485° *inc.* 2°. [Art. 790 n° 1°]. [9]

548. Art. 22. — Si la condicion no se cumple, la obligacion es considerada como si nunca se hubiera formado; y si el acreedor hubiese sido puesto en posesion de la cosa que era el objeto de la obligacion, debe restituirla con los

Art. 18. — Las citas y concordancias del artículo anterior [LL. 11, 12 y 26, Tít. 5°, Part. 5ª; Chile 1492° inc. 1°].

Art. 19. — Marcadé sobre el artículo 1181 del Código Francés.

Art. 20. — Cód. Francés, art. 1180. — Holandés, art. 1298. — Sardo, art. 1271. — L. 4ª, Tít. 6°, Lib. 42, Dig. Es verdadero acreedor, aun pendiente la condicion. L. 42. Tít. 7°, Lib. 44, y L. 55, Tít. 16, Lib. 50, Dig. [De Goyena 1039°]. Pothier, n° 222. — Zachariæ [léase Massé y Vergé] dice: « Si el deudor quebrase ántes del cumplimiento de la condicion, el acreedor podría obligar al concurso á darle fianza de la ejecucion de la obligacion llegado el caso, pues sin esta fianza sus derechos serian comprometidos por la disminucion del activo que le servia de garantía. » (§ 535, nota 4ª).

Art. 21. — L. 32. Tít. 14, Part. 5ª. — L. 16, Tít. 6°, Lib. 12, Dig. El fundamento de la ley citada de Partida lo da la L. 14, Tít. 11, Part. 5ª [De Goyena, allí], y Aubry y Rau, § 302 [n° 2°, *a*, etc.].

---

[6] Es una consecuencia del artículo anterior y una aplicacion de la máxima « el que contrae, lo hace para sí y sus herederos »: artículo 1196 y nota al 1844.

[7] En vez de *futuro ó incierto*, debe leerse, futuro *é* incierto: vé artículo 528 y su nota. La condicion, que es *resolutoria* respecto al estipulante es hasta cierto punto *suspensiva* para el promitente, y la suspensiva para el estipulante es resolutoria para el promitente: argumento del artículo 1373 n° 1°. Esta observacion conduce á aplicar, por vía de analogía, las disposiciones que rigen una de estas condiciones á la otra. Compara con las notas del Dr. Velez á los artículos 557 y 3119, Zachariæ, § 534 nota 10, Demolombe, XXV, 281, 408 y 409, teniendo en cuenta nuestro artículo 577 y sus concordantes, y con Aubry, § 302 nota 4.

[8] Son aplicaciones de esta disposicion los artículos 3158, 3435, 3467 n° 2°, y la nota al 3963. Quedan tambien comprendidos los artículos 1197, 3775 y 3959. Esos artículos, y especialmente el 3775, demuestran que la disposicion es estensiva al acreedor á plazo. Vé nuestra nota 15 al artículo 2682 y á Aubry, §§ 302 notas 52 á 54 y 311, donde se estudian las medidas ó *actos conservatorios* que un acreedor puede ejecutar.

[9] Lo pagado *por error* ántes del cumplimiento de la condicion, puede repetirse: artículo 790 n° 1° citado.

aumentos que hubiere tenido por sí [Zachariæ § 535 nº 6º], *pero no los frutos que haya percibido.* [10]

549. Art. 23. — Si en la obligacion se tratare de cosas fungibles, el cumplimiento de la condicion no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, y solo lo tendrá en los casos de fraude. *Freitas* 604º. [11]

550. Art. 24. — Si se tratare de bienes muebles, el cumplimiento de la condicion no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sinó cuando sean poseedores de mala fé. *Freitas* 605º; *Chile* 1490º. [Art. 592, vé 2415 y 2673]. [11]

551. Art. 25. — Si se tratare de bienes inmuebles, el cumplimiento de la condicion no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sinó desde el dia en que se hubiese hecho tradicion de los bienes inmuebles. *De Freitas* 606º. [Vé arts. 594 y 596]. [11]

552. Art. 26. — En los casos en que los terceros poseedores de los bienes sujetos á la obligacion condicional, sean poseedores de buena fé, queda salvo al acreedor el derecho de demandar á la parte obligada, por el pago de lo equivalente y de la indemnizacion de las pérdidas é intereses. *De Freitas* 607º. [Vé arts. 595 y 1058]. [11]

Art. 22. — Zachariæ [léase Massé y Vergé] dice: «El efecto retroactivo de la condicion no puede hacer que él [el deudor] no haya tenido el derecho de poseer. Hasta el cumplimiento de la condicion ha tenido de buena fé la posesion de la cosa, y por consiguiente el derecho de percibir los frutos (§ 535, nota 9ª). Duranton sostiene la opinion contraria, y Marcadé discute la cuestion y la opinion de Duranton. (Sobre el artículo 1179 del Código Francés). Respecto á los frutos, en contra: Aubry y Rau, § 302. [10]

Arts. 23, 24 y 25. — Las resoluciones de estos artículos son los derivados naturales de las leyes que se darán en otro lugar sobre el dominio de las cosas fungibles, de los muebles [vé arts. 2414 y 2415] y de los bienes raices. En los Códigos que siguen al Código Francés, el efecto retroactivo de las obligaciones condicionales es diverso, tanto respecto de las cosas como respecto de los frutos, porque parten del antecedente de que el dominio de las cosas se adquiere *solo* [suprímase] por la obligacion convencional, sin necesidad de tradicion. Toda esta materia quedará bien clara en el título *De las obligaciones de dar.*

---

[10] Que el acreedor no deba restituir los frutos percibidos, está contradicho por Zachariæ y Toullier y ningun autor lo sostiene, ni armoniza con el inciso primero ni con los artículos 543 y 557 y ménos aun con el 1372 nºs 2º y 3º.

Debemos, pues, entenderlo respecto al acreedor que recibió la cosa de buena fé (art. 786 combinado con el 547), ó cuando hay compensacion de frutos (art. 1372 nº 3º cit.), ó de frutos é intereses ó de frutos con los gastos (art. 2442 y su arg.). — Si tuvo mala fé, diremos que debe aplicársele el artículo 788. Vé el 2358.

El inciso de que nos ocupamos y la nota puesta al pié descansan en la completa confusion que se ha hecho entre la posesion del *deudor* ántes de *cumplirse* la condicion y la posesion del *acreedor* ántes del *no cumplimiento* ó de faltar la condicion. De una cosa trata el artículo y de otra la nota puesta al pié.

La cuestion que divide á los autores franceses, ocasionada por el artículo, que trasfiere la propiedad por la sola fuerza de la convencion (vé art. 577), está resuelta por nuestro artículo 583. Vé las notas del Dr. Velez á los artículos 549 y 557, y á Aubry, § 302 citado, notas 34 y 41.

[11] En las obligaciones *de dar cosas ciertas* el cumplimiento de las condiciones tiene retroactivamente entre deudor y acreedor (art. 543), y en relacion á terceros, los efectos designados en los artículos 592 y 599.

En las obligaciones *de dar* cosas *inciertas*, ántes de individualizada la cosa, el acreedor

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES BAJO CONDICION RESOLUTORIA

553. Art. 27. — La obligacion es formada bajo condicion resolutoria, cuando las partes subordinaren á un hecho incierto la resolucion de un derecho adquirido. [12]

---

no tiene naturalmente ningun derecho contra terceros. Despues de individualizada, es el caso de observar lo dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas *ciertas* : artículo 603 y su argumento.

En relacion á terceros, la obligacion de dar *cantidades*, aun cuando estas se hayan individualizado, no debe producir efecto alguno sinó en los casos de fraude reglados por los artículos 962 á 973 : artículo 549. Esto es estensivo á las obligaciones de dar sumas de dinero que, como las cantidades, constituyen cosas *fungibles* : dicho artículo 549. Vé el 616.

En las obligaciones alternativas y con relacion á terceros hay que distinguir los casos :

1° Tratándose de cosas muebles no fungibles, si la eleccion compitiese al acreedor, este solo podrá demandar al poseedor de mala fé, es decir, que conocía la obligacion del deudor ;

2° Si la eleccion corresponde al deudor, el acreedor no tiene nunca derecho para demandar á terceros ;

3° Tratándose de inmuebles, si la eleccion compitiere al acreedor, regirá nuestro artículo 594 ;

4° Y si concurrieren acreedores con instrumentos públicos, sin que á ninguno se haya hecho tradicion del inmueble, y la eleccion compitiese á uno de los acreedores concurrentes, debe preferirse al acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior (art. 596).

5° En la hipótesis del número antecedente, si la eleccion compitiere al deudor comun de los acreedores concurrentes, será escluido del concurso el acreedor de la obligacion alternativa, y los otros se preferirán entre sí por la prioridad de la fecha de sus respectivos instrumentos públicos *(qui prius in tempus, prius in jus :* nota del Dr. Velez al art. 930, 8°); en la inteligencia que no aprovechará á cualquiera de los concurrentes la tradicion del inmueble desde el dia que se abriere el concurso singular por los protestos respectivos, y en el concurso jeneral por falencia del deudor comerciante desde el dia de la época legal de falencia. Vé artículos 968 á 970, y las citas de la nota (°) bajo el artículo 55 relativas al fallido.

Las conclusiones anteriores deben establecerse con las modificaciones convenientes, cuando la obligacion alternativa tuviere por objeto prestaciones de un hecho positivo ó de un hecho negativo (vé arts. 495, 625 y 632).

Los efectos de las obligaciones facultativas son los mismos de las obligaciones en general, segun fuere la naturaleza de su objeto : argumento artículo 644.

Lo dicho es tomado de Freitas, quien reconoció que estos artículos debian ampliarse y completarse, nos parece conforme con los principios y constituye el mejor comentario de aquellos. Vé nuestra nota al artículo 124, 2° grupo.

Por último, Freitas dá los mismos efectos á la condicion *resolutoria* cumplida que á la *suspensiva* cumplida (vé nuestra nota 7), y establece que tratándose de cosas *no fungibles* los efectos del vencimiento de los plazos *en relacion á terceros* serán los mismos del cumplimiento de las condiciones ; con todo lo cual estamos conformes.

(b) Sucede lo mismo en el caso del artículo 549, y siempre que el efecto retroactivo no alcance á terceros.

[12] El hecho á que se subordine el derecho adquirido debe ser no solo *incierto* sinó tambien *futuro* : notas á los artículos 528 y 3119, dicho artículo 528 y vé el 545.

De nuestro artículo resulta que en rigor la obligacion es pura (art. 1373 n° 1°), y que solo su resolucion es condicional.

554. Art. 28. — No cumplida la condicion resolutoria, ó siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado á ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condicion. *Freitas* 616°. [Vé arts. 1846 al fin, 539 y 541].

555. Art. 29. — Cumplida la condicion resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido á virtud de la obligacion. *Cód. Francés y Goyena.* [Vé arts. 543, 557, 1373 n° 2° y 2671].

556. Art. 30. — Si la cosa objeto de la obligacion ha perecido, las partes nada podrán demandarse. [13]

557. Art. 31. — Verificada la condicion resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio. *Chile* 1488° *inc.* 1°. [Vé nota al art. 1845]. [14]

Art. 29. — Véase las LL. 38 y 40, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 4ª, Tít. 3°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, art. 1183. — Holandés, art. 1301. — Sardo, art. 1274. — Napolitano, art. 1136. [De Goyena, 1041°]. Respecto á las leyes citadas de Partida y Títulos del Digesto, debemos decir que la condicion resolutoria ordinaria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de *pacto comisorio*. En la condicion resolutoria, desde que esta se cumple, la obligacion queda *para ambas partes* como no sucedida; lo contrario sucede en el *pacto comisorio*. A pesar del cumplimiento de la condicion prevista, la obligacion no se resuelve miéntras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condicion especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte. Cuando yo os he vendido mi casa, estipulando que la venta será resuelta, si no me pagais el precio en el término fijado, el cumplimiento de esta condicion no trae necesariamente la revocacion de la obligacion, y podré obligaros á cumplir la obligacion, ó perseguiros para obtener el precio que rehusais pagarme. Véase Aubry y Rau § 302, notas 47 y 48 [y art. 1377].

Art. 30. — Duranton, Tom. 11, n° 91, enseña lo contrario, sosteniendo que cumpliéndose la condicion despues que la cosa no existe, obra sin embargo la revocacion de la obligacion, y obliga á aquel á quien la cosa debia ser restituida, á volver el precio que ha recibido. Pero para esto, dice Marcadé, seria necesario que la condicion resolutoria se cumpliera en un momento en que pudiese producir efectos. Si os vendo un caballo por cien pesos, bajo la condicion de que la venta quedará sin efecto, si tal buque viene de la India, y éste llega en efecto despues que el caballo entregado y pagado ha perecido *por un caso fortuito*, la condicion entónces se cumple inútilmente, pues que ya no hay objeto sobre que pueda caer. La resolucion de la obligacion no puede tocar vuestro derecho de propiedad, pues que este derecho no existe no existiendo el caballo, objeto de la obligacion. No pudiendo formarse la obligacion de volver el caballo, falta del objeto de ella, no puede tampoco formarse la obligacion de restituir el precio por falta de causa. Marcadé, sobre el artículo 1183 del Código Francés, discute y rebate estensamente la opinion de Duranton, y de sus doctrinas hemos tomado el artículo.

Art. 31. — Código de Chile, art. 1488. — Duranton es tambien de opinion contraria á la

---

[13] Es una gran cuestion que puede verse tratada en Demolombe, XXV, 455 á 461.

De las consideraciones espuestas al final de la nota 11 resulta que este artículo es no solo deficiente é incoherente sinó innecesario. *Innecesario*, porque existe el artículo 578: vé el 1373. *Deficiente*, porque no declara que se trata de cosa perdida *por caso fortuito* antes de la existencia ó falta de la condicion; porque se circunscribe al caso en que la cosa perece, cuando, generalizando la disposicion, debió tratar de la imposibilidad del pago ó devolucion del objeto de la obligacion (art. 889); así como de la deterioracion de la cosa (arts. 580 á 589); y en fin, porque no se distingue la hipótesis de que la cosa permaneció en poder del promitente ó vendedor, de la en que se encontraba ya en poder del estipulante ó vendedor, y si hubo ó no entrega de la prestacion contraria. Es finalmente, *incoherente* y ninguna armonía guarda con otras disposiciones análogas del mismo Código. Vé artículos 627, 896 y argumento del 1387, y artículos 578 y 584 citados.

El artículo es, pues, del todo insostenible, y si no se le combina con las disposiciones citadas y se toman en cuenta las circunstancias de cada caso, conducirá á injusticias manifiestas.

[14] Este artículo debió formar parte del 555, á imitacion del 548, y el artículo 554 se halla interpolado indebidamente. Vé nuestra nota 10 al artículo 548.

CAPÍTULO IV

DE LOS CARGOS [15] IMPUESTOS PARA LA ADQUISICION Ó RESOLUCION DE LOS DERECHOS

558. Art. 32. — Los cargos impuestos no impiden la adquisicion del derecho, ni su ejercicio, si no fueren impuestos como condicion suspensiva. En caso de duda se juzgará que no importan una condicion. *De Freitas* 655° *y* 656° *inc.* 2°. [16]

doctrina de este artículo. Zachariæ [léase Massé y Vergé] contesta sus observaciones, diciendo que el efecto retroactivo, *tanto en las condiciones suspensivas como en las condiciones resolutorias* [adicion inconveniente, vé nuestra nota 10] no tiene influencia alguna sobre la restitucion de los frutos. El efecto retroactivo no tiene lugar sinó respecto á la obligacion de restituir la cosa con todos sus accesorios esenciales; pero no puede estenderse hasta borrar los hechos cumplidos, y hacer desaparecer el derecho que ha tenido el que ha adquirido la cosa en el tiempo intermedio entre la formacion de la obligacion y el cumplimiento de la condicion. El efecto retroactivo de la condicion resolutoria cumplida no se estiende hasta obligar al que ha percibido los frutos de la cosa, cuya propiedad le pertenecia durante la condicion [vé art. 577], á restituirlos á aquel á quien el acontecimiento de la condicion ha hecho propietario [vé arts. 577 y 1373 n° 2°], pero que hasta entónces no tenia sinó la espectativa de la propiedad bajo una condicion. § 536, nota 4ª. [Vé nuestra nota 7ª].

Al concluir este capítulo juzgamos con Marcadé que la division de las condiciones en causales, potestativas y mistas, no presenta ninguna utilidad, y que no debe adoptarse en los Códigos.

Art. 32. — Lo que en este capítulo llamamos *cargos,* en las Leyes Romanas y en los escritores de derecho se llama *modo.* El Lib. 6°, Tít. 45 del Código lleva la inscripcion: *De his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.*

Makeldey define el *modo* de la manera siguiente: « Entiéndese por *modo* toda disposicion onerosa por medio de la cual el que quiere mejorar á otro, limita su promesa, exigiendo de él y obligándole á una prestacion en cambio de lo que recibe ». Y agrega: « Comunmente el modo contiene al mismo tiempo una condicion, ó bien está espresado como condicion, y entónces el acto mismo viene á ser condicional ». El *modo* puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso; pero es de advertir que en los primeros tiene el donador en los casos que no se ejecute el *modo,* la eleccion de intentar su accion, bien sea para la ejecucion del *modo,* ó para la restitucion de lo que ha dado, miéntras que en los segundos se limita su accion á pedir la ejecucion del *modo.* — Derecho Romano, § 179. [Vé arts. 559 y 560].

Las convenciones que tienen por objeto transferir un derecho sobre bienes, pueden contener disposiciones sobre la suerte ulterior de la cosa trasmitida por medio de una obligacion *contratada* [léase *contraida*] por el que la recibe. Las principales disposiciones de este género entran en el contenido de las transacciones mismas. Si el comprador de una casa, por ejemplo, se obliga á no cobrar alquileres al vendedor que la ocupa por el término de un año, seria meramente una convencion accesoria, y la accion que resulta del contrato basta para su ejecucion; mas, hay ciertas materias en que este procedimiento es insuficiente y para las cuales era preciso establecer una especie de convenciones accesorias, y esto es el *modo.* Esta es la espresion técnica para designar esta institucion, aunque en un

---

La razon del artículo es que las cosas se aumentan para su dueño (nota al art. 578), y se encuentra tambien en el artículo 583, pues verificada la condicion resolutoria, el propietario de la cosa se convierte en deudor: nuestra nota al artículo 545.

Respecto á los efectos, en relacion á terceros, de la condicion resolutoria cumplida, nos remitimos á lo dicho en nuestra nota 11.

[15] Es preferible *cargos,* palabra de que se usa en este capítulo y en los artículos 1851, 1856 y 3809, pero en los demas se emplea la espresion *cargas* (arts. 1852 á 1859, escepto 1856, 2421, 3776 y 3807).

Se trata de los *cargos* en el título *De las condiciones* por su gran semejanza con estas, especialmente con la resolutoria, de que se ocupa el capítulo anterior.

[16] Las leyes interpretan la duda en favor de la libertad (nota al art. 1856) ó liberacion del deudor: *plus favemos liberationibus quam obligationibus* (nota al art. 746).

Los artículos 601, 637, 3013, 3016 y 3767 constituyen otras tantas aplicaciones del mismo principio.

559. Art. 33. — Si hubiese condicion resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuestos, será necesaria la sentencia del juez para que el beneficiado pierda el derecho adquirido. *Freitas* 658° *inc.* 1°. [17]

560. Art. 34. — Si no hubiere condicion resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos, no se incurrirá en la pérdida de los bienes adquiridos; y quedará salvo á los interesados el derecho de compeler judicialmente al adquirente á cumplir los cargos impuestos. *Freitas* 659°. [Vé art. 1205].

561. Art. 35. — Si no hubiere plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el plazo que el juez señale. *De Freitas* 661°. [Vé art. 576, etc.].

562. Art. 36. — La obligacion de cumplir los cargos impuestos para la adquisicion de los derechos, pasa á los herederos del que fuese gravado con ellos, á no ser que solo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes á su persona. Si el gravado falleciere sin cumplirlos, la adquisicion del derecho queda sin ningun efecto, volviendo los bienes al disponente de los cargos, ó á sus herederos legítimos. *Freitas* 663° *y* 664°. [Vé arts. 544 y 1859]. [18]

563. Art. 37. — La reversion no tendrá efecto respecto de terceros, sinó en los casos en que puede tenerlo la condicion resolutoria. *Freitas* 665°. [Vé arts. 1857 y 1858]. [19]

sentido general sirve comunmente para determinar los caractéres particulares de un derecho, como por ejemplo, su estension, ó el modo de su ejercicio.

La distincion entre el modo y la condicion puede reducirse á lo siguiente: la condicion es suspensiva pero no coercitiva. El modo es coercitivo, pero no suspensivo. Asi el *modo* no impide la adquisicion del derecho, y no espone al peligro de una pérdida total. El goce del derecho se obtiene dando caucion, y sin ejecutar el acto. Si el acto se hace imposible, la imposibilidad no trae ningun perjuicio. Por lo tanto, la distincion entre estas dos formas, tiene una grande importancia. Siempre debe buscarse para fijar si es la una ó la otra, la intencion verdadera del agente, en la apreciacion de las circunstancias. Si la intencion es dudosa, el *modo*, como restriccion menor, debe admitirse con preferencia á la condicion. Aunque la L. 1ª [léase 16] del Título citado del Código Romano, dice: *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptum pro conditione observatur*, no establece por esto una asimilacion completa entre ambas cosas, sinó que el *modo* debe ser cumplido como la condicion, lo cual puede hacerse con una fianza. [Vé nota al art. 1828].

Es preciso no confundir el *modo* con aquellas declaraciones de voluntad que no encierran obligacion jurídica. Si una suma de dinero, por ejemplo, es legada para que el legatario construya una casa, esta declaracion debe solo considerarse como la espresion de un consejo ó como la ocasion que da lugar á la liberalidad. Para admitir una obligacion serian necesarias circunstancias particulares que hicieran verosimil la intencion de imponerla. — Véanse LL. 13, § 2°, Tít. 1°, Lib. 24, Dig.; 71, id. [Lib. 35]; 2ª, § 7°, Tít. 5°, Lib. 39, Dig. — Savigny, *Derecho Romano*, Tom. 3°, § 123. [Léase 128. De él es tomado todo lo que precede: vé págs. 235 á 237].

---

[17] Es decir que la falta de cumplimiento de los cargos no produce *ipso jure* la pérdida del derecho, como acontece con la condicion resolutoria propiamente dicha (nota al art. 555). Lo mismo sucede en el caso de los artículos 1851 y 1852: vé artículo 2667 á 2669.

Por lo demás, para que los cargos importen una condicion resolutoria, es necesario que el disponente conmine espresamente la restitucion de los bienes adquiridos, si el adquirente no cumple los cargos.

[18] Enténdiase cuando los cargos solo podian cumplirse por el gravado y no eran, por lo tanto, trasmisibles á sus herederos.

Las palabras *de los cargos*, están demas.

[19] Cuáles sean esos casos, lo dijimos en la nota 11.

564. Art. 38. — Si el hecho que constituye el cargo fuere imposible, ilícito ó inmoral, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto. *Freitas* 666°. [Arts. 530, 954 y 3783].

565. Art. 39. — Si el hecho no fuere absolutamente imposible, pero llegase á serlo despues sin culpa del adquirente, la adquisicion subsistirá, y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno. *Freitas* 667°. [Art. 1852, y vé arts. 889 y 890].

TÍTULO VI

De las obligaciones á plazo

[Vé art. 546].

566. Art. 1°. — La obligacion es á plazo, cuando el ejercicio del derecho que á ella corresponde estuviere subordinado á un plazo suspensivo ó resolutorio. [Vé art. 750].

567. Art. 2°. — El plazo suspensivo ó resolutorio puede ser cierto ó incierto. Es cierto, cuando fuese fijado para terminar en designado año, mes ó dia, ó cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligacion, ó de otra fecha cierta. *Freitas* 636°. [Vé arts. 528 y 3773].

568. Art. 3°. — El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relacion á un hecho futuro necesario, para terminar el dia en que ese hecho necesario se realice. *Freitas* 637°. [Art. 529; vé el 3373].

569. Art. 4°. — Cualesquiera que sean las espresiones empleadas en la obligacion, se entenderá haber plazo, y no condicion, siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condicion y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto. *Freitas* 638° y 639°. [Arts. 528 y 529].

570. Art. 5°. — El plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, á no ser que, por el objeto de la obligacion ó por otras circunstancias, resultare haberse puesto á favor del deudor ó del acreedor. El pago no podrá hacerse ántes del plazo, sinó de comun acuerdo. [Vé arts. 2219, 755 y Cód. de Com. 249°].

Art. 39. — L. 1ª, Tít. 45, Lib. 6°, Cód. Rom. [De Savigny, § 129, nota *i*].

Art. 1°. — L. 12 y siguientes. Tít. 11, Part. 5ª. — Instit. Lib. 3°, Tít. 16, § 2°. [De Goyena 1015°].

Arts. 2° y 3°. — LL. 12 y 15, Tít. 11, Part. 5ª. — Instit. Lib. 3°, Tít. 16, § 3°. [De Goyena, allí, al fin].

Art. 4°. — L. 31, Tít. 9°, Part. 6ª. — LL. 21 y 22, Tít. 2°, Lib. 36, Dig. [De Goyena, allí]. La dilacion del plazo difiere de la condicion suspensiva, en que el plazo no toca á la fuerza jurídica, sinó solo á la ejecucion de la obligacion. — Aubry y Rau, § 303. [Cód. Francés, 1185°].

Art. 5°. — En contra : [art. 1187 del] Cód. Francés, art. 1140. — De Nápoles, art. 2048 [de Luisiana].—Sardo, art. 1278.—Conforme con el artículo : el Código de Prusia, art. 757. Los Códigos y sus comentadores regularmente suponen que el pago se hace en dinero, y que no hay por lo tanto perjuicio para el acreedor en recibir el pago ántes del plazo. Así

571. Art. 6°. — El deudor de la obligacion, que ha pagado ántes del plazo, se supone que conocia el término, y no puede repetir lo pagado; pero si lo ha hecho por ignorancia del plazo, habrá lugar á la repeticion. [Vé art. 791 n° 2°].

572. Art. 7°. — El deudor constituido en quiebra y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligacion. [Vé arts. 753 y 3163].

573. Art. 8°. — En las obligaciones á plazo cierto, los derechos son trasmisibles, aunque el plazo sea tan largo, que el acreedor no pueda sobrevivir al dia del vencimiento. *Freitas* 644°. [1]

DE LAS OBLIGACIONES CON RELACION Á SU OBJETO

—

TITULO VII

De las obligaciones de dar

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS

574. Art. 1°. — La obligacion de dar, es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble ó inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales

es ciertamente en el contrato de venta; pero tratamos solo del cumplimiento de las obligaciones en las cuales este puede consistir, como dice Rogron, en la entrega de un número de ganado ó de un buque, para lo cual el acreedor puede no estar pronto á recibir, y haberse preparado para hacerlo el dia del vencimiento. En el derecho comercial, el término se presume estipulado en el interés comun de deudor y acreedor, y no hay razon para que no sea lo mismo en el derecho civil. Por estas consideraciones aceptamos la resolucion del Código de Prusia.

Art. 6°. — En cuanto á la primera parte: Cód. Francés, art. 1186, y los demas Códigos de Europa. — L. 32, Tít. 14, Part. 5ª. — LL. 16 y siguientes, Tít. 6°, Lib. 12, Dig. [De Goyena, 1046°. Citas del art. 547]. En cuanto á la segunda: Marcadé, sobre el artículo 1186, dice lo siguiente: « ¿Nuestro artículo equivale á rehusar la repeticion absolutamente y sin distincion, entre aquel que ha pagado libremente con conocimiento de causa, y el que lo ha hecho ignorando el término de la obligacion? — No vacilamos en responder que *no*. La decision contraria seria evidentemente opuesta, no solo á los principios de equidad, sinó al espíritu general de nuestro derecho moderno, y á la intencion de los redactores del artículo. Si á la muerte de mi padre me encuentro con un testamento que me manda pagar á Pablo inmediatamente veinte mil francos, y despues de haberlos pagado descubro un segundo testamento que me concede dos años para pagar dichos veinte mil francos, ¿no es claro que he proporcionado al acreedor una ventaja mayor que la que en realidad le era debida? — En el Cuerpo Legislativo el orador del gobierno decia sobre este artículo: que si el deudor hubiese *libremente* hecho el pago con anticipacion no seria justo autorizarlo á demandar la repeticion. » [Puede verse á Demolombe, XXV, 632 á 639].

Art. 7°. — Cód. Francés, art. 1188 [inc. 1°]. —De Nápoles, art. 1141. — Sardo, art. 1279. — Holandés, art. 1307. [De Goyena 1048°].

---

[1] El acreedor á término puede ejercer los actos conservatorios de su derecho: artículo 516, etc. y su argumento. Vé lo que decimos bajo los artículos 962, 1197 y 3467 n° 3°.

Sobre el efecto del vencimiento del plazo *en relacion á terceros*, vé nuestra nota 11 á los artículos 549 á 552.

ó de trasferir solamente el uso ó la tenencia, ó de restituirla á su dueño. *Freitas* 887°. [Vé arts. 2316 á 2324, 2462, 600 y 745]. [1]

575. Art. 2°. — La obligacion de dar cosas ciertas comprende todos los *accesorios* de estas, aunque en los títulos no se mencionen, ó aunque momentánea-

---

[1] Los autores no están de acuerdo en la clasificacion de las obligaciones *de dar* y *de hacer*. Vé á Demolombe, XXIV, 306, 396 y 401. Nosotros preferimos las doctrinas de Aubry y Rau, § 299, tales como se hallan modificadas en la cuarta edicion de su obra.

« Las obligaciones de *hacer* ó de *no hacer*, dicen esos sábios jurisconsultos, son las que tienen por objeto, sea el cumplimiento de un hecho (distinto de la entrega á efectuarse en virtud de una obligacion de dar), sea la omision de un hecho cualquiera ».

Se vé, por esto, que las obligaciones de *dar* son una especie particular de obligaciones de *hacer*, pues la entrega de una cosa es tambien un *hecho*, aunque mas própiamente es un acto.

« Se deben contar en la clase de obligaciones de hacer (continúan dichos autores), las que consisten en la entrega de una cosa sobre la que el acreedor no haya de ejercer sinó un derecho personal de goce ó uso, y especialmente la obligacion de entregar que incumbe al *locador* y al *comodante* ».

Nuestro artículo 574 clasifica esta obligacion como de *dar*, pero en virtud de los artículos 600 y 1625, esta cuestion carece de interés práctico. De todos modos, hay una omision en el citado artículo 600, pues si la obligacion del locador es de dar, lo es con igual razon la del comodante. Vé artículos 1495 y 1625.

Hablan Aubry y Rau : « Las obligaciones de *dar*, son las que tienen por objeto el pago de sumas de dinero ú otras cosas fungibles (cuya identificacion no es posible, agregamos nosotros : arts. 2190 n° 2° y 2764 y su arg.), sea la entrega de una cosa, cuya posesion puede el acreedor exigir en virtud de un título que deba conferirle la propiedad ó un derecho real sobre ella. (En virtud del art. 577 hacemos algunas variantes en la definicion que precede).

« La obligacion de *dar* supone esencialmente un título que, segun la intencion de las partes ó disposicion de la ley, debe procurar la propiedad ú otro derecho real al acreedor». Vé los artículos citados al pié del presente y del siguiente.

« En cuanto á la obligacion de *entregar* una cosa, no es por su naturaleza sinó *secundaria*, y puede proceder de una obligacion de dar ó de hacer : toma su carácter de la obligacion principal de que deriva, y es por lo tanto de hacer cuando lo es la obligacion á que se refiere. Así, por ejemplo, la obligacion del locador de *entregar* la cosa arrendada al locatario es como su obligacion principal de *hacer gozar* á este (art. 1709: *conceder el uso ó goce*, dice nuestro art. 1495), una obligacion de hacer ». Vé nuestra nota al artículo 681.

« La obligacion de entregar una cosa cierta que se encuentra en poder del deudor, es susceptible de ejecucion directa y material, es decir que el acreedor puede siempre exigir el cumplimiento de la obligacion misma, y puede reclamar el recurso de la fuerza pública para obtener la posesion de la cosa *(manu militari)*.

« Bajo esta relacion, como en lo que concierne á la aplicacion de los artículos 1136 y 1137 (referentes á la conservacion de la cosa hasta el momento de la entrega : vé nuestro art. 576), no existe diferencia entre la obligacion de entregar procedente de una obligacion de dar y la que se refiere á una obligacion de hacer.

« Cuando la obligacion de entregar se refiere á una cosa determinada, solo en cuanto á su especie, si el acreedor lo pide, debe ser autorizado á procurársela á costa del deudor, á no ser que se trate de géneros ó mercaderías que tengan un curso cierto, en cuyo caso el Juez podria limitarse á decretar daños é intereses, que representan la diferencia entre el precio de compra y el costo de los objetos comprados en el dia fijado para la entrega. »

mente hayan sido separados de ellas. *Freitas* 890°. [Vé arts. 2330, 1387, 1411, 2912, 3112, 3307 y 3427]. [2]

576. Art. 3°. — El deudor de la obligacion es responsable al acreedor, de los perjuicios é intereses, por falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo estipulados, ó en el lugar y tiempo que el juez designare, cuando no hubiese estipulacion espresa. [Vé arts. 561, 620, 752, 1172, 1381 y 1637]. [3]

577. Art. 4°. — Antes de la tradicion de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningun derecho real. *Freitas* 901° 1ª *parte*. [Vé arts. 1373 n° 2° y 3267]. [4]

Arts. 1° y 2°. — Zachariæ, § 531 [no define la obligacion de dar].

Art. 3°. — L. 13, Tít. 11, Part. 5ª. [De Acevedo 1304°. Vé Chile 1548° y 1549°].

Art. 4°. — L. 46 [y 47], Tít. 28, Part. 3ª. — L. 50, Tít. 5°, Part. 5ª. — Instit. L. 2° [léase Libro 2°], Tít. 1°, § 40. [De Goyena 981°]. Segun el Código Francés, arts. 711 y 1138 [á quien sigue Goyena], la propiedad se trasmite por solo el contrato, sin ser necesaria la tradicion [notas á los arts. 543 y 550]; y desde entónces todos los peligros de la cosa son de cuenta del acreedor. Toullier entre otros, Tom. 4°, n° 54, espone los fundamentos que para tal resolucion tuvieron los autores del Código de Napoleon. Pueden verse tambien en la coleccion de discursos, discurso 70.

Freitas, sosteniendo el principio de la tradicion para la adquisicion de la propiedad, dice [*Consolidação*, pág. CLXXXVI á CCVII]: « Por la naturaleza de las cosas, por una simple operacion lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas á que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caractéres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada á respetar un derecho que no conoce.

« Esta es la razon filosófica del gran principio de la tradicion que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron.

« Establecido el derecho personal de donde tiene que resultar la trasmision de la propiedad, muchos jurisperitos no quisieron ver nada mas, y dieron luego la propiedad como trasmitida y adquirida solo por el simple poder del concurso de las voluntades en un momento dado. Tomóse la propiedad en su elemento individual solamente, y no se atendió á su elemento social. Contóse con la buena fé de las convenciones, como si la mala fé no fuese posible.

« Las cosas que se conviene trasmitir es posible que no sean trasmitidas, y la misma cosa puede ser vendida á dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independiente de cualquier manifestacion esterior de la trasferencia del dominio, el segundo comprador podria de buena fé trasmitir tambien la cosa, que asi irá sucesivamente pasando á otros. Tenemos entónces un choque de derechos, una colision donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente á la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? Si este mal no puede ser evitado del todo ¿no convendrá evitarlo lo mas que sea posible? Segun la teoría del Código Francés sobre la trasmision de la propiedad, como efecto inmediato de los contratos, no hay intérvalo entre la perfeccion de los contratos, la trasmision y su adquisicion realizada. La tradicion y la posesion nada valen. El derecho personal y el derecho real son una misma cosa. El contrato es el propio domi-

---

[2] Los frutos pendientes son accesorios, y dejan de serlo por su percepcion: argumento arts. 583, 2522 y 2912 inc. 2°.

[3] Esto pudo omitirse, como legislado por los artículos 508 á 512. Tampoco guarda armonía con los artículos 508 á 512, por los que se vé que la designacion del lugar no siempre corresponde al Juez. Vé nuestra nota al artículo 1412, así como los artículos 2467 y 2469, y respecto al tiempo compara con los artículos 1411 y 1429.

[4] Sobre este interesante principio, en que diferimos esencialmente del Código Francés, trae Freitas una importante disertacion en su obra *A consolidação das leis civis*.

578. Art. 5°. — Si la obligacion de dar una cosa cierta es para trasferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligacion queda disuelta para ambas partes. *Freitas* 903° *n°* 1°. [Vé arts. 556, 627, 642, 647, 889 y 896].

nio; y el dominio es el contrato. No hay diferencia alguna entre el título para adquirir y el modo de adquirir, entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto.

« La innovacion del Código Civil de Francia fué tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta á la buena razon, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las leyes anteriores. Troplong, Martou y otros muchos jurisconsultos no dejaron de confesar que esta innovacion tan grave fué subrepticiamente introducida sin la discusion especial y profunda que ella reclamaba. Aun así, el nuevo principio no tuvo aplicacion respecto á los bienes muebles, segun el artículo 2279, y en cuanto á los inmuebles fué aplicado con restricciones segun los artículos 939 y 1069. En vano el legislador francés proclamó su principio de la trasmision de la propiedad solo por efecto de las convenciones, pues que la fuerza de las cosas lo obligó á violarlo en relacion á los muebles y á no mantenerlo respecto á los inmuebles, sinó por medio de disposiciones contradictorias é incompletas que espusieron la propiedad territorial y la garantía hipotecaria á incertidumbres y peligros tales, que la segunda generacion sintió la necesidad de reformar radicalmente la legislacion en esta parte.

« Lo que desde luego no se habia conocido por la fascinacion de un bello principio en apariencia, que realzaba el poder de la voluntad humana, vínose á conocer despues por las exigencias económicas de un buen régimen hipotecario. Y en verdad, el sistema hipotecario del Código Civil Francés quedó profundamente viciado desde que confundió los derechos personales con los derechos reales. Era una anomalía y una providencia inútil manifestarse al público el derecho real de la hipoteca, cuando el primer derecho real, « la propiedad », fuente de todos los otros, no tenia la misma publicidad en los casos mas frecuentes.

« En la actualidad, felizmente, la teoría del Código Francés se halla reducida en todo su valor á un mero aparato de palabras que no tiene significacion práctica alguna, desde que el propietario no es propietario respecto de terceros, si no hace trascribir sus títulos en un registro especial y público, establecido para este efecto. Teniéndose así reconocida la necesidad de un hecho esterno, como indicador legal de la trasmision de la propiedad, no descubrimos razon alguna por la cual, en relacion á las partes contratantes, se deba seguir el principio opuesto de la trasferencia del dominio, solo por efecto del consentimiento. » ¿ Y cómo se concibe que un derecho real solo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto [vé art. 2515, etc.], y sus correspondientes obligaciones comprenden á todos los individuos; y cuando se le niega este carácter no existe el dominio. « Si el vendedor, desde el momento del contrato, tiene perdido el domi- « nio de la cosa vendida, no se concibe como pueda venderla válidamente por segunda « vez á otra persona, solo porque el primer comprador no fué diligente en hacer trascribir « su título en los registros hipotecarios, » pues desde entonces no puede ejercer su dominio, adquirido por el contrato, contra un tercero — el segundo comprador. [Adicion del Dr. Velez poco plausible].

Por la nueva ley hipotecaria de 23 de Marzo de 1855, el registro público de la trasmision y constitucion de los derechos reales ha sustituido la tradicion de la cosa [vé nota al art. 3412]. Esta alteracion radical del Código Civil de Francia, habia sido ya hecha ántes en Bélgica y en todos los paises que, por fuerza de circunstancias especiales, se vieron en la necesidad de adoptar aquel Código. Así, la falsa idea de la identificacion del contrato con el dominio, no fué mas que una aberracion local, ridícula: pertenece á lo pasado y tiene hoy simplemente valor histórico.

Art. 5°. — En contra : L. 17, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real. — L. 23, Tít. 5°, Part. 5ª, que solo resuelven la obligacion del deudor. Véanse las LL. 9ª, Tít. 14 [y 18, Tít. 11], Part. 5ª; 27, Tít. 5°, Part. 5°, — y 4ª, Tít. 3°, Part. id. — 29, Tít. 23, Part. 3ª, — y 6ª, Tít. 14, Part. 6ª. No es estraño que así lo dispongan tambien el Código Francés y los demas Códigos que convierten el título en modo de adquirir, pues *las cosas perecen, se deterioran y se aumentan para su dueño ;* [5] pero parece ilógico que nuestras leyes que declaran que no se ad-

---

[5] La cosa perece para su dueño, *res perit domino, casus sentit dominus :* he aquí un fecundo principio que se encuentra reconocido y aplicado á cada paso en nuestro derecho. Vé artículos 513, 1584, 614, 789 inc. 2°, 893, 2247, 2271, 2297, 2433, 2437 inc. 2°, 2901 inc. 2° y 3°, 2936, 3128, nota al 3479, 3768, 3781 y su argumento, y 3782 inc. 1°. — Recíprocamente, la razon dicta que la cosa debe mejorar y aumentarse para el dueño : artículos 557, 588, 2524 y 3768.

579. Art. 6°. — Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste será responsable al acreedor por su equivalente y por los perjuicios é intereses. *Freitas* 903° *n°* 2°. [Vé art. 613].

580. Art. 7°. — Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligacion, ó recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminucion proporcional del precio si lo hubiere. *Freitas* 903° *n°* 3°. [Art. 611 y vé el 1329].

581. Art. 8°. — Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnizacion de los perjuicios é intereses, ó de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnizacion de los perjuicios é intereses. *Freitas* 903° *n°* 4°. [Vé arts. 612 y 1329].

582. Art. 9°. — Si la cosa se hubiera mejorado ó aumentado, aunque no fuese por gastos que en ella hubiere hecho el deudor, podrá este exigir del acreedor un mayor valor, y si el acreedor no se conformase, la obligacion quedará disuelta. *Freitas* 903° *n°* 5°.

583. Art. 10. — Todos los frutos percibidos, naturales ó civiles, ántes de la tradicion de la cosa, pertenecen al deudor; mas los frutos pendientes el dia de la tradicion pertenecen al acreedor. *Freitas* 903° *n°* 6°. [Vé arts. 1373 n° 2°, 2331, 2426, 2427 y 2524].

584. Art. 11. — Con relacion á terceros,[6] si la obligacion fuere de dar una cosa cierta con el fin de restituirla á su dueño, y la cosa se perdiese sin culpa del deudor, la cosa se pierde para su dueño, salvo los derechos de éste hasta el dia de la pérdida, y la obligacion quedará disuelta. *De Freitas* 904° *n°* 1°.

585. Art. 12. — Si se pierde la cosa por culpa del deudor, se observará lo dispuesto en el artículo 6°. *Freitas* 904° *n°* 2°. [Vé art. 613].

quiere el dominio de las cosas con solo el título, si no es seguido de la tradicion, dispongan que el peligro de la cosa, que es objeto de una obligacion de dar, sea de cuenta del acreedor, aun ántes de la tradicion, fundadas en el principio de que el deudor de cosa cierta se libra de la obligacion de entregarla, cuando perece sin su culpa. Esto es confundir el derecho personal con el derecho real. El derecho personal que se constituye por la obligacion, no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora ó deterioro. Nuestro artículo tambien libra al deudor de cosa cierta de la obligacion de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra disolviendo la obligacion, y no dejando obligado al acreedor. [Vé nota al art. 896].

De los dos principios, que el dominio de las cosas no se adquiere sinó por la tradicion, y que los peligros, aumentos ó desmejoras, son de cuenta del propietario, se derivan las resoluciones de los artículos siguientes [579 á 588], y es innecesario notar la discordancia con los Códigos que parten de principios contrarios. [Nota semejante á la de Freitas bajo su art. 903].

---

[6] Estas palabras carecen de sentido y se hallan puestas á no dudarlo por inadvertencia. En este artículo y en los siguientes se trata esclusivamente de las relaciones entre el que está obligado á restituir la cosa y el dueño de esta. Son los artículos 597 á 599 los que legislan el caso *con relacion á terceros.*

Esto viene á demostrar cuán notable es el error que se contiene en la disposicion del artículo subsiguiente (586).

586. Art. 13. — Si se deteriorare sin culpa del deudor, se observará lo dispuesto en el artículo 7°. [7]

587. Art. 14. — Si se deteriorare por culpa del deudor, se observará lo dispuesto en el artículo 8°. *Freitas* 904° *n°* 4°.

588. Art. 15. — Si la cosa se mejorare ó hubiere aumentado sin que el deudor hubiese hecho gastos en ella ó empleado su trabajo, ó el de otro por él, será restituida á su dueño con el aumento ó mejora; y nada podrá exigir el deudor. *Freitas* 904 *n°* 5°.

589. Art. 16. — Si hubiere mejoras ó aumento, que con su dinero ó su trabajo, ó con el de otros por él, hubiere hecho el deudor que hubiese poseido la cosa de buena fé, tendrá derecho á ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias ó útiles, segun la avaluacion que se hiciere al tiempo de la restitucion, siempre que no se le hubiese prohibido hacer mejoras. Si las mejoras fueren voluntarias, el deudor aunque fuese poseedor de buena fé, no tendrá derecho á indemnizacion alguna. Si el deudor fuese poseedor de mala fé, tendrá derecho á ser indemnizado de las mejoras necesarias. *Freitas* 904° *n°* 6°. [Vé arts. 591 y 1386]. [8]

590. Art. 17. — Los frutos percibidos, naturales ó civiles, pertenecen al deudor, poseedor de buena fé. El deudor que hubiese poseido de mala fé, está obligado á restituir la cosa con los frutos percibidos y pendientes, sin tener derecho á indemnizacion alguna. [9]

591. Art. 18. — Son mejoras necesarias aquellas sin las cuales la cosa no podria

Art. 16. — En cuanto á las mejoras y sus clases, L. 10, Tít. 33, Part. 7ª. — LL. 41 y 44, Tít. 28, Part. 3ª. — Cód. Sardo, art. 456. — Holandés, art. 630. — L. 5ª, Tít. 32, Lib. 3°, Cód. Rom. — L. 38, Tit. 1°, Lib. 6°, Dig. [De Goyena 432°].

Art. 17. — L. 39, Tít. 28, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 549. — De Nápoles, art. 474. — Holandés, art. 630 [léase 636]. — Sardo, art. 453. — L. 25 [§ 1°], Tít. 1°, Lib. 22, Dig. En cuanto al poseedor de mala fé: L. 4ª, Tít. 14, Part. 6ª. — Cód. Francés, art. 529 [léase 549] — Sardo, art. 455. — Instit. Lib. 4°, Tít. 17, § 2°. [De Goyena 429° y 431°].

---

[7] Hay en esto un error evidente, como lo anticipamos en la nota que precede á esta. Si como es indudable, se trata de la devolucion de una cosa á su *dueño*, mal puede convenir con la obligacion de entregar la cosa al *acreedor*: tampoco puede haber aquí *precio*, como en el caso del artículo 580.

Freitas, de quien se ha tomado todo el presente capítulo y los dos siguientes, establece la verdadera doctrina. « Si la cosa se deteriorase (dice) sin culpa del deudor que debe restituir, su dueño la recibirá en el estado en que se hallare, y no quedará obligado el deudor á indemnizacion alguna ». Porque la cosa se deteriora para su dueño (Dr. Velez, nota al artículo 578). La disposicion idéntica del artículo 614 apoya tambien nuestra tésis.

[8] Sí, á pesar de la prohibicion, se hubiesen hecho mejoras *en caso de absoluta necesidad y urgencia*, subsistirá el derecho á repetirlas: artículos 1541 n° 3°, 2206, 2289, 2308, y su argumento. Vé el artículo 1546. Y hasta el abono de las mejoras podrá retener la cosa: artículo 3942, y argumento *á fortiori* del 2468. Solo el ladron y demas poseedores viciosos no tienen derecho de retencion (arts. 2366, 2442 inc. 2° y 2438 inc. 2°.).

[9] Mejor y mas ámpliamente legislado se halla esto en los artículos 2424 á 2446, y á ellos nos referimos. Los artículos 2432, 2440 y 2442 contradicen la última parte del presente. Se observará otra cosa, cuando la ley ó la convencion así lo establezca.

ser conservada. Son mejoras útiles, no solo las indispensables para la conservacion de la cosa, sinó tambien las que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella. Son mejoras voluntarias las de mero lujo ó recreo, ó de esclusiva utilidad para el que las hizo. *De Freitas* 905°. [10]

592. Art. 19. — Cuando la obligacion sea de dar cosas ciertas con el fin de trasferir ó constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradicion de ella á otro, por trasferencia de dominio ó constitucion de prenda, el acreedor aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fé, sinó solamente contra los de mala fé. La mala fé consiste en el conocimiento de la obligacion del deudor. *Freitas* 906° *n°* 1° *y* 547 *inc.* 2°; *Cód. Francés* 1141°. [Arts. 550, 2414 y 3271].

593. Art. 20. — Si la cosa fuere mueble, y concurriesen diversos acreedores, á quienes el mismo deudor se hubiese obligado á entregarla, sin haber hecho tradicion á ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior. *Freitas* 906 *n°* 3°. [Art. 596]. [11]

594. Art. 21. — Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradicion de ella á otro con el fin de trasferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligacion precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesion de la cosa. [Arts. 592, 2793, 3138 y 3272].

595. Art. 22. — Si la tradicion se hubiere hecho á persona de buena fé, el acreedor tiene derecho á exigir del deudor otra cosa equivalente, y todos los perjuicios é intereses. [Art. 552].

596. Art. 23. — Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores á

Art. 21. — LL. 50 y 51, Tít. 5°, Part. 5ª. En contra: el Código Francés y los demas Códigos que declaran trasmitida la propiedad por solo la obligacion.

---

[10] Sobre lo que aquí se llama *mejoras* la terminología del Código es sumamente descuidada, como lo es respecto á la clasificacion de ellas. Así, solo es fiel en los artículos 589, 1386 y 2876; habla de *gastos* en los artículos 2125, 2226, 2284, 2308, 2431 y 3310, y llama del mismo modo en el 2206 á lo que en el 2289 denomina *espensas*, ó *impensas*, como se dice en la nota al 3942. En los artículos 1386, 2122, 2429, 3894 y nota al 3942 citada, se sirve á un mismo tiempo de las palabras *mejoras* y *gastos*; el artículo 2468 dice mejoras ó gastos, y en el 3230 se emplean á la vez los términos, *gastos, espensas* y *mejoras*.

Nótese que la palabra *gastos* es mas genérica y comprensiva que la de mejoras: artículo 2429. Puede verse lo que decimos bajo esos artículos.

Los Códigos romanos se sirven de las espresiones *impensa, expensa, impendia, sumptus*. Maynz, § 118 nota 9.

En la definicion de las mejoras *útiles* nuestro artículo encierra indebidamente las *necesarias*, error grave en que el artículo 905 de Freitas no incurre.

[11] Si el título es un documento privado, se aplicarán los artículos 1035 y 1036.

¿Y si el deudor hubiese hecho tradicion á varios acreedores sucesivamente? Será preferido aquel á quien primero se hizo la tradicion, aunque los títulos de los otros sean de fecha anterior; porque la tradicion hizo dueño al acreedor, y los otros han adquirido, una cosa hurtada, cuya posesion no vale por título y que puede ser reivindicada por su propietario: artículos 597, 2414 y 2767.

quienes el mismo deudor se hubiese obligado á entregarla, sin que á ninguno de ellos le hubiese hecho tradicion de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior. *De Freitas* 906° *n°* 5° [Art. 593]. [12]

597. Art. 24. — Con relacion á terceros, cuando la obligacion de dar cosas ciertas tuviere por fin restituirlas á su dueño, si la cosa es mueble y el deudor hiciere tradicion de ella á otro por trasferencia de dominio ó constitucion de prenda, el acreedor no tendrá derecho contra los poseedores de buena fé, sinó solamente cuando la cosa le haya sido robada ó se hubiese perdido. En todos casos lo tendrá contra los poseedores de mala fé. *De Freitas* 908° *n°* 1°. [Art. 2414, y vé el 592].

598. Art. 25. — Si la cosa fuere mueble y concurrieren acreedores á quienes el deudor se obligase á la entrega de ella por trasferencia de dominio ó constitucion de prenda sin haber hecho tradicion de la cosa, es preferido el acreedor á quien pertenece el dominio de ella. *Freitas* 908° *n°* 2°.

599. Art. 26. — Si la cosa fuere inmueble, el acreedor tendrá accion real contra terceros que sobre ella hubiesen aparentemente adquirido derechos reales, ó que la tuvieren en su posesion por cualquier contrato hecho con el deudor. *Freitas* 908° *n°* 3°. [Vé arts. 3311 y 3312].

600. Art. 27. — Si la obligacion fuere de dar cosas ciertas para trasferir solamente el uso de ellas, los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título *Del arrendamiento*. Si la obligacion fuere para trasferir solamente la tenencia de la cosa, los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título *Del depósito*. *De Freitas* 909°. [Vé art. 1495 y nuestra nota al 574]. [13]

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS INCIERTAS

601. Art. 28. — Si la obligacion que se hubiese contraido fuere de dar una cosa incierta no fungible, la eleccion de la cosa corresponde al deudor. *De Freitas* 912° *n°* 2°. [Vé arts. 2326 y 3758]. [14]

602. Art. 29. — Para el cumplimiento de estas obligaciones, el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad de la especie, ni el acreedor la de mejor calidad cuando se hubiese convenido en dejarle la eleccion. *De Freitas* 913°. [14]

Art. 24. — Zachariæ, nota 13, al § 558.

Art. 29. — L. 23, Tít. 9°, Part. 6ª. [De Goyena 1090°; Cód. Francés 1246°.—Vé citas del art. 3758].

---

[12] Estos cuatro artículos debieron refundirse en dos, pues los artículos 592 y 594, 593 y 596 respectivamente contienen disposiciones idénticas, salvo una ligera variante en el 592; y así el tratar separadamente de los *muebles* y de los *inmuebles* solo sirve para traer confusion.

[13] Lo que se dice del depósito es aplicable igualmente al comodato. La locacion de servicios es una obligacion *de hacer*: artículo 1625.

No es dudoso que los artículos 575 á 577 de este capítulo son tambien aplicables á la locacion, al comodato y al depósito.

[14] Sobre estos dos artículos véase el 3758 y nota. — Obsérvese que recien en los capítulos III y IV, se trata de las obligaciones de dar cosas *fungibles*.

603. Art. 30. — Despues de individualizada la cosa por la eleccion del deudor ó del acreedor, se observará lo dispuesto respecto á las obligaciones de dar cosas ciertas. *De Freitas* 912° *n°* 3°. [Vé art. 2391].

604. Art. 31. — Antes de la individualizacion de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligacion por pérdida ó deterioro de la cosa, por fuerza mayor ó caso fortuito. *Freitas* 915°. [Arts. 895, 3782 y vé 2155]. [15]

605. Art. 32. — La obligacion de dar cosas inciertas no fungibles determinadas solo por su especie ó cantidad, da derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligacion con los perjuicios é intereses de la mora del deudor, *si hubiese incurrido en ella,* ó para disolver la obligacion con indemnizacion de perjuicios é intereses. *Freitas* 914° *n°* 1°. [16]

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES DE DAR CANTIDADES *de cosas* [17]

606. Art. 33. — La obligacion de dar cantidades [18] de cosas es la obligacion de dar cosas que consten de número, peso ó medida. *De Freitas* 922° *nota.*

607. Art. 34. — En estas obligaciones, el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligacion, de la misma especie y calidad. *Freitas* 920°. [é arts. 747 á 755].

608. Art. 35. — Si la obligacion tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho á exigir del deudor moroso otra igual cantidad

Art. 31. — Sobre las obligaciones de género, Savigny, *Derecho de las Obligaciones,* § 39.

Art. 33. — Savigny, en el § 39 del *Derecho de las Obligaciones,* dice: «Llamamos cantidades de cosas las que circunscriptas en los límites de una clase determinada, no tienen ningun valor individual, y todo su valor no se determina sinó por el número, la medida ó el peso; por lo que es absolutamente indiferente distinguir las cosas individualmente. — Sobre todo este capítulo, LL. 24 y 25, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 2ª, Tít. 48, Lib. 4°, Cód. Rom. — L. 35, § 5°, Tít. 1°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, arts. 1585 y 1586. — Sardo, arts. 1591 y 1592. — Napolitano, arts. 1430 y 1431. — Holandés, arts. 1497 y 1498. [De Goyena 1374°. Vé art. 1341, y notas á los arts. 616, 669, 820, 2243 y 2326].

---

[15] La razon de estas disposiciones es que una especie nunca se juzga estinguida: *genus nunquam perit.*

[16] La frase *si hubiese incurrido en ella* está demas (vé art. 508), porque el artículo legisla precisamente el caso de mora, como se colige de la facultad contenida en su inciso final. El artículo 610 contiene una disposicion idéntica. Vé la nota de Freitas á su artículo 919, así como la nuestra al artículo 2256.

[17] O mas simple y propiamente *De las obligaciones de dar cantidades*: artículo 609 á 616, 2255, nota al 616, 669 y el § 7 de su nota. El 2242 dice *cantidad* de cosas.

En este capítulo y en el siguiente se trata de las cosas *fungibles*; puesto que el dinero pertenece á las *cantidades*: dicha nota al artículo 616 y artículo 745.

[18] Se llaman *cantidades*, las cosas inciertas que consisten en cantidad, ó que se acostumbra contar, pesar ó medir.

La voluntad de las partes puede convertir en no fungible una cosa fungible y *vice-versa*, permitiendo ó prohibiendo su sustitucion: nota al artículo 2243, artículo 2262 y argumento del 2326.

de la misma especie y calidad con los perjuicios é intereses, ó su valor, segun el valor corriente en el lugar y dia del vencimiento de la obligacion. *Freitas* 921°. [19]

609. Art. 36. — Las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas despues que fuesen contadas, pesadas ó medidas por el acreedor. *Freitas* 922°. [Vé arts. 1344 y 2391].

610. Art. 37. — Si la obligacion tuviere por fin constituir ó trasferir derechos reales, y la *cosa* ya individualizada se perdiese ó deteriorase [20] por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, con más los perjuicios é intereses; ó para disolver la obligacion con indemnizacion de perjuicios é intereses. *Freitas* 925° *n°* 1°. [Art. 605].

611. Art. 38. — Si se perdiese ó se deteriorase solo en parte, sin culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, con disminucion proporcional del precio si estuviese fijado, ó para disolver la obligacion. *Freitas* 925° *n°* 2°. [Art. 580 y vé el 1329.]

612. Art. 39. — Si se perdiese ó deteriorase solo en parte por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, y de la correspondiente *que faltare ó estuviere deteriorada* con los perjuicios é intereses, [21] ó para disolver la obligacion con indemnizacion de perjuicios é intereses. *Freitas* 925 *n°* 3°. [Vé arts. 581 y 1329].

613. Art. 40. — Si la obligacion tuviere por fin restituir cantidades recibidas, y la *cantidad* estuviese ya individualizada, y se perdiese ó deteriorase en el todo por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios é intereses, ó su valor con los perjuicios é intereses. *Freitas* 926° *n°* 1°. [Arts. 585 y 579]. [22]

614. Art. 41. — Si se perdiese solo en parte sin culpa del deudor, el acreedor solo podrá exigir la entrega de la cantidad restante. Si se deteriorase solo en parte sin culpa del deudor, el acreedor recibirá la parte no deteriorada con la deteriorada en el estado en que se hallaren. *Freitas* 926° *n°* 2°. [Vé nota al art. 586].

615. Art. 42. — Si se perdiese ó se deteriorase solo en parte por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y

---

[19] Tambien con los daños é intereses moratorios: artículos 508, 2250 y nota al 622. El presente no condice con el 2253 combinado con el 2254 y 2255. Vé el 616.

[20] Se deteriorase *totalmente*, pues el deterioro parcial se legisla por los dos artículos siguientes.

En vez de *cosa individualizada*, seria mas propio decir, como el artículo 613, *cantidad* individualizada. Vé nuestra nota 17.

[21] Freitas se refiere á los daños é intereses por la mora *(moratorios)*, y parece no haber razon para que tengan lugar los *compensatorios*: vé nuestra nota al artículo 519. Esto mismo es aplicable al artículo 615 inc. 1°.

En vez de *y de la correspondiente que faltare ó estuviere deteriorado*, debe leerse en el artículo *y de la correspondiente* Á LO *que faltare ó estuviere deteriorado*. Compara con la redaccion del artículo 615.

[22] Este artículo y los artículos 585, 579 y 608 deben ser esplicados y complementados entre sí, pues en el fondo vienen á establecer lo mismo.

no deteriorada, y de la correspondiente á la que faltare ó estuviere deteriorada, con los perjuicios é intereses; ó para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, y el valor de la que faltare ó estuviere deteriorada con los perjuicios é intereses, ó para disolver la obligacion con indemnizacion de perjuicios é intereses. *Freitas* 926° *n°* 3°. [23]

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO [24]

[Vé art. 2254.]

616. Art. 43. — Es aplicable á las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, solo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas. *Freitas* 928°. [25]

617. Art. 44. — Si por el acto por el que se ha constituido la obligacion, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligacion debe considerarse como de dar cantidades de cosas. *De Freitas* 933°.

618. Art. 45. — Si no estuviere determinado en el acto por el que se ha constituido la obligacion, el dia en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo. [26] Si no estuviere designado el lugar en que se ha de cumplir la obligacion, ella debe cumplirse en el lugar en que se ha contraido. *En cualquier otro caso* la entrega de la suma de dinero debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del *vencimiento* de la obligacion. [Vé art. 100]. [27]

Art. 43. — El dinero pertenece á las *cantidades*. Hay entre cada pieza de una determinada especie de moneda, una diferencia tan poco sensible como en cada grano de un monton de trigo, y las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas. Bajo el punto de vista jurídico, las monedas son *cosas de consumo* [nota al art. 2243 y al 2606, art. 2326], en el sentido que su uso verdadero consiste en el gasto que se hace, gasto que hace tan imposible, como si la materia se hubiese consumido, toda reclamacion ulterior de la propiedad. [De Savigny, *Derecho de las Obligaciones,* § 42].

Art. 45. — Respecto á la primera parte, L. 13, Tít. 11, Part. 5ª; pero la L. 2ª, Tít. 1°, Part. id. al hablar del préstamo, señala diez dias. — Conforme con el artículo: Cód. Fran-

---

[23] Vé la nota 21. Los intereses de la cantidad de dinero en que se valore la cosa, constituyen los daños y perjuicios moratorios: nota al artículo 622.

Adviértase que los incisos 1° y 2° de este artículo constituyen exactamente el artículo 612.

En la nota 11 al artículo 549 hemos espresado cuáles son los efectos de la obligacion de dar cantidades, *con relacion á terceros.*

[24] El dinero es tambien una cantidad ó cosa fungible (nuestra nota 17), y si se le dedica un capítulo especial es por el importantísimo rol que la moneda juega en nuestras transacciones.

Las partes pueden convertir el dinero en cosa no fungible (nuestra nota 18).

[25] Creemos que los artículos 603, 604, 607 y 609 serán los únicos aplicables.

[26] Los artículos citados en el 576, y vé el 620. Respecto al caso en que el deudor estuviese autorizado á pagar *cuando quiera*: vé á Troplong, *Prêt*, n°s 262 y 431, y *Pont*, n°s 181 y 182.

[27] Si está designado el lugar del pago, debe observarse lo estipulado; si no lo está,

619. Art. 46. — Si la obligacion del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie ó calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligacion dando la especie designada, ú otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el dia del vencimiento de la obligacion. *Freitas* 931°.

620. Art. 47. — Si la obligacion autorizare al deudor para satisfacerla cuando pudiese, ó tuviese medios de hacerlo, los jueces á instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo. *De Cód. Francés* 1901°. [Vé art. 618 con nota 26].

621. Art. 48. — La obligacion puede llevar intereses, y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor. *De Freitas* 937°.

cés, art. 1900. — De Nápoles, art. 1722 [léase 1772]. — Holandés, art. 1797 [léase 1798]. — Sardo, art. 1928. — En cuanto á la segunda parte, L. 32, Tít. 2°, Part. 3ª. — L. 13, Tít. 14 [léase 11], Part. 5ª. — L. 9ª, Tít. 4°, Lib. 13, Dig. — L. 19 [§ 2°], Tít. 1°, Lib. 5° id. — L. 21, Tít. 7°, Lib. 44 id. [vé nota al art. 747]. — El Cód. de Vaud [art 932] y tambien el de Holanda [art. 1429] prefieren el domicilio del acreedor, si el acreedor continúa habitando el mismo pueblo que habitaba al tiempo de la obligacion. [De Goyena 1646° y 1091°].

Art. 46. — Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestion tan debatida sobre la obligacion del deudor, cuando ha habido alteracion en la moneda, porque esa alteracion se ordenaria por el Cuerpo Legislativo Nacional, cosa casi imposible. La ley declararia el modo de satisfacer las obligaciones que ya estuviesen contraidas. Hoy los conocimientos económicos dan á la moneda otro carácter que el que se juzgaba tener en la época de las leyes que hicieron nacer las cuestiones sobre la materia. Las Leyes Romanas decian: « *In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem* (L. 99 [léase 94], Tít. 3°, Lib. 46, Dig.) . . . *eaque materia forma publica percussa, usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate* » (L. 1ª, Tít. 1°, Lib. 18, Dig.). Por cierto que hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe, sinó por la sustancia, por el metal, oro ó plata, que contenga. Notarémos, sin embargo, las leyes de los diferentes pueblos sobre el cumplimiento de las obligaciones, cuando ha habido cambio en el valor de las monedas.

La L. 18, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec., dice: « Sea permitido á los contrayentes especificar el valor de las monedas, y obsérvese inviolablemente lo convenido. Los deudores de moneda recibida por cualquier causa en plata ú oro, están obligados á pagar en la moneda del mismo valor, peso y ley de la que recibieron y entonces corria. En los demas casos, cumplen los deudores en pagar en la corriente al tiempo de la paga. »

El Código Francés, art. 1895: « La obligacion que resulta de un préstamo en plata será siempre la de la suma numérica espresada en el contrato. Si ha habido un aumento ó disminucion de especies antes de la época del pago, el deudor debe volver la suma numérica prestada, y no debe volver sinó esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago. » Lo siguen el Código de Nápoles, art. 1767. — De Luisiana, art. 2884. — Holandés, art. 1793. — Prusiano, art. 778, Tít. 11, Parte 1ª.

Sin embargo, el Código de Austria dispone lo contrario en los artículos 988 y 990. « Si se ha alterado, dice, el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pié del valor que tenian al tiempo del préstamo ». [De Goyena 1096°].

Si hubiese de darse ley, suponiendo la alteracion de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Código de Austria. [Puede verse á Savigny, *Obligat.* §§ 40 á 49, y Pont, *du Prêt*, n°s 206 á 209].

Art. 47. — Cód. Francés, art. 1981. — De Nápoles, art. 1773. — Sardo, art. 1913. — Holandés, art. 1798. — L. 125, Tít. 16, Lib. 50, Dig. [De Goyena 1648°. Léase: Francés 1901. — Sardo, art. 1929. — Holandés, art. 1799].

Art. 48. — La materia de intereses convencionales se encuentra tratada estensamente en muchos escritores de crédito, que se podrian citar en apoyo del artículo. Regularmente los códigos de Europa son contrarios á la libertad de las convenciones sobre intereses de los capitales. [Tambien Goyena 1650°, etc.]

---

debe efectuarse en el lugar en que la obligacion se contrajo. Así, la frase *en cualquier otro caso* solo puede referirse á las obligaciones *legales* (ex lege). El artículo 747, que deja sin objeto los incisos 2° y 3° del presente, parece ofrecer la esplicacion de dicha frase.

Si no se cobró la deuda el dia del vencimiento y el deudor cambiase de domicilio, deberá cumplirse la obligacion en el domicilio actual: dicho artículo 747 inciso último.

622. Art. 49. — El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligacion, desde el vencimiento de ella. [28] Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar.

623. Art. 50. — No se deben intereses de los intereses, sinó por obligacion posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulacion de ellos al capital, ó cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. [29]

Art. 49. — Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varia tan de contínuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demas, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde á los perjuicios é intereses que debia pagar el deudor moroso. [Cód. Francés 1153° inc. 1°. Vé nuestros arts. 519 y 2250].

Art. 50. — Véase Cód. Francés, art. 1154. — De Holanda, art. 1287. — En contra de los intereses de intereses: Cód. Sardo, art. 2245 [léase 1245], y L. 28, Tít. 32, Lib. 4°, Código Romano. [De Goyena 1652°. Compara Cód. Com. 718° y 719°; Freitas 941° y 945°].

---

[28] La redaccion de este inciso es oscura, poco jurídica y nada satisfactoria.

¿ Quiére decirse, como en el artículo 717 del Código de Comercio, que los intereses pactados corren despues de vencido el plazo y mientras no se abone la deuda? Convenido; pero entónces los intereses corren *ipso jure* y sin necesidad de que el deudor sea constituido en mora: argumento artículo 707 de dicho Código.

¿ Se refiere el inciso puramente á intereses *moratorios* estipulados? Estos no correrian *desde el vencimiento de la obligacion*, sinó desde que el deudor fué constituido en mora (arts. 508 y 509); á no ser que la ley disponga que corran desde luego *ipso facto*: artículos 1723, 1724, 1915, 1952, 2211, 2224, 2300, 2946 su nota y argumento de ellos. Vé artículo 1094.

Los artículos 707 y 717 citados del Código de Comercio son, pues, mas claros y conformes á los principios, y constituyen á nuestro juicio la mejor esplicacion del presente artículo.

A imitacion de los daños é intereses compensatorios y moratorios (nuestra nota al art. 519 y art. 2250), distinguimos los intereses de la misma manera. Se llaman *compensatorios* los que se devengan durante el plazo convenido para el goce del capital, y *moratorios* á los ocasionados por la mora, aunque propiamente son estos de la misma naturaleza *compensatoria* que los anteriores.

[29] En el inciso primero nótese la palabra *posterior*, que resuelve una gran cuestion en el sentido de la opinion de Marcadé, IV, 536 y Demolombe, XXIV, 655, que este último funda de una manera irrefutable. Vé á Goyena, 1652°.

Aunque los términos del inciso segundo sean un tanto estrechos, juzgamos que autoriza á capitalizar los intereses desde la demanda ejecutiva, si no se cumple el decreto de *solvendo*, y no desde la liquidacion material de los intereses, porque el capital junto con los intereses convenidos constituyen una deuda líquida (y así no ha menester ser liquidada), cuyo pago ordena el Juez por el decreto de solvendo, y si el deudor no la abona, se constituye en mora, debe por tanto los daños y perjuicios causados por la mora en abonar toda la deuda (capital é intereses), ó sean los intereses de la mora (arts. 508, 509 § 1° y nota del Dr. Velez al artículo anterior).

Inútil parece observar que de la redaccion de nuestro artículo resulta claramente que los intereses compuestos, ó sea el *anatocismo* no es permitido, sinó en los casos enumerados limitativamente por nuestro artículo. Puede verse á Escriche, *verbo* Interés compuesto, así como nuestra nota al artículo 2250.

La prohibicion de nuestro artículo no alcanza á los terceros que paguen por el deudor

624. Art. 51. — El recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, estingue la obligacion del deudor respecto de ellos. *Goyena* 1653°. [30]

—

TÍTULO VIII

De las obligaciones de hacer ó [1] de no hacer

625. Art. 1°. — El obligado á hacer, ó á prestar algun servicio, debe ejecutar *el hecho* en un tiempo propio, y del modo en que fué la intencion de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, ó podrá destruirse lo que fuese mal hecho. *De Freitas* 949° *y Goyena* 1008° § 2°. [Vé art. 741].

626. Art. 2°. — El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, á no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte ó cualidades personales. *De Goyena* 1100°. [Vé arts. 730, 1196 y 1643].

627. Art. 3°. — Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligacion queda estinguida por ambas partes, y el deudor debe volver al acreedor lo que por razon de ella hubiere recibido. *De Freitas* 951° *n°* 1°. [Arts. 632, 556, 578, 642, 647, 889 y 896].

628. Art. 4°. — Si la imposibilidad fuere por culpa del deudor, estará este obligado á satisfacer al acreedor los perjuicios é intereses. *Freitas* 951° *n°* 2°. [Vé art. 579].

Art. 51. — L. 13 [arg. de ella, y glosa 6], Tít. 11, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1908. — Sardo, art. 1935. — Holandés, art. 1806. — De Nápoles, art. 1780. — Prusiano, art. 843. Seccion 1ª, Tít. 21, Parte 1ª, y L. 43, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. [De Goyena, allí, y Acevedo 2174°].

Art. 1°. — Sobre este capítulo véase Marcadé, sobre el art. 1142 del Código Francés. [Solo trata de la materia de los arts. 630, 631 y 634].

---

el capital é intereses, los cuales pueden obtener réditos por la suma que desembolsaren: artículos 1952, 2032 y 2300; Código Francés, allí; Freitas 946°.

Los frutos civiles, que no sean intereses (arts. 2332 y 2426 inc. últ.), constituyen tambien un capital productivo de réditos desde que haya mora. Código Francés, 1155°; Freitas, 947°.

[30] Todos los Códigos que cita Goyena y especialmente el Chileno no establecen que la obligacion se estinga, sinó simplemente una presuncion de pago, que el acreedor puede naturalmente combatir con una prueba contraria. Esto parece lo mas jurídico y razonable, aunque la opinion de los jurisconsultos se halla dividida y el mismo Zachariæ, que Troplong cita en su favor, trae opiniones contradictorias en sus tratados del mútuo y de las presunciones (§§ 604 y 728).

Como se vé, nosotros preferimos la interpretacion dada por Merlin, Favard, Toullier y Duvergier, Duranton, Dalloz, Sirey y Pont, adoptada por el Código Chileno y Freitas 1108°; pero nuestro artículo se ha adherido á la opinion contraria seguida por Goyena.

En la nota 11 al artículo 544 hemos determinado cuáles sean los efectos de la obligacion de dar sumas de dinero, *con relacion á terceros.*

[1] Léase, *y de no hacer*, del mismo modo, que en el Título XII dice obligaciones divisibles *é* indivisibles.

629. Art. 5°. — Si el deudor no quisiere ó no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle [2] la ejecucion forzada, á no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios é intereses. *De Marcadé*, IV, 511 *á* 513.

630. Art. 6°. — Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado á ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí ó por un tercero, [3] ó solicitar los perjuicios é intereses por la inejecucion de la obligacion. *De Freitas* 951° *n°* 4°.

631. Art. 7°. — El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligacion, ofreciendo satisfacer los perjuicios é intereses. *De Freitas* 952°. [Vé art. 658].

632. Art. 8°. — Si la obligacion fuere de no hacer, y la omision del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, ó si este hubiese sido obligado á ejecutarlo, la obligacion se estingue como en el caso del artículo 3°. *Freitas* 954° *n°* 1°. [Vé art. 627, etc.].

633. Art. 9°. — Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho á exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, ó que se le autorice para destruirlo á costa del deudor. *De Freitas* 954° *n°* 2; *Cód. Francés* 1143°]. [4]

634. Art. 10. — Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acree-

Art. 5°. — El Código Francés, por el artículo 1142, declara que toda obligacion de hacer ó de no hacer se resuelve en caso de inejecucion por parte del deudor, en la satisfaccion de los daños é intereses; pero por el artículo 1144, declara que el acreedor puede tambien en caso de inejecucion ser autorizado para hacerlo ejecutar él mismo á costa del deudor. Marcadé sobre el artículo 1144, concilia esta aparente contradiccion, diciendo que el artículo 1142 no debe tomarse á la letra, cuando declara que toda obligacion de hacer ó de no hacer, se resuelve en caso de inejecucion en la satisfaccion de daños é intereses. Esto no sucede sinó en dos casos : 1° cuando la ejecucion forzada no podria resultar sinó de violencia dirigida contra la persona del deudor, y 2° cuando el acreedor, aunque pudiendo obtener la ejecucion directa por la fuerza, se contentara con la satisfaccion de los daños é intereses. Los Códigos de Europa copian tanto el artículo 1142 del Código Francés, como el artículo 1144. El Código de Luisiana, en los artículos 1920 y 1921, dice : « En caso de inejecucion de un contrato que contenga obligacion de hacer ó de no hacer, aquel en cuyo favor se ha contraido la obligacion puede pedir daños y perjuicios, ó si esta indemnizacion es insuficiente, reclamar la ejecucion del contrato á su eleccion [ó su rescision], y en todos los casos, daños y perjuicios. » Las leyes de Partida son mas claras á este respecto : « El juez débelo apremiar que lo *faga ansi* como fué puesto, é lo prometió, » dice una de ellas. LL. 12, Tít. 11, Part. 5ª, y 5ª, Tít. 27, Part. 3ª. [De Goyena 1008°].

---

[2] Hay contradiccion en los términos, en exigir del deudor la ejecucion *forzada* sin *violencia* personal. Quiere decirse, que, cuando el hecho pueda ejecutarse por otro que no sea el deudor, el acreedor puede *exigir* ó reclamar (ante los Tribunales) la ejecucion forzada ó *manu militari* ó por un tercero.

Este artículo es meramente doctrinario, y en presencia de los artículos 630, 633 y 634 carece de objeto.

[3] Con los daños é intereses de la mora : artículos 505 n°s 2° y 3° y 519. Vé los artículos 641 y 648.

[4] Con indemnizacion de los daños é intereses que se le hayan causado : artículos 519, 657, 3040 y su argumento ; Código Francés y Freitas, en los lugares citados.

dor tendrá derecho á pedir los perjuicios é intereses que le trajere la ejecucion del hecho. *Freitas* 954° *n°* 3°.

—

TÍTULO IX

De las obligaciones alternativas [1]

635. Art. 1°. — Obligacion alternativa es la que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la eleccion que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada. *Savigny, allí.*

636. Art. 2°. — El obligado alternativamente á diversas prestaciones, solo lo está á cumplir con una de ellas íntegramente, sea la prestacion de una cosa ó de un hecho, ó del lugar del pago, ó de cosas, hechos y lugar de la entrega. *De Goyena* 1051° § 2° *y nota.* [Vé art. 495].

637. Art. 3°. — En las obligaciones alternativas, corresponde al deudor la elec-

Art. 1°. — Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 38. [Letra A, pág. 422].

Art. 2°. — LL. 23 y 24, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 10, § 6°, Tít. 3°, Lib. 23, Dig. — L. 2ª, [§ 3], Tít. 4°, Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, arts. 1189 y 1191. — De Nápoles, arts. 1142 y 1144. — Sardo, arts. 1280 y 1289 [léase 1282. De Goyena, allí]. — Marcadé clasifica muy bien las obligaciones alternativas, sobre el artículo 1189.

---

[1] Una obligacion es *simple*, si tiene por objeto una sola prestacion, y si mas de una, es *compuesta*. Esta es *conjunta*, cuando el deudor debe satisfacer todas las prestaciones á que se obligó; y es *alternativa* ó *disyuntiva*, cuando le basta satisfacer una de ellas.

Se vé que una obligacion alternativa tiene, como la de género, un objeto incierto, y que así, ántes de la eleccion, que individualiza ese objeto, le serán aplicables, en su caso, los artículos 603 á 621; y hecha la eleccion, le serán aplicables las disposiciones relativas á las obligaciones de hacer ó de no hacer (arts. 625 á 634), ó la de dar cosas ciertas (arts. 574 á 600), segun resultare el objeto definitivo de la obligacion por la eleccion hecha.

Así tambien, entendemos que los artículos 638 á 641 hablan en el supuesto de que la eleccion no está hecha todavía; como tambien de que la obligacion comprenda solamente *dos* cosas ú objetos.

Marcadé, en el lugar citado por el Dr. Velez en la nota 2ª, establece que la obligacion alternativa viene á importar una obligacion condicional; que hecha la eleccion, esta tiene *efectos retroactivos* al dia en que la obligacion se contrajo; y esa retroactividad, agrega Demolombe (XXVI, 63), es aplicable no solo entre las partes sinó tambien en relacion á terceros.

Aunque esas obligaciones tengan entre sí cierta afinidad, existen entre ellas grandes diferencias; y la doctrina de Marcadé y Demolombe, mas especiosa que sólida, es completamente inaceptable en nuestro derecho, como resulta de lo dicho en la nota 11 al artículo 549 sobre los efectos de la obligacion alternativa con relacion á terceros.

Con relacion á las partes (deudor y acreedor) tampoco hay efecto retroactivo: así es que los aumentos, frutos percibidos y deterioros corresponden al deudor, como dueño que es (arts. 583, 578 y su nota), y no pertenecen al acreedor; lo que no puede decirse de las obligaciones condicionales: vé artículos 548 y 557 con sus notas, y á Demolombe, allí. n° 34.

cion de la prestacion de uno de los objetos comprendidos en la obligacion. [Art. 601; y vé el 766 y nota al 2828]. [2]

638. Art. 4°. — Si una de las prestaciones no podia ser objeto de la obligacion, la otra es debida al acreedor. *Goyena* 1053°. [3]

639. Art. 5°. — Si uno de los objetos prometidos no pudiese realizarse aunque sea por culpa del deudor, ó por otra causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado. [4] Si ninguno de ellos puede prestarse, y el uno ha dejado de serlo por culpa del deudor, éste tiene la obligacion de entregar el valor del último que hubiese dejado de poder ser prestado. *Cód. Francés* 1193°. [5]

Art. 3°. — LL. 23 y 24, Tít. 11, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1190. — Sardo, art. 1281. — Holandés, art. 1316 [léase 1309]. — Napolitano, art. 1143. [De Goyena 1052°]. — El principio es general: en todos los actos y contratos, el deudor tiene la eleccion. Una declaracion verbal no le obligaria, y puede cambiar de idea hasta que haya cumplido la prestacion. *Cum pure stipulatus sum,* dice la Ley Romana, *illud aut illud dari licebit tibi, quoties voles mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis.* (L. 138 [Tít. 1°, Lib. 45°], Dig. *de Verb. Oblig.*) *Quamdiu id quod promissum est, solvatur.* (L. 106 *Cód.* [léase *Id.*]). — Las mismas reglas se aplican á los otros contratos. Así, el vendedor que vende muchas cosas bajo una alternativa, como el comprador que promete en retorno del objeto comprado, muchas prestaciones alternativas, tiene la eleccion en el pago de las diferentes cosas prometidas ó vendidas. (LL. 25 y 31, § 6° [Tít. 1°, Lib. 18], Dig. *De Contr. emt.* y 21, § 6°, *De Act. emt.*) [Tít. 1°, Lib. 19]. Cuando un comodatario ó locatario, pierde por dolo ó culpa la cosa que se le habia confiado, queda obligado á pagar una indemnizacion al propietario; pero cuando el propietario recobra despues la cosa, el que la ha pagado debe obtener, ó el dinero que ha entregado ó la cosa [vé art. 2277]; de otra manera el propietario se enriqueceria á su costa. La eleccion entre lo dado en pago ó la cosa, queda para el que ha hecho el pago. Lo mismo puede decirse cuando en un pleito sobre la propiedad, pierde la cosa por dolo ó culpa, y paga una indemnizacion al demandante, si el propietario recobra la cosa. La necesidad de recibir la cosa no puede imponerse al que la ha pagado contra su voluntad, porque él puede repetir la suma que ha entregado por una *conditio* [léase *condictio*] *sine causa.* Si, al contrario, prefiere la cosa, no se le puede rehusar, porque la indemnizacion que ha pagado tiene lugar de compra. (L. 1ª, Tít. 4°, Lib. 41, Dig.).

La facultad de elegir pasa á los herederos del que tenia el derecho de hacer la eleccion, y aun al cesionario del derecho, porque la facultad de elegir es inherente al derecho. (L. 72 [léase 76, Tít. 1°, Lib. 45] *de Verb. Oblig.*).

Si el deudor que tenia el derecho de elegir, considera por error que una de las prestaciones era objeto de una deuda pura y simple, y por este error no usa de su derecho, puede repetir [art. 790 n° 3°] lo que ha pagado por la *conditio indebiti,* y dar en cambio la otra prestacion. (L. 10 [Tít. 5°, Lib. 4], Cód. de *Cond. Ind.*). Véase sobre esta materia á Savigny, *Derecho de las Oblig.* Tom. 1°, § 38 [de quien esta nota es tomada].

Art. 4°. — L. 72 [§ 4°], Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, art. 1192. — De Nápoles, art. 1045 [léase 1145]. — Sardo, art. 1282. [De Goyena, allí].

Art. 5°. — L. 23, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 2ª [§ 3], Tít. 4°, Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, art. 1193.— Sardo, art. 1283. — De Nápoles, art. 1146. [De Goyena 1054° y Acevedo 1400°].

---

[2] Si no se ha pactado lo contrario: artículo 611, argumento artículos 672 y 766. Lo que está en letra bastardilla es impropio y supérfluo.

[3] Se legisla en el supuesto de que la obligacion comprenda *dos* prestaciones solamente. Vé Código Francés 1196°.

[4] El deudor debió conservar el segundo objeto hasta la entrega, y es responsable del perjuicio que al acreedor resulte de la destruccion ó deterioro que le sea imputable: artículos 512 á 514, 576, 628 y 633. — Compárese el presente con el 605.

[5] Lo mismo será si una de las prestaciones se hace imposible (arts. 889 y 896) sin culpa del deudor: Código Francés 1191° inc. 2°; Goyena 1055° n° 1°.

O si el acto jurídico es nulo solo relativamente á uno de los objetos ó prestaciones de la obligacion alternativa: artículo 1040. Aubry y Rau, § 300 n° 2°, trascrito en la nota al artículo 651; Freitas 962°

640. Art. 6°. — Cuando la obligacion alternativa consista en prestaciones anuales, la opcion hecha para un año no obliga para los otros. *Massé y Vergé, nota 4ª al § 532 de Zachariæ.*

641. Art. 7°. — Cuando la eleccion fuere dejada al acreedor, y una de las cosas se hubiese perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, ó la cosa que ha quedado, ó el valor de la que se ha perdido. Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el valor de la una y de la otra. Lo mismo se observará si las prestaciones que comprende la obligacion no fuesen de *entregar cosas*,[6] estimándose entonces por el juez el valor de la que, elegida por el acreedor, no puede prestarse. *Goyena* 1055° *n*°ˢ 2° *y* 3°, *y de Holanda* 1312°.

642. Art. 8°. — Si las prestaciones se han hecho imposibles sin culpa del deudor, la obligacion queda extinguida. [Arts. 556, 578, 627, 632, 647, 709, 889, 894 y 896].

Art. 6°. — Pothier, n° 247, *De Oblig.*—Zachariæ, § 532 nota 4ª. [De Massé y Vergé, etc.].

Art. 7°. — [Véase] Cód. Francés, art. 1194. — Napolitano, art. 1147. — Holandés, art. 1312. — Sardo, art. 1284. — L. 95 Dig. *De solut.* [§ 1°, Tít. 3°, Lib. 46. De Goyena 1055° y Acevedo 1401°]. La aplicacion de las reglas sobre la prestacion de la culpa y del caso fortuito en las obligaciones alternativas, segun el Derecho Romano, presenta algunas soluciones interesantes: Si una de las cosas ha perecido por caso fortuito, la obligacion viene á ser pura y simple; es decir, que el deudor está obligado á dar la otra. (L. 34 [§ 6°], Tít. 1°, Lib. 18, Dig.). Si es por culpa del acreedor que una de las cosas ha perecido, el deudor que tiene la eleccion puede tenerse por libre de la obligacion, ó bien dar la cosa que queda, y demandar el valor de la cosa que ha perecido por culpa del acreedor (L. 105, Tít. 1°, Lib. 45, Dig.). Si en este último caso la eleccion pertenecia al acreedor, la pérdida de la cosa trae la liberacion del deudor. (Cita anterior y L. 95 [§ 1°], Tít. 3°, Lib. 46, Dig.). Si las dos cosas han perecido, es preciso distinguir: si ambas han perecido por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligacion. (L. 31 [léase 34], § 6ª, Tít. 1°, Lib. 18, Dig.). Si la primera de las cosas prometidas ha perecido por caso fortuito, y la otra por culpa del deudor, este está obligado por el valor de la última. (L. 95, § 1°, Tít. 3°, Lib. 46, Dig.). Si la primera ha perecido por culpa del deudor, y la otra por caso fortuito, el Derecho Romano, prescindiendo de los principios estrictos, da al acreedor, por motivos de equidad, una accion de dolo para demandar el valor de la cosa que habia perecido la última. Si las dos cosas han perecido por culpa del acreedor, el deudor puede reclamar el valor de la que quiera (L. 55, Tít. 2°, Lib. 9°, Dig.) á no ser que el acreedor no tuviese la eleccion, porque en este caso el deudor no podria demandar sinó el valor de la última que hubiese perecido. (L. 95 [§ 1°], Tít. 3°, Lib. 46, Dig.). Si la primera ha perecido por culpa del acreedor, y la otra por caso fortuito, el deudor es libre y puede demandar el valor de la primera. (L. 55, Tít. 2°, Lib. 9°, Dig.). [De Maynz, § 276, notas 13 á 26].

Art. 8°. — L. 18, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 9ª, Tít. 14, Part. 5ª. [De Acevedo 1402°]. — Código Francés, art. 1195. [Chile 1504° inc. 1°; Freitas 958° n° 1°].

---

[6] Hay impropiedad en referirse á obligaciones de *entregar cosas*, pues toda obligacion es de dar, de hacer ó de no hacer (art. 495), con las modalidades ó circunstancias de lugar tiempo, condicion, etc. Vé artículo 636 inc. 2°.

En los dos casos de nuestro artículo, el deudor responderá tambien de los daños é intereses: artículos 579, 585, 603, 608, 610, 613, 616 y su argumento.

Los efectos *accidentales* de la obligacion alternativa se hallan legislados de una manera sábia y completa en el artículo 958 de Freitas. Puede tambien consultarse á Demolombe, XXVI, 93 á 97.

TÍTULO X

De las obligaciones facultativas

643. Art. 1°. — Obligacion facultativa es la que no teniendo por objeto sinó una sola prestacion, da al deudor la facultad de sustituir esa prestacion por otra. *Aubry y Rau*, § 300 *nota* 5ª; *Freitas* 963°.

644. Art. 2°. — La naturaleza de la obligacion facultativa se determina únicamente por la prestacion principal que forma el objeto de ella. *Aubry, allí, n°* 1°. [1]

645. Art. 3°. — Cuando la obligacion facultativa es nula por un vicio inherente á la prestacion principal, lo es tambien aunque la prestacion accesoria no tenga vicio alguno. *Aubry n°* 2°. [Vé art. 650].

646. Art. 4°. — El acreedor de una obligacion facultativa puede, en la demanda de pago, no comprender sinó la prestacion principal. *Aubry n°* 3°.

647. Art. 5°. — La obligacion facultativa se estingue cuando la cosa que forme el objeto de la prestacion principal perece sin culpa del deudor, [2] ó antes que este se haya constituido en mora, ó porque se hubiese hecho imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestacion accesoria no hubiese perecido, y fuese posible su entrega. *Aubry n°* 4°. [Art. 889 etc.].

648. Art. 6°. — Si el objeto de la prestacion principal hubiese perecido ó se hubiese hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido ó la cosa que era el objeto de la prestacion accesoria. [3]

649. Art. 7°. — No tendrá influencia alguna sobre la prestacion principal, ni la pérdida ó deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho ó de la omision que constituye el objeto de la prestacion accesoria. *Freitas* 965°.

650. Art. 8°. — La nulidad del acto jurídico por motivo del objeto de la prestacion accesoria no induce nulidad en cuanto á la prestacion principal. *Freitas* 966° *inc.* 1°. [Vé art. 645].

651. Art. 9°. — En caso de duda [sobre] si la obligacion es alternativa ó facultativa, se tendrá por alternativa. *Chile* 1507°; *Freitas* 968°.

Art. 2°. — Por ejemplo, si es *ó no* [suprímase] obligacion divisible ó indivisible. [De Aubry, allí].

Art. 9°. — Código de Chile, art. 1507. — Son muy notables las diferencias entre la obligacion facultativa y la obligacion alternativa:
La primera comprende una sola prestacion y la segunda varias. En la obligacion facul-

---

[1] Se infiere de aquí lo que hemos establecido en la nota 11 al artículo 549, que los efectos de las obligaciones facultativas son los mismos de las obligaciones en general segun fuere la naturaleza de su objeto.

[2] Esta conjuncion *ó* está demas: vè artículos 890 y 893.

[3] Y los daños é intereses que se hayan causado: vé nuestra nota al artículo 641. — Compara el presente con el artículo 890; pues ningun Código ó escritor autoriza á reclamar jamás, el objeto de la prestacion, y esto desnaturaliza el carácter distintivo de la obligacion *facultativa*. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 651, y á Marcadé, IV, 591.

TÍTULO XI

De las obligaciones con cláusula penal

652. Art. 1°. — La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligacion, se sujeta á una pena ó multa en caso de retardar ó de no ejecutar la obligacion. *De Chile, allí.* [1]

653. Art. 2°. — La cláusula penal solo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, ó cualquier otra prestacion que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor ó de un tercero. *De Freitas* 991°. [Vé arts. 504 y 1831].

654. Art. 3°. — Incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligacion en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo. *Acevedo* 1434° *inc.* 1°. [2]

tativa, la prestacion accesoria no forma objeto de la obligacion ni la caracteriza: es meramente adjunta para facilitar el pago. Entre tanto, el carácter de una obligacion alternativa queda en suspenso hasta que se verifique el pago, y se determina segun la prestacion por medio de la cual el pago se ha efectuado.

En la obligacion alternativa basta para su validez que una ú otra de las prestaciones comprendidas en la obligacion esté exenta de vicios, cuando en la obligacion facultativa basta para invalidarla el vicio en la prestacion principal, aunque no lo haya en la obligacion accesoria.

En la obligacion alternativa el acreedor debe pedir el pago de las diferentes prestaciones que forman el objeto de la obligacion, dejando al deudor la libertad de cumplir con la que eligiere, miéntras que en la obligacion facultativa basta que pida la prestacion principal.

La obligacion alternativa no se estingue sinó cuando las diversas cosas que formen el objeto de la prestacion comprendidas en la obligacion, hubiesen todas perecido sin culpa del deudor, y ántes que este se hubiese constituido en mora [art. 642]; y la obligacion facultativa se estingue cuando hubiese perecido [vé art. 648] el objeto de la prestacion principal, aunque existiera el de la prestacion accesoria. Sobre estas diferencias, véase Aubry y Rau § 300. [De quienes es tomada esta nota].

Art. 1°. — Cód. de Chile, art. 1535. — L. 1ª, Tít. 11, Lib. 1°, Fuero Real. — L. 34, Tít. 11, Part. 5ª. — Código Francés, art. 1126 [léase 1226]. — De Nápoles, art. 1179. — Sardo, art. 1316. — Holandés, art. 1340. [De Goyena 1079°, y Acevedo 1427°].

Art. 3°. — L. 37, al fin, Tít. 11, Part. 5ª. [De Acevedo, allí].

---

[1] Previsto el caso de retardo, ¿se entiende comprendido el de inejecucion, y *vice-versa*? Demolombe en su tomo XXIV, n°s 573 y 609, contesta negativamente esta cuestion, pero se contradice en el tomo XXVI n° 636. Nosotros creemos que es una cuestion de hecho, en que la voluntad de los contratantes debe ser esplorada cuidadosamente.

¿El *retardo* es aquí sinónimo de *mora*? El artículo 654 autoriza á responder negativamente. Vé el 659. En contra, el artículo 1230 francés.

Cuando la pena se causa por el simple retardo ó por la mora (art. 659) ¿se podrá reclamar tambien daños é intereses por la inejecucion? Creemos que sí; pero esto debe entenderse con la modificacion consignada en el artículo 660.

[2] Lo mismo dirémos en los demas casos previstos en el artículo 660. No importa que el deudor sea inculpable (vé art. 511); pero si el que tenia derecho á la pena impidiere voluntariamente el cumplimiento de la obligacion, el deudor no incurrirá en aquella: argumento del artículo 538 y de varias leyes romanas (Maynz, § 343 nota 16); Pothier, *Obligat.* n° 350, al fin; Demolombe, XXVI, 690).

Compara este artículo con el siguiente y agrega el 665, de que se colige que si el caso fortuito estingue absolutamente la obligacion principal tambien queda estinguida la cláusula penal.

655. Art. 4°. — La pena ó multa impuesta en la obligacion, entra en lugar de la indemnizacion de perjuicios é intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho á otra indemnizacion, aunque pruebe que la pena no es indemnizacion suficiente. [Arts. 522 y 1190]. [8]

656. Art. 5°. — Para pedir la pena, el acreedor no está obligado á probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno. *Freitas* 993° *y* 943°; *Chile* 1542°.

657. Art. 6°. — El deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer, desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó á abstenerse. *Chile* 1538° *inc.* 2°; *Goyena, á su art.* 1082, *etc.*

658. Art. 7°. — El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligacion, pagando la pena, sinó en el caso en que espresamente se hubiese reservado este derecho. *De Freitas* 1002°; *Maynz* § 343, *nota* 20. [Vé art. 631].

659. Art. 8°. — Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligacion y la pena, sinó una de las dos cosas, á su arbitrio, á ménos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, ó que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda estinguida la obligacion principal. *De Chile* 1537°; *Maynz* § 343 *notas* 21 *y* 22. [Vé art. 652].

660. Art. 9°. — Si el deudor cumple solo una parte de la obligacion, ó la cumple de un modo irregular, ó fuera del lugar ó del tiempo á que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen. *Freitas* 998°, *y Chile* 1539°.

661. Art. 10. — Sea divisible ó indivisible la obligacion principal, cada uno de los codeudores ó de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sinó en proporcion de su parte, siempre que sea divisible la obligacion de la cláusula penal. *Freitas* 999°. [Vé art. 711].

662. Art. 11. — Si la obligacion de la cláusula penal fuere indivisible, ó si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, ó de los coherederos del deudor, queda obligado á satisfacer la pena entera. *Freitas* 1000° *n°* 1°. [Vé art. 698].

663. Art. 12. — La nulidad de la obligacion principal causa la nulidad de la

Art. 4°. — Código Francés, art. 1129 [léase 1229]. — De Nápoles, art. 1182. — Sardo, art. 1319, y respecto á la mora del deudor, Código Francés, art. 1230. — Holandés, art. 1344. — De Nápoles, art. 1183. — Sardo, art. 1320. [De Goyena 1081° y 1082°].

Art. 8°. — Código de Chile, art. 1537. — LL. 34 y 35, Tít. 11, Part. 5ª. — Código Francés, art. 1128 [léase 1228 y 1229 inc. 2°]. — De Nápoles, art. 1181. — Sardo, art. 1318. — L. 28, Tít. 1°, Lib. 19, Dig. [de Goyena 1081°]; L. 16, Dig. *De trans.* [Tít. 15, Lib. 2°].

Art. 9°. — L. 9ª, Tít. 20, Lib. 3°, Fuero Real. — L. 199 *De Estilo.* — Código Francés, art. 1231. — Sardo, art. 1321. — Holandés, art. 1345. — De Nápoles, art. 1184. — L. 9ª, Tít. 11, Lib. 2°, Dig. [De Acevedo 1435, y Goyena 1085°].

---

[8] Este artículo no dice como los demás Códigos (Francés 1230°; Goyena 1081°; Freitas 992° etc.), que para exigir la pena es indispensable que el deudor esté constituido en mora, pero su redaccion es vaga y no armoniza con el anterior.

cláusula penal; pero la nulidad de esta deja subsistente la obligacion principal. *Cód. Francés* 1227°. [Vé arts. 525 y 666].

664. Art. 13. — Subsistirá, sin embargo, la obligacion de la cláusula penal, aunque la obligacion no tenga efecto, si ella se ha contraido por otra persona, para el caso de no cumplirse por esta lo prometido. *De Chile* 1536° *inc.* 2°. [a]

665. Art. 14. — Si la obligacion principal se estingue sin culpa del deudor queda tambien estinguida la cláusula penal. *Freitas* 997°. [Arts. 525 y 889].

666. Art. 15. — La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligacion que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley. *Acevedo* 1430°. [b]

—

TÍTULO XII

De las obligaciones divisibles é indivisibles (*a*)

CAPÍTULO I

DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES

[Vé art. 2183.]

667. Art. 1°. — Las obligaciones son divisibles, cuando tienen por objeto pres-

Art. 12. — L. 56, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 6ª, Tít. 11, Lib. 1°, Fuero Real. — Código Francés, art. 1227. — Napolitano, art. 1180. — Sardo, art. 1341 [léase 1317]. — Holandés, art. 2115 [léase 1341]. — La obligacion de la cláusula penal es solo una obligacion accesoria. [De Goyena 1080°, y Acevedo 1429°].

Art. 15. — L. 38, Tít. 11, Part. 5ª [De Acevedo, allí]. — Pero véase L. 129, § 1°, Dig. *De Reg. juris.* [Tít. 17, Lib. 50; que Acevedo cita al pié de nuestro art. 663. L. 38, § 17, Tít. 16, Lib. 50].

(a) Hemos creido necesario poner algunas notas esplicativas en esta materia, para que se conozcan los principios de donde partimos, muy diferentes de los que sirven de base á todos los Códigos publicados en Europa y América, que no hicieron sinó seguir á la letra al Código Francés. Algunos comentadores de este, y otros jurisconsultos de los últimos tiempos han hecho ver los errores del Código de Napoleon, que hace un laberinto inesplicable en sus resoluciones. Por esto no haremos concordancia con los Códigos existentes, y nuestros fundamentos serán únicamente las Leyes de Partida, y el Derecho Romano, donde se hallan los verdaderos principios de esta materia. [No lo creemos].

---

[a] Freitas, artículo 996; Aubry, § 309 nota 2; Demolombe, XXVI, 640 y 641, etc. — Es decir, cuando se promete el hecho de un tercero y este se niega á cumplirlo, el promitente incurre en la pena; aunque segun el artículo 1162 parece que la promesa debia ser nula. Instituciones, Libro 3°, Título 20, § 19. Compara con Maynz, § 291 notas 2 á 4. Sin embargo, no hay en este caso una escepcion al artículo 663 precedente, pues la obligacion principal es válida y dá accion á los daños y perjuicios. Vé los artículos 1164 y 655.

[b] Este artículo debió seguir al 663, á que sirve de escepcion y complemento á la vez. — Nuestro artículo no distingue si la cláusula penal ha sido contraida por un tercero ó por el propio obligado: vé artículo 518 con nuestra nota.

Al esceptuar las obligaciones reprobadas por la ley, que comprenden las deudas de juego no permitido, este artículo viene á modificar la disposicion absoluta de dicho artículo 518.

taciones susceptibles de cumplimiento parcial. Son indivisibles, si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sinó por entero. *Freitas* 969°. [Vé art. 1389].

668. Art. 2°. — La solidaridad estipulada no da á la obligacion el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligacion la hace solidaria. *Freitas* 988° *inc.* 2°; *Cód. Francés* 1229°; *Aubry* § 301 *n*°s 13 *y* 14. [1]

Art. 1°. — L. 2ª [§ 1°], Tít. 1°, Lib. 45, Dig. — Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 31. — Maynz, Derecho Romano, § 276 [léase 277]. — El Código Francés en el artículo 1217 define del modo siguiente las obligaciones divisibles é indivisibles: « La obligacion es divisible ó indivisible, segun ella tenga por objeto una cosa que en su entrega, ó un hecho que en su ejecucion es ó no susceptible de division, sea natural ó intelectual. » [Vé arts. 3984 y 4002]. Los Códigos de Europa copian á la letra esta definicion; pero Marcadé observa que solo se refiere á la ejecucion de la obligacion, y no al objeto de ella al contraerse. La Ley Romana [tomada de Goyena 1071°] es mas clara y enteramente conforme con nuestro artículo: « *Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partis præstationem recipiunt* (son divisibles), *veluti cum decem dari stipulamur; quædam non recipiunt, ut in his quæ natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur: quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, satis stipulationi non fit* (no se satisface ó cumple la obligacion si no se dan por entero ó totalmente), *veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas.* »

Art. 2°. — Las obligaciones divisibles, como las obligaciones solidarias, son en verdad exigibles en su totalidad, de parte de cada uno de los acreedores contra cada uno de los deudores; pero este efecto comun á estas dos especies de obligaciones, procede en la obligacion solidaria del título mismo que la constituye como tal, miéntras que en la obligacion indivisible, ese efecto no es sinó el resultado de la imposibilidad de cumplir parcialmente la prestacion que es el objeto. En una obligacion indivisible cada uno de los deudores no deberia pagar, y cada uno de los acreedores no podria reclamar sinó su parte, si la prestacion fuese susceptible de cumplimiento parcial, miéntras que en la obligacion solidaria, cada deudor debe pagar y cada acreedor puede exigir el cumplimiento total, aunque sea posible ó fácil hacer pagos parciales (Aubry y Rau, § 391). [Léase 301].

Marcadé dice: « Si en la obligacion indivisible cada uno de los deudores, sean deudores primitivos, sean representantes de un deudor único, debe la cosa entera, no es como la obligacion solidaria por una cualidad inherente á la persona, que seria verdaderamente acreedora ó deudora, sinó solamente por la calidad de la cosa, la cual no es susceptible de partes. De este principio se derivan consecuencias importantes: 1ª Aun cuando se reconozca á uno de los acreedores solidarios, el derecho de librar plenamente al deudor, haciéndole remision de la deuda [art. 707], (Pothier n° 263) no se admite [vé art. 687] este derecho para uno de los acreedores de la cosa indivisible (Pothier n° 327), porque él no es personalmente dueño del crédito, pues si es autorizado á recibirlo por entero, es únicamente á causa de la naturaleza de la cosa debida; 2ª el uno de los acreedores no es dueño de estinguir el crédito trasformándolo en otra clase de crédito, ni de librar al deudor recibiendo el precio del objeto debido en lugar del objeto mismo; 3ª Y recíprocamente, como el deudor respecto de muchos acreedores no debe todo á cada uno de ellos, sinó por la imposibilidad de dividir la cosa en muchas partes y no personalmente, se sigue que la remision hecha por uno de los acreedores, ó la recepcion [léase *recibo*] consentida por él, del precio de la cosa, tendria el efecto de disminuir la deuda (sobre el art. 1224, cap. 1° *De las obligaciones divisibles).* [2]

---

[1] Hay, pues, impropiedad en usar de la palabra *solidarios* en el artículo 3778.

[2] La obligacion indivisible difiere tambien de la solidaria: 1° en que esta pierde su carácter al trasmitirse á los herederos, y aquella le conserva: artículos 712, 686, 3778 y su argumento, y 3997; 2° Por el contrario, la última no sufre cambio, y la primera se hace divisible, cuando se convierte en daños y perjuicios: artículos 669, 686 en la nota, y 1209 y su argumento. Vé nuestra nota 13, y el artículo 710; Maynz, § 277 nota 40; Savigny, § 31 al fin; Demolombe, XXVI, 610; Chile, 1533° inc. 1°; Freitas, 986° n° 1°; 3° Difieren en las disposiciones respectivas de los artículos 688 y 706; 4° La suspension de la prescripcion no aprovecha al codeudor solidario, pero sí al codeudor de una obligacion indivisible: artículos 3984 y 3983 con su nota; 5° Los Códigos y escritores de derecho autorizan al codeudor de una obligacion indivisible demandado, para citar al juicio á sus codeudo-

669. Art. 3°. — Las obligaciones de dar son divisibles cuando tienen por objeto entregas de sumas de dinero ó de otras *cantidades*, ó cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie, que sea igual al número de acreedores ó deudores, ó á su múltiple. *Freitas* 973° *n*°s 1° *y* 2°. [Vé arts. 606, 683, nota al 616, etc.].

Art. 3°. — La Ley Romana dice: « *Quotiens autem genere stipulamur numero fit inter eos* (herederos) *divisio.* » En el caso del artículo no se trata de la obligacion de género que tenga por objeto una sola cosa, sinó la que tenga por objeto un número de cosas que corresponda al número de acreedores ó deudores. [De Freitas, allí].

Para que se comprenda exactamente la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas, nos permitimos trascribir lo que Savigny dice á este respecto: « Si buscamos qué es lo que constituye la divisibilidad de las cosas, nos es preciso ante todo reconocer que en el sentido natural de las palabras, todas las cosas son susceptibles de descomposicion en partes, y por consiguiente son divisibles. Si, pues, dividimos las cosas en divisibles é indivisibles, no es sinó con respecto á las relaciones de derecho que tienen una cosa por objeto. Los inmuebles, en tanto que son partes constitutivas de la superficie de la tierra entera, no pueden ser limitados como unidades especiales sinó por la voluntad del hombre; pero es de la esencia de esta voluntad ser inconstante y variable. Es posible pues, crear entre límites ya fijados, nuevos límites mas estrechos ó pequeños. Esta facultad es la que funda la divisibilidad ilimitada del suelo. Aunque las partes aisladas puedan diferir en bondad y valor, son siempre idénticas á sí mismas, y al todo original.

« Solo el suelo sobre que reposa una construccion no es divisible, porque forma un todo independiente, un todo artificial, cuya descomposicion destruiria la idea de este todo.

« No sucede asi con las cosas muebles. Ellas aparecen en el espacio como unidades. Cada unidad constituye un todo independiente, ya un todo natural como los animales vivos, ya un todo artificial como las obras de arte. Estas unidades son, sin duda, siempre divisibles en sí mismas, pero bajo una relacion jurídica las llamamos indivisibles, y las tratamos como tales en dos casos distintos: 1° cuando la division destruye la idea del todo, de modo que las partes no sean ya idénticas consigo mismas y con el todo, como en los animales vivos, en las obras de arte, etc.; 2° cuando la division deja subsistentes partes idénticas, pero con una disminucion de valor en el todo, como en el caso de dividir piedras preciosas, espejos, cristales, etc. Nos resta aún despues de esto, las cosas muebles completamente divisibles, que son aquellas cuya division no destruye la idea del todo, ni disminuye el valor total, como en las masas de metal bruto.

« De estas consideraciones resulta que la division de cosas inmuebles ó de cosas muebles es de una naturaleza esencialmente distinta. Para las primeras, la division se causa por un simple cambio de límites que no ejerce sobre las cosas mismas ninguna influencia aparente. Para las segundas, se efectúa por medio de una destruccion material, lo que modifica el estado aparente de la cosa.

« Esta diferencia entre cosas muebles é inmuebles, aparece aún en la reunion de cosas aisladas para formar un todo nuevo. Respecto á los inmuebles, la reunion de muchos campos ó territorios se causa por el mismo procedimiento que hemos señalado para la division, á saber, por el simple establecimiento de límites nuevos. En cuanto á las cosas muebles, el todo nuevo, artificial, no consiste sinó en la designacion y uso comun, sin ninguna trasformacion aparente de las cosas aisladas, contenidas en este todo, como la formacion de una biblioteca, de un rebaño de ganados, etc.

« Las dos especies de trasformacion, division y reunion, se encuentran principalmente respecto de las *cantidades*. La naturaleza propia de ellas [léase *estas*] consiste en que no son determinadas sinó por el número, peso ó medida, porque en ellas la unidad originaria no tiene valor propio ni carácter individual. La unidad originaria, por ejemplo, es el grano de trigo aislado, todo indivisible, porque su division produciria partes heterogéneas; pero estas unidades reunidas en grandes masas son individualizadas haciendo la division por número, medida ó peso. En cuanto á los cuerpos líquidos no hay unidad originaria, pero ella se crea artificialmente encerrándolos en cuerpos sólidos. » [*Derecho de las Obligaciones*, Tomo 1°, pags. 335 á 339, § 29].

Nosotros podemos decir que con la division de las cosas corporales é incorporales, llamando cosas incorporales á las obligaciones, y estableciendo arbitrariamente la division meramente intelectual, quedan muy pocas cosas indivisibles. En este Título prescindimos

---

res, derecho que no se reconoce en el codeudor solidario. Código Francés 1225°; Demolombe, XXVI, 599 á 609, etc.; Maynz, § 277 nota 48°, al fin.

Otras tres diferencias se hallarán en el artículo 810 y nuestra nota á él; en los artículos 851 y 853 y en la nota 59 al 3779.

670. Art. 4°. — Las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestacion de hechos, determinados solamente por un cierto número de dias de trabajo, ó cuando consisten en un trabajo dado, segun determinadas medidas espresadas en la obligacion, como la construccion de un muro, estipulada por metros ; pero cuando la construccion de una obra no es por medida, la obligacion es indivisible. *De Freitas* 974°, *y Savigny* § 32 *A.*

671. Art. 5°. — En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligacion se decide por el carácter natural de la prestacion, en cada caso particular. *Savigny* § 32 *pág.* 375. [Vé art. 685]. [3]

de ambos antecedentes, que no han servido sinó para producir la mayor confusion en esta materia. [De Freitas 984° n° 1°. Vé nuestro art. 3984].

Podemos decir tambien, que la division material de las cosas, objeto de las obligaciones, no se permite, cuando por la alteracion de sus formas se hacen ménos útiles ó productivas. LL. 2ª, Tít. 3° [léase 4°], Lib. 3°, Fuero Real; 10, Tít. 15, Part. 6ª; 2ª, Tít. 11, Part. 6ª. [Dr. Velez, sobre el Alvarez, n° 838].

Art. 4°. — Véase Maynz, § 276, y las Leyes Romanas citadas en las notas 11 y siguientes, Savigny, § 32. — La construccion de una casa, por ejemplo, es un hecho divisible, cuando se considera esta construccion en sí misma como un hecho susceptible de cumplirse sucesivamente y por partes. Pero en la obligacion de construir una casa se mira ménos el hecho transitorio de la construccion, que su resultado final y permanente, la casa que construir. Una casa no existe como tal sinó por la reunion de todas las partes que la forman: ella es indivisible en su forma específica ; su construccion es por lo tanto, igualmente indivisible desde que viene á ser el objeto de una obligacion. Las mismas observaciones se aplican á toda empresa que tenga por objeto una [cosa de una] forma determinada. Tal es tambien la obligacion de entregar un terreno destinado, segun la intencion de las partes, para una construccion que exige la totalidad del terreno. Aunque un terreno, considerado en sí mismo sea divisible, cesa de serlo cuando viene á ser el objeto de una obligacion en la cual es considerado como un lugar destinado á una construccion, ó á otro uso que exige la totalidad de este terreno (Pothier, *Oblig.* n° 293 [y 296]. — Aubry y Rau, § 301, notas 8ª y 9ª). [De Aubry, allí].

Art. 5°. — « Si os habeis obligado, dice Marcadé, á no cortar sinó cincuenta hectáreas del bosque de vuestro campo para que yo pueda cazar en las restantes, y cortais cien hectáreas, vuestra obligacion queda violada en parte. Ella es pues divisible aunque consiste *in non faciendo.* » (Sobre el art. 1228 [léase 1218] del Cód. Francés). Savigny agrega: « En las obligaciones que tienen por objeto una omision *(non faciendi obligationes)*, para juzgar de su divisibilidad ó indivisibilidad, todo depende de saber si el acto de que el deudor ha prometido abstenerse, puede en sí mismo ser igualmente cumplido por cada uno de los herederos, ó si cada uno no puede cumplirlo sinó por parte. En el primer caso la obligacion misma es indivisible ; en el segundo es divisible. » « Cuando alguno estipula con su vecino, *per te non fieri, neque per heredem tuum quo minus nihil* [léase *mihi*] *ire agere per fundum tuum liceat,* esta obligacion es indivisible, porque despues de la muerte del deudor, un obstáculo efectivo puede provenir de todos los herederos ó de uno de ellos, y en el interés del acreedor es del todo indiferente saber cual es el autor. Cuando al contrario, un deudor estipula con su acreedor, *non amplius agi* (no demandarlo en adelante) y el acreedor muere, la estipulacion se divide entre sus herederos, porque no es posible á cada heredero intentar la accion originaria sinó por su parte hereditaria, y por consiguiente no puede violar la estipulacion, sinó por parte. L. 4ª, § 1°, [Tít. 1°, Lib. 45], *De Verb. Oblig.* — Savigny, § 32. [*Derecho de las Obligaciones.* Maynz, § 277, nota 15].

---

[3] Doumoulin, Parte III, n° 112 ; Pothier, n° 290 ; Duranton, XI, 253 ; Marcadé sobre el artículo 1218; Aubry y Rau, §§ 301 n° 6° y 355 n° 6°; Demolombe, XXVI, 528. Solo Molitor opina con los antiguos doctores. Se equivoca, pues, el Dr. Freitas, cuando dice que la opinion general es la de la indivisibilidad, y que solo Marcadé la impugna.

Freitas dá la razon por qué las obligaciones *non faciendi* (de no hacer) son indivisibles, diciendo que *no hay materia* á que pueda aplicarse la division. Y ¿por qué, dice el Codificador Brasilero, falta materia que dividir? ¿Y la obligacion misma? Porque si falta materia divisible, faltará igualmente materia indivisible. Solo la nada no tiene cualidades: *nullus ens nulla qualitas.* La abstencion, lo mismo que el cumplimiento ó no cumplimiento, puede ser parcial, y no repugna su division.

672. Art. 6°. — Las obligaciones alternativas que tienen por objeto prestaciones de naturaleza opuesta, no son consideradas como divisibles ó indivisibles sinó despues de la opcion del acreedor, ó del deudor con conocimiento del acreedor. *Freitas* 970°. [Vé arts. 637 y 641].

673. Art. 7°. — Las obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles. El acreedor no puede ser obligado á recibir pagos parciales, ni el deudor á hacerlos. *Freitas* 975°. [Art. 742].

674. Art. 8°. — Si la obligacion se contrae entre muchos acreedores y un solo deudor, ó entre muchos deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese convenido. [Vé arts. 691, 2690, 3487 y 3500].

675. Art. 9°. — Si en las obligaciones divisibles hubiere muchos acreedores ó muchos deudores originarios ó por sucesion, cada uno de los acreedores solo ten-

Art. 6°. — Freitas pone los ejemplos siguientes: Si alguien se obliga á entregar un cierto número de botellas de vino, de una ó de otra de dos pipas que tiene, esta obligacion alternativa debe ser luego considerada como divisible, porque las dos prestaciones de la alternativa, tienen por objeto la entrega de cantidades.

« Si alguien se obliga á entregar un cierto número de botellas de vino, ó á hacer un determinado servicio, no será posible saber si esta obligacion alternativa es divisible ó indivisible, sinó despues que haya elegido el acreedor ó el deudor, ó despues que hayan escogido los coheredores de estos, entre los dos objetos de la alternativa. La razon es que una de estas prestaciones es divisible miéntras que la otra, la de prestar un servicio, es indivisible.

« El Derecho Romano consideraba la obligacion alternativa como indivisible, aunque las dos prestaciones comprendidas en ella fuesen divisibles. Si ella fuese divisible, se decia, el deudor en los casos que le correspondiese la eleccion, podria dar parte de una de las cosas comprendidas en la obligacion. Pero esta razon es de ningun valor, porque es de la naturaleza de las obligaciones alternativas, no estar el deudor obligado á todas las prestaciones comprendidas en la obligacion, sinó á una ó á otra de ellas íntegramente. Es entónces imposible que pudiese hacer el pago con parte de una de las cosas, y con parte de la otra. » [Vé á Savigny, § 32 cit., págs. 377 y 378].

Art. 7°. — [Maynz, § 277 nota 17]. Es consecuencia de las LL. 1ª, 2ª, 3ª y 8ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 9ª, Tít. 20, Lib. 3°, Fuero Real. — L. 9ª, Tít. 43, Lib. 8°, Cód. Rom. — L. 41 [§ 1°], Tít. 1°, Lib. 22, Dig. — Cód. Francés, art. 1220. — Napolitano, art. 1173. — Sardo, art. 1310. [De Goyena 1094° y 1073°].

Las obligaciones no se distinguen en divisibles é indivisibles sinó cuando son muchos los acreedores ó los deudores. Habiendo un solo acreedor y un solo deudor, la obligacion por divisible que sea, debe siempre tener una ejecucion íntegra sin ser jamás susceptible de pagos parciales. Es solo á la muerte de un deudor ó de un acreedor que dejan muchos sucesores, cuando la obligacion existente originariamente entre un solo acreedor y un deudor, puede dividirse, si es susceptible de division. No seria preciso que sucediese la muerte de una de las partes para aplicar los principios de la divisibilidad, si la obligacion se formase desde el principio por muchos acreedores, ó contra muchos deudores, ó si el acreedor único vendiese su crédito á muchas personas.

Téngase presente que, cuando por la muerte de una de las partes, el derecho se divide entre sus herederos, no es en partes viriles, es decir, en tantas partes cuantos sean los herederos, sinó en proporcion de la parte por la cual cada uno de los herederos representa al difunto. Si, pues, el difunto deja dos herederos, el uno por dos tercios y el otro por un tercio, el primero será deudor ó acreedor por dos tercios, y el segundo por un tercio de la obligacion. [Art. 3487 y nota al 3492].

Respecto á la deuda de la obligacion debemos decir que por la division de esta, no se divide en muchas deudas. Es solo una deuda dividida en muchas partes, y que solo es pagadera en porciones, porque lo es por muchas personas ó á muchas personas. Si despues de la muerte de un acreedor que ha dejado dos herederos, uno de estos muere dejando por sucesor al coheredero, este, resultando ser el [acreedor] único de la deuda única, no tendria derecho el deudor para hacerle el pago en dos porciones, pues la deuda única habia cesado de ser pagadera á muchos. [Marcadé, IV, 637 y 638].

drá derecho para exigir su parte en el crédito; y el deudor que hubiese pagado toda la deuda á uno solo de los acreedores, no quedará exonerado de pagar la parte de cada acreedor; y recíprocamente, cada uno de los deudores solo podrá estar obligado á pagar la parte que le corresponda en el crédito, y podrá repetir todo lo demas que hubiere pagado. *Freitas* 976° *n*os 1° *y* 2°. [Vé arts. 3487, 3500, 3488, 693, 732, 790 n° 6° y 3493].

676. Art. 10.— Esceptúanse de la última parte del artículo anterior los casos siguientes: —

1° Cuando la deuda fuese de un cuerpo cierto, y éste se hubiese dado á uno de los herederos por el acto de la division de la herencia; [Vé nuestra nota (a) y el art. 3780].

2° Cuando uno de los deudores, ó uno de los coherederos del deudor tuviese á su cargo el pago entero de la deuda, en virtud del título de la obligacion, ó por haberse así determinado en la division de la herencia. [Vé art. 692].

Art. 9°. — Véanse L. 10, Tít. 1°, Lib. 10. Nov. Rec. y L. 5ª, Tít. 6°, Part. 6ª [léase Tít. 2°, Part. 5ª]. — Savigny, § 33. [Son preferibles las citas del art. 2026].

El Código Francés, despues de establecer en el artículo 1220, casi igual al nuestro, que los herederos del deudor solo están obligados á pagar la parte de la deuda que corresponda á su parte hereditaria, crea en el artículo 1221 cinco escepciones al principio, las que nosotros reducimos á dos: « El principio establecido, dice, en el artículo precedente, tiene respecto de los herederos del deudor, las escepciones siguientes: —

« 1° En el caso en que la deuda es hipotecaria;

« 2° Cuando ella es de un cuerpo cierto;

« 3° Cuando se trata de una deuda alternativa de cosas, que quedan á eleccion del acreedor, de las cuales una es indivisible;

« 4ª Cuando uno de los herederos del deudor está él solo encargado, por el título, de la ejecucion de la obligacion;

« 5ª Cuando resulta, sea de la naturaleza de la obligacion, sea de la cosa que [forma] *hace* el objeto de ella, sea del fin que se hubiese propuesto en el contrato, que la intencion de los contratantes ha sido que la deuda no pudiese pagarse parcialmente. »

La circunstancia de que uno de los herederos esté en posesion del inmueble hipotecado á la deuda, no cambia en nada el principio de que la obligacion se divide entre los herederos del deudor. La hipoteca ó la prenda son accesorios [art. 524] de la obligacion, y por lo tanto *no pueden alterar* la naturaleza de la obligacion principal [vé nota al art. 812, etc.], que tenia por objeto la entrega de cosas divisibles. La hipoteca no confiere al acreedor ningun poder sobre la cosa hipotecada, sinó para el efecto de asegurar el cumplimiento de la obligacion. La cosa hipotecada no ha de ser entregada al acreedor, porque no es el objeto de la prestacion constitutiva de la obligacion principal: debe ser vendida para el pago, si el deudor no lo ejecuta. El heredero del deudor, poseedor de la cosa hipotecada, no puede ser perseguido por el pago, como heredero y deudor personal. Si lo es, es por razon de otro principio que no tiene que ver con la division de las obligaciones. El acreedor hipotecario puede perseguir el inmueble hipotecado y á los poseedores del inmueble, aunque estos poseedores no sean herederos del deudor, ó sean completamente estraños á la deuda. Si pues, el heredero poseedor puede ser perseguido por el todo, no es por una escepcion al principio de la division de la deuda entre él y sus coherederos, sinó como tenedor de la cosa hipotecada, como lo seria cualquier estraño á la sucesion, á quien pasase la posesion del inmueble hipotecado. El principio, pues, al cual el Código Francés pretende poner una escepcion, queda completamente intacto. — Véase Aubry y Rau, § 301, nota 26. [Compárese con lo que dicen en la 4ª edicion].

Otra escepcion pone el artículo citado, y es en el caso de una deuda alternativa de cosas, de las cuáles la una es indivisible, y su eleccion pertenece al acreedor. Pero es claro que si el pago por parte viene á ser entónces imposible, es porque la cosa elegida es indivisible, y la deuda viene á ser por supuesto tambien indivisible. Si la deuda es indivisible, no es entónces el caso de que habla el Código Francés, una escepcion al principio del pago por partes en las deudas divisibles. [4] (Véase Marcadé sobre el art. 1221). [Lo que precede es tomado de este, y de Freitas, nota á su art. 977].

---

[4] A la misma crítica está sujeto el n° 1° del artículo 676 siguiente, y debe ser eliminado, puesto que la obligacion de dar un cuerpo cierto es indivisible: artículo 679.

En el primer caso, el poseedor del objeto de la obligacion deberá entregarlo por entero al acreedor, sin que pueda ofrecer la parte sola correspondiente á su parte hereditaria, y sin perjuicio de la responsabilidad de los otros coherederos. En el segundo, el deudor *podrá* ser demandado por el todo de la obligacion, salvo sus derechos respecto á los otros coherederos. *De Marcadé y de Freitas* 977° *n°* 3°. [Vé art. 3499]. [1]

677. Art. 11. — Si uno ó varios de los co-deudores fueren insolventes, los otros co-deudores no están obligados á satisfacer la parte de la deuda que á aquellos correspondia. *Freitas* 981° *n°* 4°. [Arts. 694 y 3497]. [2]

678. Art. 12. — La suspension de la prescripcion respecto á alguno de los deudores, no aprovecha ni perjudica á los otros acreedores ó deudores. *Freitas* 981° *n°* 5°; *Aubry* § 303 *n°* 3°. [3]

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

679. Art. 13. — Toda obligacion de dar un cuerpo cierto es indivisible. *Freitas, nota á su artículo* 984.

Art. 13. — Freitas pone una larga nota al *n°* [léase art.] 984 de su proyecto, sosteniendo la doctrina de que la obligacion de entregar cuerpos ciertos, sea cual fuere el objeto con que se hiciese, es indivisible, contra lo que disponen algunas leyes romanas y los comentadores del Código de Napoleon. Hace ver que toda la confusion que hay en la materia, ha nacido de la definicion que dá el art. 1217 del Código Francés de la obligacion divisible. El artículo dice, que obligacion divisible es la que tiene por objeto una cosa, que en su entrega es susceptible de division, así *material como intelectual.* Con base tan ámplia, ningun objeto corpóreo puede escapar de la posibilidad de la division. Entre tanto, la naturaleza real de las cosas que no consisten en cantidades, repugna á esa divisibilidad abstracta, pues es imposible la entrega de esas cosas por partes. Las obligaciones se distinguen en divisibles é indivisibles en el punto de vista del objeto de su prestacion, y no es posible dividirlas bajo otro aspecto. Si la cosa, en una obligacion de dar, fuese materialmente divisible, la obligacion tambien seria divisible. En el caso contrario la obligacion es indivisible. Trátase de la divisibilidad material, absoluta, y no de la que depende

---

[1] Agréguense al final del artículo las palabras *ó co-deudores.* La obligacion conserva su carácter de divisible con relacion á los demas deudores y con respecto á todos los acreedores, que no pueden exigir el todo de la deuda, sinó su parte respectiva en el crédito: artículo 675. Tienen, pues, aplicacion los artículos 677 y 678.

Es entendido, por lo demás, que el testador puede cargar á un beneficiado con el pago entero de la deuda y sin ningun recurso contra sus coherederos ó colegatarios (art. 689 n° 2°), con tal que quede salva la legítima. Compara con Freitas 1956° n° 2°.

[2] Los daños é intereses y la pena que pudo convenirse tampoco se deberá sinó por el culpable ó moroso, y solo en proporcion á su parte. Esta *parte* será el todo, en el caso del artículo anterior, n° 2°: artículos 697 y 698.

[3] En el artículo 696 se repite la disposicion con mas claridad, y el 695 tiene tambien aquí exacta aplicacion: artículos 3993, 3994, 3995 y 3997. En efecto, el Título siguiente, que trata de las *obligaciones simplemente mancomunadas,* se ocupa en el fondo de la misma materia legislada por los cinco últimos artículos (674 á 678), y es necesario complementar estos por aquellos y *vice-versa.*

Sin eliminar el Título XII, como hace Freitas, lo que constituiria una deficiencia, nuestro Codificador debió limitarse á simples referencias, evitando así repetir una misma disposicion en artículos distintos.

680. Art. 14. — Son igualmente indivisibles las obligaciones de hacer, con escepcion de las comprendidas en el artículo 4°. *Freitas* 984° *n°* 2°. [4]

681. Art. 15. — La obligacion de entregar es indivisible, cuando la tradicion tenga el carácter de un mero hecho, que no fuese de los designados en el artículo 4°, ó fuese una dacion no comprendida en el artículo 3°. [5]

682. Art. 16. — Cuando las obligaciones, sean divisibles ó indivisibles, tengan por accesorio una prenda ó hipoteca, el acreedor no está obligado á devolver la prenda ni á alzar la hipoteca, en todo ó en parte, mientras que el total de la deuda no fuese pagado. *Velez sobre Alvarez*, § 871; *Freitas* 980°. [Arts. 3114 y 3235]. [6]

de circunstancias independientes de la cosa; y así, vienen á ser divisibles solamente las obligaciones cuya prestacion consiste en la entrega de cantidades, é indivisibles las obligaciones de entregar cosas ciertas no fungibles. »

Nosotros fundados en el artículo 1221 [n° 2°] del mismo Código Francés y en varias leyes romanas (L. 72, [Tít. 1°, Lib. 45], Dig. *de Verb. Oblig.* — L. 1ª, § 36 [Tít. 3°, Lib. 16], Dig., *Depositi vel contra* y L. 3ª, § 3°, [Tít. 6°, Lib. 13], Dig. *Commod. vel contra)* aceptamos plenamente los principios de Freitas. [Nota sacada de la de ese Codificador].

Art. 14. — Savigny, § 32 n° 2°. — L. 8ª [léase 85, § 2°, Tít. 1°, Lib. 45], § 2°, Dig. *de Verb. Oblig.* — L. 80, § 1° [Tít. 2°, Lib. 35], *ad Leg. Falc.* — Pothier, *Oblig.* en el n° 289, sostiene que las obligaciones de hacer ó de no hacer pueden ser ya divisibles ó ya indivisibles, segun fuese el hecho objeto de la obligacion. Marcadé lo sigue; pero de los ejemplos que pone solo se deduce que aquellos hechos que bajo un solo nombre envuelven muchos hechos, pueden dividirse y hacer resultar divisible la obligacion; pero hablamos del simple hecho, y decimos que este es indivisible, como seria la obligacion de salir del país, ó de hacer una construccion, el *opus* de los Romanos. [Esto no armoniza con el art.]. La L. 80, § 1°, que hemos citado decia..... *neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consumatione contingit non dederit.* [De Savigny, allí y Marcadé, IV, 635].

Art. 15. — Véase, L. 5ª, Tít. 2°, Part. 5ª; Savigny en el § 32, discute estensamente la indivisibilidad de la tradicion.

Art. 16. — L. 43, Tít. 13, Part. 5ª. — L. *Qui pignori*, Dig. *De pig. et hipot.* [L. 19, Tít. 1°, Lib. 20. De Velez, allí].

---

[4] Por esto, son indivisibles la obligacion de no turbar la posesion y la de salir á la defensa, que abraza la eviccion (art. 2109), así como la de restituir la cosa comprada el adquirente que por medio de la accion redhibitoria exige la rescision del contrato (art. 2183).

[5] Mas clara y científica nos pareceria la redaccion en los términos siguientes: La tradicion se confunde con la obligacion de dar ó de hacer, á que sirve de complemento, y participa necesariamente de su carácter divisible ó indivisible. Vé nuestra nota al artículo 574 y la 151 antes del artículo 2603.

Como se vé, esto pertenece mas bien á la doctrina que á la legislacion, y puesto que no existen mas obligaciones que las de dar, de hacer ó de no hacer (art. 495), nuestro artículo carece de razon de ser.

Savigny sostiene la divisibilidad de la tradicion por derecho romano, pero nada hallamos en él satisfactorio ó utilizable en nuestro derecho moderno.

[6] Lo mismo si la obligacion está garantida por un anticrésis ó por el derecho de retencion: artículos 3247 y 3943.

La hipoteca nunca accede á una deuda indivisible: artículo 3110 combinado con el 669 inciso 1°.

En todos los casos la deuda no pierde su carácter divisible, cuando lo sea. Vé nota 98 al artículo 3995

683. Art. 17. — La obligacion que tiene por objeto la creacion de una servidumbre predial es indivisible. *Savigny, allí,* § 32, *pág.* 360. [7]

684. Art. 18. — Las obligaciones indivisibles no pueden constituirse respecto de un objeto comun á *muchos,* sinó con el consentimiento de todos los condóminos. [8]

685. Art. 19. — Toda abstencion indivisible hace indivisible la obligacion. [9] Solo el autor de la violacion del derecho debe soportar la indemnizacion que pueda exigir el acreedor, quedando libres de satisfacerla los otros co-deudores. [10]

686. Art. 20. — Cualquiera de los acreedores originarios, ó los que lo sean por sucesion ó por contrato, pueden exigir de cada uno de los co-deudores, ó de sus

Art. 17. — LL. 2ª y 72, *De Verb. Oblig.* — L. 9ª, Tít. 31, Part. 3ª, y L. 5ª, Tít. 23, Part. 3ª. [Velez sobre Alvarez, nº 851].

Art. 18. — L. 10, Tít. 31, Part. 3ª.

Art. 19. — L. 2ª, § último, Dig. *De Verb. Oblig.* [Tít. 1º, Lib. 45]. — L. 199 del Estilo. — L. 9ª, Tít. 20, Lib. 3º, Fuero Real. [Estas leyes que Velez coloca en el nº 860 de Alvarez corresponden al art. 660].

---

[7] Que la servidumbre *predial* ó *real* (nota del Dr. Velez al art. 2973) es indivisible, lo dice el artículo 3009 (vé el 3031); pero se sabe que no hay obligacion que corresponda á derechos reales (art. 497), como es la servidumbre (art. 2505 nº 4º). Pero el artículo trata de la *obligacion para crear* una servidumbre, ó sea de la promesa para constituirla ó concederla, y ciñéndose así la cuestion á un solo caso su interés es limitadísimo.

Generalizando el artículo, la cuestion se plantearía asi: ¿la obligacion engendrada por la promesa de celebrar un acto jurídico es ó no divisible?...

Adviértase que el Título se ocupa de la divisibilidad de las *obligaciones,* no de los derechos reales ó personales ni de las acciones; y que la divisibilidad tiene diversas acepciones en el derecho. Vé nota 143 al artículo 3031 citado.

En cuanto al acto jurídico ó al contrato celebrado, la divisibilidad de cada una de las obligaciones que engendra, se apreciará por las disposiciones del presente Título.

[8] Algo aventurado nos parece este principio, y no le hallamos consignado en ninguno de los jurisconsultos mas notables. De todos modos, habrá que modificar su alcance por las disposiciones de los artículos 1331, 2506, 2684 y 2685.

La palabra *muchos* debió eliminarse ó reemplazarse con la de *varios.*

[9] Savigny no establece esto, y es del todo inaceptable; ya porque no guarda congruencia con el inciso 2º, ni armoniza con el artículo 671; ya por inconducente.

[10] Savigny dice (§ 34, nº III hasta la nota *o*): «En la obligacion que versa sobre una abstencion indivisible, el efecto del recurso (entre codeudores) es hacer soportar esclusivamente al autor único de la violacion del derecho la prestacion que pueda exigir el acreedor y libertar completamente de ella á los otros codeudores.»

Se vé, pues, que el artículo, valiéndose de las propias palabras de Savigny, establece precisamente lo contrario, inspirándose al parecer en la doctrina espuesta por el mismo Dr. Velez en el número 860 del Alvarez, y en el artículo 1533 chileno.

Esta doctrina es la mas jurídica y racional; debe estenderse á toda obligacion indivisible; y solo por escepcion ha podido prevalecer la doctrina contraria en las obligaciones solidarias (vé nuestra nota 13 al art. 710), pues la culpa ajena se equipara á la fuerza mayor (nota del Dr. Velez al art. 3779) y no puede perjudicar sinó á su autor (Regla 18 Tít. 34, Part. 7ª).

Respecto á la obligacion con cláusula penal, vé el artículo 661.

herederos, el cumplimiento íntegro de la obligacion indivisible. *Velez, sobre Alvarez*, § 856, *y Freitas* 987° [Arts. 731 n°s 2° y 4°, y 3778].

687. Art. 21. — Solo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligacion indivisible, ó hacerse una quita de ella. *Velez y Alvarez*, § 858. [11]

688. Art. 22. — Prescrita una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha á todos los primeros, y perjudica á los segundos; é interrumpida la prescripcion por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha á todos aquellos, y perjudica á todos estos. *Velez y Alvarez*, § 858. [Arts. 713 y 3998]. [12]

Art. 20. — [Cód. Francés 1222° y 1223°]. — L. 9ª, Tít. 31, Part. 3ª.—Las reglas sobre el pago de la obligacion indivisible cesan, desde que esta obligacion se resuelve por la inejecucion de ella, en pago de pérdidas é intereses, porque las pérdidas é intereses consisten siempre en una suma de dinero, y constituyen, por consiguiente, una prestacion divisible [arts. 669 y 2109]. — L. 25, §§ 9 y 10, Tít. 2°, Lib. 10, Dig. — Maynz, § 276 [ó § 277 nota 40].

Art. 21. — L. 17, Tít. 31, Part. 3ª.

Art. 22. — L. 18, Tít. 31, Part. 2ª [léase 3ª]. Savigny en el § 36 de su obra, *Derecho de las Obligaciones*, nos hace saber el resultado de las acciones sobre obligaciones indivisibles, cuando se deducen en juicio en el Reino de Prusia, que puede ser un grande ejemplo para nuestros tribunales.

Caso de muchos deudores. — Constitucion de una servidumbre.

La obligacion solidaria, pesando sobre cada uno de los deudores queda siempre la misma; mas el Derecho Romano sacaba el resultado que el deudor elegido como demandado estaba obligado á pagar todo el valor pecuniario de la servidumbre, valor que él recobraba en seguida parcialmente de cada uno de sus co-deudores.

En el derecho actual, la condenacion se hace sobre la constitucion misma de la servidumbre, y el demandado es considerado en el juicio como representante de sus co-deudores. Si el demandado no quiere ó no puede proceder á la ejecucion de la sentencia en el tiempo que se le ha fijado, por ejemplo, á causa de la resistencia de sus co-deudores, entónces el juez procede directamente. Para conseguirlo, nombra peritos *con citacion de los co-deudores* [con audiencia de los interesados], que fijen la direccion y estension á la servidumbre, y esta, así determinada, se declara *definitivamente* constituida [por sentencia definitiva].

Construccion de una obra.

La obligacion solidaria queda tambien la misma. En cuanto á la sentencia, ella no se dirije sobre el pago del valor pecuniario de la obra, sinó sobre la obra misma. Sin embargo [sucederá muchas veces], *puede suceder de continuo* que la ejecucion no se obtenga por medio de *ejecuciones personales*, y [violencia directa, ó] que por esta via no se satisfagan los derechos del demandante: entónces, de acuerdo con el actor, todo se resuelve en un pago de dinero, y se da el trabajo que debe hacerse, á un tercero, de cuenta del demandado, que ha sido condenado.

Abstencion indivisible.

La obligacion solidaria queda siempre la misma. La violacion de la convencion no da lugar sinó á una indemnizacion; pero el demandante puede exigir al mismo tiempo que una garantía le sea dada de que en adelante no habrá nuevas violaciones. El demandado debe sujetarse á una pena, ó dar fianza.

Caso de muchos acreedores. — Constitucion de una servidumbre.

En este caso, cada acreedor obra aisladamente como representante de los otros. La

---

[11] Pero la equidad y todos los Códigos autorizan al deudor á exigir del acreedor el abono de la parte que le fué remitida. Código Francés 1224° y sus concordantes romanas y modernas. Esto armoniza con los artículos 2679, 2684 y 2685. La Ley 17 de Partida es peculiar á la servidumbre, que es un derecho real y no una obligacion (art. 497). Véase el § 2° de la nota del Dr. Velez al artículo 668.

[12] Lo mismo de la suspension: artículos 3983 y 3984.

689. Art. 23. — Las relaciones de los acreedores conjuntos entre sí, ó de los deudores conjuntos entre si, despues que uno de ellos hubiese cumplido una obligacion divisible ó indivisible, se reglarán de la manera siguiente: —

1° Cada uno de los acreedores conjuntos debe pagar [13] una cuota igual ó desigual, designada en los títulos de la obligacion, ó en los contratos que entre si hubiesen celebrado; [Vé arts. 692, 771 3ª, 1754 y 2039].

2° Si no hubiere títulos, ó si nada se hubiese prevenido sobre la division del crédito ó de la deuda entre los acreedores y deudores conjuntos, se atenderá á la causa de haberse contraido la obligacion conjuntamente, á las relaciones de los interesados entre sí, y á las circunstancias de cada uno de los casos; [14]

3° Si no fuese posible reglar las relaciones de los acreedores ó deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados en partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor ó deudor. *Freitas* 989° n°s 1°, 3° y 4°. [Vé arts. 717 inc. 2°, y 2710].

DE LAS OBLIGACIONES CON RELACION Á LAS PERSONAS

—

TÍTULO XIII

De las obligaciones simplemente mancomunadas [1]

690. Art. 1°. — La obligacion que tiene mas de un acreedor ó mas de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestacion, es obligacion mancomunada, que puede ser ó no solidaria. *Freitas* 1005° *y* 1006° *inc.* 1°.

condenacion se hace sobre la servidumbre misma, y no de una suma de dinero, y por consiguiente *no hay cuestion* [no se trata] como en el Derecho Romano de una condenacion, limitada á la parte sola que el demandante tenga en la obligacion.

Construccion de una obra.

En este caso se aplica la regla que acabamos de dar sobre la servidumbre, teniendo en cuenta lo que hemos dicho en el caso de muchos deudores de una obra.

Abstencion indivisible.

La restriccion del derecho de obrar, limitada únicamente al que ha sido dañado, dándole la misma garantía para lo futuro, que hemos indicado ántes.

Art. 23. — Véase L. 11, Tít. 12, Partida 5ª, — respecto á las obligaciones [solidarias ó] mancomunadas que sigue las sutilezas del Derecho Romano en la L. 36, Tít. 1°, Lib. 49, [léase 46], Dig., y el Cód. Francés, art. 1213. — Sardo, art. 1303. — Holandés, art. 1319. [Léase 1328. De Goyena 1068°. Estas citas corresponden al art. 716 y no al presente].

---

[13] Léase, *debe recibir, ó cada uno de los deudores conjuntos debe pagar.* Así lo trae Freitas, y la supresion parece obra puramente del copista.

[14] *A la* CAUSA DE LA OBLIGACION *conjunta*, dice Freitas. Véase nuestro artículo 499.

[1] Vé nuestra nota al artículo 678. Aunque la simple mancomunidad se opone á la solidaridad, las disposiciones de este Título no tienen aplicacion á la obligacion indivisible y se limitan puramente á las divisibles: vé artículo 693.

691. Art. 2°. — En las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito ó la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, si el título constitutivo de la obligacion no ha establecido partes desiguales entre [2] los interesados. Las partes de los diversos acreedores ó deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos ó deudas distintos los unos de los otros. *Aubry y Rau,* § 298 *n°* 1° *nota* 3ª. [Vé art. 674].

692. Art. 3°. — El título de la constitucion de la obligacion puede hacer que la division del crédito ó de la deuda no sea en porciones iguales, sinó á prorata del interés que cada uno de ellos pueda tener en la asociacion ó comunidad á la cual se refiere el crédito ó la deuda. *Aubry,* § 298 *n°* 1°, *al fin.* [Art. 689 n° 1°]. [3]

693. Art. 4°. — *Siendo el objeto de la obligacion simplemente mancomunada, una cosa divisible,* cada uno de los deudores está obligado solamente á su parte en la deuda, y cada uno de los acreedores puede solo demandar su parte en el crédito. [4] El deudor que pagase íntegra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores. *De Aubry, allí, letra* a. [5]

Art. 2°. — L. 10, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. — Marcadé sobre el Tít. 3°, Lib. 3°, n° 592. — La regla de la primera parte del artículo está sujeta á una modificacion, cuando entre los acreedores y los deudores haya muchas personas que deban considerarse como que no forman sinó una sola, y que [por tanto] deban contarse por una sola cabeza. La misma regla se modifica por la circunstancia de que uno de los acreedores ó deudores originarios se encuentre representado por muchos herederos. En este caso, la parte del difunto se subdivide entre sus herederos á prorata de sus porciones hereditarias. [De Aubry, allí: arts. 3487 y 3500.]

Art. 4°. — L. 10, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. — En cuanto á la última parte, véase Aubry y Rau, § 298. [Vé art. 768 n° 2°].

---

[2] Esto se halla establecido con mas propiedad en el artículo 674, y debe entenderse de acuerdo con los artículos 689 número 1°, y 2690: es decir, el acreedor ha debido consentir en que sus deudores se obliguen por partes desiguales, pues los arreglos privados de los co-deudores no le son obligatorios. Vé el artículo siguiente, y Código Francés 1863°.

[3] La fuente de que este artículo es tomado casi con las mismas palabras y el artículo 1749 prueban que el presente no trata de las relaciones entre acreedores y deudores, sinó de la division final del crédito ó deuda entre los co-deudores ó entre los co-acreedores, despues de haber cobrado el crédito ó satisfecho la deuda. De otra manera, este artículo carecería de objeto, pues no sería sinó la repeticion del inciso 1° del artículo anterior.

[4] Artículo 675. Como las disposiciones todas de este Título no tienen aplicacion sinó á las obligaciones divisibles (nota 1ª y Aubry, § 298 nota 4ª), las palabras del artículo notadas con letra bastardilla están demás.

Advertimos que la obligacion originariamente dividida entre los co-deudores ó co-acreedores conserva este carácter, aunque las diversas partes de la deuda ó crédito vengan á reunirse despues en un solo deudor ó en un solo acreedor. Pero la obligacion divisible contraida por un solo acreedor ó un solo deudor, y que se dividió al pasar á los sucesores, recuperará su unidad primitiva en todo ó en parte si las porciones de la deuda vienen á reunirse en un solo sucesor, á menos que este sea un heredero beneficiario (art. 3373). Demolombe, XXVI, 546 á 555; Freitas 982° y vé el 983°.

[5] Son aquí aplicables los artículos 727 á 729. Si el pago se hizo por error hay lugar á repeticion: artículo 675 al fin y 709 número 6°. Compara con el 768 número 3° y nuestra nota á él.

694. Art. 5°. — La insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores. *De Aubry, allí, letra* b. [Art. 677].

695. Art. 6°. — Los actos emanados de uno solo de los acreedores, ó dirigidos contra uno solo de los deudores, que interrumpan la prescripcion, no aprovechan á los otros acreedores, y no pueden oponerse á los otros deudores. *Aubry, allí, letra* c. [Vé art. 3944].

696. Art. 7°. — La suspension de la prescripcion que tenga lugar por parte de uno de los acreedores solamente, no aprovecha á los otros, y recíprocamente, cuando la prescripcion es suspendida respecto de uno de los deudores solamente, la suspension no puede ser opuesta á los otros. *Aubry, allí, letra* d. [Arts. 678 y 3983]. [6]

697. Art. 8°. — La mora ó la culpa de uno de los deudores no tiene efecto respecto de los otros. *Aubry, allí, letra* e. [Vé art. 710 y nota al 678].

698. Art. 9°. — Cuando en la obligacion simplemente mancomunada, hubiere una cláusula penal, no incurrirá en la pena sinó el deudor que contraviniese á la obligacion, y solamente por la parte que le correspondia en la obligacion. *Aubry, allí, letra* f. [Cód. Francés 1233° inc. 1°]. [7]

—

TÍTULO XIV

De las obligaciones solidarias

[Vé art. 668]. [1]

699. Art. 1°. — La obligacion mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo ó de una disposicion de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores ó á cualquiera de los deudores. [2]

Art. 1°. — L. 8ª, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 3ª, Tít. 2°, Lib. 45, Dig. [De Goyena 1056°].

---

[6] Esto no lo han reproducido Aubry y Rau en su 4ª edicion, sin duda porque lo mismo sucede en las obligaciones solidarias (nota del Dr. Velez al art. 3983, y arg. del 3984; *en contra,* Freitas 1014° n° 4°).

[7] Esta disposicion solo es verdadera cuando la obligacion de la cláusula penal no es indivisible ó solidaria (art. 661): si lo es, habrá que aplicarse el artículo 662.

¿Y si la obligacion principal es solidaria? Vé nuestra nota al artículo 711.

[1] Si, como es muy posible, la obligacion reuniese los caractéres de indivisible y solidaria al propio tiempo, habria que aplicar los efectos especiales de una y otra cualidad, y vendria á ser así doblemente gravosa para el deudor ó los deudores.

Respecto á la obligacion solidaria é *in solidum*, vé á Demolombe, XXVI, 291 á 309, cuyas opiniones son erradas.

[2] Debió definirse separadamente y distinguirse cuidadosamente, como lo hacen todos los Códigos y escritores (Cód. Francés, 1197° y 1200°; Goyena 1056°; Chile 1511° inc. 2°; Freitas 1007°, etc.), la solidaridad *activa* (respecto á los acreedores), de la solidaridad *pasiva* (respecto á los deudores). Así, no hay solidaridad *legal* entre acreedores, sinó entre deudores: artículo 700 inciso último.

Esa diferencia debe tenerse muy presente al estudiar los artículos 706, 709, 710 y especialmente el 711.

700. Art. 2°. — La solidaridad puede tambien ser constituida por testamento, por decision judicial, que tenga fuerza de cosa juzgada, ó puede resultar de la ley respecto de los deudores. [3]

701. Art. 3°. — Para que la obligacion sea solidaria, es necesario que en ella esté espresa la solidaridad por términos inequívocos, ya obligándose *in solidum*, ó cada uno por el todo, ó el uno por los otros, etc., ó que espresamente la ley la haya declarado solidaria. *De Freitas* 1012°; *Marcadé*, IV, 603°. [Arts. 1943 y 2301]. [4]

702. Art. 4°. — La obligacion no deja de ser solidaria, cuando debiéndose una sola [5] y misma cosa, ella sea para alguno de los acreedores ó para alguno de los deudores obligacion pura y simple, y para otros obligacion condicional ó á plazo, ó pagadera en otro lugar. [Vé art. 753 inc. 2°].

703. Art. 5°. — Aunque uno de los acreedores fuese incapaz de adquirir el derecho ó contraer la obligacion, esta no dejará de ser solidaria para los otros. [Frei-

Art. 2°. — Savigny, § 17. — Pothier, n° 269 [citado por]. — Zachariæ, § 526, nota 7ª. — Savigny, en el § [19 n°s 10 y 11] citado trata estensamente del efecto de las sentencias absolutorias y del efecto de las sentencias condenatorias. Cuando el juicio sobre el cumplimiento de la obligacion se ha tenido con un solo deudor ó con un solo acreedor, ó cuando el juicio ha sido arbitral y el condenado no lo obedece, él solo incurre en la pena del compromiso. [Esto, ni es oportuno ni armoniza con la nota al art. 711. Vé á Demolombe, XXVI, 189 á 191].

Art. 3°. — L. 10, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 2ª, Tít. 40, Líb. 8°, Cód. Rom. respecto de los deudores, y respecto de los acreedores, L. 11 [§ 1°], Tít. 2°, Lib. 45, Dig. — Cód. de Chile, art. 1511. — Cód. Francés, art. 1202. — De Nápoles, art. 1155. — Sardo, art. 1292. — Holandés, art. 1318. [De Goyena 1058°].

Art. 4°. — LL. 2ª, 7ª, 9ª, 12 y 15, Tít. 2°, Lib. 45, Dig. — Cód. de Chile, art. 1512. — Cód. Francés, art. 1201. — De Nápoles, art. 1154. — Sardo, art. 1291. — Holandés, art. 1317. — Maynz, *Derecho Romano*, § 271. [Notas 5ª y 6ª, y Goyena 1057°, de quienes estas citas son tomadas].

---

[3] La redaccion de este artículo no es congruente con la del anterior. — En el inciso último se habla de la solidaridad legal *respecto á los deudores*, pues no la hay relativa á los *acreedores* (nota anterior).

Por lo demás, una sentencia no puede *constituir* solidaria una obligacion; no puede crear la solidaridad, sinó *declarar* la existente, aunque disputada ó desconocida. Vé los artículos 759, 1082, 1663, 1667 número 4°, 1777, 2069, 2612 y 2995. Apoyan estas ideas todos los Códigos y escritores modernos inclusos Pothier y Zachariæ, y el ejemplo citado por el mismo Savigny al final de su § 17. Vé á Maynz, § 271 nota 15, y á Demolombe, XXVII, 17.

Algunos jurisconsultos (vé la nota 1ª á ese § de Savigny) dicen que la sentencia errada que condena como deudor solidario al simple deudor mancomunado ó conjunto, engendra la solidaridad; pero si tal razonamiento fuera decisivo, tambien los derechos y las obligaciones todas podrian nacer, modificarse, trasmitirse ó estinguirse por medio de fallos equivocados, y sin embargo estos no figuran como tales en la legislacion. *Res judicata pro veritate habetur.*

[4] La redaccion del artículo de Freitas es mucho mejor. Los artículos 1082, 1917, 2069, 2283 y 3872 inciso 2°, presentan casos de solidaridad legal. Compara con Savigny, *Droit des obligations*, § 20 página 224.

[5] La identidad en la prestacion basta, y no es necesario que se deba una *sola* cosa. La palabra *sola* está, pues, demás.

tas 1009°]. La incapacidad solo puede ser opuesta por el acreedor ó deudor incapaz. [6]

704. Art. 6°. — La obligacion solidaria perderá su carácter en el único caso de renunciar el acreedor espresamente á la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores. Pero si renunciare á la solidaridad solo en provecho de uno ó de algunos de los deudores, la obligacion continuará solidaria para los otros, con deduccion de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad. *Freitas* 1018°, 1019° *y* 1021°; *Cód. Francés* 1210°. [7]

705. Art. 7°. — El acreedor, ó cada acreedor, ó los acreedores juntos, pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, ó contra cualquiera de ellos. [8] Puede exigir la parte que á un solo deudor corresponda. Si reclamase el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, puede reclamarlo contra los demas. Si hubiese reclamado solo la parte, ó de otro modo hubiese consentido en la division, respecto de un deudor, podrá reclamar el todo contra los demas, con deduccion de la parte del deudor libertado de la solidaridad.

706. Art. 8°. — El deudor puede pagar la deuda á cualquiera de los acreedores, si ántes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, y la obligacion queda estinguida respecto de todos. Pero si hubiese sido demandado por alguno de los acreedores, el pago debe hacerse á este. *Goyena* 1060°; *Cód. Francés* 1198° *inc.* 1°. [Art. 731 n° 2°]. [9]

Art. 5°. — Aubry y Rau, § 298, letra *a*. [Solo trata de la solidaridad *entre deudores*].

Art. 7°. — Proyecto de Goyena, art. 1062. — L. 8ª, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 2ª, Tit. 40, Lib. 8°, Cód. Rom. — LL. 3ª y 11, Tít. 2°, Lib. 45, Dig. — L. 1ª, § 43, Tít. 3°, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, artículos 1203 y 1204. — De Nápoles, arts. 1156 y 1157. — Sardo, arts. 1293 y 1294. — Holandés, arts. 1319 y 1320. [De Goyena, allí].

Art. 8°. — Zachariæ, § 527 nota 3ª. — L. 5ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 16, Tít. 2°, Lib. 45,

---

[6] La incapacidad *relativa* de un co-acreedor ó co-deudor es una escepcion puramente personal y solo él puede deducirla: inciso 1° de este artículo, artículos 715 y 1049.

Si la incapacidad es *absoluta*, el artículo 1018 autoriza á alegarla á todos los que tengan interés en hacerlo (con la escepcion allí establecida), y el acreedor tendrá un verdadero interés en deducirla para que no se pague á su co-acreedor incapaz. Vé los artículos 1996 inciso último, y 2022.

Freitas dice: «aunque uno de los acreedores *ó uno de los deudores*»; y esta omision debida probablemente al copista debe salvarse.

[7] El inciso último del artículo siguiente debió formar el natural complemento del presente y se encuentra así fuera de lugar. Segun él, parece que la renuncia parcial de la solidaridad puede ser tácita: vé artículo 874.

Por lo demás, la insolvencia de otro co-deudor grava tambien al exonerado de la solidaridad: artículo 717; y es una gran cuestion quien deba soportar en definitiva la pérdida, si el acreedor ó el deudor: vé el § 2° de la nota del Dr. Velez al artículo 717 citado, y á Demolombe, XXVI, 438 á 441.

[8] Este inciso supone la existencia simultánea de una doble solidaridad, activa y pasiva á la vez; mientras que en lo restante del artículo se legisla la solidaridad pasiva solamente. Vé nuestras notas 2, 7 y 10.

[9] Este artículo trata de la solidaridad activa: vé la nota anterior.

707. Art. 9°. — La novacion, compensacion, confusion ó remision de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, estingue la obligacion. [10]

Dig. — Instit. § 1°, Tít. 17, Lib. 3°. — Cód. Francés, art. 1198. — Sardo, art. 1288. — De Nápoles, art. 1153 [léase 1151]. — Holandés, art. 1315. [De Goyena, allí]. — Cada uno de los acreedores solidarios, como cada uno de los deudores, es representante y mandatario de los otros. El, pues, antes de ser demandado, es libre de pagar al acreedor que le agrade, porque cada uno tiene capacidad para recibir el todo. Pero puesta ya la demanda por uno de los acreedores, el deudor podria inutilizar la accion deducida en juicio, *pagando á otro*, [el art. contradice esto], pues que el acreedor que lo ha demandado lo ha hecho á nombre y en representacion de todos. Véase Marcadé sobre los artículos 1198 y 1200.

Art. 9°. — Los Códigos Francés, Sardo, Napolitano y Holandés, disponen que la remision ó quita de la deuda que no es hecha sinó por alguno de los acreedores solidarios, no libra al deudor sinó de la parte de ese acreedor. Parece que están conformes en cuanto á la novacion y compensacion. Las razones que tuvieron los jurisconsultos franceses para no dar ese efecto á la remision ó perdon de la deuda fueron, segun se ve en sus discursos, que todo acreedor solidario tiene, en efecto, derecho para hacer ejecutar la obligacion, pero que la remision lejos de ser la ejecucion de la obligacion, la destruia por un simple acto de liberalidad. Un acreedor y un deudor de mala fé podrian por este medio perjudicar á los otros acreedores, pues les seria fácil suponer una remision total de la deuda, aun cuando no fuese sinó parcial, para sacar ambos provecho de la falsedad. Podia ser ademas que nada importase el recurso de los acreedores contra el que hubiese hecho la remision del crédito, porque podria *aparecer* [resultar] insolvente.

A estas consideraciones puede contestarse, que á nadie debe suponerse liberal de lo propio y de lo ajeno, cuando tiene obligacion de reintegrarlo: que es mas fácil hacer el fraude encubiertamente, dándose el acreedor por recibido de la deuda total, cuando solo recibe un pago parcial, que hacer un fraude manifiesto en la remision del crédito. [De Goyena 1061°].

Marcadé, en el comentario al artículo 1198 del Código Francés, va mas allá de los Códigos citados, y sostiene que ni la novacion, ni la compensacion, ni la confusion hecha por uno de los acreedores estingue la obligacion.

Á la autoridad de estos Códigos, podemos oponer la autoridad del Código Romano (Instit. Lib. 3°, Tít. 29, § 1° [y Lib. 4°, Tít. 6°, § 39]), y la del de Chile, conformes con nuestro artículo: el proyecto de Goyena (art. 1061) y el de Freitas (art. 1013). En cuanto á los jurisconsultos, nuestro artículo es conforme á lo que enseña Pothier (n° 266 n° 4). Savigny trata la materia estensamente en el § 18 del *Derecho de las Obligaciones*, demostrando que todos los equivalentes de pago. *datio in solutum* [art. 779], novacion, compensacion, remision de la deuda, transaccion [vé art. 851], *confusion*, etc., aceptados por uno de los acreedores, estingue la obligacion solidaria.

---

[10] Vé artículos 809, 810, 830, 866, 882, 3786, y, respecto á la transaccion, el artículo 853.

El presente es confuso y errado, porque separándose de todos los Códigos y escritores, persiste en legislar, como lo hacen los artículos 699 y 705 inciso 1°, sobre la doble solidaridad (activa y pasiva) al propio tiempo; siendo así que frecuentemente se presentan separadas, y se sabe que la solidaridad legal nunca es activa ó con relacion á los acreedores (art. 700 al fin). Para evitar este escollo, los Códigos y los espositores del derecho establecen sus principios y sus disposiciones, suponiendo á *un* deudor en presencia de varios acreedores solidarios, ó *un* acreedor en presencia de varios deudores solidarios; y lo mismo hacen nuestros artículos 809, 810, 830, 853 y 866.

Si los acreedores *no* fuesen solidarios, solo juntos y de acuerdo podrían cobrar, novar ó remitir toda la deuda. Un acreedor solo podría remitir su parte, hacer novacion con relacion á ella (compara esto con Freitas 1126° inc. 2°), y la compensacion que se operase no estinguiría la deuda comun sinó hasta el monto de esa parte: artículos 690 á 696 y su argumento.

Si los acreedores fuesen solidarios y no los deudores, solo con intervencion de todos los deudores podría cobrarse, remitirse ó novarse toda la deuda por uno de los acreedores, y con un deudor solo podría remitir, cobrar ó novar su parte en la deuda.

No es exacto, por lo demas, que Savigny cuente la *confusion* entre los modos de estin-

708. Art. 10. — El acreedor que hubiese cobrado el todo ó parte de la deuda, ó que hubiese hecho quita ó remision de ella, queda responsable á los otros acreedores de la parte que á estos corresponda, dividido el crédito entre ellos. *Goyena* 1061° § 2°. [11]

Art. 10. — Existe, dice Savigny, § 23, una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos referente á la obligacion solidaria, tanto respecto de los acreedores, como respecto de los deudores. Cuando uno de los acreedores solidarios ha recibido la totalidad de la deuda, ¿está obligado á dividir con sus co-acreedores lo que se le hubiese pagado? Cuando uno de los deudores solidarios ha pagado el todo, y con su prestacion ha puesto fin á la obligacion, ¿puede exigir que sus co-deudores le indemnicen cada uno por su parte? Como la obligacion es solidaria, el acreedor ha recibido lo que á él se le debia, el todo del crédito, y el deudor ha pagado todo lo que él debia, el total de la deuda. Entre los jurisconsultos romanos habia divergencia de opiniones. Entre los glosadores las opiniones se han dividido aún mas, y esta controversia existe hasta la época actual, y aún ha tomado mayor estension. Savigny, discutiendo la materia por todos los principios de las obligaciones, y por el carácter que en la obligacion solidaria toman los acreedores y deudores, dice, que unos y otros no podrian librarse de las acciones que en los diversos casos podrian ejercer los acreedores y deudores. Ya la accion *pro socio*, ya la accion *negotiorum gestorum*, ya la accion de mandato, como que unos y otros son representantes y mandatarios de sus co-acreedores, co-deudores, ó comuneros de lo que se ha recibido. La cesion de acciones es otro medio que tendria el deudor para hacerse indemnizar de lo que hubiese pagado por los otros deudores. Como decia la Ley Romana, el deudor solidario está obligado á pagar al acreedor que le demande el todo de la obligacion, *si actiones suas adversus cæteros præstare non recuset.* — Véase Aubry y Rau, § 298 nota 17.

Zachariæ, conforme con la doctrina de Savigny, dice que sin embargo del principio de la comunidad del crédito, si el acreedor cobrase la parte que á él corresponderia, ó si el deudor pagase la parte que tuviese en la deuda, no tendria el primero nada que comunicar á los otros acreedores, ni el segundo derecho á ser indemnizado del pago que hubiese hecho, á no ser que la solidaridad de unos y otros naciera de un contrato de sociedad (§ 527 nota 14). [La doctrina es de Massé y Vergé].

« *Nosotros juzgamos* [dice Maynz] que la solucion de la cuestion debe únicamente determinarse por las relaciones especiales que existan entre los co-interesados, independientemente de toda solidaridad, y que varien segun las circunstancias particulares de los casos. Así, cuando se trata de acreedores solidarios es preciso examinar si segun las relaciones obligatorias existentes entre ellos, el objeto pagado debe pertenecer á uno ó á todos. En el primer caso, si el pago ha sido recibido por aquel á quien la cosa corresponde, él la guardará para sí: si ha sido recibido por otro, debe restituirla al que se le debe. En el segundo caso, el acreedor que ha recibido el pago, debe comunicarlo á los otros, segun las porciones que les correspondan.

« Las mismas reglas se aplican á la solidaridad entre deudores. Si yo me he obligado solidariamente con Pedro por hacerle un favor, sin sacar ninguna ventaja de la obligacion,

---

guirse una obligacion solidaria: vé § 19 número 14, y la nota del Dr. Velez al artículo 867. Ni la confusion, ni la remision, relativa á uno de los deudores solidarios, libran á los demás, á no ser que por motivos especiales tenga lugar ese resultado. Maynz, § 27, nota 22.

Por último, la compensacion puede no estinguir la deuda sinó en parte (art. 818 inc. 2°). Que la compensacion entre el deudor y uno de los acreedores solidarios estingue la obligacion respecto á los otros, lo justifica perfectamente Demolombe, XXVI, 192 á 194.

[11] Este artículo supone la solidaridad activa. Debió formar un todo con el artículo 717 ó figurar á su lado, pues ambos tratan de las relaciones entre los coacreedores ó codeudores solidarios, que han pagado, cobrado ó remitido la deuda, total ó parcialmente.

Si el acreedor solidario cobró el todo, el caso se rige por el artículo 689 (art. 717); si hizo un cobro ó remision hasta cierta cantidad (lo que es muy lícito: art. 3786) está obligado á repartir lo cobrado en la misma proporcion que habia de distribuir el total, ó á responder á sus co-acreedores por las partes que les correspondan en la suma remitida; y si la remision es total, tiene la misma responsabilidad que si hubiera cobrado el todo.

Se vé por esto que hay poca propiedad y claridad en la redaccion del presente artículo.

709. Art. 11. — Si la cosa objeto de la obligacion ha perecido sin culpa del deudor, la obligacion se estingue para todos los acreedores solidarios. *De Freitas* 1014° *n°* 1°. [12]

710. Art. 12. — Si la cosa ha perecido por el hecho ó culpa de uno de los deudores, ó *se hallase* este constituido en mora, *los otros* co-deudores están obligados á pagar el equivalente de la cosa. *Goyena* 1065° § 1° ; *Cód. Francés* 1205° *inc.* 1° ; *Freitas* 1017° *n°* 2°. [12]

711. Art. 13. — La indemnizacion de pérdidas é intereses EN EL CASO DEL ARTÍCULO ANTERIOR, podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo

es evidente que si él paga toda la deuda, no tiene ningun recurso contra mí: si por el contrario yo hubiese pagado toda la deuda, puedo exigir de Pedro el reembolso de todo lo que hubiese pagado.

« Si Pedro y yo hubiésemos contraido solidariamente una obligacion en la cual el uno y el otro tuviera un interés, el que de nosotros hubiese hecho el pago, podria obligar al otro al reembolso de la parte que le correspondia en la deuda, y esta parte no seria precisamente la mitad, sinó que seria determinada por las relaciones particulares que hubiese hecho nacer entre nosotros la comunidad de intereses. En ciertos casos esta comunidad existe por la naturaleza de las cosas, por ejemplo, entre los socios: en otros, ha sido establecida por la ley, como entre muchos fiadores solidarios. Por el contrario, no tiene lugar, cuando la obligacion proviene de un delito, *nec enim ulla societas maleficiorum*, dice la Ley Romana [L. 1ª, § 14, Tít. 3°, Lib. 27, Dig.], *vel communicatio justa damni ex maleficio est.* El deudor solidario que tenga derecho á ejercer un recurso contra sus co-deudores, usará para este efecto de los medios que le corresponda, segun las circunstancias de la causa. [De Maynz, § 271, notas 27 á 33].

Arts. 11 y 12. — L. 32, § 4°, Tít. [1°], Lib. 22, Dig. — Cód. Francés, art. 1205. — Sardo, art. 1295. — De Luisiana, art. 2091. — Holandés, art. 1321. — De Nápoles, art. 1158. [De Goyena 1065°].

---

[12] Tambien este artículo se refiere y limita á la solidaridad *activa*; pero es igualmente aplicable á la *pasiva*, porque la obligacion que muere por imposibilidad de pago ó cumplimiento, se estingue para todos los deudores, como para todos los acreedores, y demas partes que figuran en la obligacion (arts. 889 y 896).

Sin embargo, si la imposibilidad del pago es meramente relativa á uno ó mas deudores solidarios, la obligacion subsiste respecto á los otros.

Nuestro artículo debió legislar la imposibilidad del pago, y no circunscribirse á un caso de ella: vé artículos 889 á 896.

[13] Se trata aquí ya de la solidaridad *pasiva*, y la redaccion ofrece una disposicion injusta á primera vista.

En vez de *se hallase*, debe leerse *hallándose*. Nada se dice sobre si es ó no solidaria la obligacion de pagar el equivalente de la cosa que pereció, ó sea el precio de ella (art. 1205 francés). La duda consiste en que toda suma de dinero constituye una prestacion divisible: nota del Dr. Velez al artículo 686 y nuestra nota 2 al 668. — Pothier n° 273 y el artículo 1521 chileno, dicen que es solidaria, y Zachariæ § 528 nota 5, y Demolombe, XXVI, 342, lo significan, agregando el último que esto es mas fácil esplicarlo histórica que teóricamente. Vé nuestra nota 2, número 2°.

Nuestro artículo debió tambien legislar todos los casos de imposibilidad de pago, y no limitarse á uno solo (nota 12).

En consecuencia, debió redactarse asi: « Si la imposibilidad *absoluta* (vé nuestra nota 12) del pago ha tenido lugar por el hecho ó culpa de uno ó mas deudores solidarios, ó durante la mora de ellos, todos y cada uno de los deudores estarán obligados *solidariamente* á pagar el valor de la prestacion imposible. »

modo que el cumplimiento de la obligacion principal. [Vé á Freitas 1014° n°s 1° y 2°, y 1017° n°s 1° y 2°]. [14]

712. Art. 14. — Si falleciere alguno de los acreedores ó deudores, dejando mas de un heredero, cada uno de los co-herederos no tendrá derecho á exigir ó recibir, ni estará obligado á pagar sinó la cuota que le corresponda en el crédito ó en la deuda, segun su haber hereditario. *Freitas* 1013° *n°* 2°, *y* 1016° *n°* 2°. [Vé art. 3997].

Art. 13. — Cód. Francés, art. 1205. — El Código de Chile, art. 1521, dispone que la accion de perjuicios á que dé lugar la culpa ó mora de algunos de los deudores, no podrá ser intentada por el acreedor, sinó contra el deudor culpable ó moroso. Lo mismo el proyecto de Goyena, art. 1065, á no ser que hubiese estipulado espresamente que en el caso del artículo, la responsabilidad debiera ser solidaria. Igual doctrina enseña Marcadé sobre el artículo 1205. Pero sin embargo, *establecemos lo contrario, siguiendo á Freitas*, porque *la obligacion de satisfacer los perjuicios en el caso de la inejecucion de la obligacion es de ley* segun lo hemos tambien establecido. Esa obligacion sucede á la obligacion primitiva en su importancia y carácter sin necesidad de convencion especial. No debe olvidarse tampoco el principio de que los deudores son mútuos mandatarios y representantes los unos de los otros, lo que en tantos casos les es muy favorable. Deben, pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario. *Plures eadem* [léase *eamdem*] [L. 9ª, Tít. 14, Lib. 2°, D.] *actionem habentes unius loco sunt.* [Inoportuno].

Art. 14. — Véase el art. 9° del Tít. *anterior.* [Quiere referirse al art. 675].

---

[14] Este artículo y su nota suponen equivocadamente que tratan y que han resuelto la cuestion en el caso de solidaridad *pasiva*, mientras que solo se ocupan de la solidaridad *activa*.

Freitas, á quien el Codificador dice en la nota que sigue, establece exactamente lo mismo y con las mismas palabras (art. 1014 n° 2°), salvo la adicion de EN EL CASO DEL ARTÍCULO ANTERIOR; pero lo hace con relacion puramente á la obligacion solidaria *respecto á los acreedores*, que no es el caso de la duda, y que se halla legislado por los Códigos Francés y Chileno.

Así, cuando Freitas se ocupa de la obligacion solidaria *con respecto á los deudores*, establece que «cualesquiera otras pérdidas é intereses recaerán sobre el deudor culpable» (art. 1017 n° 2°); principio que no sabemos haya sido contradicho por alguien.

La cuestion que el artículo 710 sugiere y no resuelve y que el 711 pretende resolver, no consiste en saber si uno de los acreedores ó todos ellos pueden reclamar las pérdidas é intereses (en lo que, siendo aquellos solidarios, ninguna duda puede haber); sinó, si el acreedor ó acreedores solidarios pueden reclamarlos de todos y cada uno de los deudores solidarios, ó puramente de los culpables ó morosos. Y esta cuestion, á pesar de cuanto al respecto se dice en la nota, no la resuelve el artículo.

Hé aquí uno de los efectos de tratar involucradamente la solidaridad activa y la pasiva, como se hace en todo este Título, por no haberse percibido suficientemente la diferencia entre ellas, que hace que todo el mundo se ocupe con la debida separacion de una y otra solidaridad. Vé nuestras notas á este Título, especialmente las 2, 8 y 10, y los artículos 1923 y 1925.

La responsabilidad del deudor por los perjuicios está, en verdad, establecida por el artículo 511; pero ese artículo requiere que sean causados *por culpa* PROPIA, y la culpa agena es incomunicable (Regla 18, Tít. 34, Part. 7ª, y sus concordantes del Digesto). Vé artículo 3779.

Tambien es cierto que los co-deudores son considerados como mútuos mandatarios, pero solo para mejorar su condicion, no para empeorarla (nota del Dr. Velez al art. 853).

Las conclusiones del Derecho Romano sobre este punto tampoco son del todo congruentes y satisfactorias, como puede verse en Maynz, § 271 notas 24 y 25 y en los testos en que se apoya.

En cuanto á la cláusula penal, deberán aplicarse los artículos 661 y 662.

713. Art. 15. — Cualquier acto que interrumpa la prescripcion en favor de uno de los acreedores ó en contra de uno de los deudores, aprovecha ó perjudica á los demas. *Goyena* 1059°; *Cód. Francés* 1199° *y* 1206°. [Art. 3996 y vé 696 y 3997].

714. Art. 16. — La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos. *Cód. Francés* 1207°. [15]

715. Art. 17. — Cada uno de los deudores puede oponer á la accion del acreedor, todas las escepciones que sean comunes á todos los co-deudores. Puede oponer tambien las que le sean personales, pero no las que lo sean á los demás deudores. *Goyena* 1067°; *Cód. Francés* 1208°; *Freitas* 1017° *n°* 6°; *Chile* 1520°. [16]

716. Art. 18. — La obligacion contraida solidariamente respecto de los acreedores, se divide entre los deudores, los cuales entre sí no están obligados sinó á su parte y porcion. *Cód. Francés* 1213°; *Goyena* 1068°. [17]

717. Art. 19. — Las relaciones de los co-deudores y acreedores solidarios entre sí que hubiesen pagado la deuda *por entero*, ó que la hubiesen recibido, se reglarán como está dispuesto en el artículo 23 del título 12. [18] Si alguno de los deudores resultare insolvente, la pérdida se repartirá entre todos los solventes y el que hu-

Art. 15. — L. 5ª, Tít. 40, Lib. 8°, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 1199. — Sardo, art. 1289. — De Nápoles, art. 1152. — Zachariæ [léase Massé y Vergé] ha tratado estensamente la materia de este artículo en el § 528 nota 6ª. [De Goyena, allí].

Art. 16. — Cód. Francés, art. 1207. — Marcadé funda la razon de este artículo en el principio de que cada uno de los deudores es mandatario de los otros, y si ha habido mora en el cumplimiento de la obligacion basta hacer la interpelacion judicial á uno de los deudores. [Vé á Demolombe, XXVI, 349].

Art. 17. — L. 10, Tít. 2°, Lib. 45, Dig. — Cód. Francés, art. 1208. — Holandés, art. 1327 [léase 1323]. — Sardo, art. 1297 [léase 1298]. — De Nápoles, art. 1151 [léase 1161: de Goyena, allí].

---

[15] Habriamos preferido que dijera «todo acto del acreedor ó acreedores solidarios que haga correr los intereses respecto á uno de los deudores solidarios, los hará correr respecto á todos, por las razones que dá Demolombe, XXVI, 350 y 351, y porque, si no existiese solidaridad respecto á los acreedores, solo juntos podrian obrar, y aisladamente únicamente por su parte: vé nuestra nota 10.

En el caso del artículo 702, la demanda de intereses formada contra el deudor de una obligacion exigible, los hace correr contra los demás deudores, pero solo desde el momento en que comienzan á ser exigibles sus respectivas deudas. Vé á Demolombe, números 352 á 354.

[16] Vé el artículo 830 y nuestra nota al 703.

[17] Este artículo que Freitas no trae, es innecesario, por hallarse comprendido y esplicado en el siguiente. Su redaccion nos parece tambien poco satisfactoria. Vé las citas del Dr. Velez al pié del artículo 689.

[18] Lo que se dice del pago por entero es tambien aplicable al cobro ó pago parcial. Parece así mismo que el deudor, ya se le considere como sócio, mandatario ó fiador, tendrá derecho á cobrar de sus co-deudores todo cuanto desembolsó con los intereses desde el dia del pago: argumento de los artículos 1733, 1952 y 2032. Pero antes de haber pagado nada podrá cobrar.

biese hecho el pago. *Freitas* 1015°, 1022° *y* 1023°; *Cód. Francés* 1214° [Vé arts. 689, 708, 768 n° 2° y 882]. [19]

TÍTULO XV

Del reconocimiento de las obligaciones

[Vé art. 1883 n° 17].

718. Art. 1°. — El reconocimiento de una obligacion es la declaracion por la cual una persona reconoce que está sometida á una obligacion respecto de otra persona. *Zachariæ*, § 585. [1]

719. Art. 2°. — El acto del reconocimiento de las obligaciones está sujeto á todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos. [Arts. 945 á 979. Vé art. 1883 n° 17].

720. Art. 3°. — El reconocimiento puede hacerse por actos entre vivos ó por disposicion de última voluntad, por instrumentos públicos ó por instrumentos privados, puede ser espreso ó tácito. [Vé art. 3790]. [2]

721. Art. 4°. — El reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor. *Zachariæ*, § 585 *nota* 1ª. [Vé art. 3991]. [3]

Art. 19. — Cód. Francés, arts. 1214 y 1215. — Sardo, arts. 1304 y 1305. — Holandés, arts. 1329 y 1330. — Por Derecho Romano, si el acreedor hubiese demandado á todos los co-deudores, y á cada uno por su parte ó porcion, ninguno de ellos respondia de la insolvencia del otro. (L. 16, Tít. 41, Lib. 8° ? Cód.). [De Goyena 1063° y 1069°]. En el caso que el acreedor hubiese dispensado de la solidaridad á uno de los deudores, Pothier, Toullier, Duranton y [anotadores de] Zachariæ enseñan que él debe sufrir el resultado de la insolvencia. Marcadé sostiene lo contrario, y con él están el Código Francés (art. 1215), el de Chile, Goyena y Freitas. [Vé nuestra nota al art. 704].

---

[19] Este principio general se aplica no solo entre sócios (art. 1733 inciso 2°, y 1753) y co-herederos (art. 3510 y 3931), sinó tambien entre los demás co-partícipes (esposos, co-propietarios y co-poseedores): artículo 2141 y nuestra nota 36 antes del 2142.

[1] Aunque la *confirmacion* implica *reconocimiento* y puede ser implicada por este, difieren en que el reconocimiento no envuelve la intencion de reparar los vicios de que una obligacion puede adolecer: artículo 1060 y su nota. Vé nuestra nota al 721. Tambien difiere de la *novacion* (art. 801), en que no versa sobre la misma obligacion; y de la *confesion* (vé art. 1191), en que en esta espresion genérica se encierra el reconocimiento, como una especie de aquella (art. 1883 n° 17). Esta materia no tiene, pues, aquí su lugar, y perteneciendo al derecho práctico ha debido reservarse á la ley abjetiva, aunque el reconocimiento semeje bastante á la confirmacion y sea una manera de interrumpir la prescripcion (arts. 3960, 3993 y 3999).

Para efectuar el reconocimiento se requiere poder especial en el mandatario: artículo 1883 número 17.

[2] Creemos que podrá hacerse tambien verbalmente: argumento de los artículos 332, 918, 975 y 1146. Salvamos la disposicion del artículo 1185 número 10.

[3] Zachariæ pone esto como ejemplo; y conteniendo la confirmacion un reconocimiento (nuestra nota 1ª), es perfectamente aplicable el artículo 1064, tanto mas que, cuando se efectúan tácitamente, la similitud entre ambos actos es casi completa: nota del Dr. Velez al artículo 3991 y argumento de los artículos 919, 1146 y 1147.

722. Art. 5°. — El acto del reconocimiento debe contener la *causa* de la obligacion original, *su importancia*, [4] y el tiempo en que fué contraida.

723. Art. 6°. — Si el acto del reconocimiento agrava la prestacion original, ó la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber. *De Zachariæ, allí, nota* 12; *Código Francés* 1337° *inc.* 2°. [5]

SEGUNDA PARTE

ESTINCION DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO PRIMERO

Del pago

724. Art. 1°. — Las obligaciones se estinguen : —
Por el pago;
Por la novacion;
Por la compensacion;
Por la transaccion;
Por la confusion;
Por la renuncia de los derechos del acreedor;
Por la remision de la deuda;
Por la imposibilidad del pago. *De Freitas* 1025° *y* 1213°; *Cód. Francés* 1234°; *Goyena* 1086°. [1]

725. Art. 2°. — El pago es el cumplimiento de la prestacion que *hace* el objeto

Art. 5°. — Toullier, Tom. 10 n° 313. — Duranton, Tom. 13 n° 257 [léase 256 y 258]. — Zachariæ, § 585.

Art. 1°. — Se ha dispuesto ya sobre la estincion de las obligaciones por el cumplimiento de la condicion resolutoria, y por el vencimiento del plazo resolutorio, y en otro lugar se tratará de la anulacion de los actos que las hubiesen creado, y de la prescripcion. [Vé arts. 1046, 1047 y 3949 á 4045].

---

[4] Vé los artículos 499 y 500; aunque la palabra *causa* puede ser aquí sinómina de *clase* ó *naturaleza* ú *orígen* de la deuda. La determinacion de la obligacion, deuda ó cosa debida, parece que será siempre necesaria: vé artículos 495 y 1170.

[5] *Recognitio nihil dat novi*, salvo que haya una verdadera novacion (vé art. 812). Puede verse tambien á Pothier, número 780; Toullier, VIII, 488 y 489; Duranton, XIII, 262; Marcadé, al artículo 1337 números V y VI; Aubry y Rau, § 760 *bis*, y Goyena 1218°.

[1] Puede verse á Demolombe, XXVII, 3 á 25.

de la obligacion, ya se trate de una obligacion de hacer, ya de una obligacion de dar. *Zachariæ, allí.* [Vé art. 740 y nota al 516].

726. Art. 3°. — Pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces, y todos los que tengan algun interes [2] en el cumplimiento de la obligacion. *De Freitas* 1033°, *y Goyena* 1099° *inc.* 1°. [Vé art. 738].

727. Art. 4°. — El pago puede hácerse tambien por un *tercero* con asentimiento del deudor y aún ignorándolo este, y queda la obligacion estinguida con todos sus accesorios y garantías. [3] En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. [4] Si hubiese hecho el pago ántes del vencimiento de la deuda, solo tendrá derecho á ser reembolsado desde el dia del vencimiento. [5]

728. Art. 5°. — El pago puede tambien ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá solo derecho á cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago. [7]

Art. 2°. — Zachariæ, § 557. — LL. 1ª y 2ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 176, Dig. *De Verb. signif.* [Tít. 16, Lib. 50]. — Cód. de Luisiana, arts. 2127 y 2128. [De Goyena 1087°].

Art. 3°. — L. 3ª, Tít. 14, Part. 5ª [De Acevedo 1442°]. — Los incapaces son todas las personas designadas en los artículos 4° y 5°, Tít. 2°, Lib. 1°. — Pueden por lo tanto hacer el pago cualquiera de los deudores en una obligacion solidaria ó indivisible; cualquiera de los co-deudores por la cuota que le corresponda, si la obligacion fuese simplemente mancomunada y divisible, los fiadores, el heredero único del deudor. [De Freitas 1032° y 1033°].

Art. 4°. — L. 3ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 12, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 53, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — L. 6ª [§ 2. Vé citas del art. 1875], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. — L. 24, Tít. 19, Lib. 2°, Cód. Rom. [De Goyena 1099°]. — Véase Marcadé sobre el art. 1236. El jurisconsulto Mourlon ha tratado estensamente del pago hecho por un tercero: discute todas las opiniones relativas á la materia, y sus resoluciones están perfectamente fundadas. Cuando el pago se hace con consentimiento del deudor hay contra él la accion del mandato. Cuando se hace ignorándolo, la accion *negotiorum gestorum.* [6]

Art. 5°. — En cuanto á la primera parte, véanse las LL. 32, Tít. 12, y 3ª, Tít. 14, Part. 5ª.

---

[2] Sobre esto vé nuestra nota al artículo 1048.

[3] *Tercero,* se llama aquí á la persona que no se halla legalmente interesada en el cumplimiento de la obligacion. Vé Código Francés, 1236° inciso 2°.

La palabra *garantías* está demás: artículo 524 inciso 4°.

[4] Y tambien podrá exigir el reembolso de los intereses y gastos: artículos 1952, 1955, 2299 y 2300. Vé nota 21 al artículo 4029, hácia el fin; y téngase presente el artículo 768 número 3°.

Si el deudor, ignorante del pago, abonase de nuevo, parece que deberá aplicarse el artículo 2035.

[5] Y solo desde entónces podrá cobrar intereses de lo desembolsado. La disposicion de este inciso, tomada del artículo 1037 de Freitas, es tambien aplicable al caso del artículo siguiente, y presenta identidad con la del artículo 2033.

[6] Vé los artículos 1876 y 2290 con nuestras notas. Si el que pagó fué un fiador ó mandatario, se reglarán sus derechos por las leyes especiales á esos contratos.

[7] En los artículos 2032 (combinado con el 2031) y 2305 se han resuelto dos cuestiones que por su gran semejanza con la de este artículo, requerian soluciones análogas. Así lo exige la lógica, y lo hacen todos los jurisconsultos, como puede verse en Aubry y Rau, §§ 316 nota 1ª, 427 nota 10, y 441 nota 16. Vé nuestra nota 21 al artículo 4029, hácia el fin.

729. Art. 6°. — El acreedor está obligado á aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando á nombre propio, ya á nombre del deudor; pero no estará obligado á subrogar en su lugar al que hiciere el pago. [8]

730. Art. 7°. — Si la obligacion fuere de hacer, el acreedor no estará obligado

— En cuanto á la segunda, en contra, L. 11, Tít. 20, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1442°]. — Toullier, Tom. 7°, n° 12, y Freitas, art. 1036. — Zachariæ, Tom. 3°, pág. 182. [Vé §§ 558 nota 1ª y 622 nota 4ª. Son citas de Marcadé]. — Proyecto de Goyena, art. 1099. — Los Códigos estrangeros guardan silencio. Pero Marcadé sobre el art. 1136 [léase 1236], n° 675, sostiene la resolucion del artículo, porque habiéndole sido útil el pago al deudor, aunque fuese contra su voluntad, se enriqueceria con lo ajeno, si el que ha hecho el pago no pudiera cobrarle ni aquello en que le ha sido útil. Un deudor se niega, por ejemplo, á que un tercero haga el pago, porque se le cobra mas de lo que debe, ó porque se cobra intereses que no cree deber; pero si el que ha hecho el pago solo exige aquello que el deudor confesaba deber, no hay motivo para negarle toda accion. Duranton, Tom. 12, n° 19 [cita del art. 2305], es de opinion que las circunstancias del caso y los motivos de la negativa del deudor para que se haga el pago, es lo que debe decidir si hay ó no alguna accion para el que ha pagado contra la voluntad del deudor. Mourlon discute el punto, y resuelve la cuestion como Marcadé, porque no se puede suponer el ánimo *donandi*, y porque la verdadera donacion no tiene lugar sinó cuando hay concurso de voluntades, ofrecimiento por una parte y aceptacion por la otra. [Vé art. 1794].

Cuando damos al que ha hecho el pago, accion para cobrar aquello en que el pago le ha sido útil al deudor, le reconocemos solo la accion *in rem verso*, que se concede á todo aquel que emplea su dinero ó sus valores en utilidad de las cosas de un tercero [vé art. 2308]. Esta es la opinion de Maynz, § 369, nota 3ª [ó § 372].

La Ley Romana dice: *Liberatur enim et alio solvente sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat..... solvere pro invito, et ignorante quique licet cum sit jure civile constitum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* [De Freitas 1036°]. — Véase sobre el artículo la L. 5ª, Tít. 8°, Lib. 26, Dig. [Cita inoportuna].

Art. 6°. — Véase, L. 3ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 53, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — El art. 1236 del Cód. Francés, y Marcadé sobre dicho artículo. [Son las citas del art. 727].

---

[8] Esto no obsta á la aplicacion del artículo 768.

Nuestro sentir es que la obligacion en que se pone al acreedor de aceptar el pago de cualquiera, le acarreará muchas veces perjuicios, amen de sinsabores y pleitos, y que la justicia exige que él pueda negarse cuando tenga y demuestre un interés legítimo para ello: por ejemplo, si el derecho que el tercero pretende estinguir, se liga á otro derecho, accion ó escepcion que el acreedor perdería recibiendo el pago que el tercero le ofrece.

Si, por regla general, es indiferente el pagador de una suma de dinero, en las demás obligaciones de dar se la tiene siempre en consideracion (arg. del art. 926 y su nota), y al imponer un estraño en las relaciones de los contrayentes, se rompe la relacion que los une, se tuerce su voluntad indebidamente. Vé el final de la nota del Dr. Velez al artículo 1150. La insolvencia del tercero, su carácter doloso, la ignorancia de los detalles del contrato en que no intervino, los vicios redhibitorios de la cosa pagada y mil otras circunstancias que se mezclan en las complicadas relaciones civiles, originarán al acreedor verdaderos perjuicios y trastornos. Téngase presente el artículo 740.

Así vemos que los jurisconsultos franceses, sin embargo de que el artículo 1237 del Código Napoleon (que es nuestro art. 730) solo menciona la obligacion de hacer, opinan que debe aplicarse tambien á la obligacion de dar, cuando se constate que el acreedor tiene interés en que la obligacion sea ejecutada por el deudor y no por otro. Demolombe, XXVII, 74; Aubry, § 316 nota 5.

Con mas fuerte razon suscribo al parecer de esos comentadores y al de Freitas, 1035°, de que contra la doble oposicion del acreedor y deudor, un estraño no tiene derecho á efectuar el pago; mientras que de la combinacion de los artículos 728 y 729 resulta, ó al ménos parece resultar, que está autorizado á efectuarlo. Vé á Demolombe, n°s 59 y 226.

Creemos, por último, que el tercero estraño no puede pagar compensando, sinó por el cumplimiento efectivo de la prestacion (art. 725).

á recibir el pago por la prestacion del hecho ó servicio de un tercero, *si hubiese* interés en que sea ejecutado por el mismo deudor. *Freitas* 1038°; *Cód. Francés* 1237°. [Vé art. 1859]. [9]

731. Art. 8°. — El pago debe hacerse : —

1° A la persona á cuya favor estuviere constituida la obligacion si no hubiese cedido el crédito, ó á su legítimo representante, cuando lo hubiese constituido para recibir el pago [10], ó cuando el acreedor no tuviese la libre administracion de sus bienes; *De Goyena* 1101°, *y Freitas* 1141 *n°* 1°. [Vé arts. 734, 2213 y 2216].

Art. 7°. — Véase, L. 3ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 31, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, art. 1237. — De Luisiana, art. 2132. — Sardo, art. 1327. — Holandés, art. 1118 [léase 1418]. — Napolitano, art. 1190. [De Goyena 1100°].

Art. 8°. — LL. 3ª, 4ª, 5ª y 6ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 49, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, art. 1239. — Napolitano, art. 1192. — Sardo, art. 1329. [De Goyena 1101°]. — En cuanto á los incisos 2° y 3°, lo que está resuelto en los Títulos de las obligaciones solidarias, y de las obligaciones divisibles é indivisibles. Respecto al 4°, las LL. 11, Tít. 14, Part. 3ª, y 14, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 3ª, Tít. 11, Lib. 1°, Fuero Real. — Respecto al 5°, lo que se resolverá en el capítulo del pago con subrogacion.

En cuanto al 6°, Savigny, en su obra *Derecho de las Obligaciones*, trata de los títulos al portador desde el § 62 hasta el 71, segun la legislacion de Prusia. Nos dice que el título al portador no puede ser emitido sinó por los gobiernos ó sociedades especialmente autorizadas para hacerlo; y que á los particulares solo les es permitido para dar cumplimiento á una determinada obligacion, pues que el título al portador puede causar perjuicio á la moneda ó papel moneda del país, y dar lugar á bancarrotas fraudulentas.

Las relaciones de derecho entre acreedor y deudor en los títulos al portador, no están sometidas á las reglas generales del derecho de las obligaciones, sinó á condiciones especiales que deben encontrarse en la creacion de los títulos, razon por la cual no podemos proyectar leyes sobre la materia.

El verdadero acreedor del título al portador es el poseedor del mismo, porque el hecho de la posesion establece siempre la presuncion de la propiedad. [Vé art. 2414]. Esta presuncion de propiedad tiene una doble significacion: de parte del poseedor importa que puede ejercer todos los derechos del propietario; de parte del deudor que él tiene el derecho absoluto de pagar á cualquier portador del título al portador.

El *traspaso* del derecho tiene lugar por la tradicion del título [arts. 1457 y 2392]. Es el mismo procedimiento que en el traspaso de la propiedad. La forma de una cesion no es exigida ni posible, pues que el título no indica la persona que tenga el derecho anterior, y que pueda hacerla. [De Savigny, §§ 64, 66 y 67].

La *reivindicacion* de los títulos al portador no tiene lugar sinó contra el poseedor de mala fé, por ejemplo, el que los hubiese robado, y en cuyo poder aún existiesen, ó contra el depositario de ellos que se negara á entregarlos si los hubiese cobrado ó dádoles curso, aunque se hallasen indudablemente en poder de determinada persona no habria lugar á la reivindicacion, ni de los títulos ni del dinero que hubiesen producido, aun cuando este existiera en poder del ladron ó depositario infiel, y el dueño anterior no tendria sinó una accion personal contra el que se los hubiese sustraido, pues que no hay reivindicacion de la moneda corriente. [Art. 2764].

La dificultad, en el caso de reivindicacion, se presenta para la prueba de la propiedad. El demandante debe acreditar todas las indicaciones que pueden concurrir á demostrar que los títulos depositados ó robados son los mismos que pretende reivindicar. [Art. 2764 en contra].

Los títulos al portador que emiten los gobiernos, como fondos públicos, billetes de tesorería, pueden sufrir una alteracion aparente por una señal cierta que se les agregue, y que los ponga fuera de circulacion. Los particulares no pueden dejar sin efecto en sus tran-

---

[9] Este artículo debe esplicarse por el 626. — Por error de copia ó tipografia se ha puesto *si hubiese interés,* en vez de *si tuviese interés,* como trae Freitas y exige la propiedad del lenguage.

[10] No es esto decir que se requiera siempre un poder especial, sobre todo cuando el mandatario se hallase autorizado para celebrar el contrato y hubiese de efectuarse el pago inmediatamente. Art. 1883, especialmente n° 1°, 1885 y su argumento.

2° A cualquiera de los acreedores, si la obligacion fuese indivisible ó solidaria, si el deudor no estuviese demandado por alguno de ellos; *Freitas* 1041° *n°* 2°. [Arts. 686 y 706].

3° A cada uno de los co-acreedores, segun la cuota que les corresponda, si la obligacion fuese divisible, y no fuese solidaria; *Freitas, allí, n°* 3°. [Vé art. 675]. [12]

4° Si el acreedor ó co-acreedor hubiese fallecido, á sus legítimos sucesores por título universal, ó á los herederos, segun la cuota que á cada uno perteneciere, no siendo la obligacion indivisible; *Freitas, allí, n°* 4°. [Vé arts. 686 y 3488].

5° A los cesionarios ó subrogados, legal ó convencionalmente; *De Freitas, allí, n°s* 5° *y* 7°.

6° Al que presentase el título del crédito, si este fuese de pagarés al portador, salvo el caso de hurto ó de graves sospechas de no pertenecer el título al portador; *Freitas, allí, n°* 9°.

7° Al tercero indicado para poder hacerse el pago, aunque lo resista el acree-

sacciones esta declaracion del Estado, deudor originario, que hace ilegal todo acto, respecto á los títulos anulados.

Cuando el propietario de un título al portador, pierde la posesion, sea que este título se le haya perdido ó le haya sido robado, ó se haya destruido en un incendio ó en un naufragio, se encuentra colocado en una situacion muy diversa de la del propietario de un papel moneda que sufre un accidente semejante. La moneda lleva su valor en sí misma, y cuando un papel moneda es destruido, la pérdida es irreparable. No sucede asi en los títulos al portador que emiten los gobiernos, que no tienen valor en sí mismos, sinó que son simples reconocimientos, títulos destinados á probar la obligacion. La continuacion de la obligacion es completamente independiente de la existencia material del título que la comprueba. Puede decirse que el deudor no carga con otra obligacion que la de hacer el pago al portador del título; mas aunque este sea el derecho del deudor, no se entiende que debe ejercerlo en todas circunstancias. Este derecho no existe en casos dudosos. Cuando antes del pago, el que dice haber perdido la posesion del título, lo notifica al deudor para que no lo pague, este debe provisoriamente rehusar el pago al portador, á fin de dejar á las partes, la posibilidad de hacer reconocer, por medio de un proceso, en quién se halla la verdadera propiedad, por oposicion á la propiedad presunta.

El procedimiento que se observa en los títulos al portador que llevan cupones de intereres, es el siguiente: — El propietario que ha sufrido el accidente de la pérdida, da la prueba del hecho ante la autoridad pública, encargada de la emision de los títulos, y particularmente del pago de los intereses. Es preciso designar exactamente los números que llevan los títulos [etc.] y comprobar la posesion que de ellos se tenia; la consecuencia inmediata de esta designacion, es que la autoridad observa si se presentan cupones de intereses correspondientes á esos números, y si asi sucede, no son pagados al portador de ellos. El reclamante debe ser instruido de la presentacion, y de la persona del portador, y el negocio se resuelve en un proceso entre las dos partes.

Si se supone una destruccion material, la autoridad hace conocer públicamente por avisos sucesivos la pérdida declarada de los números, y llama á los que puedan ser tenedores de ellos para que los presenten. Si estos avisos no producen ningun resultado satisfactorio en el término de *tres* años, una decision judicial declara la no existencia del título, y el que lo ha perdido recibe otro título de igual valor. Si aparece despues un poseedor del título perdido, *el Estado está exonerado de pagarlo:* [11] el negocio es ya entre partes, ante los jueces que declaran á quien pertenece el nuevo título, que reemplazó al que se juzgaba perdido.

En cuanto al 7°. — L. 5ª, Tit. 14, Part. 5ª. — L. 12 [§ 3°], Tít. 3°, Lib. 46, Dig. [De Goyena 1101°].

---

[11] Las palabras en letra bastardilla no se encuentran en Savigny, de cuyos §§ 66, 69 y 70, págs. 278, 323 á 326 y 329, es tomado lo que precede.

El término de tres años es el señalado por el artículo 2279 del Código Francés para la prescripcion de las cosas muebles. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 3950.

[12] Entiéndase, solidaria respecto á los acreedores. Vé nuestras notas á los artículos 699 y 707.

dor, y aunque á este se le hubiese pagado una parte de la deuda. *Goyena bajo su art.* 1101. [Vé arts. 1979 y 2213].

732. Art. 9°. — El pago hecho al que está en posesion del crédito es válido, aunque el poseedor sea despues vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda. *Cód. Francés* 1240°. [Vé art. 3431]. [13]

733. Art. 10. — El pago hecho á un tercero que no tuviese poder para recibirlo, es válido en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor, y en el todo, si el acreedor lo ratificase. *Cód. Francés* 1239° *inc.* 2°, *y Marcadé, allí.* [Vé arts. 3545, 728 y 1938].

734. Art. 11. — El pago no puede hacerse á persona impedida de administrar sus bienes. Solo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad. *Goyena* 1102°; *Cód. Francés* 1241°. [14]

735. Art. 12. — Si el acreedor capaz de contraer la obligacion se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, el deudor que sabiendo la incapacidad sobreviniente se lo hubiese hecho, no estingue la obligacion. *Freitas* 1044 *n°* 1°. [Vé art. 2216]. [15]

Art. 9°. — Cód. Francés, art. 1240. — Sardo, art. 1330. — Estar en posesion de un crédito no es tener el acto escrito que lo pruebe, sinó gozar pacíficamente de la calidad de acreedor. Asi, un heredero aparente está en posesion de los créditos hereditarios, y son válidos los pagos que le hacen [de buena fe: vé art. 3431] los deudores de la sucesion, aunque despues sea vencido en juicio y declarado no ser heredero. Por lo demas, tener el documento del crédito constituye la posesion, cuando se trata de documentos pagaderos al portador [vé arts. 2392, inc. 4° y 2393]. — Véase Marcadé, sobre el artículo 1240 [del cual es tomada esta nota].

Art. 10. — Regla 17, Tít. 34, Part. 7ª, y L. 5ª, Tít. 14, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1239. — Napolitano, art. 1292 [léase 1192]. — Sardo, art. 1329. [De Goyena 1102° y Acevedo 1444].

Art. 11. — Regla 17, Tít. 34, Part. 7°. — L. 5ª, Tít. 8°, Lib. 26, Dig. — Cód. Francés, art. 1241. — Napolitano, art. 1194. — Sardo, art. 1331. — Holandés, art. 1122 [léase 1422. De Goyena 1102°].

---

[13] Todos los Códigos exigen buena fé en el que paga al acreedor aparente y putativo, pues si el pago se hizo á sabiendas de que no era el acreedor verdadero, es evidente que careceria de validez. Vé á Acevedo 1448°; Código Chileno 1576° inciso 2°; Freitas 1042° y nuestro Código de Comercio 924°.

El artículo se refiere al *pago* (art. 725), y no debe estenderse á la remision voluntaria, novacion, etc; pero no importa que se haya pagado con anticipacion ó por un estraño. Vé á Demolombe, XXVII, 175 á 186, como un escelente comentario á nuestro artículo.

[14] El artículo se refiere á los incapaces de los artículos 54 y 55, comprendiendo á los fallidos y religiosos profesos, á los curadores de herencia vacante (art. 3543), y á los menores emancipados en su caso, (art. 135 inc. 5°).

Si la incapacidad es solo relativa, tendrá aplicacion el artículo 518, ya que despues de anulada la obligacion civil, sobrevive la natural (art. 515 n° 1° y nota).

Sobre este artículo, vè los artículos 731 n° 1°, 733, 757 n° 2°, 1166, 1167, 2308, 2311 y á Demolombe, XXVII, 191 á 198.

El deudor puede siempre repetir la cosa pagada: artículo 792. Vé el artículo 738 y nuestra nota á él.

[15] Creemos que este artículo es solo una aplicacion del anterior, y que la equidad y la lógica exigen que el pago se mantenga en cuanto haya utilizado el acreedor. — El argumento *á contrario* autoriza á concluir que si el deudor ignoraba la incapacidad, el pago seria válido. Compara con los artículos 930 y 1577 n°s 3° y 6°.

736. Art. 13. — Si la deuda estuviese pignorada ó embargada judicialmente, el pago hecho al acreedor no será válido. En este caso la nulidad del pago aprovechará solamente á los acreedores ejecutantes ó demandantes, ó á los que se hubiesen constituido la prenda, á quienes el deudor estará obligado á pagar de nuevo, salvo su derecho á repetir contra el acreedor á quien pagó. *Freitas* 1044° *n°* 2°. [Vé arts. 2002, 1049, 792 y 822]. [16]

737. Art. 14. — El pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores es de ningun valor. *De Freitas* 1044° *n°* 3°. [17]

738. Art. 15. — Cuando por el pago deba trasferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez, que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla. Si el pago fuese de una suma de dinero ó de otra cosa que se consuma por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor que la haya consumido de buena fé. *Cód. Francés* 1238°, *y Marcadé, allí.* [18]

Art. 13. — Cód. Francés, art. 1242. — Napolitano, art. 1195. — Sardo, art. 1332. — Holandés, art. 1123 [léase 1423. De Goyena 1103°].

Art. 14. — L. 7ª, Tít. 15, Part. 5ª. [De Goyena 1180]. — De la revocacion de los pagos hechos por el deudor en fraude de los acreedores, se dispondrá en la Seccion siguiente. [Art. 962, etc.].

Art. 15. — Véase Cód. Francés, art. 1238, y sobre él á Marcadé. Respecto á la segunda parte, L. 14 [15 y 94], § 8°, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Cuando el que paga no es propietario de la cosa, y esta es un inmueble, puede ser reivindicada por el verdadero propietario. Pero si el propietario no ejerce la repeticion de la cosa, el deudor que la ha entregado no podrá hacerlo, por el principio *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Si se tratase de un mueble que no fuese perdido ni robado, el acreedor que lo ha recibido de buena fé no puede ser inquietado [art. 2414]. Si el mueble hubiese sido perdido ó robado, podrá ser repetido por el dueño, pero no por el que lo ha pagado. Si el acreedor lo hubiese consumido de buena fe, no hay recurso contra él. Cuando el deudor propietario de la cosa dada en pago, no tenia capacidad para enajenarla, la nulidad del pago no puede ser demandada sinó por el incapaz ó sus representantes [art. 1049], y no por el acreedor que la hubiese recibido, porque los beneficios de la incapacidad solo se han establecido á favor de los incapaces. [De Marcadé, allí, IV, 683, §§ 1° y 2°].

Estos son los derivados inmediatos del artículo.

---

[16] Compara con el Código de Comercio 925° y Código Francés 1242°. El segundo pago á que quede obligado el deudor no siempre será total, y si solo hasta la concurrencia de lo que adeude á los ejecutantes, embargantes ó acreedores pignoraticios. Por lo restante parece que el primer pago será válido.

El embargo es una prenda judicial: argumento del inciso 1°. Vé nota 9 al artículo 2679.

[17] Debe este considerarse modificado por los artículos 962 á 973, especialmente por el 969. Vé nuestra nota á este último.

El acto no es *nulo*, sinó simplemente *anulable* (vé arts. 1046 y 1047). El artículo 955 incurre en el mismo error.

[18] Puede compararse con Maynz, § 277, nota 38, 4ª edicion, á propósito de pago indebido. Vé el artículo 786.

El presente viene á modificar al artículo 726 y debió figurar á su lado. El testo del inciso primero no está exento de crítica y presenta sérias dificultades.

Desde luego ese inciso, á propósito de un asunto que se refiere principalmente al *objeto del pago*, trae á cuenta la capacidad necesaria para pagar la cosa enagenada, y olvida decirnos cual es la necesaria para recibir tales pagos. Ademas, la materia de nuestro inciso es mas propia de la adquisicion de la propiedad por la tradicion (de que los arts. 2603 á 2605 se ocupan), y de la eviccion, en su caso. Por otra parte, el pago de una cosa inmue-

739. Art. 16. — Lo que está dispuesto sobre las personas que no pueden hacer pagos, es aplicable á las que no pueden recibirlos. *Freitas* 1045°. [19]

CAPÍTULO I

DE LO QUE SE DEBE DAR EN PAGO

740. Art. 17. — El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa á cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado á recibir una cosa por otra, aunque sea de igual ó mayor valor. *Freitas* 1046°, *y Cód. Francés* 1243°. [20]

741. Art. 18. — Si la obligacion fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado á recibir en pago la ejecucion de otro hecho, que no sea el de la obligacion. *Freitas* 1054°. [Vé arts. 625 y 730].

742. Art. 19. — Cuando el acto de la obligacion no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte en parte el cumplimiento de la obligacion. *Goyena* 1094°. [Vé art. 673 y nota al 755].

743. Art. 20. — Si la deuda fuese en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor, y deberá hacerse el pago por el deudor de la parte líquida,

Art. 17. — L. 3°, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 17 [léase 16, Tít. 43, Lib. 8°], Cód. *De Solutionibus.* — Cód. Francés, art. 1243. [De Acevedo 1450°, y Goyena 1089°].

Art. 18. — La Ley de Partida ántes citada que pone la escepcion, cuando el deudor no puede ejecutar el hecho, en cuyo caso debe cumplir la obligacion segun lo ordene el juez. [De Acevedo 1450° inc. 2°. Esto es traido con poca oportunidad].

Art. 19. — Es el espíritu de las LL. 1ª, 2ª, 3ª y 8ª, Tít. 14, Part. 5ª. — Véanse las citas sobre el art. 7°, Tít. 11 [léase 12], de este libro. [De Goyena, allí, y de Acevedo 1451°].

---

ble recibida de buena fé es eficaz, y se valida inconmutablemente por la prescripcion del inmueble, así como en los casos del artículo 1331.

Todo esto nos demuestra que el punto que pretende legislar nuestro inciso abraza las materias mas variadas y complejas, y que es vano empeño pretender regirlas por una fórmula única. Por esto, nuestro inciso carece de todo valor práctico. Compárese detenidamente con la nota de Freitas á su artículo 1052; Pothier, *Obligat.* nos 495 á 498; Aubry, § 316, páginas 102 á 104, 3ª edicion, y 150 á 152 de la 4ª; y con Demolombe, XXVII, 84 á 131; sin perder de vista nuestros artículos 577 y 1056.

Freitas 1034°, querria que cuando un incapaz cumpliese una obligacion de dar cosas *fungibles* (vé art. 2326), que el acreedor recibiese de buena fé, no hubiese lugar á repeticion. Vé su artículo 1039.

Nuestro artículo 2327 define las cosas *consumibles.*

[19] Este artículo, que en Freitas no es claro, ofrece mayor dificultad, para su inteligencia y aplicacion, en relacion á las disposiciones precedentes.

Solo puede referirse á nuestros artículos 726 á 730; pero en tal caso habria debido decirse: «los que no pueden efectuar pagos, no pueden recibirlos».

La presencia de los artículos 733 y 734, que no se encuentran en Freitas, dejan casi sin objeto el presente.

[20] El artículo 579 se opone á la aceptacion del parecer de Demolombe, XXVII, 234 y 235, de que cuando la cosa debida perece por culpa del deudor, el acreedor puede exigir otra cosa semejante.

aun antes de que pueda tener lugar el pago de la que no lo sea. *Goyena* 1095°; *Freitas* 1049° *n°* 2°. [Vé nota al art. 819].

744. Art. 21. — Si se debiese sumas de dinero con intereses, el pago no se estimará íntegro sinó pagándose todos los intereses con el capital. *De Freitas* 1050°. [21]

745. Art. 22. — Si el pago consistiese en la entrega de cosas determinadas, ó de cosas inciertas, de cosas fungibles ó no fungibles, se observarán las disposiciones contenidas en el título *De las obligaciones de dar.* [22]

746. Art. 23. — Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales, y en períodos determinados, el pago hecho por el último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario. [Vé á Freitas 1110°; Goyena 1097°; Cód. Com. 715°]. [23]

CAPÍTULO II

DEL LUGAR EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

747. Art. 24. — El pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligacion. Si no hubiese lugar designado, y se tratase de un cuerpo cierto y determinado, deberá hacerse donde éste existia al tiempo de contraerse la obligacion. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor [Cód. Fran-

Art. 20. — Proyecto de Goyena, art. 195 [léase 1095]. — Argumento [remotísimo] de la L. 8ª, Tít. 4°, Lib. 5°, Dig.

Art. 21. — Cód. de Chile, art. 1591 [§ 2°].

Art. 23. — Las Leyes Romanas y los Códigos modernos exigen la prueba del pago de los tres últimos períodos, para suponer el pago de los anteriores. Pero para esto no hay razon alguna. Si el acreedor ó la oficina pública encargada de una contribucion, da el recibo por el último año de una pension ó contribucion anual, los acreedores *solo* deben ser culpados, cuando no espresaron que quedaban impagas las pensiones ó contribuciones anteriores. Este es el caso de aplicar el principio: *Plus favemus liberationibus, quam obligationibus.*

---

[21] Aunque nuestro artículo dice *sumas*, en plural, mientras que Freitas usa con propiedad del singular, es indudable que su disposicion no abraza el caso de una obligacion que tiene por objeto varios pagos sucesivos, como cuando se trata, por ejemplo, de anualidades, rentas, alquileres y aún de intereses. Cada año de intereses es considerado como una deuda distinta (arts. 3796, 4029 y su arg.); y así, aunque existan muchos años vencidos, el deudor puede obligar al acreedor á recibirlos separadamente.

Sin embargo, no podria forzarle á recibir los últimos años antes que los primeros (vé arts. 776 á 778): ya para evitar la prescripcion del artículo 4029 citado; ya, si la deuda es hipotecaria, para gozar de las garantías y privilegios que los artículos 3883 n° 3°, 3885 y 3938 acuerdan; ya, en fin, para no incurrir en la presuncion del artículo 746.

Los intereses y otros accesorios, como gastos líquidos (vé art. 575), no se considera formar un solo todo con el capital, sinó en el sentido de que cuando corresponda entregar el capital, debe hacerse simultáneamente con sus réditos y demás accesorios.

[22] Las palabras *ó no fungibles*, están demás: vé arts. 574 á 615. Los artículos 2254 á 2256 son una aplicacion del presente.

[23] La palabra *último* no está usada con suficiente propiedad, y habria sido preferible decir *posterior*, puesto que el pago del *penúltimo*, como de todo período, debe hacer presumir igualmente el abono de los que le precedieron.

cés 1247°] al tiempo del *cumplimiento* de la obligacion. *Freitas* 1055° *n°* 4°. [Vé arts. 576, 618, 1213, 1214 y 1412]. [24]

748. Art. 25. — Si el deudor mudase de domicilio, en los casos en que el lugar de este fuese el designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo, ó en el lugar del primer domicilio, ó en el nuevo del deudor. *Freitas* 1057°.

749. Art. 26. — Si el pago consistiese en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, debe ser hecho en el lugar de la tradicion de la cosa, no habiendo lugar designado, salvo si el pago fuese á plazos. *Freitas* 1060°. [Vé art. 1426°]. [25]

CAPÍTULO III

DEL TIEMPO EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

750. Art. 27. — El pago debe ser hecho el dia del vencimiento de la obligacion. *De Freitas* 1064° *n°* 1°. [Art. 570 inc. 2°].

751. Art. 28. — Si no hubiese plazo designado, se observará lo dispuesto en el artículo 45 del título *De las obligaciones de dar*. [Art. 618 inc. 1°]. [26]

Art. 24. — Cód. Francés, art. 1247. — Napolitano, art. 1101 [léase 1201]. — Sardo, art. 1337. — De Luisiana, art. 2153, en cuanto á los dos primeros párrafos. Respecto al segundo inciso, el Código de Holanda, artículo 1429, designa el domicilio del acreedor. La L. 13, Tít. 11, Part. 5ª, dispone como el primer párrafo del artículo; mas la L. 32, Tít. 2°, Part. 3ª, da competencia al juez del lugar del contrato como que allí fuese el fuero de la causa, sin espresar que el obligado haya de encontrarse ó no en ese lugar; por las Leyes Romanas el que se obligó á pagar en determinado lugar, no puede hacer el pago en otro contra la voluntad del acreedor. L. 9ª, Tít. 4°, Lib. 13, Dig. — L. 19 [§ 2°], Tít. 1°, Lib. 5°, Dig. [De Goyena 1091°].

Art. 27. — L. 13, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 8°, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 42, Tít. 1°, Lib. 45, Dig. — Tít. 16, § 2°, Lib. 3°, Instit. [De Acevedo 1455°, y Maynz § 264, nota 1ª].

---

[24] Aunque en la mayoría de casos el domicilio del deudor marque el lugar del pago y el Juez de la causa, no debe confundirse, como se hace en la nota del Dr. Velez, la cuestion del lugar en que debe pagarse con la de la jurisdiccion y competencia de los Tribunales (vé nota 7 al art. 8, hácia el fin), de que se ocupan los artículos 100 á 102, 1216 y 1217, y que pertenece propiamente á la ley adjetiva ó de procedimientos.

Nuestro artículo no es precisamente imperativo y absoluto, pues no hace sinó interpretar verosimilmente la intencion comun de los contrayentes; y dada la variedad y complexidad de las obligaciones, tocaria á los Jueces modificarlo, cuando la naturaleza del pago (vé art. 1213), la calidad ó fin del negocio ú otros hechos, demuestren cual ha sido la voluntad de las partes. El artículo parece especialmente calculado para las obligaciones que tienen por objeto cosas *muebles*, y no es dudoso que en las obligaciones *de hacer* ó *de no hacer*, el lugar del pago se determina segun la calidad y fin de cada una de las prestaciones.

[25] Aquí debió consignarse que los costos ó gastos del pago son de cuenta del deudor, como lo establecen el artículo 933 inciso 1° del Código de Comercio, el 1348 del Código Francés y el 1092 de Goyena, y se repite por el Codificador en la nota al artículo 3769. Lo mismo se deduce de los artículos 760, 765, 821, 1386, 1417 y 1426 inciso último. Compara con el artículo 2218.

[26] No vemos razon para que este artículo haya generalizado la disposicion peculiar al pago de sumas de dinero, separándose de la doctrina corriente (Vé la L. 14, Tít. , Lib. , Dig. *de re judic.* citada por Zachariæ, § 561 nota 8ª; Toullier, VI, 660 y VII, 78; Aubry,

752. Art. 29. — Si por el acto de la obligacion se autorizare al deudor para hacer el pago cuando pudiese ó tuviese medios de hacerlo, se observará lo dispuesto en el artículo 47 del mismo título. *De Freitas* 1065°. [Vé art. 576 etc.].

753. Art. 30. — Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los co-deudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso. *De Freitas* 1077° *n°* 1°. [27]

754. Art. 31. — Puede tambien el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando los bienes hipotecados ó dados en prenda, fuesen tambien obligados por hipoteca ó prenda á otro acreedor, y por el crédito de este se hiciese remate de ellos en ejecucion de sentencias pasadas en cosa juzgada. *Freitas* 1044° *n°* 3°, [Art. 3156]. [28]

755. Art. 32. — Si el deudor quisiere hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá este ser obligado á hacer descuentos. *De Freitas* 1078°.

Art. 32. — Porque se ha establecido ya que el *pago* [léase *plazo*] en las obligaciones es á favor de deudor y acreedor [art. 570].

El Código Francés, por el artículo 1244, autoriza á los jueces para conceder dilaciones para el pago, aun despues de cumplido el plazo de la obligacion, cuando la posicion del deudor lo exija. Si los jueces deben tener ó no esta facultad, es una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos franceses. Marcadé sobre dicho artículo, Duranton, Tom. 12, n° 88, y Dalloz, seccion 1ª, art. 1°, § 5° n° 24, sostienen la afirmativa. En contra: Merlin, *Quæst. verb. ejecut. parée.* Toullier, Tom. 6°, n° 660. [Citas de Marcadé y de Massé y Vergé tergiversadas]. [29]

---

§ 319 notas 10 y 11, y Freitas 1064° n° 2°), que establece que el pago puede exigirse inmediatamente; á menos que por su naturaleza, la obligacion no pudiese cumplirse sinó despues del trascurso de cierto lapso de tiempo; y solo en caso de duda corresponde al juez marcarlo.

[27] Conforme con el inciso 2°, Pothier, *Obligat.* número 236; Demolombe, XXV, 703. Este artículo y el 572 se complementan mútuamente.

La exigibilidad es solo contra el deudor principal y sus representantes (art. 572); pero no contra el fiador, que continúa gozando del beneficio del término: argumento *a fortiori* del inciso 2° del presente artículo.

[28] Lo mismo si el inmueble hipotecado estuviese dado en anticrésis. Vé artículos 3256 y 3258. El 3163 presenta otros casos en que el deudor hipotecario pierde el beneficio del plazo.

[29] La cuestion entre los jurisconsultos franceses ha consistido únicamente en saber si los jueces podian conceder solamente un plazo ó tambien varios, fraccionando de esta suerte el pago de la cosa debida; y esta última opinion es la que prevalece. Duranton lleva la contraria, y Merlin solo negaba esa facultad al juez respecto á los créditos ejecutivos. Puede verse á Marcadé, sobre el artículo 1244 n°s 692 y 693; Demolombe, XXVII, 245, etc.

El Código de Noruega y el de Freitas 1068°, niegan á los jueces la facultad de conceder prórogas, temperamento que juzgamos preferible. *Leges ille optimæ*, decia Aristóteles, *quæ arbitrio judicis pauca relinquunt.*

El artículo 927 inciso último de nuestro Código de Comercio, autoriza á los jueces, para que, teniendo en consideracion la calidad y fortuna del deudor, puedan conceder dilaciones moderadas para el pago y permitir que este se verifique por partes.

CAPÍTULO IV

DEL PAGO POR CONSIGNACION

756. Art. 33. — Págase por consignacion, haciéndose depósito judicial de la suma que se debe.

757. Art. 34. — La consignacion puede tener lugar : —

1° Cuando el acreedor no *quisiera* recibir el pago ofrecido por el deudor ; [31]

2° Cuando el acreedor fuese incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor *quisiere* hacerlo ; [32]

3° Cuando el acreedor *estuviese* ausente ; [Vé art. 3205].

4° Cuando fuese dudoso el derecho del acreedor á recibir el pago, y concurrieren otras personas á exigirlo del deudor, ó cuando el acreedor fuese desconocido ;

5° Cuando la deuda fuese embargada ó retenida en poder del deudor, y este quisiera exonerarse del depósito ;

6° Cuando se hubiese perdido el título de la deuda ;

7° Cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, *quisiera* redimir las hipotecas con que se hallasen gravados. *De Freitas* 1079°. [Vé arts. 1435 y 3198].

758. Art. 35. — La consignacion no tendrá la fuerza de pago, sinó concurriendo en cuanto á las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estos requisitos, el acreedor no está obligado á aceptar el ofrecimiento de pago. *Freitas* 1081°. [Vé Cód. Francés 1258°; Goyena 1108°, etc.].

759. Art. 36. — La consignacion hecha por depósito judicial, que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuese impugnada, por no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago, *desde el dia* de la sentencia que la declare legal. *De Freitas* 1082°. [33]

Art. 33. — L. 8ª, Tít. 14, Part. 5ª. — LL. 19, Tít. 32, Lib. 4°, y 9ª, Tít. 43, Lib. 8°, Código Romano. — Cód. Francés, art. 1257. — Sardo, art. 1347. — Holandés, art. 1410. — Napolitano, art. 1211. [De Goyena 1107°]. — En todos los Códigos de Europa y América, la consignacion comprende, tanto las deudas de sumas de dinero, como las deudas de cosas ciertas ó inciertas, cuando en realidad la consignacion no puede tener lugar sinó respecto á las deudas de dinero. ¿Cómo haria un deudor el depósito judicial de un cargamento de hierro, para ofrecerlo al acreedor en su domicilio, y seguir todas las reglas de la consignacion para las sumas de dinero ? Para cualquier otra cosa, la oferta al acreedor por parte del deudor, para que venga á tomar la cosa debida, debe causar su liberacion, y tener los efectos de la consignacion. [30]

Art. 36. — Las citas sobre el artículo 1°.

---

[30] *Sin necesidad de la presentacion real del objeto debido*, agrega Marcadé sobre dicho artículo 1257 n° 728.

Nuestro artículo 1613, tomado indiscretamente de Freitas, incurre en esta justa crítica.

[31] O por un tercero : vé artículos 727 á 729. Es doctrina corriente.

[32] En el supuesto de que no tenga un representante legal, que reciba por él (art. 57).

[33] En uno y otro caso los efectos del pago debieran producirse desde el dia mismo del depósito judicial (la palabra *renacerá* del artículo 761 arguye en favor de esta proposicion),

760. Art. 37. — Si el acreedor no impugnare la consignacion, ó si fuese vencido en la oposicion que hiciere, los gastos del depósito y las costas judiciales serán á su cargo. [34] Serán á cargo del deudor, si retirase el depósito, ó si la consignacion se juzgare ilegal. *Freitas* 1085°.

761. Art. 38. — Miéntras el acreedor no hubiese aceptado la consignacion, ó no hubiese recaido declaracion judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada. La obligacion en tal caso *renacerá* con todos sus accesorios. *Freitas* 1084°, *y Goyena* 1114° § 3°. [Vé art. 759].

762. Art. 39. — Si ha habido sentencia declarando válida la consignacion, el deudor no puede retirarla, [35] ni con consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus co-deudores ó fiadores. *Cód. Francés* 1262°.

763. Art. 40. — Si declarada válida la consignacion, el acreedor consiente que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías ó seguridades que le competian; y los co-deudores y fiadores quedarán libres. *Goyena* 1115° § 2°. [Vé Cód. de Com. 954°].

DEUDAS DE CUERPOS CIERTOS

764. Art. 41. — Si la deuda fuese de un cuerpo cierto, que deba ser entregado en el lugar en que se encuentre, el deudor deberá hacer intimacion judicial al acreedor, para que lo reciba; y desde entónces la intimacion surte todos los efectos de la consignacion. Si el acreedor no lo recibe, la cosa debida puede ser depositada en otra parte con autorizacion judicial. [Vé Cód. Com. 955°; L. 24, tít. 5°, Part. 5ª, y art. 1432].

Art. 37. — Cód. Francés, art. 1260. — Sardo, art. 1350. — Napolitano, art. 1214. [De Goyena 1113°].

Art. 38. — Cód. Francés, art. 1261. — Sardo, art. 1351. — Napolitano, art. 1215. [De Goyena, allí].

Art. 39. — Cód. Francés, art. 1262. — El pago estaba definitivamente hecho, y estinguida la obligacion principal con todos sus accesorios.

Art. 40. — Cód. Francés, art. 1263. — Napolitano, art. 1217. — Sardo, art. 1353. [De Goyena, allí].

Art. 41. — Cód. Francés, art. 1264. — Marcadé sobre este artículo, trata perfectamente esta materia. [Nos 742 y 743].

---

y de hecho los intereses cesarán de correr desde entónces, pues el deudor, consignando el capital con los intereses debidos hasta ese momento, habria cumplido íntegramente su obligacion (art. 744), y la sentencia tendria que reconocerlo. El artículo 1613 consagra la verdadera doctrina.

Si la suma depositada se destruye ó desaparece sin culpa del deudor, este no quedaria por eso menos exonerado. Esto es lo único justo y jurídico, porque las sentencias no crean derechos y solo declaran su existencia (nuestra nota al art. 700). Vé el artículo 3194.

[34] Esto es materia privativa del Código *provincial* de Procedimiento, en que nuestro Código Civil no debió inmiscuirse. Ademas, en la legislacion adjetiva las costas son la pena de la temeridad ó mala fé, y no se aplican al que tuvo razon probable para litigar. El Código Francés calla respecto á las costas judiciales.

[35] Despues de aceptada por el acreedor, tampoco podrá retirarla: argumento del artículo anterior. Igual observacion es aplicable al artículo siguiente.

765. Art. 42. — Si la cosa se hallase en otro lugar que aquel en que deba ser entregada, es á cargo del deudor trasportarla á donde debe ser entregada, [86] y hacer entónces la intimacion al acreedor para que la reciba.

DEUDAS DE COSAS INDETERMINADAS Á ELECCION DEL ACREEDOR

766. Art. 43. — Si la cosa debida fuese indeterminada y á eleccion del acreedor, el deudor debe hacerle intimacion judicial para que haga la eleccion. Si rehusare hacerla, el deudor podrá ser autorizado por el juez para verificarla. Hecha esta, el deudor debe hacer la intimacion al acreedor para que la reciba, como en el caso de la deuda de cuerpo cierto. [Vé arts. 602 y 637].

CAPÍTULO V

DEL PAGO CON SUBROGACION

767. Art. 44. — El pago con subrogacion tiene lugar, cuando lo hace un tercero, á quien se trasmiten todos los derechos del acreedor. La subrogacion es convencional ó legal. La subrogacion convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervencion del deudor, sea por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor. *Freitas* 1086°; *Aubry*, § 321; *Cód. Francés* 1249°.

768. Art. 45. — La subrogacion tiene lugar sin dependencia de la cesion espresa del acreedor á favor: —

1° Del que siendo acreedor paga á otro acreedor que *lo prefiere*;

2° Del que paga una deuda á que estaba obligado con otros ó por otros; [Vé art. 693 inc. último].

3° Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita ó espresamente el deudor, ó ignorándolo; [Vé arts. 727 á 729 y 3929].

4° Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; [Vé arts. 2153, 3187 y 3396].

5° Del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma. [Vé art. 3376]. [87]

Arts. 42 y 43. — Marcadé en el lugar citado. [N°s 744 y 745].

Art. 44. — La subrogacion es, en verdad, una ficcion jurídica admitida ó establecida por la ley en virtud de la cual, una obligacion estinguida [con relacion al acreedor originario] por medio del pago efectuado por un tercero, ó por el deudor con los dineros que un tercero le ha dado á ese efecto, es considerada como que continúa subsistiendo á beneficio de este tercero, que está autorizado para hacer valer en la medida de lo que ha desembolsado, los derechos y acciones del antiguo acreedor. [De Aubry, allí, nota 2].

Art. 45. — Cód. Francés, art. 1251. — Sardo, art. 1441 [léase 1341]. — Holandés, art. 1438. Napolitano, art. 1201. — Por Derecho Romano solo el acreedor hipotecario posterior, que pagaba al hipotecario anterior, quedaba subrogado por ministerio de la ley; pero no lo quedaba el simple acreedor quirografario, ó un tercero, á no mediar pacto ó cesion. Lo mismo dispone la Ley de Partida 34 [léase 13, Tít. 3°], Part. 5ª. — LL. 22, Tít. 14. y 1ª, 5ª, 8ª y 10ª, Tít. 18, Lib. 8°, Cód. Romano. [De Goyena, allí]. Véase á Goyena, art. 1117. — Respecto al n° 2°, véase á Marcadé sobre el artículo 1252, n° 718.

---

[86] Los costos del pago son siempre por cuenta del deudor (nuestra nota 25).

Los artículos 757 á 763 son por supuesto aplicables á los casos de intimacion judicial, de la misma manera que á la consignacion.

[87] La prescripcion del número 3° que aunque algo mas circunscrita, solo se encuentra en

769. Art. 46. — La subrogacion convencional tiene lugar, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le trasmite espresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogacion será regida por las disposiciones sobre la *cesion de derechos*. *Freitas* 1088°. [Vé art. 1436, etc.]. [38]

770. Art. 47. — La subrogacion convencional puede hacerse tambien por el deudor, cuando paga la *deuda de una suma de dinero,* con otra cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo. *Goyena* 1119°; *Cód. Francés* 1250 *n°* 2° *inc.* 1°. [39]

771. Art. 48. — La subrogacion legal ó convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el

Art. 46. — [Chile 1611°]. Cód. Francés, art. 1250 [n° 1°]. — Sardo, art. 1310. — Napolitano, art. 1203. [De Goyena 1118°],

Art. 47. — Cód. Francés, art. 1250.—L. 2ª, Tít. 3°, Lib. 42, Dig. — L. 1ª, Tít. 19, Lib. 8°, Cód. Rom. [De Goyena 1120°].

---

el artículo 1117 de Goyena, desdice completamente de los demas números del artículo, tomados de la legislacion y doctrina francesas, y solo sirve para completar la confusion en materia de suyo delicada y difícil.

Si el *tercero no interesado* que paga (salvo si lo hace contra la voluntad del deudor, queda subrogado, ¿qué significado, ni qué equidad pueden tener las restricciones consignadas limitativamente en los demas números del artículo? ¿Cómo puede negarse á un *interesado* el derecho que se concede al *no interesado*? Vé artículo 693. ¿A qué conduce circunscribirse á los co-obligados, acreedores sin preferencia, herederos beneficiarios y adquirentes de inmuebles hipotecados?

El artículo ha debido entonces decir y debe entenderse como si dijese: El que paga una deuda de otro ó de su co-deudor, queda por la ley subrogado; escepto cuando se hizo el pago contra la prohibicion del deudor por persona *no* interesada. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 3123; á Goyena 1117° n°s 2° y 3°; y á Demolombe, XXVII, 460.

Por lo demas, no hay incongruencia en negar la subrogacion al que paga contra la voluntad del deudor, y acordarla al que se constituyó fiador en iguales condiciones (artículo 2031); porque este, léjos de ser un tercero *no* interesado, tiene vivo interés en pagar lo afianzado.

Goyena, Aubry y Demolombe esplican perfectamente el artículo 1251 francés, del que se han tomado los cuatro números de nuestro artículo, con escepcion del 3°, que juega un rol singular entre ellos.

[38] No le son, pues, aplicables los artículos 771 y 772. La grande afinidad de esta subrogacion convencional con la cesion, y la dificultad que el distinguirlas en la práctica presenta á veces, no son motivos suficientes para confundir dos actos esencialmente distintos. Vé nuestra nota 40, y puede compararse esta con el artículo 938 n° 1° Código de Comercio.

Respecto á sus diferencias con la novacion por cambio de acreedor, vé el artículo 817 con la nota 14.

[39] Sobre el orígen histórico de esta disposicion puede verse á Acollas, II, página 885, y Demolombe, XXVII, 390 á 392. Este mismo autor (n°s 393 á 401 y 417 á 440) y Aubry § 321 n° 2° se ocupan de las dificultades que la inteligencia de nuestro artículo ofrece.

Es sensible, por lo demás, que se hayan omitido las precauciones que en el artículo 1250 número 2° inciso 2° del Código Francés están establecidas, para evitar los fraudes á que esta especie de subrogacion está espuesta y que constituyen su peligro. Freitas encontró preferible no adoptar una disposicion tan difícil y peligrosa.

deudor principal y co-deudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: —[Vé arts. 2031 y 3187].

1ª El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sinó hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberacion del deudor; [40]

2ª El efecto de la subrogacion convencional puede ser limitado á ciertos derechos y acciones por el acreedor, ó por el deudor que la consiente;

3ª La subrogacion legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda á la cual estaban obligados *con otros*, no los autoriza á ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus co-obligados, sinó hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado á contribuir para el pago de la deuda. *Aubry, allí.* [Vé arts. 768 nº 2º, 869, 717 y 2039].

772. Art. 49. — Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere hecho un pago parcial, y los bienes del deudor no alcanzaren á pagar la parte restante del acreedor y la del subrogado, estos concurrirán *con igual derecho* por la parte que se les debiese. [41]

CAPÍTULO VI

DE LA IMPUTACION DEL PAGO

773. Art. 50. — Si las obligaciones para con un solo acreedor, tuviesen [por objeto] prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace. *Freitas* 1092º *y Aubry* § 320.

774. Art. 51. — La eleccion del deudor no podrá ser sobre deuda ilíquida, ni sobre la que no sea de plazo vencido. *Freitas* 1092º *inc.* 2º. [Vé arts. 570 y 750].

775. Art. 52. — Cuando el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y

Art. 48. — Cód. Francés, art. 1252. — Véase á Marcadé sobre este artículo del Código, nº 1º. — Merlin. *Quest. verb. subrog. de pers.* § 1º, Duranton, Tom. XII, nº 122. — Aubry y Rau, Lib. 1º, § 321, nº 4º.

Art. 49. — En contra: Código Francés, art. 1152 [léase 1252]. — Sardo, art. 1142 [léase 1342]. — Napolitano, art. 1205 [Goyena 1121º y Freitas 1090º]. — Marcadé sostiene la resolucion de nuestro artículo contra el Cód. Francés de una manera incontestable, nº 713. [Puede verse á Aubry, § 321, nota 89, 4ª edicion].

Art. 50. — L. 10, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 8ª, Tít. 20, Lib. 3º, Fuero Real. — LL. 1ª, 2ª y 3ª, Tít. 3º, Lib. 46, Dig. — L. 1ª, Tít. 43, Lib. 8º, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 1253. — Sardo, art. 1343. — Napolitano, art. 1707 [léase 1207. De Goyena 1104º, y Acevedo 1462º].

---

[40] A diferencia del cesionario, que tiene derecho de exigir el monto total del crédito cedido. — La segunda diferencia es que el artículo 1461 no es aplicable á la subrogacion, salvo en el caso del artículo 769; y la tercera, que el subrogado no tiene derecho á la garantía por la eviccion de que goza el cesionario (arts. 2157 á 2165), y solo tiene la accion que el artículo 792 le acuerda.

[41] *Con igual derecho*, ó con mas propiedad, *sin preferencia entre ellos y proporcionalmente á sus créditos*. Es análogo el artículo 1477.

Efectivamente, desde que se admite la subrogacion parcial, parece forzoso no dar al subrogante preferencia sobre el subrogado, pues la ley trata de beneficiar á ambos. En contra, Goyena 1121º; Freitas 1090º; Demolombe, XXVII, 662 y 663, etc.

vencidas para la imputacion del pago, y hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago á alguna de ellas especialmente, no puede pedir se impute en cuenta de otra, á ménos que haya mediado dolo, violencia ó *sorpresa* por parte del acreedor. *Freitas* 1093°. [42]

776. Art. 53. — Si el deudor debiese capital con intereses, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al principal. *Cód. Francés* 1254° *inc.* 1°; *Freitas* 1094°; *Goyena* 1105°. [Art. 744].

777. Art. 54. — El pago hecho por cuenta de capital é intereses, se imputará primero á los intereses, á no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital. *Cód. Francés* 1254° *inc.* 2°, *y Freitas* 1094° *inc.* 2°.

778. Art. 55. — No espresándose en el recibo del acreedor á qué deuda se hubiese hecho la imputacion del pago, debe imputarse entre las de plazo vencido, á la mas onerosa al deudor, ó porque llevara intereses, ó porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligacion, ó por mediar prenda ó hipoteca, ó por otra razon semejante. Si las deudas fuesen de igual naturaleza, se imputará á todas á prorata. *Acevedo* 1465° § 1°, *y de Goyena* 1106°. [Vé art. 652].

Art. 52. — Código Francés, art. 1255. — Véase L. 1ª, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Argumento de la L. 10, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 8ª, Tít. 20, Lib. 3°, Fuero Real. — Pothier, n° 529, al 7°. [De Goyena 1101°; Acevedo 1461° y Marcadé, IV, 725].

Art. 53. — L. 5ª, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — L. 1ª, Tít. 43, Lib. 8°, Cód. Romano. — Cód. Francés, art. 1254. — Sardo, art. 1341. — Napolitano, art. 1108. [43]

Art. 54. — Véase L. 10, Tít. 14, Part. 5ª.—L. 1ª, Cód. *De Solutionibus*. [Tít. 43, Lib. 8°]. — L. 5ª, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. [43]

Art. 55. — L. 10, Tít. 14, Part. 5ª; LL. 5ª y 103, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, art. 1256. — Napolitano, art. 1110 [léase 1210]. — Sardo, art. 1346. — Los comentadores del Código Francés, enseñan que en caso de dos deudas de igual naturaleza, el pago debe imputarse á la mas antigua. Marcadé en el n° 726. — Lo mismo Gregorio Lopez, sobre la Ley de Partida citada, y algunas de las Leyes Romanas citadas, y el inciso [2° del art.] 1256 del Código Francés. — Pero para esto no hay razon alguna, ni se presenta para el deudor motivo de preferencia para hacer el pago de la deuda mas antigua. [44] Seguimos pues la resolucion de la Ley de Partida que no supone preferencia á la deuda mas antigua; y que en caso de deudas de igual naturaleza, juzga el pago como hecho á prorata entre ellas. [De Goyena 1106°].

---

[42] La palabra *sorpresa*, que el Código Francés tomó de Pothier (n° 566 § 79), no tiene una significacion precisa en el derecho, y será en la mayor parte de los casos una variedad del dolo, que por este Código abraza tambien las omisiones. Compara con los artículos 932 y 934, con el 1255 Francés, y Marcadé sobre él.

Pothier cita el ejemplo de un acreedor que saca partido de la ignorancia ó simplicidad del deudor. Vé los artículos 1°, 20 y 921.

[43] Léase 1208. Estas citas tomadas de Goyena y de Acevedo 1463°, corresponden promíscuamente á uno y otro artículo (776 y 777), los que en rigor debieran constituir los incisos de un solo artículo.

[44] Si no hay para el deudor ventaja en el pago de la mas antigua, la habria para el deudor, y muy positiva, en cobrarse de la que se halle mas próxima á prescribir. La ley debe proteger con mano igual los intereses legítimos de ambos contratantes, los del acreedor lo mismo que los del deudor.

En el caso de una sola deuda pagable en períodos determinados, la imputacion debe hacerse al período vencido antes, con preferencia al vencido posteriormente. Vé nuestra nota al artículo 746, y compárese el presente con Maynz, § 373 nota 3ª.

CAPÍTULO VII

DEL PAGO POR ENTREGA DE BIENES [45]

779. Art. 56. — El pago queda hecho, cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitucion de lo que se le debia entregar, ó del hecho que se le debia prestar. *Freitas* 1115°.

780. Art. 57. — Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito á favor del deudor, se juzgará por las reglas de la *cesion de derechos*. *Freitas* 1118°. [46]

781. Art. 58. — Si se determinase el precio por el cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de *compra-venta*. *Freitas* 1117°. [Art. 1326].

782. Art. 59. — Los representantes del acreedor, sean necesarios ó voluntarios, no están autorizados para aceptar pagos por entrega de bienes. *Freitas* 1120°. [Art. 1890]. [47]

783. Art. 60. — Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, *tendrá* derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligacion primitiva. *De Freitas* 1119°. [Art. 2116]. [48]

CAPÍTULO VIII

DE LO DADO EN PAGO DE LO QUE NO SE DEBE

[Vé arts. 2666 y 2921]

784. Art. 61. — El que por un error de hecho ó de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa ó cantidad en pago, tiene derecho á repetirla del que la recibió. *De Cód. Francés* 1377° *inc.* 1°. [49]

Art. 61. — [Cód. Francés 1235° inc. 1°]. LL. 28 y siguientes, Tít. 14, Part. 5ª; L. 7ª, Tít. 6°, Lib. 12, Dig. — Instit. Tít. 28, Lib. 3°, § 6°. — Véanse los artículos 1376 y 1377 del Cód. Francés que hablan tanto del acreedor como del deudor. Lo siguen los demás

---

[45] Agrega el artículo 1326 con su nota y el 2182.

El pago por entrega de bienes, dacion en pago ó *datio in solutum*, presupone que se ha operado entre las partes una novacion tácita ó espresa; ó la envuelve, en el hecho de reemplazar la prestacion antigua por otra. Compara con el artículo 813.

[46] Ó mas propiamente, por las disposiciones de la compra-venta, en cuanto no se hallen modificadas por los artículos sobre la cesion de créditos: artículo 1437.

[47] Para novar el representante voluntario necesita poder especial: artículo 806 y vé nuestra nota 45.

[48] La disposicion del artículo 2052 es una consecuencia del presente, y el 855 encierra una prescripcion análoga y armónica. Estos artículos exigian que fuera rechazada la doctrina que el Dr. Velez vierte en la nota al 3200, siguiendo indiscretamente á Troplong. Efectivamente, envolviendo la dacion en pago una novacion (nota 45), hay que aplicarle los artículos 803 y 804. Aubry y Rau, § 292 nota 4ª, refutan victoriosamente á Troplong.

[49] Redactado el artículo en la forma siguiente tendria mas propiedad y seria mas comprensivo: «El que por un error de hecho ó de derecho (vé art. 791) paga lo que no debe

785. Art. 62. — El derecho de repetir lo entregado cesa cuando el acreedor ha destruido el documento que le servia de título á consecuencia del pago; pero le queda á salvo el derecho al que ha pagado, contra el deudor verdadero. *Cód. Francés* 1377° *inc.* 2°. [50]

786. Art. 63. — El que recibió el pago de buena fé, está obligado á restituir igual cantidad que la recibida, ó la cosa que se le entregó con los frutos pendientes, pero no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fé. *De Freitas* 3487° *n*os 1° *á* 3°. [Vé art. 2780]. [51]

787. Art. 64. — Si el que de buena fé recibió en pago una cosa raiz, la hubiese enajenado por título oneroso ó por título lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviese. [52]

Códigos publicados. [De Goyena 1895°]. En esos Códigos no se distingue si la entrega se ha hecho por un error de hecho ó por un error de derecho, y esto ha originado una grave cuestion entre los jurisconsultos franceses. Toullier, Tomo 11, nos 60 y 61, y Zachariæ, Tomo 3°, pág. 183 y 185, fundados en el Derecho Romano, sostienen que el que paga por un error de derecho no tiene repeticion, porque tal error no puede alegarse. [50] Pero *el principio de equidad*, dice Marcadé, que siempre es principio en nuestro derecho civil, *no permite enriquecerse con lo ajeno* y que un supuesto acreedor se quede con una suma ó con una cosa que no se le debia, ó que no se la debia, el que la entrega. Cuando á él nada se le debe, es indudable que no puede apoyarse en el error ajeno; cuando es verdadero acreedor, y otro, por un error de derecho, le hace el pago, la repeticion no le priva de cobrar lo que le deba el verdadero deudor. Un legatario, por ejemplo, que errando en el derecho cree que debe pagar una deuda del testador, y la paga en efecto, no le priva al acreedor, por la repeticion que ejerza, cobrar lo que le debe el verdadero deudor.

Art. 62. — El acreedor que en el caso del artículo recibe el pago, ha podido creer que el que lo hace es un tercero que paga por el verdadero deudor, y ha inutilizado el título del crédito. El error del que le ha hecho el pago no debe perjudicarle. Al que ha hecho el pago, le queda la accion *negotiorum gestorum* contra el verdadero deudor.

Art. 63. — No hacemos concordancia en este y los artículos que siguen, porque nos separamos enteramente, tanto de las resoluciones de nuestras leyes, como de la de los Códigos estrangeros en puntos muy importantes.

Art. 61. — Esta es otra grave cuestion entre los jurisconsultos. La Ley de Partida 37,

---

ó no es exigible, ó mas de lo que debe ó á quien no debe, tiene derecho á repetirlo de quien lo recibió. » (Vé art. 792, y la nota del Dr. Velez al 1326).

No es dudoso, en efecto, que quien paga mas de lo que debe puede repetir el esceso: argumento de los artículos 861 y 3791; Maynz, § 362 nota 9; Aubry, § 442 nota 8, y Freitas 3481° y 3485°.

[50] Es un error: Toullier (XI, 63) y Zachariæ, § 623 nota 6, sostienen lo contrario. Se han tomado estas citas de Marcadé sobre los artículos 1376 y 1377 número I, en vez de tomarlas del número II.

[51] Si á designio ó con mala fé destruyó el instrumento, permanecerá sujeto á la accion de repeticion. Absurdo fuera que la ley protegiera el dolo y castigara el error. Vé los artículos 932 y 935.

La accion del pagador contra el verdadero deudor seria la *versio in rem* (art. 2308), y no la de gestion de negocios *negotiorum gestorum*, como se dice en la nota, contra la terminante disposicion del artículo 2291.

[51] Si la cosa era fungible se aplicará el artículo 607. Basta que haya *percibido* los frutos ó que no se hallen *pendientes*, aunque no los haya *consumido*. Si los percibió cuando era ya poseedor de mala fe, deberá restituirlos: artículo 2425 y vé hasta el 2436.

[52] Este artículo debió colocarse despues del 789, y redactarse asi: El que hizo el pago

788. Art. 65. — Si ha habido mala fé en el que recibió el pago, debe restituir la cantidad ó la cosa, con los intereses ó los frutos que hubiese producido ó podido producir desde el dia del pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fé. *Cód. Francés* 1378°. [53]

789. Art. 66. — Si la cosa se ha deteriorado ó destruido, aunque sea por caso fortuito, el que la recibió de mala fé en pago, debe reparar su deterioro ó su valor, á no ser que el deterioro ó pérdida de ella hubiera tambien de haber sucedido, estando en poder del que la entregó. [Art. 2437]. [54]

790. Art. 67. — Habrá tambien error esencial con lugar á la repeticion, aunque el deudor lo sea efectivamente, en los casos siguientes : —

1° Si la obligacion fuese condicional, y el deudor pagase ántes del cumplimiento de la condicion ; [Art. 747]. [55]

Tít. 14, Part. 5ª, y todos los Códigos estrangeros, solo obligan al acreedor putativo, á la devolucion del precio de la cosa, si la hubiese vendido. Toullier, Tomo 11, n°s 97 y 99, fundado en el Derecho Romano le niega al que hizo el pago el derecho de reivindicacion [contra el tercero de buena fé] ; pero Duranton, Tomo 13, n° 683, y Marcadé sobre los artículos 1378 y siguientes, sostienen la afirmativa. Lo estricto de los principios del Derecho Romano hacia no considerar al acreedor putativo como mero poseedor de buena fé, sinó como simple deudor de la cosa, cuando en realidad solo es poseedor de buena fé de la cosa que se le ha dado en pago. Nosotros lo hemos calificado como tal en los artículos anteriores, y decimos [con Marcadé] que el poseedor de buena fé, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no trasmite la propiedad de ella, cuando la enajena, y puede reivindicarla el verdadero propietario. En las herencias, si el heredero aparente enajena las cosas hereditarias [vé art. 3432], pueden ser estas reivindicadas por los verdaderos herederos cuando ha sido vencido en juicio, pues no se le considera sinó como poseedor de buena fé. No se pueden trasferir otros derechos que los propios [art. 3272], y la enajenacion hecha por el que no es propietario, no hace propietario al que la adquiere. El que ha recibido en pago una cosa que no se le debia, no ha podido llegar á ser propietario de ella, pues la tradicion que se le hizo fué por un error y por una falsa causa.

Art. 65. — Conforme la L. 37, Tít. 14, Part. 5ª. [De Goyena 1897°].

Art. 66. — Un terremoto, por ejemplo, que hubiese destruido ó deteriorado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. Este es el gran principio de equidad del Derecho Romano. *Nullam injuriam, aut damnum dare videtur æque perituris edibus.* — Aubry y Rau, § 321 [léase 331 n° 6°]. — Cód. Francés, art. 1302 inciso 1° [y 1379]. — Cód. Sardo, art. 1393, inciso 1°.

---

de una cosa raiz podrá siempre revindicarla del tercero que la adquirió, sea por título oneroso ó por título lucrativo, y aunque el enajenante y el adquirente hayan sido de buena fé. Compara con los artículos 1330 y 3432 y nuestra nota al 124.

Esto se entiende, por supuesto, sin perjuicio de la prescripcion que haya podido cumplirse.

Obsérvese que el artículo no ha debido permitir la revocacion del acto á título oneroso, y que al igualar la adquisicion á este título con la á título gratuito está en desarmonía con el inciso 2° del artículo 2780 (que, como los artículos 2414, 2415, etc., debe seguirse cuando se trate de bienes *muebles)*, y tambien con los artículos 968, 971, 2132, 2312 y 3432.

[53] Debe, pues, complementarse esta disposicion con los artículos 2434 á 2446, escepto el 2438. Vé el artículo siguiente.

[54] Vé la nota precedente. La escepcion es una aplicacion del principio consignado en el artículo 893.

[55] Cuando la deuda depende de un hecho *necesario* no es condicional (vé art. 529), y no hay lugar á repeticion.

2° Si la obligacion fuese de dar una cosa cierta, y el deudor pagase al acreedor, entregándole una cosa por otra;

3° Si la obligacion fuese de dar una cosa incierta, y solo determinada por su especie, ó si fuese la obligacion alternativa y el deudor pagase en la suposicion de estar sujeto á una obligacion de dar una cosa cierta, ó entregando al acreedor todas las cosas comprendidas en la alternativa; [Vé nota al art. 637]. [56]

4° Si la obligacion fuese alternativa compitiendo al deudor la eleccion, y él hiciese el pago en la suposicion de corresponder la eleccion al acreedor;

5° Si la obligacion fuese de hacer ó de no hacer, y el deudor pagase prestando un hecho por otro, ó absteniéndose de un hecho por otro; [57]

6° Si la obligacion fuese divisible ó simplemente mancomunada, y el deudor la pagase en su totalidad como si fuese solidaria. *Freitas* 1030. [58]

791. Art. 68. — No habrá error esencial, ni se puede repetir lo que se hubiese pagado, en los casos siguientes: —

1° Cuando la obligacion fuere á plazo y el deudor pagase ántes del vencimiento del plazo; [59]

2° Cuando se hubiere pagado una deuda que ya se hallaba prescrita; [Arts. 515 n° 2°, y 516].

3° Cuando se hubiere pagado una deuda cuyo título era nulo, ó anulable por falta de forma, ó vicio en la forma; [Vé arts. 974 y 1047].

4° Cuando se pagare una deuda que no hubiese sido reconocida en juicio por falta de prueba; [Art. 515 n° 4°].

5° Cuando se pagare una deuda, cuyo pago no tuviese derecho el acreedor á demandar en juicio, segun este Código; [Arts. 515 n° 5°, y 2065].

6° Cuando con pleno conocimiento se hubiere pagado la deuda de otro. *Freitas* 1031°, *escepto n°s* 2, 7 *y* 8. [60]

792. Art. 69. — El pago efectuado sin causa, [61] ó por una causa contraria á las

---

[56] Las cosas que deberán ser devueltas son las que determine aquella de las partes á quien corresponda la eleccion.

[57] Hay derecho á cobrar el precio del hecho pagado indebidamente. Maynz, § 362 nota 33, y los testos romanos en que se apoya. Freitas 3487° n° 7°. Si se trata de una abstencion, parece que el Juez debe resolver segun las circunstancias de cada caso.

[58] La repeticion acordada por el artículo 675 inciso último debe, pues, entenderse que solo tiene lugar cuando se pagó por error.

[59] Es forzoso subordinar la inteligencia de este número al artículo 571.

[60] Se vé, pues, que los artículos 571 y 516 habrian reemplazado con ventaja al presente. Sobre el alcance de la palabra *voluntariamente*, que el artículo 516 emplea, hay gran divergencia. Aubry y Rau, § 442 nota 3ª, y otros sostienen que no hay lugar á repeticion cuando se paga con conocimiento de causa; pero Marcadé y Demolombe (XXVII, 46 y 47) opinan que es preciso haber cumplido la obligacion natural sabiendo que lo era y no por error. Las razones de Demolombe nos satisfacen mas, y el Dr. Velez tambien se inclina al parecer de Marcadé en las notas á los artículos 516 y 517 citados. Vé nuestros artículos 860, 1062 n° 3° y 1064, de que Demolombe deriva uno de sus mas fuertes argumentos.

[61] El *pago sin causa* se toma aqui en un sentido restringido, limitándolo al que es hecho en virtud de una causa futura, que no se ha realizado, ó por una causa que existia pero que ha dejado de existir; porque en su sentido lato comprende tambien el pago indebido: artículo 793.

buenas costumbres, como tambien el que se hubiese obtenido por medios ilícitos, puede ser repetido, haya sido ó no hecho por error. *Aubry y Rau*, § 442 *bis*, *nota* 1ª. [Vé arts. 795, 499 y 502].

793. Art. 70. — El pago debe ser considerado hecho sin causa, cuando ha tenido lugar en consideracion á una causa futura, á cuya realizacion se oponia un obstáculo legal, ó que de hecho no se hubiese realizado, ó que fuese en consideracion de una causa existente pero que hubiese cesado de existir. *Aubry, allí, nº* 1º.

794. Art. 71. — Es tambien hecho sin causa, el pago efectuado en virtud de una obligacion, cuya causa fuese contraria á las leyes ó al órden público; á no ser que fuese hecho en ejecucion de una convencion, que debiese procurar á cada una de las partes una ventaja ilícita, en cuyo caso no podrá repetirse. *Aubry, allí.* [Vé art. 1660].

795. Art. 72. — El pago hecho por una causa contraria á las buenas costumbres, puede repetirse cuando solo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho ó la omision en virtud de la cual el pago ha sido efectuado, hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repeticion no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado. *Aubry, allí, nº* 2º. [Vé art. 1628]. [62]

796. Art. 73. — Lo dispuesto en este capítulo es estensivo á las obligaciones putativas, [63] aunque el pago no se haya verificado; y así, el que por error se constituyó acreedor de otro que tambien por error se constituyó deudor, queda obligado á restituirle el respectivo instrumento de crédito, y á darle liberacion por otro instrumento de la misma naturaleza. *Freitas* 3472º. [64]

Art. 69. — Este artículo y los siguientes, son consecuencias necesarias de los artículos desde el 5º hasta el 10 inclusive del Título 1º de este Libro. [Arts. 499 á 504].

Art. 70. — Por ejemplo, una suma dada á título de dote en mira de un matrimonio legalmente imposible, ó que de hecho no se hubiese celebrado [vé arts. 1239 y 1241]; y en el caso de una indemnizacion pagada por falta de exhibicion [devolucion] de una cosa, *de la cual* el propietario hubiese despues recobrado *la posesion*. [De Aubry, allí].

Art. 71. — Por ejemplo, en el caso que una sociedad se formase por operaciones de contrabando, y una de las partes quisiera repetir contra la otra las sumas pagadas, en ejecucion de la convencion á título de beneficios ó pérdidas. [De Aubry, allí].

Art. 72. — Por la primera parte del artículo resulta que el dinero pagado, ó la cosa dada á una persona para que se abstenga de un delito ó de una accion inmoral, ó para que cumpla una obligacion, puede repetirse. L. 2ª, §§ 1º y 2º, Dig. [Tít. 5º, Lib. 12]. *De cond. ob. turp. cau.* — La Ley Romana decia, *quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam* [*si*] *res secuta sit, repeti potest*, L. 1ª, § 2º, Dig. eod. Tít. Respecto á la segunda parte del artículo decia tambien: *ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti diximus.* — L. 3ª, Dig. eod. Tít. [De Aubry, notas 9 á 11].

Sobre los cuatro últimos artículos véase, Aubry y Rau, § 442 *bis*. — Pothier, *De las obligaciones*, nºs 43 á 47. — Toullier, Tom. 6º, nº 126. — Duranton, Tom. 10, nº 374. — Merlin, *Quest. verb. Cause des obligations*. [De Aubry, nota 8ª; LL. 47 á 54, Tít. 14. Part. 5ª; Goyena 1193º].

---

[62] Freitas dice de una manera mas clara y jurídica: Si la causa fué *ilícita* (art. 502) por ambas partes, ninguna de ellas tendrá derecho para pedir lo que la otra prometió, ni la otra tendrá derecho para repetir lo que pagó en virtud de la promesa; salvo si prometió ó pagó sin discernimiento (art. 922).

[63] El epíteto de *putativo* se aplica no solo al acreedor y deudor de tales obligaciones, sinó á la propiedad (art. 2794), al título (arts. 2359 y 4013, inc. 2º) y al matrimonio (arts. 230 y 232).

[64] Maynz, § 362 nota 34, y puede verse á Freitas 3461º á 3463º.

797. Art. 74. — El que por error aceptó una liberacion de su acreedor, que tambien por error se la dió, queda obligado á reconocerlo nuevamente como á su acreedor por la misma deuda, [65] seguridades, y por la misma naturaleza de instrumento. *Freitas* 3478°.

798. Art. 75. — No obstante la liberacion dada por error, el verdadero acreedor tendrá derecho á demandar á su deudor en los términos del anterior artículo, si la deuda no estuviere vencida, y servirá de nuevo título de crédito la sentencia que en su favor se pronuncie. Si la deuda estuviese ya vencida podrá demandar su pago. *Freitas* 3479°.

CAPÍTULO IX

DEL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

799. Art. 76. — Beneficio de competencia es el que se concede á ciertos deudores, para no obligárseles á pagar mas de lo que buenamente puedan, dejándoles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, segun su clase y circunstancias, y con cargo de devolucion cuando mejoren de fortuna. *Chile* 1625°.

800. Art. 77. — El acreedor está obligado á conceder este beneficio: —

1° A sus descendientes ó ascendientes, no habiendo estos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredacion; [Vé arts. 373, 3749 y 3750]. [66]

2° A su cónyuge, no estando divorciado por su culpa; [67]

3° A sus hermanos, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredacion respecto de los descendientes ó ascendientes;

4° A sus consocios en el mismo caso; pero solo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad; [Vé art. 1735].

5° Al donante, pero solo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donacion prometida; [68]

6° Al deudor de buena fé que hizo cesion de bienes, y es perseguido en los que despues ha adquirido, para el pago completo de la deuda anterior á la cesion, pero solo le deben este beneficio los acreedores á cuyo favor se hizo. *Chile* 1626°. [Vé á Maynz, § 256, notas 3 á 13, y L. 4ª, Tít. 4°, Part. 5ª].

Arts. 76 y 77. — Cód. de Chile, arts. 1625 y 1626. — L. 1ª [y 3ª], Tít. 15, Part. 5ª. — L. 173, Dig. *De divers. reg. juris.* [Tít. 17, Lib. 50; De Goyena 1146° y 1150°].

---

[65] *Con las mismas cláusulas* y seguridades, dice Freitas, lo que es muy justo.

[66] Parece, pues, que gozarán del beneficio, aunque se casen sin licencia ó dejen la casa paterna.

[67] Poca ó ninguna importancia puede tener este beneficio acordado al cónyuge insolvente, en presencia de la obligacion que por el artículo 217 le está impuesta.

TÍTULO II

De la novacion

801. Art 1°. — La novacion es la trasformacion de una obligacion en otra. *Aubry y Rau* § 324. [1]

802. Art. 2°. — La novacion supone una obligacion anterior que le sirve de causa. Si la obligacion anterior fuese nula, [2] ó se hallaba ya estinguida el dia que la posterior fué contraida, no habrá novacion. *Freitas* 1131° *y* 1136°; *Aubry, allí, n°* 1°. [Vé art. 808].

803. Art. 3°. — La novacion estingue la obligacion principal con sus accesorios

Art. 1°. — Marcadé, n° 747. — La Ley Romana define la novacion : *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio,* L. 1ª, Tít. 2°, Lib. 46, Dig. Lo mismo la L. 15, Tít. 14, Part. 5ª, que reconoce dos casos de novacion : 1° cambio de la obligacion ; 2° cambio del deudor. — El Código Francés, por los arts. 1271 y 1273 [cita del art. 812], reconoce tres casos : 1° una nueva deuda ; 2° un nuevo acreedor ; 3° un nuevo deudor. — Lo siguen el Código Sardo, arts. 1363 y 1365. — Holandés, arts. 1449 y 1451. — Napolitano, arts. 1225 y 1327. [Léase 1227. De Goyena 1134°].

Art. 2°. — « LL. 129 y 178 Dig. *De Regulis juris.* [Tít. 17, Lib. 50]. — Instit. Lib. 3°, Tít. 30, § 3°. La resolucion del artículo no impide que una obligacion natural pueda por medio de la novacion ser convertida en una obligacion civil [notas á los arts. 515 y 516], (L. 1ª, § 1°, Dig. *De Nov.* [Tít. 2°, Lib. 46]. — Pothier, *Oblig.* n° 589. — Duranton, Tom. 10, n° 330). Tampoco se opone á que una obligacion anulable, susceptible de confirmacion, pueda, de la misma manera, ser trasformada en una obligacion válida. » Aubry y Rau, § 324, n° 1°.

---

[1] La novacion es un contrato : artículo 817 y vé los artículos 805 y 812. Le serán, por tanto, aplicables las reglas contenidas en el título : « De los contratos en general » (arts. 1138 á 1217), sobre la capacidad para contratar (art. 805), objeto, modo, forma, prueba y efecto de los mismos. Vé artículo 833.

El Código de Chile contiene disposiciones interesantes sobre novacion (arts. 1628 á 1651), en que brilla la claridad, que tanto recomienda ese trabajo de codificacion.

La novacion difiere del reconocimiento y confirmacion de las obligaciones : vé nuestra nota al artículo 718 y la nota al 1060.

[2] Si la primera obligacion es simplemente *anulable,* (art. 1047) la nueva obligacion seguirá su suerte, subsistiendo en cuanto permanezca aquella.

Si admitimos, con las leyes romanas y jurisconsultos franceses, que la obligacion natural puede trasformarse en otra civil, nos vemos obligados á admitir tambien que la obligacion afectada de *nulidad relativa* (la que anulada se convierte en obligacion natural : nota al artículo 515 n° 1°, y vé los números siguientes) puede ser novada, aun ántes de ser confirmada ; y aquí tambien la nueva obligacion seguirá la suerte de la anterior.

Freitas se equivoca cuando en su artículo 1137 establece que la novacion por sí sola valida una obligacion *anulable* ó afectada de *nulidad relativa.* Hay en esto el doble error de igualar la obligacion anulable con la relativamente nula (vé nuestras notas á los arts. 1042 y 1047), y en dar á la novacion los efectos peculiares de la confirmacion.

A la misma crítica se prestan Aubry y Rau, que inspiraron probablemente á Freitas, y aunque han rectificado su opinion en la 4ª edicion (§ 324 nota 15), persisten siempre en atribuir á la novacion (que no tiene toda su eficacia sin la confirmacion) un efecto que es propio y privativo de esta última.

Al mismo reproche se halla sujeto Duranton, XII, 294.

y las obligaciones accesorias. [3] El acreedor sin embargo puede, por una reserva espresa, impedir la estincion de los privilegios é hipotecas del antiguo crédito, que entónces pasan á la nueva. Esta reserva no exige la intervencion de la persona respecto de la cual es hecha. *Freitas* 1124, *y Aubry, allí.* [Art. 3192].

804. Art. 4°. — El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda ó hipoteca de la obligacion estinguida, si los bienes hipotecados ó empeñados pertenecieren á terceros, que no hubiesen tenido parte en la novacion. *Freitas* 1125°. [Vé art. 503].

805. Art. 5°. — Solo pueden hacer novacion en las obligaciones, los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar. *De Freitas* 1122°. [Vé arts. 814 y 815°]. [4]

806. Art. 6°. — El representante del acreedor no puede hacer novacion de la obligacion, si no tuviere poderes especiales. *De Freitas* 1123°. [Vé arts. 1883 y 1890]. [5]

807. Art. 7°. — Cuando una obligacion pura se convierta en otra obligacion condicional, no habrá novacion si llega á faltar la condicion puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera. *Goyena, bajo su artículo* 1134. [6]

808. Art. 8°. — Tampoco habrá novacion si la obligacion condicional se convierte en pura, y faltase la condicion de la primera. *Goyena, allí; Freitas* 1132°; *Aubry y Rau,* § 324 *nota* 10. [6]

Art. 3°. — Aubry y Rau, § 324, n° 5°; L. 15, Tít. 14, Part. 5ª. — LL. 18 y 30 [léase 13, 18, 19 y 29], Tít. 2°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, arts. 1278 y 1281. — Sardo, art. 1370. — Napolitano, art. 1232. — Holandés, art. 1457. [De Goyena 1138°].

Art. 5°. — [Arg. de la] L. 17, Tít. 14, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1272. — Sardo, art. 1361. [De Acevedo 1504° Vé].

Arts. 7° y 8°. — La razon en el caso de los dos artículos es que no existiendo la condicion, no hay mas que una obligacion, y toda novacion requiere esencialmente dos obligaciones. — Instit. § 3°, Tít. 30, Lib. 3°. [De Goyena, allí].

---

[3] Estinguido lo principal, lo accesorio no puede subsistir: artículo 525 y su argumento. — En los *accesorios* se comprenden las obligaciones accesorias (art. 524 inc. últ.). Vé art. 2019.

[4] Esta regla es bastante vaga é incompleta, y habrá que complementarla y modificarla, atendiendo á la persona de los contratantes y á la naturaleza del nuevo contrato y del precedente: si son por título oneroso ó lucrativo, si versan sobre bienes raices, muebles preciosos, etc. Compárese con Massé y Vergé, nota 6 al § 566 de Zachariæ; Aubry y Rau, § 324 n° 3°, 4ª edicion, y Maynz, § 377 nota 18. — La capacidad ó aptitud legal para contratar varía con los contratos: vé nuestra nota al artículo 1161.

[5] Freitas habla de representante *voluntario* (mandatario ó apoderado) y del *necesario,* como en el caso del artículo 782. Respecto al tutor y curador, deberán tenerse en cuenta los artículos 443 y 450.

[6] Estos artículos tratan de la obligacion bajo condicion *suspensiva.* — Las partes pueden dejar sin efecto la disposicion de ambos artículos, pero entónces mas que novacion habria una convencion aleatoria de especie particular.

Si la primera obligacion está sujeta á una condicion *resolutoria,* creemos que la eficacia de la segunda no dependerá del no cumplimiento de la condicion. En contra Aubry y Rau, § 324, en la nota 12, 4ª edicion.

Si la segunda obligacion se contrajo bajo dicha condicion, nos parece tambien que la

809. Art. 9°. — La novacion entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, estingue la obligacion de este para con los otros acreedores. *Freitas* 1126° *inc.* 1°. [Vé art. 707].

810. Art. 10. — La novacion entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias ó indivisibles, estingue la obligacion de los otros co-deudores. *Freitas* 1127°; *Cód. Francés* 1281° *inc.* 1°. [Vé art. 707]. [7]

811. Art. 11. — La novacion entre el acreedor y los fiadores, estingue la obligacion del deudor principal. *Freitas* 1128° *inc.* 2°. [8]

812. Art. 12. — La novacion no se presume. [9] Es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convencion, ó que la existencia de la anterior obligacion sea incompatible con la nueva. Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligacion que no hagan al objeto principal, ó á su causa, como respecto al tiempo, lugar ó modo del cumplimiento, serán consideradas como que

Arts. 9° y 10. — Porque el pago hecho á uno de los acreedores solidarios estingue la obligacion. [De Goyena 1137°].

Art. 11. — Porque los fiadores pueden pagar por el deudor. [Art. 726 y nota].

---

primera quedará estinguida, y reemplazada definitivamente por ella; aunque Aubry y Rau, en la nota 17, y Larombiére opinan lo contrario. Compara con el § 326 nota 18 de Aubry y Rau, 4ª edicion. En uno y otro caso, existe la condicion esencial de dos obligaciones eficaces.

Si una obligacion anulable ó viciada de nulidad relativa es susceptible de novacion (vé nuestra nota 2), ¿por qué no podrá servirle de base una obligacion bajo condicion resolutoria, que es perfectamente válida y eficaz, aunque susceptible de estinguirse? Vé las notas del Dr. Velez á los artículos 555 y 557.

Demolombe concluye (XXVIII, 260 y 261) que las partes pueden haber convenido espresa ó tácitamente en que la substitucion de una obligacion por otra se opere inmediata y definitivamente, y que tal acuerdo puede deducirse comparando los valores de ambas obligaciones.

Maynz, §§ 377, notas 10 y 15, y 378 notas 3 y 9, no apoya la opinion de Demolombe.

Nosotros opinamos que, salvo convenio en contrario, la novacion se producirá siempre con respecto á la obligacion bajo condicion resolutoria. Que esto nunca puede tener lugar en relacion á la obligacion bajo condicion suspensiva (aunque lo contrario piensa Demolombe), porque, como lo establece este mismo autor y lo demuestran nuestro artículo, evidentemente, para que la novacion sea posible se requieren dos obligaciones.

[7] La novacion contraida por el deudor de una obligacion indivisible, *no estingue* su responsabilidad para con los otros acreedores conjuntos, dice Freitas 1126° inc. 2°; pero nosotros creemos que el deudor podrá exigir del acreedor á quien pague, el abono de la parte correspondiente al acreedor que hizo la novacion. Vé nuestra nota al artículo 687.

[8] Pero si la novacion tuvo solamente en mira libertar de la fianza á uno ó mas fiadores, es claro que ni el deudor principal ni los otros co-fiadores (aunque fuesen solidarios) quedarán libres.

[9] Porque la novacion importa la renuncia al beneficio de la obligacion precedente: vé artículo 875.

solo modifican la obligacion, pero no que la estinguen. *Cód. Francés* 1273°, *y Freitas* 1140° *á* 1142°. [10]

813. Art. 13. — Si el acreedor que tiene alguna garantía particular ó privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscritos en pago de la deuda, no hace novacion de la primera obligacion, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligacion. *Marcadé*, IV, 768. [Vé art. 2061] [11]

Art. 12. — *Diciendo abiertamente*, es la espresion de la L. 15, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 8ª, Tít. 43 [léase 42], Lib. 8°, Cód. Romano. — Instit. § 3°, Tít. 30, Lib. 3°. — Cód. Francés, art. 1273. — Sardo, art. 1365. [De Goyena 1134°].

Art. 13. — El que recibe billetes ó letras, diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novacion, porque el recibo en esos papeles de crédito es hipotético,

---

[10] De modo que *las alteraciones respecto al tiempo del cumplimiento* de la obligacion, como sería una próroga, solo importan una modificacion y no la estinguen. Si, pues, la obligacion subsiste, la lógica de los principios pareciera requerir que tambien subsistan las obligaciones accesorias como la fianza; y si Goyena, 1765°, establece la liberacion del fiador es porque tenia resuelto, 1131°, que habia novacion. Vé á Freitas 1144°.

Sin embargo, nuestro artículo 2048, que establece lo contrario, se justifica perfectamente por la consideracion decisiva de que el fiador se obligó por un tiempo dado, y nada mas, teniendo en cuenta su posicion pecuniaria y la del deudor, conducta de este, relaciones respectivas y demás circunstancias. Vé nuestra nota 97 á dicho artículo.

De nuestro artículo se deduce tambien que no habría novacion en el caso en que la obligacion constante en un instrumento privado, se haya trasladado á uno público, aunque por este se hayan dado nuevas seguridades al acreedor.

Es así que una deuda originariamente comercial no pierde este carácter, por el solo hecho de ser reconocida posteriormente en escritura pública y garantida con hipoteca, como lo establecen Duranton, Aubry, Massé y Tejedor. Porque la prenda, hipoteca, cláusula penal, etc., como accesorios de la obligacion principal, no pueden alterar su naturaleza ni ejercer influencia alguna sobre ella : notas del Dr. Velez á los artículos 1447 al fin, 3114 y 3999.

Es claro que la reduccion de plazo ú otras modificaciones de la obligacion anterior en que no hayan convenido los co-deudores ó fiadores, no pueden perjudicarles en ningun caso. Nuestra nota 98 al artículo 2049.

Pero no es novacion la remision parcial, ni la adicion de otra suma á la suma ántes debida, porque no hay estincion total de la deuda anterior (nota 67 al art. 3981).

De las disposiciones de este Título y especialmente del inciso 1° del presente artículo, resulta que la novacion es la obra de la voluntad de las partes, y así no puede resultar de una disposicion legal, como en los casos en que la deuda empieza á devengar intereses legales (vé final de la nota 16 al art. 4027) ; tanto mas que nosotros juzgamos que no habria novacion aunque esos intereses fuesen pactados, en tanto que permaneciendo la misma la obligacion principal, no hubiera esta estinguídose.

Segun nuestro artículo, tampoco hay novacion en la renovacion de una deuda á plazo, ántes de cumplido este (despues de cumplido parece cierto que el nuevo plazo constituye una novacion) ; y creemos que será lo mismo, aunque al concederse la próroga se le agregue una obligacion accesoria, como la relativa á intereses, pues lo accesorio no puede desnaturalizar y menos estinguir la obligacion principal.

Por lo demas, es cierto que el reconocimiento de la deuda interrumpirá en todos los casos la prescripcion (art. 3991). El Derecho Romano está lleno de incertidumbres sobre esta materia, como puede verse en Maynz, § 377 n° 3°.

[11] Compara tambien con el artículo 981 del Código de Comercio, y ten presente el 1674 del mismo Código.

814. Art. 14. — La delegacion por la que un deudor da á otro que se obliga hácia el acreedor, no produce novacion, si el acreedor no ha declarado espresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo. *Cód. Francés* 1275°. [12]

815. Art. 15. — Puede hacerse la novacion por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo este, si el acreedor declara espresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogacion legal en el crédito. *De Freitas* 1152°. [13]

816. Art. 16. — La insolvencia del deudor sustituido, no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, á no ser que el deudor sustituido fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido. *De Cód. Francés* 1276°. [Vé arts. 963 y 1478].

817. Art. 17. — Habrá novacion por sustitucion de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el *contrato* fuese hecho sin consentimiento del deudor, no habrá novacion, sinó cesion de derechos. *Freitas* 1148° y 1149°. [Vé art. 769]. [14]

si ellos fueren pagados. Esta verdad, dice Marcadé, ha sido consagrada por las decisiones constantes de los tribunales. Lo mismo enseña Pothier. [No trata del caso]. Pero Duranton, (Tom. 12, n° 287), sostiene lo contrario sin buenos fundamentos. Las sentencias á que se refiere Marcadé tienen por razon el principio reconocido en todas las legislaciones, que en duda, la novacion no se presume, y que para que suceda es necesario que la voluntad de las partes se manifieste claramente. [Cód. Francés 1273°]. La Ley Romana citada es la mas terminante en la materia. La aceptacion de los billetes de que habla el artículo, regularmente se hace como un medio para facilitar el pago. [Puede verse á Aubry, § 324, nota 34, 4ª edicion. Demolombe, XXVIII, 297].

Art. 14. — L. 15, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 8ª, Tít. 42, Lib. 8°, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 1275. — Sardo, art. 1367. [De Goyena 1135°].

Art. 15. — L. 8ª, § 5°, Tít. 2°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, art. 1274. — Sardo, art. 1366. — Holandés, art. 1452. — Napolitano, art. 1228. [De Goyena 1135°].

Art. 16. — L. 15, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 1ª, § 11, Tít. 6, Lib. 42, Dig. — Cód. Francés, art. 1276. — Holandés, art. 1454. — Sardo, art. 1368. [De Goyena 1136°. Vé á Freitas 1157°].

---

[12] A falta de esta declaracion *espresa* de exoneracion, uno y otro deudor quedarían obligados. Vé á Aubry, § 324 notas 38 y 40, 4ª edicion, y compara con Freitas, artículo 1155 y su nota al 2180.

[13] Entendido rectamente el artículo 768, la subrogacion tendría siempre lugar, y la novacion de este artículo nunca la tendria. Si el nuevo deudor permuta el crédito del acreedor contra el deudor anterior por otro crédito á favor del mismo acreedor, no hay novacion sinó cesion de créditos, porque la primitiva obligacion subsiste: artículo 817 y su argumento. Vé la nota 14 siguiente.

[14] Maynz, § 377 nota 5ª. La novacion *sujetiva* (por cambio del deudor ó del acreedor) se distingue de la cesion y de la subrogacion, en que en estas existe una sola y misma obligacion, que subsiste con el cambio de acreedor (vé nota del Dr. Velez al art. 3191), mientras que en la novacion es esencial que la primera obligacion quede estinguida y sea sustituida por la segunda. Vé la nota precedente; y respecto á la subrogacion compara con Marcadé, III, 385, y IV, 672 y 704.

Asi es que, si el deudor no consiente, no habria una nueva obligacion, que es esencial para la novacion, y se conservaría solo la primera, aunque por la cesion el acreedor se cambiase. Vé nota 21 al artículo 4029, hácia el fin.

TÍTULO III

De la compensacion

818. Art. 1°. — La compensacion de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, (*) reunen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella estingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron á coexistir. *De Goyena* 1122°, *y Cód. Francés* 1289°, 1290° *inc.* 2°, *y* 1291° *inc.* 1°.

819. Art. 2°. — Para que se verifique la compensacion, es preciso que la cosa debida por una de las partes, pueda ser dada en pago de lo que es debido por la otra; *que ambas deudas sean subsistentes civilmente;* que sean líquidas; ambas exigibles; *de plazo vencido,* [1] y que si fuesen condicionales, se halle cumplida la condicion. *Massé y Vergé, nota* 1ª *al* § 571 *de Zachariæ, y Freitas* 1160°. [Vé art. 2059].

820. Art. 3°. — Para que la compensacion tenga lugar, es preciso que ambas deudas consistan en cantidades de dinero, ó en prestaciones de cosas fungibles entre sí, de la misma especie y de la misma calidad, ó en cosas inciertas no

Art. 1°. — La Ley Romana dice: « *Dedidisse intelligendus est, etiam is qui compensabit.*» (L. 76, Tít. 16, Lib. 5° [léase 50], Dig).— Zachariæ [léase Massé y Vergé] define la compensacion del modo siguiente: « Es la estincion de dos obligaciones recíprocas que se pagan la una por la otra hasta la concurrencia de sus cantidades respectivas entre personas que son deudores la una hácia la otra. » Nota primera al § 571 [léase 570]. — El Derecho Romano la define: *Compensatio est debiti et crediti (mutui) inter se contributio*: L. 1ª, Tít. 2°, Lib. 16, Dig. — La Ley de Partida: « *Descuento de un debdo con otro* »: L. 20, Tít. 14, Part. 5ª. Conforme con el artículo: L. 4ª, Tít. 31, Lib. 4°, Cód. Romano.—LL. 21 y 22, Tít. 14, Part. 5ª. « *Fasta aquella quantia que el un debdor debiere al otro* », dice la L. 21.— « *Hasta aquella quantia que montare* », dice la L. 22. — Cód. Francés, art. 1290. — Napolitano, art. 1241, — Sardo, art. 1384 [léase 1381]. — Holandés, art. 1462. — De Luisiana, art. 2201. La designacion hasta donde alcance la menor, es del Código de Vaud, art. 961. [De Goyena 1122° y 1123°].

Art. 2°. — LL. 20 y 21, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 14, Tít. 31, Lib. 4°, Cód. Romano. — Cód. Francés, art. 1291. — Zachariæ, § 571, y notas 1ª, 6ª, 8ª y 9ª. Se llama deuda líquida aquella cuya existencia es cierta, y cuya cantidad se encuentra determinada, *cum certum est an et quantum debeatur* (Pothier, n° 628). Exigiendo que las dos deudas sean igualmente líquidas, la ley, sin embargo, no establece que sean reconocidas por los deudores. Sin duda, una deuda contestada no es líquida, ni susceptible de entrar en compensacion, á ménos que el que la opone pueda justificarla prontamente. — Pothier, lugar citado. — Aubry y Rau, § 326.— Maynz, § 372 n° 4°. [De Goyena 1125°, y de Aubry, allí, notas 8 y 9].

(*) Vé los artículos 1714, 3378 y 3490.

[1] Las palabras subrayadas importan un pleonasmo, en que no incurren los Códigos y escritores. Si la deuda no existe civilmente, es evidente que con ella no puede pagarse: vé artículos 725, 710 y 741. La deuda *exigible* es precisamente la *de plazo vencido.*

La compensacion es una escepcion que el interesado debe oponer en la oportunidad debida; pero opuesta, su efecto remonta al momento *en que ambas deudas comenzaron* á coexistir. Puede verse el Código Francés 1290°; Massé y Vergé, nota 1ª al § 570 de Zachariæ; á Freitas 1170° á 1173°, y especialmente á Maynz, § 376.

fungibles, solo determinadas por su especie, con tal que la eleccion pertenezca respectivamente á los dos deudores. *De Freitas* 1162° *n*os 1° *á* 3°, *y* 1164°. [2]

821. Art. 4°. — Cuando ambas deudas no son pagaderas en el mismo lugar, solo puede oponerse la compensacion, abonando las costas del pago en el lugar en que deba verificarse. *Acevedo* 1488°. [3]

822. Art. 5°. — Para que suceda la compensacion es necesario que los créditos y las deudas se hallen espeditas, sin que un tercero tenga adquiridos derechos, en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente. *Goyena* 1132°. [Vé art. 736].

823. Art. 6°. — Las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes : —

1° Si las deudas de los particulares proviniesen de remates de cosas del Estado, ó de rentas fiscales, ó si proviniesen de contribuciones directas ó indirectas, ó de alcance de otros pagos que deban hacerse en las aduanas, como derechos de almacenaje, depósito, etc.; [Vé arts. 3881 n° 2°, y 3882 n° 6°].

2° Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento ó ministerio; *Acevedo* 1491°.

3° En el caso que las deudas [4] de los particulares se hallen comprendidas en la consolidacion de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley. [5]

Art. 3°. — L. 21, Tít. 14, Part. 5ª. — LL. 4ª y 8ª, Tít. 31, Lib. 4°, Cód. Romano. — LL. 10, 11 y 12, Tít. 2°, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1291. — Sardo, art. 1382. — Napolitano, art. 1243 [léase 1245].—Holandés, art. 1463.— De Luisiana, art. 2205. [De Goyena, 1124°]. « No basta que las cosas sean fungibles separadamente. Es preciso que lo sean la una *por* relacion á la otra. Las cosas son fungibles, ó no fungibles, segun que son ó no susceptibles de ser reemplazadas por otras cosas de la misma especie y calidad. *Res, quarum una alterius vice fungitur.* Una pipa de vino de Burdeos de 1846 que formase el objeto de un préstamo de consumo, seria ciertamente una cosa fungible ; entre tanto, ella no podria ser compensada con otra pipa igual de vino de Burdeos de 1866, igualmente fungible, considerada aisladamente, porque estas dos pipas de vino de calidad ó de valor diferente no son fungibles entre sí. » (Aubry y Rau, §§ 166 y 326, nota 2ª). [Vé art. 2326, etc.].

Art. 4°. — Zachariæ [léase Massé y Vergé], § 571, nota 15. — Duranton, Tom. 12, n° 386 y siguientes, trata estensamente este punto. — [Freitas 1168°]. — Cód. Francés, art. 1296. — Sardo, art. 1387.—Napolitano, art. 1250.—Holandés, art. 1468. — De Luisiana, art. 2210. Las Leyes Romanas no hablan precisamente de los costos para traer la cosa al lugar del pago sinó algo mas, abonando el interés del acreedor en ser pagado en el lugar en que debia hacerlo el deudor. *Quanti interfuerit certo loco pecuniam dari.*—Véase L. 15, Tít. 2°, Lib. 16, Dig. [De Goyena 1130°].

Art. 5°. — Cód. Francés, art. 1298. — Sardo, art. 1389. — Napolitano, art. 1252. — Véase Marcadé, sobre el artículo citado del Código Francés que pone varios ejemplos del caso de nuestro artículo. [Aubry y Rau, § 326, notas 31 á 35].

Art. 6°. — Véase Proyecto de Freitas, art. 1169. — Toullier, Tom. 7°, n° 379. — La L. 1ª [Tít. 31, Lib. 4°, citada bajo el art. 33] *De Compensat.* Cód. Romano declaraba : *Compensationi [in causa] fiscali ita demum locum esse, si eadem statio* (oficina) *quid debeat quæ petit. Adque* [léase *Atque*] *hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est.* L. 45, § 5°, Dig. *De Juri Fisci.* — La Ley de Partida 26, Tít. 14, Part. 5ª, no permite oponer al fisco la compensacion. [De Aubry, § 327 notas 6 y 7, y Acevedo 1491°].

---

[2] Porque en estos casos, « la cosa que es debida por una de las partes puede ser dada en pago de lo que es debido por la otra, » artículo 819 inciso 1°.

[3] Esta redaccion no es mas satisfactoria que la del artículo 1296 del Código Francés; vé á Massé y Vergé, nota 15 al § 571 de Zachariæ ; Aubry y Rau § 326, notas 26 y 27; Freitas 1168° n° 5°, y Marcadé, IV, 844.

[4] *Deudas* á favor de los particulares, ó sean *créditos:* artículo 496.

[5] Estas trabas que se oponen para la compensacion entre el Fisco y los particulares,

824. Art. 7°. — No es compensable la obligacion de pagar daños é intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario ó poseedor *legítimo* hubiese sido despojado, [6] ni la de devolver un depósito irregular. [Arts. 2221 y 2225, y vé Cód. Francés 1293° n°s 1° y 2°].

825. Art. 8°. — No son compensables las deudas de alimentos, ni las obligaciones de *ejecutar algun hecho. Cód. Com.* 967° *n°s* 3° *y* 4°. [Art. 374]. [7]

826. Art. 9°. — No son compensables entre el deudor cedido ó delegado y el cesionario ó delegatario, *los créditos* que sean posteriores á la cesion notificada, ó á la delegacion aceptada. *Freitas* 1181°. [8]

Art. 7°. — LL. 5ª, Tít. 3°, y 27, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 14, Tít. 31, Lib. 4°, Cód. Romano [De Goyena 1126°]. Se dispone sobre la obligacion de satisfacer daños é intereses, y sobre el depósito irregular, porque la compensacion no puede tener lugar sinó respecto á las deudas de cosas fungibles. [Art. 820]. En el depósito regular, debe restituirse la misma cosa, un cuerpo cierto, y por consiguiente no seria preciso [vé art. 2221] esceptuar de la regla un caso, que no podria ser comprendido en ella. [De Marcadé, IV, 830].

La Ley de Partida [no es exacto], el Código Francés, el de Chile y los demas Códigos publicados, siguiendo al Código de Napoleon, esceptúan tambien de la compensacion, el comodato ó préstamo de uso, lo que en verdad es un contrasentido. El comodato [dice Marcadé] tiene por su naturaleza, por objeto, un cuerpo cierto y determinado, y desde que el comodatario pudiese volver otra cosa que el cuerpo cierto que se le prestó, no seria comodato ó préstamo *á* uso, sinó un préstamo de consumo, un mútuo. Por consiguiente desde que el objeto del comodato es necesariamente un cuerpo cierto é individualmente determinado, y desde que la compensacion no es posible sinó entre deudas de cosas fungibles, no hay lugar ni necesidad de la escepcion. — Véase Marcadé sobre el art. 1293 del Código Francés, n° 830 [y 831], y principalmente un escrito muy científico de [Federico] Duranton, inserto en la Revista de Legislacion de Fœlix, año 1846, contra varios artículos del Código Francés. [Vélo en Varela, XIII, págs. 145 á 184].

Art. 8°. — Las citas de los Códigos en el artículo anterior. Siendo la compensacion un pago que puede hacerse cumplir aún contra la voluntad de los deudores, no es posible desde que el deudor no pueda ser obligado al pago efectivo. La deuda por alimentos, no puede ser embargada [art. 374]. Si la compensacion pudiese tener lugar en deuda tal, traeria el pago forzoso en una suma ó con un derecho que en el juicio no puede ser embargado, ni respecto de la cual el deudor puede ser obligado á cederla. [De Marcadé, n° 832]. En cuanto á las obligaciones de hacer, el artículo se funda en que esas obligaciones no son sobre cosas fungibles, únicas en que la compensacion puede tener lugar. [Vé arts. 730 y 741].

Art. 9°. — [Vé] Cód. Francés, art. 1295. — Sardo, art. 1386. — Napolitano, art. 1249. [De Goyena 1128°].

---

pueden ser conformes con las leyes romanas y españolas, pero no armonizan con la igualdad ante la ley, que es un principio del gobierno democrático, que apenas podria tolerar algun privilegio fiscal indispensable. Y nuestro artículo, cuyo inciso 1° se distingue por su poca liberalidad, obstaculiza tanto la compensacion, que esta rarísima vez tendría lugar. Tal reproche no puede hacerse al artículo 967 del Código de Comercio.

[6] No hallamos razon alguna para separarse de la disposicion del artículo 818 inciso 1°, y conceder á la accion de despojo un favor tan exagerado; favor que se niega á toda indemnizacion pecuniaria proveniente de cualquier delito. Y como las disposiciones de derecho escepcional no deben estenderse sinó limitarse, creemos que este artículo solo debe aplicarse al despojante y cuando mas á sus cómplices, pero no al heredero ó tercer poseedor que no lo sean: vé artículos 2492 y 2493. El artículo 2492 concede la accion de despojo aun al que tiene una posesion *viciosa*.

[7] Mas propiamente, obligaciones *de hacer*. Freitas 1162° n° 4°, esceptúa sin bastante razon, los hechos de carácter *fungible*.

[8] Porque, desde que la cesion es notificada al deudor (vé art. 1463) ó la delegacion

827. Art. 10. — Tratándose de títulos pagaderos á la órden, no podrá el deudor compensar con el endosatario, lo que le debiesen los *endosadores* precedentes. *Freitas* 1182°. [9]

828. Art. 11. — El deudor ó acreedor de un fallido solo podrá alegar compensacion en cuanto á las deudas que ántes de la época legal de la falencia ya existian, y eran exigibles y líquidas; mas no en cuanto á las deudas contraidas, ó que se hicieran exigibles y líquidas despues de la época legal de la quiebra. El deudor del fallido en este último caso, debe pagar á la masa lo que deba, y entrar por su crédito en el concurso general del fallido. *Freitas* 1185°.

829. Art. 12. — El fiador no solo puede compensar la obligacion que le nace de la fianza con lo que el acreedor le deba, sinó que tambien puede invocar y probar lo que el acreedor deba al deudor principal, para causar la compensacion ó el pago de la obligacion. Pero el deudor principal no puede invocar como compensable su obligacion, con la deuda del acreedor al fiador. *Cód. Com.* 963° § 2°, *y Goyena* 1127° § 1°. [Vé arts. 2022 á 2024].

830. Art. 13. — El deudor solidario puede invocar la compensacion del crédito del acreedor con la deuda de él, ó de otro de los co-deudores solidarios. *De Marcadé, allí.* [Vé art. 707].

Art. 11. — En cuanto á la primera parte, la resolucion del artículo es el efecto legal de la compensacion, dar las deudas por pagadas, desde el tiempo en que los créditos fueron líquidos y exigibles, como queda establecido en el artículo 1° de este Título.

Art. 12. — L. 24, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 5ª, Tít. 2°, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1294. — Sardo, art. 1385. — Napolitano, art. 1248. — Holandés, art. 1466. [De Goyena, allí].

Art. 13. — En contra, los artículos de los Códigos citados en el artículo anterior. Marcadé (n° 837) los impugna con las razones mas sólidas [10] y nuestro artículo es el resultado de sus doctrinas.

---

aceptada por el acreedor, las relaciones jurídicas son con el nuevo deudor y nuevo acreedor, y desaparecen con los anteriores.

Se trata de créditos *contra el cedente ó delegante* que el deudor cedido ó el delegado (vé art. 814) tratase de compensar con su deuda al cesionario ó delegatario. Claro es que podrá siempre oponer en compensacion los créditos que el deudor tenga contra el acreedor (cesionario ó delegatario), aunque sean posteriores á la notificacion de la cesion ó aceptacion de la delegacion. Se equivoca Freitas al establecer lo contrario en su artículo 1180.

De nuestro artículo se deduce necesariamente que el deudor cedido ó el delegado puede oponer en compensacion al acreedor delegatario ó al cesionario los créditos contra el cedente ó delegante, que sean anteriores á la cesion notificada ó delegacion aceptada; pero el artículo 1476, tomado indiscretamente del 1295 del Código Francés, exige para ello que el deudor cedido no haya aceptado la cesion pura y simplemente ó se haya reservado el derecho de oponer la compensacion. Vé artículo 1471. Es, pues, forzoso considerar esto como una escepcion al principio, pero solo respecto al deudor cedido y no al deudor delegado.

Existe identidad de razon para aplicar estas conclusiones al deudor cedido en sus relaciones con los cesionarios intermediarios, en el caso de varias cesiones sucesivas. Nuestro artículo 827 contiene una disposicion análoga.

[9] Vé la nota precedente. Léase *endosantes,* en vez de *endosadores.*

[10] Marcadé duda, y mas bien esplica que impugna el artículo del Código Francés, que Demolombe justifica muy bien, XXVI, 398 y 399. Freitas establece que «la compensacion

831. Art. 14. — Para oponerse la compensacion, no es preciso que el crédito al cual se refiere se tenga por reconocido. Si la compensacion no fuere admitida, podrá el deudor alegar todas las defensas que tuviere. *De Freitas* 1184°. [11]

—

TÍTULO IV

De las transacciones

832. Art. 1°. — La transaccion es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, estinguen obligaciones litigiosas ó dudosas. *Aubry, allí, y Freitas* 1196°. [1]

833. Art. 2°. — Son aplicables á las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto á la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las escepciones y modificaciones contenidas en este Título. *Freitas* 1197°. [Art. 1145, etc., y vé arts. 837, 844 y 857]. [2]

Art. 1°. — Aubry y Rau, § 418. — Véase L. 34, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 38, Tít. 4°, Lib. 2°, Cód. Rom. — L. 1ª, Tít, 15, Lib. 2°, Dig. — Cód. Francés, art. 2044. — De Luisiana, art. 3038. — Sardo, art. 2083. — Holandés, art. 1888. — Austriaco, art. 1380. — Las disposiciones de los Códigos de Austria y de Prusia sobre la necesidad de concesiones recíprocas y de derechos contestados, confirman la definicion que damos. El primero de estos Códigos, art. 1381, dice: « La remision de un derecho litigioso ó dudoso hecha al obligado constituye una donacion. » [Vé art. 1793 n° 3°]. El de Prusia, art. 408 [Sec. 8ª, Tít 16, Parte 1ª], dice: « Las transacciones sobre derechos no contestados, serán miradas como una renuncia. » La ley citada del Cód. Rom. declara tambien: *Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minimé procedit.* » [De Goyena 1713°].

---

que se realice entre el acreedor y uno de los co-deudores solidarios aprovechará á todos los co-deudores ».

Tambien el deudor puede invocar contra los demas acreedores solidarios la compensacion de su crédito con uno de estos. Vé artículo 707 y nuestra nota.

[11] Esta disposicion es mas propia de la ley adjetiva que de la sustantiva, y deberá quedar subordinada al Código de Procedimientos, que es de legislacion esclusiva de cada Provincia.

La primera parte, en que se consigna que el hecho de oponer compensacion no importaria un reconocimiento de la deuda, equivale á establecer que esa escepcion puede oponerse hipotéticamente, y ningun inconveniente hay en que se deduzcan tambien las demás defensas y escepciones que el deudor tuviere.

Pero si se acuerda al artículo la inteligencia que presenta *prima faciæ*, de modo que fuera permitido sostener un primer proceso sobre la compensacion aisladamente, y si ella es rechazada por los Jueces intentar un segundo con otras escepciones, tal interpretacion no podríamos admitir ni sabríamos justificar.

La compensacion debe ser deducida en la oportunidad de las demás escepciones perentorias.

Adviértase que en la doctrina corriente, el hecho de deducir reconvencion importaba la aceptacion y reconocimiento de la verdad de la deuda cobrada. Febrero por Goyena y Carabantes, IV, 354, diferencia 5ª.

[1] Vé el artículo 2070, que permite terminar cuestiones por medio de la suerte, y se le atribuyen los efectos de la transaccion. Vé tambien el 872, y nuestra nota al 945.

[2] En nuestra nota al artículo 801 hemos establecido algo muy semejante respecto á la novacion.

834. Art. 3°. — Las diferentes cláusulas de una transaccion son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, ó que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transaccion. *De Aubry, allí, nota* 10. [3]

835. Art. 4°. — Las transacciones deben interpretarse estrictamente. No reglan sinó las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intencion de transigir, sea que esta intencion resulte esplícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle espreso. *Aubry, allí, pág.* 483.

836. Art. 5°. — Por la transaccion no se trasmiten, sinó que se declaran ó reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella interviene. La declaracion ó reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace á garantirlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de eviccion, ni forma un título propio en qué fundar la prescripcion. *Aubry, allí, notas* 13 *á* 15. [Vé arts. 854 y 2117].

837. Art. 6°. — La validez de las transacciones no está sujeta á la observancia de formalidades estrínsecas; pero las pruebas de ellas están subordinadas á las disposiciones sobre las pruebas de los contratos. *De Aubry,* § 420 *n°* 2°; *Freitas* 1203° *n°* 3°. [Vé art. 975]. [4]

838. Art. 7°. — Si la transaccion versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente, sinó presentándola al juez de la causa firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez esponiendo la transaccion que hubiesen hecho, ó antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transaccion no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella. *De Freitas* 1203° *n°* 1°. [5]

CAPÍTULO I

DE LOS QUE PUEDEN TRANSIGIR

839. Art. 8°. — No se puede transigir á nombre de otra persona sinó con su poder especial, con indicacion de los derechos ú obligaciones sobre que debe versar la transaccion, ó cuando el poder facultare espresamente para todos los actos que

Art. 3°. — Aubry y Rau, § 421. [citando á]: Merlin, *Verb. trans.* § 5°, n° 3°. — Troplong *Transact.* n° 133.

Art. 4°. — L. 9ª, Tít. 15, Lib. 2°, Dig.—Cód. Francés, arts. 2048 y 2049.—Sardo, art. 2088. — Holandés, art. 1892. — De Luisiana, art. 3041 [léase 3040]. — Aubry y Rau, § 421. — Zachariæ, § 768. — Merlin, *Rép. Verb. transact.* § 4°. [De Goyena 1725° y Zachariæ, allí].

Art. 5°. — L. 33, Tít. 4°, Lib. 2°, Cód. Rom. — Aubry y Rau, § 421. — Pothier, *De la vente,* n° 646 [léase 647]. — Troplong, *Trans.* n°s 7 á 10. [Citas de Aubry, repetidas bajo el art. 854].

---

[3] Porque llevan en sí *concesiones* (art. 832) ó renuncias: vé artículos 875 y 872.

[4] La primera parte de este artículo debe modificarse en los casos del artículo 1185 y especialmente en el caso de su n° 8°; y en presencia del artículo 833, la segunda parte del presente es innecesaria.

Compárese con nuestra nota al artículo 1194.

[5] Creemos que en tal caso serian aplicables, por igualdad de razon, los artículos 1186 y 1188. Vé artículo 1185 n° 8°.

el poderdante pudiera celebrar. *De Goyena* 1714°; *Freitas* 1198° *n°* 10, *y L.* 19, *Tít.* 5°, *Part.* 3ª. [Vé art. 1883 n° 3°]. [6]

840. Art. 9°. — No puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo ó en parte. *Aubry*, § 420 *n°* 1°; *Cód. Francés* 2045° inc. 1°. [7]

841. Art. 10. — No pueden hacer transacciones: — [Vé art. 1161]. [8]

1° Los agentes del Ministerio Público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las Municipalidades;

2° Los colectores ó empleados fiscales de cualquier denominacion en todo lo que respecta á las rentas públicas;

3° Los representantes ó agentes de personas jurídicas, en cuanto á los derechos y obligaciones de esas personas, si para la transaccion no fuesen legalmente autorizados; [Vé nota al art. 37].

4° Los albaceas, en cuanto á los derechos y obligaciones de la testamentaría, sin autorizacion del juez competente, con prévia audiencia de los interesados; [Vé art. 3864].

5° Los tutores con los pupilos que se emanciparen, en cuanto á las cuentas de la tutela, aunque fuesen autorizados por el juez; [9]

6° Los tutores y curadores en cuanto á los derechos de los menores é incapaces, si no fuesen autorizados por el juez, con audiencia del Ministerio de Menores; [Art. 443 n° 5°].

7° Los menores emancipados. *Freitas* 1198° *hasta n°* 7°. [Vé art. 135 § 6°].

CAPÍTULO II

DEL OBJETO DE LAS TRANSACCIONES

842. Art. 11. — La accion civil sobre indemnizacion del daño causado por un

Art. 8°. — L. 19, Tít. 5°, Part. 3ª, — y véase, Cód. Francés, art. 1988. — Sardo, art. 2021. — Holandés, art. 1833. [De Goyena, allí].

Art. 9°. — Aunque la transaccion sea mas bien, como se ha establecido, un reconocimiento que una traslacion de la propiedad en cuanto ella tiene principalmente por objeto reconocer un derecho preexistente, mas bien que crear un derecho que no existe; sin embargo, como por ella se hace el abandono de una pretension ó de un derecho que se creia tener, importa por esto una disposicion ó una enajenacion de este derecho. En este sentido únicamente es que se dice que el que transige, enajena, y que transigir es enajenar. Véase Zachariæ, § 767 nota 2ª. — Aubry y Rau, § 420. — Troplong, n° 7 y siguientes. [De Massé y Vergé, sobre Zachariæ].

---

[6] Es preciso convenir que este inciso último no guarda congruencia con el artículo 1882.

[7] « Para poder transigir, dice con mas propiedad el artículo francés, es preciso tener capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transaccion ».

[8] Respecto á la facultad de transar de los cónyuges, vé los artículos 1250, 1253, 1303 y 210; del que ha obtenido la posesion provisoria, artículo 119; del socio administrador, vé artículo 1696; del curador de herencia vacante, vé artículos 488 y 3543 inciso 2°; del heredero aparente, vé artículos 3431 y 3132, y del heredero *beneficiario*, vé artículos 3385 § último y 3392.

[9] Este n° 5° debe esplicarse y complementarse con el artículo 465, y habria sido mas preferible referirse á él. La incongruencia proviene de que las fuentes de ambas disposiciones son diversas.

delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la accion para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el Ministerio Público. *De Goyena* 1719°, *y Freitas* 1199° *n°* 1°. [10]

843. Art. 12. — No se puede transigir sobre cuestiones de validez ó nulidad de matrimonio, á no ser que la transaccion sea á favor del matrimonio. *Goyena* 1720° *y nota.*

844. Art. 13. — Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convencion, no pueden ser objeto de las transacciones. *Aubry*, § 420 *notas* 11 *y* 18. [11]

845. Art. 14. — No se puede transigir sobre contestaciones relativas á la patria potestad, ó á la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho á reclamar el estado que corresponda á las personas, sea por filiacion natural, sea por filiacion legítima. *Aubry, allí, notas* 11 *y* 12. [Vé art. 262].

846. Art. 15. — La transaccion es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque este sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transaccion no verse sobre el estado de ella. *Aubry, allí, nota* 14.

847. Art. 16. — Si la transaccion fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningun valor, háyase dado un solo

Art. 11. — Cód. Francés, art. 2046. — Sardo, art. 2085. — Holandés, art. 1890. — Véase L. 22, Tít. 1°, Part. 7ª. — L. 18, Tít. 4°, Lib. 2°, Cód. Rom. — La ley citada de Partida y tambien las Leyes Romanas, no permiten la transaccion sobre el delito de adulterio, aunque solo el marido y la mujer pueden acusar ese delito. Es decir, el marido y la mujer pueden perdonar el delito y la pena: pero si se presentase una accion en juicio sobre la ejecucion de una transaccion hecha por el marido ó la mujer, el juez no podria admitirla. Creemos no ser necesario poner una disposicion espresa sobre la materia [basta el art. 833], porque tal transaccion sería ella misma un delito, un acto contra la moral y buenas costumbres. [De Goyena, allí].

Art. 12. — La L. 24, Tít. 4°, Part. 3ª, no permite poner en árbitros tales cuestiones. Los Códigos estrangeros guardan silencio sobre la materia. Solo el de Austria dice: « hay casos dudosos que la ley prohibe reglar por transaccion, tales son las contestaciones que nacen entre los esposos sobre la validez de su matrimonio. » [De Goyena, allí]. Creemos que el silencio de los otros Códigos es porque el caso se halla comprendido en las disposiciones espresas en ellos, prohibiendo las transacciones sobre el estado de las personas.

Art. 14. — Zachariæ, § 767, nota 3ª en el párrafo 377. — Aubry y Rau, § 420.

Art. 15. — Aubry y Rau, § 420. — Merlin *Répert. verb. trans.* § 2° n° 5°. — Troplong *Trans.* n° 64. [De Aubry, allí. Vé á Demolombe, V, 333 y 334].

---

[10] Entre tanto, por el artículo 1098 se establece que la accion criminal queda renunciada con la renuncia á la civil, ó con el *convenio* sobre el pago del daño. Igual incongruencia se nota en Freitas.

Con mas razon podrá ser objeto de una transaccion la accion civil, proveniente de un delito de derecho civil: vé artículo 1101.

[11] El artículo 848 no es mas que una aplicacion del presente. Otro ejemplo suministra el inciso 2° del artículo 1220.

El artículo 833 demuestra que el presente y los cuatro siguientes debieron eliminarse y consignar sus disposiciones en una prescripcion general, al tratar del objeto de los actos jurídicos (art. 954) ó del objeto de los contratos (art. 1168 y siguientes); pues la transaccion es un acto jurídico, como lo son todos los contratos.

precio, ó una sola cosa, ó bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios. *Aubry, notas* 15 *y* 16. [Vé art. 1177].

848. Art. 17. — No puede haber transaccion sobre los derechos eventuales á una sucesion, ni sobre la sucesion de una persona viva. *Aubry nota* 17, *y Zachariæ* § 767 *nota* 9. [12]

849. Art. 18. — En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados á una condicion. *Aubry, nota* 9. [13]

CAPÍTULO III

EFECTO DE LAS TRANSACCIONES

850. Art. 19. — La transaccion estingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, [14] y tiene para *con* ellas la autoridad de la cosa juzgada. *De Freitas* 1206°.

Art. 16. — Porque las cláusulas de una transaccion son indivisibles. — Véase á Troplong, n° 68 [y á Demolombe, V, 517. De Aubry, allí].

Art. 17. — Sobre ambas cosas no podria haber derechos contestados, á ménos de tratarse de derechos de familia como antecedente para el derecho de heredar. Las convenciones que á ese respecto se hicieran, serian solo actos aleatorios. Véase Zachariæ, § 767, y Aubry y Rau, § 420.

Art. 18. — Aubry y Rau, § 420.

Por no separarnos de todos los Códigos publicados y de la doctrina de todos los escritores de derecho, quedó establecido en el art. 30, Tít. 6°, Lib. 1° [art. 374], que no se podia transigir sobre la obligacion de alimentos, aunque verdaderamente nuestra opinion es guardar en este punto el silencio que guardan las Leyes de Partida: es decir, que se pudiesen transar las cuestiones sobre alimentos. Los menores de edad estaban salvados con el art. 9° n° 6° de este Título; á los mayores con capacidad de derecho, debia dejárseles la libertad de disponer de los suyos, porque, como ántes lo hemos dicho, las leyes no pueden ni deben procurar contener la prodigalidad de los mayores de edad. Este objeto es el que han tenido las leyes y los autores para prohibir las transacciones sobre alimentos. La Ley Romana espresa esa razon cuando dice: *cum hi quibus alimenta relicta erant facile transigerent contenti modico præsenti.* [De Freitas 1199° n° 3°].

Si no se pone interdiccion para disponer de sus bienes ó de sus derechos á los que se llaman pródigos, cesa la razon de las leyes para prohibir las transacciones entre mayores de edad, sobre las cuestiones de alimentos.

Art. 19. — L. 34, Tít. 14, Part. 5ª.—L. 20, Tít. 4°, Lib. 2°, Código Romano. — Cód. Francés, art. 2052 [inc. 1°]. — Sardo, art. 2091. — Holandés, art. 1895. — De Luisiana, art. 3045.

El principio que se halla en todos los Códigos, de que la transaccion tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, es por la razon de que el objeto de la transaccion

---

[12] Vé nuestra nota precedente. Si en el artículo 954 se hubiese generalizado la prohibicion, se habrian ahorrado el artículo 1176, parte del 1451, el 3601 inciso 1°, la nota al 3313 y el presente.

Las repeticiones, ademas de otros graves inconvenientes, recargan sin necesidad el Código con varios centenares de artículos. Solo por la vía de una simple referencia podrian ser útiles las repeticiones.

[13] A pesar de lo que el Dr. Velez dice en la nota, es claro que la prohibicion del artículo 374 inciso 1° queda subsistente.

[14] *Con todos sus accesorios*, como en casos análogos dicen los artículos 803 y 862. Tal es la razon del artículo 852: vé el 525.

851. Art. 20. — La transaccion hecha por uno de los interesados, ni perjudica ni aprovecha á tercero ni á los demas interesados, aun cuando las obligaciones sean indivisibles. *Freitas* 1209°. [15]

852. Art. 21. — La transaccion entre el acreedor y el deudor estingue la obligacion del fiador, aunque este estuviera ya condenado al pago por sentencia pasada en cosa juzgada. *Freitas* 1207°. [16]

853. Art. 22. — La transaccion hecha con uno de los deudores solidarios aprovecha á los otros, pero no puede serles opuesta: y recíprocamente, la transaccion concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sinó por su parte en el crédito. *Aubry*, § 421 *nota* 4. [17]

854. Art. 23. — La eviccion de la cosa renunciada por una de las partes en la transaccion, ó trasferida á la otra que se juzgaba con derecho á ella, no invalida la transaccion, ni dá lugar á la restitucion de lo que por ella se hubiese recibido. [18]

es establecer derechos que eran dudosos, ó acabar pleitos presentes ó futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos ó derechos dudosos. [De Goyena 1726°]. De este antecedente se originan consecuencias importantes que forman algunos de los artículos que siguen.

Sin embargo, debe decirse que las transacciones difieren de las sentencias en que ellas en sus cláusulas forman un todo indivisible y no pueden ser anuladas en parte, miéntras que las sentencias que hubiesen decidido muchos puntos litigiosos, son susceptibles de ser reformadas en algunos de estos puntos, y confirmadas ó llevadas á efecto en cuanto á los otros. Se ha observado tambien con razon, que no habia una perfecta analogía entre la autoridad de las transacciones, y la autoridad de las sentencias. [De Aubry, nota 11]. Las transacciones tienen muchas veces mas fuerza que las sentencias y en otras menos, pues que ellas no pueden ser atacadas por los mismos medios que las sentencias; y por otra parte, están sujetas á causas de nulidad por las cuales las sentencias pasadas en cosa juzgada no pueden ser atacadas. — Véase sobre estas consideraciones, Zachariæ, § 768. — Aubry y Rau, § 421. — Troplong, n° 129 y siguientes. [De Massé y Vergé, nota 3ª al § citado de Zachariæ].

Art. 20. — Argumento de la L. 20, Tít. 22, Part. 3ª. — L. 2ª, Tít. 60, Lib. 7°, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 2051. — Sardo, art. 2099 [léase 2090]. — Holandés, art. 1891. [De Goyena 1722°]. Cuando las obligaciones son indivisibles, en contra Troplong, n° 127. — Aubry y Rau, § 421. — El artículo del Código Francés no habla de este caso. [Vé nota al art. 707, y los n°s 126 y 127 de Troplong].

Art. 21. — Porque siempre y en todo caso la obligacion del fiador es una obligacion accesoria que no puede continuar faltando la obligacion principal. [Art. 525].

Art. 22. — Véase el artículo 2051 del Código Francés. Decimos que no puede serle opuesta, porque el deudor solidario puede mejorar la condicion de sus co-interesados, pero no puede agravarla. — Véase Aubry y Rau, § 421.

Art. 23. — Lo contrario se dispone en el artículo 1212 del proyecto de Freitas. Nuestro

---

[15] O con mas propiedad: «La transaccion no perjudica ni aprovecha á tercero (arts. 503, 804, 1196 y 1200), sinó á las partes transigentes y á sus sucesores», y la transaccion hecha por uno de los interesados tampoco perjudicará ó aprovechará á los otros interesados aún cuando las obligaciones sean indivisibles; salvo lo dispuesto en los dos artículos siguientes. Vé nuestra nota 17.

[16] Vé nuestras notas 14 y 17 y el artículo 2023.

[17] No es fácil justificar la diversidad de soluciones que los artículos 851 á 853 presentan, diversidad que no se encuentra en los escritores franceses y en Freitas.

[18] Este artículo, el siguiente y el 2117 se esplican y complementan recíprocamente. La crítica hecha en la nota 12 tiene tambien aquí aplicacion. Para una misma disposicion bastaba un artículo, y cuando mas alguna referencia á él.

855. Art. 24. — La parte que hubiese trasferido á la otra alguna cosa como suya en la transaccion, si el poseedor de ella fuese vencido en juicio, está sujeta á la indemnizacion de pérdidas é intereses ; pero la eviccion sucedida no hará revivir la obligacion estinguida en virtud de la transaccion. *De Freitas* 1211°. [19]

856. Art. 25. — Si una de las partes en la transaccion adquiriere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada ó trasferida á la otra que se juzgaba con derecho á ella, la transaccion no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido. *Freitas* 1210°. [20]

CAPÍTULO IV

NULIDAD DE LAS TRANSACCIONES

857. Art. 26. — Las transacciones hechas por error, dolo, miedo, violencia ó falsedad de documentos, son nulas, ó pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlos los contratos que tengan estos vicios. *De Goyena* 1727° § 1° ; *Código Francés* 2052° *inc* 2°, 2053° *y* 2055°. [21]

artículo es enteramente conforme al Derecho Romano (L. 33, Cód. *De trans.)* [Tít. 6°, Lib. 2°]. El que renuncia, aunque sea por un precio, á sus pretensiones sobre el objeto litigioso que formaba la materia de la transaccion, no cede este objeto mismo sinó que lo deja simplemente á la otra parte con los derechos que esta pretendia tener en él. Hemos establecido como base del artículo 5°, que la transaccion no es un acto jurídico que trasmite derechos, sinó que meramente los reconoce. [De Aubry, nota 14]. Este reconocimiento que haga una de las partes de los derechos que la otra alega, no la pone en el caso del que por un precio hubiese traspasado el dominio incuestionable que tenia en la cosa y que lo hace responsable en caso de eviccion.

Igual artículo al nuestro fué propuesto en el proyecto del Código Francés, y despues de una gran discusion fué suprimido. Pero los legisladores franceses no resolvieron lo contrario, y en esta ocasion hicieron lo que siempre se nota en las discusiones de ese Código, que, cuando la dificultad es grande se pasa por ella, y nada se dispone. La disposicion del artículo es la doctrina de Pothier, *De la vente*, n° 646 [léase 647] ; de Troplong, n° 12, y de Aubry y Rau, § 422 [léase § 421 nota 14].

Art. 25. — Cód. Francés, art. 2050. — Sardo, art. 2089. — Holandés, art. 1892 [léase 1893. De Goyena 1723°].

Art. 26. — L. 65, Tít. 6°, Lib. 12, Dig. — LL. 2ª, 19 y 29, Cód. *De trans.* [Tít. 6°, Lib. 2. De Goyena y de Maynz, § 380 nota 11]. La transaccion es un contrato como está establecido en el artículo 1° de este Título y en todos los Códigos publicados. Por consiguiente, son nulas ó anulables por las causas que lo fuesen los contratos. Sin embargo, muchos jurisconsultos, sin desconocer el principio ponen otro al lado de él, que las transacciones son como las cosas juzgadas, respecto de los objetos sobre que versan, y que así solo pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo las sentencias pasadas en cosa juzgada. Esta es una exageracion de una simple paridad de la cosa juzgada con la transaccion; paridad inexacta ó que tiene muchas escepciones, como lo hemos advertido en la nota al artículo 19 de este Título.

---

[19] Pothier, *Vente*, n° 646. Troplong, n°s 11 y 13. El artículo 2117 inciso 1° presenta mejor la estension y efectos de la eviccion en este caso, que guarda grande analogía con el de los artículos 783 y 2116.

[20] Es obvio que la transaccion no puede estorbar una adquisicion posterior, salvo convencion en contrario que sea lícita.

[21] El artículo 833 hace supérfluo el presente: vé el 1158. Además, decir que la transaccion hecha por falsedad de documentos, es nula *ó puede ser anulada* (es decir, *ó anulable*), en los casos en que puedan serlo los contratos que tengan ese vicio, es no solo espresarse con impropiedad, sinó no decir nada, pues la falsedad de documentos no es causa de nulidad de un contrato ó acto jurídico. Vé artículos 1015 y 1016. La transaccion hecha en

858. Art. 27. — La transaccion es rescindible [22] cuando ha tenido por objeto la ejecucion de un título nulo, ó de reglar los efectos de derechos que no tenian otro principio que el título nulo que los habia constituido, hayan ó no las partes conocido la nulidad del título, ó lo hayan supuesto válido por error de hecho *ó por error de derecho.* En tal caso la transaccion podrá solo ser mantenida, cuando espresamente se hubiese tratado de la nulidad del título. *Aubry* § 422 *nota* 10, 3ª *edicion.* [23]

859. Art. 28. — La transaccion puede ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenia ningun derecho sobre el objeto litigioso. *Zachariæ,* § 769 *y nota* 10. [24]

860. Art. 29. — Es tambien rescindible la transaccion sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada, en el caso que la parte [25]

Art. 27. — Aubry y Rau, § 422. — Zachariæ, § 769. [Pont, nºs 701 á 711. Cód. Francés 2054º].

Art. 28. — Cód. Francés, art. 2057. — Sardo, art. 2096. — Holandés, art. 1900. — De Luisiana, art. 3050. — Zachariæ, § 769. En contra, L. 19, Tít. 4º, Lib. 2º, Cód. Rom.: *Sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur.* Lo mismo el Cód. de Austria, art. 1367 [léase 1387], que dispone así: « El descubrimiento de nuevos títulos no invalida la transaccion si es de buena fé. » Lo mismo Goyena, art. 1728, fundado en las leyes que declaran que las sentencias no se revocan por instrumentos nuevamente hallados, y que las transacciones tienen la autoridad de la cosa juzgada. [De Goyena, allí]. En el conflicto de estas autoridades, adoptamos la doctrina del Código Francés, porque en justicia y en equidad nada pierde por la anulacion de la transaccion el que no tenia en verdad derecho para recibir lo que por ella se le hubiese dado ó reconocido, aunque pudiera fundarse en el derecho estricto de los contratos.

---

vista de documentos que una de las partes ó ambas suponian ciertos ó verdaderos, y cuya inexactitud ó falsedad se ha constatado posteriormente, es nula ó anulable. Parece que esto mismo quiere decir el artículo; y la razon es que hay en ello un error de hecho, á que puede agregarse el dolo de una de las partes (art. 934). Si ambas partes conocian la falsedad, parece que no podrán alegarla: argumento artículo 795, inciso 2º.

Parece tambien que el error de derecho respecto á la verdad de los documentos no autoriza á alegar la falsedad. Vé nuestro artículo 924 y el 2052 del Código Francés. Se transa precisamente para quitar todo motivo de proceso. Compara con el artículo siguiente, que admite el error de derecho, y con nuestra nota 23.

[22] Vé el artículo 1046 y nota *a* al 1038.

[23] Por toda crítica á este artículo haremos notar que sus autores han confesado y demostrado su error en la 4ª edicion. De todos modos habrá que armonizarlo con los artículos 1049, 1050 y 1059.

[24] Sinó que todo el derecho correspondia á la parte contraria; porque si el derecho correspondia á un tercero, se aplicaria el artículo 854.

Aquí, como en el caso del artículo 860, hay puramente una nulidad relativa, que solo quien padeció el error puede alegarla (art. 1049).

Con las palabras *puede ser rescindida* se significa que el acto es simplemente *anulable,* lo cual armoniza con el artículo 1046.

[25] La nulidad es, pues, relativa y no absoluta, como dijimos en la nota precedente. Sobre la palabra *rescindible,* vé nuestra nota 22.

Si convinieron, conociendo ya la sentencia, habrá renuncia y no transaccion (arts. 832 y 872), salvo si se dudaba de su validez ó respecto al modo de ejecutarla.

que pidiese la rescision de la transaccion hubiese ignorado la sentencia que habia concluido el pleito. Si la sentencia admitiese algun recurso, no se podrá por ella anular la transaccion. *De Goyena* 1729° ; *Freitas* 1204° *n°* 4°.

861. Art. 30. — La transaccion sobre una cuenta *litigiosa* no podrá ser rescindida por descubrirse en esta errores aritméticos. Las partes pueden demandar su rectificacion, cuando hubiese error en lo dado, ó cuando se hubiese dado la parte determinada de una suma, en la cual habia un error aritmético de cálculo. *De Goyena al* 1727°, *y de Zachariæ y Massé*, § 769, *al fin.* [26]

TÍTULO V

De la confusion

[Vé arts. 2930 á 2933, 2971, 3057 á 3060, 3200, 3239 y 3344].

862. Art. 1°. — La confusion sucede cuando *se reune* en una misma persona, sea por sucesion universal ó por cualquier otra causa, *la calidad* de acreedor y deudor ; ó cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusion estingue la deuda con todos sus accesorios. *Freitas* 1187° *á* 1189°. [Vé arts. 524 y 525 ; 2601 y 2602]. [1]

863. Art. 2°. — La confusion no sucede, aunque *concurran* en una persona *la calidad* de acreedor y deudor por título de herencia, si esta se ha aceptado con beneficio de inventario. *Goyena* 1157°. [Vé arts. 3344 y 3375].

Art. 29. — L. 7ª, Tít. 15, Lib. 2°, Dig. — L. 23, [§ 1°], Tít. 6°, Lib. 12, id. — Cód. Francés, art. 2046 [léase 2056]. — Sardo, art. 2075 [léase 2085]. — Holandés, art. 1899. — De Luisiana, art. 3049. [De Goyena, allí].

Art. 30. — Véanse las LL. 19, Tít. 22, y 4ª, Tít. 26, Part. 3ª. — L. 1ª, Tít. 8°, Lib. 49, Dig. — L. 2ª, Tít. 52, Lib. 7°, Cód. Rom. [De Goyena, allí].

Art. 1°. — Véase la L. 8ª, Tít. 6°, Part. 6ª. — L. 21, Tít. 3°, Lib. 34, Dig. — L. 75, Tít. 3°, Lib. 46, id. — Cód. Francés, art. 1300. — Sardo, art. 1391. — Holandés, art. 1472. — Napolitano, art. 1254. — De Luisiana, art. 2214. *O por cualquiera otra causa,* decimos, como *venta* [vé art. 2162] de una herencia, *accion* [cesion] de un crédito, sociedad universal, etc. [De Goyena 1156°, y Maynz, § 381 nota 3ª].

Art. 2°. — L. 8ª, Tít. 6°, Part. 6ª. — L. 22, § 9°, Tít. 30, Lib. 6°, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 802 [n° 2°]. — Sardo, art. 1023. — Holandés, art. 1078. — Napolitano, art. 719. [De Goyena, allí].

---

[26] Hallamos preferible la redaccion del artículo 2058 del Código Francés, que dice sencillamente: «El error de cálculo en una transaccion debe repararse». Nuestro artículo por prever mucho no preve lo bastante.

Por otra parte, no es indispensable que la cuenta sea precisamente *litigiosa,* pues habria accion en todo caso para repetir el esceso pagado indebidamente: artículo 784 con nuestra nota.

[1] La propiedad gramatical exige que se diga: « Cuando se *reunen las calidades* de acreedor ó deudor», así como en el artículo siguiente debió decirse: « *aunque concurran* en una persona *las calidades* de acreedor y deudor». Son errores de copia.

Respecto á la sociedad universal de que se habla en la nota, vé el artículo 1653.

La confusion obra sobre una sola deuda, la compensacion sobre dos : artículos 818 y siguiente. Vé nota 4.

864. Art. 3°. — La confusion puede tener efecto, ó respecto á toda la deuda, ó respecto solo á una parte de ella. Cuando el acreedor no fuese *heredero* único del deudor, ó el deudor no fuese heredero único del acreedor, ó cuando un tercero no fuese heredero único de acreedor y deudor, habrá confusion proporcional á la respectiva cuota hereditaria. *Freitas* 1192°. [Vé arts. 3496 y 3504]. [2]

865. Art. 4°. — La confusion del derecho del acreedor con la obligacion del deudor, estingue la obligacion accesoria del fiador; mas la confusion del derecho del acreedor con la obligacion del fiador, no estingue la obligacion del deudor principal. *Freitas* 1193°. [Arts. 525, 2044: vé el 867].

866. Art. 5°. — La confusion entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, ó entre uno de los co-deudores solidarios y el acreedor, solo estingue la obligacion correspondiente á ese deudor ó acreedor, y no las partes que pertenecen á los otros co-acreedores ó co-deudores. *Freitas* 1194°. [3]

867. Art. 6°. — La confusion que se obra por la reunion en la misma persona de la calidad de acreedor y de fiador, no aprovecha al deudor principal. *Aubry*, § 330 *nota* 6. [4]

868. Art. 7°. — Si la confusion viniese á cesar por un acontecimiento posterior que restablezca la separacion de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas á los derechos temporalmente estinguidos, y á todos los accesorios de la obligacion. *Freitas* 1195°. [Vé arts. 3310 y 3200]. [5]

Art. 3°. — Marcadé, n° 858. — L. 50, Tít. 1°, Lib. 46, Dig. — Véase Cód. Francés, art. 1209. — Napolitano, art. 1162. — Sardo, art. 1299. — Holandés, art. 1324. [Estas citas pertenecen al art. 866].

Art. 4°. — L. 21, Tít. 1°, Lib. 46, Dig. — Cód. Francés, art. 1301. — Sardo, art. 1392. — Napolitano, art. 1255. — Holandés, art. 1475 [léase 1473. De Goyena 1158°].

Art. 5°. — Cód. Francés, art. 1209 [y 1301°, inc. 3°]. — Sardo, art. 1299. — Napolitano, art. 1162. — Holandés, art. 1324. — L. 71, Tít. 1°, Lib. 46, Dig. [De Goyena 1159°].

Art. 6°. — Aubry y Rau, § 330. — Cód. Francés, art. 1301 [inc. 2°]. La razon de los dos artículos, es que la confusion no es pago, ni debe asemejarse al pago. Ella mas bien tiene por objeto librar de la obligacion al deudor en cuya persona sucede, que estinguir la obligacion misma. [De Aubry, nota 5ª; Demolombe, XXVI, 404].

Art. 7°. — Marcadé, n° 860. — Como si el testamento que creó los derechos fuese despues anulado. — L. 21, [§ 2°], Tít. 2°, Lib. 5°, Dig. [De Aubry, allí, nota 9ª, y de Maynz, § 381 nota 12].

---

[2] O cuando el uno sea *sucesor* parcial del otro. La palabra *sucesor* es mas comprensiva y propia que la de *heredero*. Vé artículos 3264 y 3265. Otro ejemplo de confusion parcial nos ofrece el artículo 866.

[3] El artículo 707, cuya generalidad importa un error insostenible, debe entenderse con sujecion al presente, que vierte la única doctrina verdadera.

[4] Es la repeticion del artículo 865 inciso 2°. En este caso solo se estingue la obligacion accesoria del fiador, que es distinta de la obligacion del deudor principal, aunque la fianza sea solidaria: artículo 2006 y su argumento. Así es que en el caso del artículo 2050 no hay confusion, por existir dos deudas y no una sola (nuestra nota 1ª).

[5] Sin embargo, esta restitucion no debe perjudicar á terceros, cuando tiene lugar por un hecho voluntario, como seria la cesion del crédito que se hallaba estinguido por confusion, porque los contratos no pueden perjudicar á terceros: artículos 1196 inciso último, y 1200. Vé los artículos 2932, 3059, 3183 con la nota 176 y 3200 con sus notas.

TÍTULO VI

De la renuncia de los derechos [1] del acreedor

869. Art. 1°. — Toda persona capaz de dar ó de recibir á título gratuito, puede hacer ó aceptar la renuncia gratuita de una obligacion. [2] Hecha y aceptada la renuncia, la obligacion queda estinguida. *Aubry*, § 323, *y Massé, al* § 568 *de Zachariæ*. [Vé art. 876] [3]

870. Art. 2°. — Cuando la renuncia se hace por un precio ó una prestacion cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel á cuyo favor es hecha, se determinan segun las reglas relativas á los contratos por título oneroso. *Aubry*, § 323 *nota* 2. [4]

871. Art. 3°. — La renuncia hecha en disposiciones de última voluntad, es un legado y se reglará por las leyes sobre los legados. *Freitas* 1217°. [Ve arts. 3784 á 3788].

872. Art. 4°. — Si la renuncia por un contrato oneroso se refiere á derechos litigiosos ó dudosos, le serán aplicadas las reglas de las transacciones. *Freitas* 1218°. [Arts. 832 á 862]

873. Art. 5°. — Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar á todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales ó condicionales; pero no á los derechos concedidos, ménos en el interés particular de las personas, que en mira del órden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia. *Aubry, allí.* [5]

Art. 1°. — Aubry y Rau, § 323.

Art. 2°. — Aubry y Rau, párrafo citado. [citando á] Duranton, tomo XII, n°s 341 á 352.

Art. 5°. — Aubry y Rau, lugar citado. El marido ó el padre no podrán renunciar á los derechos que las leyes les confieren sobre la mujer ó los hijos. [De Aubry, allí]. — Véase regla 34, Tít. 34, Part. 7ª; L. 34, Tít. 14, Lib. 2°, Dig. — L. 7ª, id. § 16.

---

[1] La renuncia, del mismo modo que la confusion, estingue no solo el derecho personal sinó tambien el derecho real. De otro modo el título siguiente careceria de significado. Vé nuestra nota al artículo 2507.

Las disposiciones del presente título serán, pues, estensivas en lo aplicable á la renuncia de los derechos reales.

[2] Debemos suplir el silencio del Código á este respecto, aplicando los artículos 1806 y 1809 á 1811, pues la donacion es el tipo de los contratos á título gratuito: nuestra nota al artículo 1140, argumento del 2994. Vé nuestra nota 4.

Como la renuncia es un acto jurídico, le son aplicables los artículos 945 á 975.

[3] En el caso del artículo 3049 no se exige aceptacion. Compara con Marcadé, IV, 789.

[4] No teniendo el Código reglas especiales al respecto, debemos aplicar la disposicion general del artículo 1162 y los artículos 1359 á 1364 relativos á la compra-venta, como el tipo de los contratos á título oneroso. Vé la nota 2.

[5] Vé los artículos 19, 21, 1098 y 3967. El 954 es aplicable tambien á la renuncia como acto jurídico que es. — Los artículos 2100 y 3513 presentan ejemplos de renuncias á derechos eventuales.

874. Art. 6°. — La renuncia no está sujeta á ninguna forma esterior. [6] Puede tener lugar aun tácitamente, á escepcion de los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera espresa. *Aubry, allí.* [7]

875. Art. 7°. — La intencion de renunciar no se presume, y la interpretacion de los actos que induzca á probarla debe ser restrictiva. *Freitas* 1216°, 2ª *parte; Aubry, allí, nota* 11. [8]

876. Art. 8°. — La renuncia puede ser retractada mientras que no hubiere sido aceptada por la persona á cuyo favor se hace, [9] salvo los derechos adquiridos por terceros, á consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retractacion. *Aubry, allí, nota* 15; *Freitas* 1219°. [10]

—

TÍTULO VII

De la remision de la deuda

877. Art. 1°. — Lo dispuesto en los cuatro artículos primeros del Titulo anterior es aplicable á la remision de la deuda hecha por el acreedor, *De Aubry y Rau,* § 323 *nota* 19. [1]

878. Art. 2°. — Habrá remision de la deuda, cuando el acreedor entregue vo-

Art. 6°. — Aubry y Rau, en el n° 1° del párrafo citado. En las notas 8ª y 9ª ponen diversos ejemplos en que las renuncias tácitas pueden tener lugar, y en los que el derecho exige que la renuncia sea espresa.

Art. 7°. — Merlin, *Rép. verb. renonciation,* § 3°. [De Aubry, allí].

Art. 8°. — Aubry y Rau, lugar citado. [Zachariæ, § 568 nota 1ª].

Art. 1°. — Se trata solo en este Título de la renuncia de la deuda, considerada como modo de estincion de las obligaciones unilaterales. Cuando se trate de las diferentes maneras como se disuelven los contratos, trataremos de la doble remision á consecuencia de la cual se estinguen las obligaciones recíprocas que se derivan de los contratos bilaterales. [De Aubry, allí, nota 16. Vé art. 1201].

---

[6] Artículo 975. Vé sin embargo el artículo 1185 n° 6°, etc. y compara con nuestra nota al 1190.

[7] Los artículos 705 inciso último, 878, 879, 1064, 1848 y 3049 ofrecen ejemplos de renuncia tácita; y en los casos de los artículos 704 inciso 1°, 814, 858 inciso último, 2100 y 3513, se exige una renuncia espresa.

[8] Es decir, en caso de duda, debe resolverse que no hubo renuncia, y averiguada y constatada la renuncia, debe esta limitarse en su estension y efectos. Los artículos 3050, 3051 y 3347 inciso 1°, obedecen á los principios del presente. Vé artículos 812, 835 y 887.

[9] Son análogos los artículos 761, 838, 3350 y 1151. Los casos de escepcion están marcados por este último artículo.

[10] Como en el caso del artículo 3350.

[1] La remision se regla, amen de las disposiciones peculiares á ella, por las prescripciones todas de la renuncia en general. Vé artículo 866.

luntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado. *De Goyena* 1141°, *y Freitas* 1226° *inc.* 2°. [2]

879. Art. 3°. — Siempre que el documento original de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de este á probar lo contrario. *Goyena* 1142°; *Aubry, allí, notas* 24 *y* 25. [Vé art. 888].

880. Art. 4°. — Si el documento de la deuda fuere un documento protocolizado, y su copia legalizada se hallare en poder del deudor sin anotacion del pago ó remision del crédito, y el original se hallase tambien sin anotacion de pago ó remision firmada por el acreedor, será á cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remision de la deuda. [Vé Cód. Francés 1283°].

881. Art. 5°. — La remision hecha al deudor principal, libra á los fiadores; [3] pero la que se ha hecho al fiador, no aprovecha al deudor. *Cód. Francés* 1287°. [Vé art. 3787].

882. Art. 6°. — La remision hecha al deudor, produce los mismos efectos juri-

Art. 2°. — L. 9ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 40, Tít. 13, Part. 5ª. — La L. 11, Tít. 19, Part. 3ª parece no estar de acuerdo con las dos leyes citadas, pues que dice que si la carta se halla sana é íntegra en poder del deudor, le incumbe á este probar que él (el acreedor) *ge la tornara queriéndole quitar la debda.* Pero si se halla en poder del deudor rota ó chancelada, la ley presume la remision, salvo al acreedor el derecho de probar lo contrario. — Sobre la remision de la deuda véanse LL. 1ª y 2ª, Tít. 14, Part. 5ª; LL. 14 y 15, Tít. 43, Lib. 8°, Código Romano. — Cód. Francés, art. 1282. — Sardo, art. 1375. — Napolitano, art. 1236. [De Goyena, allí].

Art. 3°. — La resolucion de este artículo ha sido una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos, pues observaban que el documento podia hallarse en poder del deudor por ser este el cajero ó tenedor de los libros del acreedor, ó porque se hubiese depositado en alguna persona que lo hubiese entregado al deudor. Pothier en el n° 572 [*Obligat.* n° 609] rechaza toda distincion de las personas, y sostiene que la existencia del documento privado en poder del deudor, induce la presuncion de habérsele entregado voluntariamente por el acreedor, y que á este incumbe la prueba de lo contrario.

En la necesidad de establecer una regla, la del artículo tiene por fundamento lo que regularmente sucede. Las consideraciones indicadas sobre la calidad de la persona del deudor, obrarán en la apreciacion que haga el juez de las pruebas que pueda dar el acreedor. [De Goyena, allí].

Art. 5°. — L. 1ª, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 62 [léase 32. Cita de Maynz, § 379 nota 38], Tít. 14, Lib. 2°, Dig. — L. 23, Tít. 14, Lib. 2°, id. — Cód. Francés, art. 1287. — Sardo, art. 1378. — Holandés, art. 1478. — Napolitano, art. 1241. [De Goyena 1143°].

---

[2] Salvo si el acreedor prueba que lo entregó á título de depósito ó por otro motivo, como lo exigen la razon y la equidad, se desprende de lo que el Dr. Velez dice en la nota al artículo 879, y es exigido por este mismo artículo. Compara con el artículo 1819.

Por lo demás, no solo el acreedor sinó el mismo deudor y cualquier otro interesado podrá ser admitido á probar que la entrega del documento no fué por via de remision, sinó como consecuencia del pago.

El inciso 1° del artículo 3784 es una aplicacion del presente.

[3] Con la limitacion señalada en el artículo 2051. El acreedor, perdonando al deudor, no puede reservarse su accion contra el fiador. Massé y Vergé, nota 13 al § 569 de Zachariæ. Freitas 1222°. En contra, Zachariæ á quien Aubry y Rau refutan (§ 323, nota 23, 4ª edicion). El artículo 525 suministra la razon del presente.

dicos que el pago respecto á sus *herederos*, y á los co-deudores solidarios. *Zachariæ*, § 569 *nota* 13. [4]

883. Art. 7°. — La remision hecha á uno de los fiadores no aprovecha á los demás fiadores, sinó en la medida de la parte que correspondia al fiador que hubiese obtenido la remision. *Zachariæ, nota* 15; *Cód. Francés* 1287° *inc. últ. Goyena* 1764°. [5]

884. Art. 8°. — Si el fiador hubiese pagado al acreedor una parte de la obligacion para obtener su liberacion, tal pago debe ser imputado sobre la deuda; pero si el acreedor hubiese hecho despues remision de la deuda, el fiador no puede repetir la parte que hubiese pagado. [Vé Cód. Francés 1288°]. [6]

885. Art. 9°. — La remision por entrega del documento original, en relacion á los fiadores, co-acreedores solidarios ó deudores solidarios, produce los mismos efectos que la remision espresa. *Freitas* 1227°; *Cód. Francés* 1284°, *y Marcadé, allí.* [Vé arts. 707 y 2023].

886. Art. 10. — No hay forma especial para hacer la remision espresa, aunque la deuda conste de un documento público. [Vé arts. 874, 918, 975 y 1185 n° 10].

887. Art. 11. — La devolucion voluntaria que hiciere el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa solo la remision del derecho de prenda, pero no la remision de la deuda. *Goyena* 1144° § 1°; *Cód. Francés* 1286°. [7]

888. Art. 12. — La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolucion voluntaria, salvo el derecho del acreedor á probar lo contrario. *Goyena* 1144° § 2°. [8]

Art. 6°. — Véase Zachariæ, § 569. [Nota 13 de Massé y Vergé].

Art. 7°. — Zachariæ, en el § citado. [Freitas 1223° inc. 2°].

Art. 12. — [Léase 11]. — Véase L. 40, Tít. 13, Part. 5ª. — L. 9ª, Tít. 26, Lib. 8ª. — Cód. Romano, L. 3ª, Tít. 14, Lib. 2°, Dig. — Cód. Francés, art. 1286. — Sardo, art. 1377. — Holandés, art. 1477. — Napolitano, art. 1240. [De Goyena, allí].

---

[4] Zachariæ habla en el supuesto de un solo acreedor en presencia de varios deudores solidarios: vé nuestra nota al artículo 707. Por supuesto que el artículo 717 no es aquí aplicable, cuando la remision ha sido gratuita, á no ser que le haya hecho cesion de derechos.

La palabra *sucesores* ó causahabientes es mas propia y comprensiva que la de *herederos* (vé arts. 3264 y 3265). Zachariæ dice, *causahabientes y herederos.*

[5] Pero la remision hecha al fiador libra completamente al sub-fiador, que es respecto al fiador lo que este respecto al deudor principal: artículos 2021 y 2043 y su argumento.

[6] Si la remision se hizo, no á título gratuito, sinó por una prestacion cualquiera, ignorando el deudor el pago parcial del fiador, parece justo que el deudor esté obligado á la devolucion (art. 792), ó que la remision se anule por dolo ó error (art. 955).

[7] El artículo 3784 establece una distincion, que aquí no se hace y que seria difícil justificar. Goyena, al no aceptarla, se muestra consecuente.

La renuncia y toda liberalidad se interpretan restrictivamente: artículos 875 y 3767 con la nota 34.

[8] Este artículo conserva grande analogía con el 879.

TÍTULO VIII

De la imposibilidad del pago

889. Art. 1°. — La obligacion se estingue cuando la prestacion que forma la materia de ella, viene á ser física ó legalmente imposible sin culpa del deudor. *Aubry y Rau,* § 331 *nota* 1ª. [1]

890. Art. 2°. — Si la prestacion se hace imposible por culpa del deudor, ó si este se hubiese hecho responsable de los casos fortuitos ó de fuerza mayor, sea en virtud de una cláusula que lo cargue con los peligros que por ellos vengan, ó sea por haberse constituido en mora, la obligacion primitiva, sea de dar ó de hacer, se convierte en la de pagar daños é intereses. *Aubry, allí, nota* 2ª. [Vé art. 513, etc.].

891. Art. 3°. — Cuando la prestacion consiste en la entrega de una cosa cierta, la obligacion se estingue por la pérdida de ella, y solo se convierte en la de satis-

Art. 1°. — La Ley Romana dice: « *obligatio quam vis initio recte constituta, extinguitur, si incenderit* [léase *inciderit*: nota al art. 3200] *in eum casum a quo incipere non poterat*: L. 140 [§ 2, Tít. 1°, Lib. 45], Dig. *De Verb. Oblig.* ». Instit. Lib. 3°, Tít. 20, § 2° y nota al artículo 5°, Título 7° de la 1ª parte respecto á la estincion de la obligacion, cuando la cosa objeto de ella se pierde sin culpa del deudor. [De Aubry, allí. Vé Cód. Francés 1302°, y L. 8ª, Tít. 11, Part. 5ª].

Art. 2°. — Véase el artículo 19 del Título 1° de este libro, y las leyes citadas en la nota.

---

[1] Los artículos 556, 578, 627, 632, 642, 647 y 3805 deben ser esplicados y complementados por el presente, del que son meras aplicaciones. Vé art. 895.

La prestacion viene á ser *fisicamente imposible:*

1° Cuando la cosa se destruye completamente: vé art. 2606;

2° Cuando ha desaparecido y nada se sabe de su existencia;

3° Cuando ha sido ocupada permanentemente por aguas del dominio público: vé nota al artículo 2606;

4° Cuando la ejecucion del hecho se hiciese físicamente imposible.

La prestacion viene á ser *legalmente imposible:*

1° Cuando ha quedado fuera del comercio; v. g.: si es declarada artículo de guerra. Vé artículos 2339 y 2340;

2° Cuando la cosa ha sido espropiada por causa de utilidad pública: vé artículo 2513, etc.;

3° Cuando un tercero adquiere un derecho que impide legalmente el cumplimiento de la obligacion: vé artículos 2608 y 2612;

4° Cuando la ejecucion del hecho se hiciese legalmente imposible.

La imposibilidad, del mismo modo que la confusion y la renuncia, estingue el derecho real no menos que el personal: vé nuestra nota al artículo 2507.

Lo dicho demuestra que los artículos 891 y 892, no son completos, ni necesarios, y no guardan armonía con el presente. Ademas, el 892 debió colocarse despues del 894.

Si el mismo acreedor es quien impidió ó hizo imposible el cumplimiento de la obligacion, destruyendo ó poniendo fuera del comercio la cosa debida, etc., aunque se aplique el artículo 896, será siempre responsable de los daños y perjuicios que por su culpa ó dolo causare, y esa responsabilidad variará segun los contratos y delitos: vé artículo 1068 y siguientes, y nuestra nota al 509.

El 537 inciso último preve un caso distinto. En el del artículo 565 subsiste la obligacion, y solo se estingue el cargo.

facer daños é intereses en los casos del artículo 2° de este Título. *Aubry, allí, n°* 1°. [Vé arts. 556, 578, 647 y 3805]. [2]

892. Art. 4°. — La cosa que debia darse, sclo se entenderá perdida en el caso que se haya destruido completamente, ó que se haya puesto fuera del comercio, ó que haya desaparecido de un modo que no se sepa de su existencia. *Freitas* 1231°; *Aubry, allí, nota* 4ª. [2]

893. Art. 5°. — El deudor, cuando no es responsable de los casos fortuitos sinó constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños é intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar á consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor. *Aubry, allí, nota* 6ª; *Freitas* 1229°; *Cód. Francés* 1302° *inc.* 2°. [Vé arts. 513, 789, 2271, 2297, 2437 y 3781]. [3]

894. Art. 6°. — Cuando la obligacion tenga por objeto la entrega de una cosa incierta, determinada entre un número de cosas ciertas de la misma especie, queda estinguida si se perdiesen todas las cosas comprendidas en ella por un caso fortuito ó de fuerza mayor. *Freitas* 1232°. [Vé art. 642]. [4]

895. Art. 7°. — Si la obligacion fuese de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas solo por su especie, el pago nunca se juzgará imposible, y la obligacion se resolverá siempre en indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 1233°. [Vé art. 604]. [5]

896. Art. 8°. — En los casos en que la obligacion se estingue por imposibilidad del pago, se estingue no solo para *el deudor,* sinó tambien para *el acreedor* á quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligacion estinguida. *Freitas* 1236°. [6]

Art. 4°. — Aubry y Rau, § 331 nota 4ª. [Cód. Francés 1302° y 1303°; Chile 1670°].

Art. 5°. — Véase la nota al artículo 66 del Título 1° de esta segunda parte [y L. 2ª, Tít. 16, Lib. 3°, F. R.].

Art. 6°. — Véase Aubry y Rau, § 331 [n° 2°; Marcadé, IV, 868; Pothier, n° 659, etc.].

Art. 7°. — Pothier, *Oblig.* n° 658. — Toullier, Tom. 7°, n° 443. — Duranton, Tom. 12, n° 490. [De Aubry, allí, nota 8ª].

Art. 8°. — Por el Derecho Romano y por el Derecho de las Partidas, cuando el pago se hacia imposible por pérdida de la cosa sin culpa del deudor, la obligacion se estinguia solo para el deudor, quedando el acreedor obligado. Así, cuando la cosa comprada, hallándose

---

[2] Vé nuestra nota precedente y los artículos siguientes.

[3] Artículos 3428 inciso 3°, y 3781. Los artículos 2437 y 2438 prueban que el presente no es aplicable al que tiene una posesion viciosa (art. 2366); porque este solo regla las relaciones entre deudor y acreedor, provenientes de actos lícitos. Pero pensamos con las leyes romanas que el deudor deberá daños y perjuicios, si el acreedor prueba que habria podido evitar la pérdida, por ejemplo, vendiendo la cosa. Maynz, § 265 en la nota 6ª.

[4] Salvo lo dispuesto por los artículos 513, 890 y 893.

[5] La disposicion de este artículo procede tambien por supuesto en las obligaciones de dar cantidades de cosas (art. 606) ó sumas de dinero (art. 616).

[6] Habria mas exactitud en decir, como en los artículos 578 y 627, que la obligacion se estingue para ambas partes; pues en un acto jurídico, los acreedores y deudores pueden ser varios, y en los contratos bilaterales (art. 1139) ambas partes son deudoras y acreedoras

SECCION SEGUNDA

DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

QUE PRODUCEN LA ADQUISICION, MODIFICACION, TRASFERENCIA Ó ESTINCION DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES (a)

TÍTULO PRIMERO

De los hechos

897. Art. 1°. — Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisicion, modificacion, trasferencia ó estincion de los derechos ú obligaciones. *Freitas* 431°. [1]

aún en poder del vendedor se perdia por un caso fortuito, no perecia para su dueño sinó para el comprador, el cual debia pagar el precio. La razon era que las cosas perecen para sus dueños, cuando son acreedores de las mismas cosas; pero no cuando son deudores, pues el deudor de cosa cierta se libra de la obligacion de entregarla si la cosa perece sin su culpa. Nosotros hemos combatido estas falsas teorías en la nota al artículo 5°, Título 7° de la primera parte de este libro [art. 578].

(a) En esta seccion se verán generalizados los mas importantes principios del derecho, cuya aplicacion parecia limitada á determinados actos jurídicos. La jurisprudencia en mil casos deducia sus razones de lo dispuesto respecto de actos que, en verdad, no eran siempre semejantes. Si el vicio, por ejemplo, de violencia ó intimidacion debia anular los contratos, ¿por qué no anularia tambien el reconocimiento de un hijo natural, la aceptacion

---

á la vez. Sin embargo, en la obligacion pasivamente solidaria, si la imposibilidad del pago es relativa solo á uno ó mas deudores solidarios, la obligacion subsiste para los otros deudores que puedan cumplirla: nuestra nota al artículo 709.

El artículo debió decir tambien que la obligacion se estingue *con todos sus accesorios* (vé arts. 524 y 525), como se dice en los artículos 803 y 862. Así tambien el acreedor deberá restituir la prenda ó cualquier otra cosa que haya podido recibir.

Las restituciones que hayan de hacerse por una parte ó por ambas, se gobernarán en cada caso por las reglas de la equidad y del derecho, respetando los hechos consumados y con las compensaciones del caso, pues en las obligaciones de hacer, en las de tracto sucesivo y en la de carácter múltiple no se podrán borrar los hechos consumados y cumplimientos parciales. Vé artículo 1642, nuestra nota al artículo 744 y la del Dr. Velez al artículo 543.

La resolucion por imposibilidad de pago no obra retroactivamente, desde que este Código no le asigna tal efecto.

[1] Estos hechos toman la denominacion específica de *actos jurídicos*, cuando se practican con la intencion de un fin jurídico inmediato: vé artículos 945 y 900.

Hay aquí una intencion y voluntad declaradas, ó una *declaracion de voluntad*, como dicen Savigny y Freitas 437°.

La palabra *hechos*, abraza la de *actos*, con que se designan especialmente los hechos humanos. En este Título se usan ambas palabras indistintamente: vé el artículo 899 y los epígrafes de los tres Capítulos de este Título. — Freitas se limita á decir que todos los *actos* del hombre son *hechos*, pero hay hechos que no son actos.

898. Art. 2°. — Los hechos humanos son voluntarios ó involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intencion y libertad. *Freitas* 434° *inc.* 1°, *y* 445° n° 2°.

de una letra, la entrega al deudor del título del crédito, etc., etc.? — ¿por qué no diriamos en general que los actos que crean ó estinguen obligaciones, se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intencion y libertad [art. 898], generalizando así los principios, y generalizando tambien su aplicacion? Mil veces nuestras leyes se ven en la necesidad de repetir que el incapaz de derecho, no puede hacer determinados contratos, y mil veces guardan silencio respecto á los incapaces, tratándose de actos que hacen nacer obligaciones iguales á las que nacen de los contratos. « Todos los Códigos publicados, con escepcion del de Prusia, dice Freitas, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicacion general á casi todos los asuntos del Código Civil, del Código de Comercio ó del Código de Procedimientos, como si fuesen esclusivamente aplicables á los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto conocimiento del derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen á la influencia de los principios que debian dirigirlos. Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos ó testamentos, como las relaciones de familia, ó como los actos de procedimientos en los juicios, á los menos versados repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fueren establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean ó estinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los Códigos, por *mas* [mayor] que sea el número de las repeticiones y referencias. »

Esas disposiciones susceptibles de una aplicacion comun, que en todos los Códigos han sido particularizadas á los contratos y testamentos, son las que ahora en su carácter propio, se han reunido en esta Seccion. [Be Freitas 431°].

Respecto á la materia objeto de esta seccion, podemos decir con Ortolan, que *hecho,* que por su etimología supondría una accion del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido mas ámplio, como designando un suceso cualquiera, que ocurra en el mundo de nuestras percepciones. En esta significacion es usada esta palabra por los jurisconsultos romanos en todo el Título de *Juris et facti ignorantia.*

El hecho puede producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y á la que este no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participacion directa ó indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad.

Se aplica tambien la idea y el nombre de *hecho,* á lo que no es mas que la negacion del mismo. El caso en que tal acontecimiento no se verifique, la omision ó negativa del hombre á hacer tal cosa, es lo que vulgarmente se dice un hecho negativo.

Por último, de la misma manera que el derecho, por su poder de abstraccion crea personas y cosas que no existen en la naturaleza, así á veces llega hasta crear hechos imaginarios que no tienen realidad ninguna, y obra como si hubieran existido: por ejemplo, la muerte de un ausente despues de los años que fija á la ausencia para crear la presuncion de fallecimiento; el domicilio del menor, que la ley [art. 90 n° 6°] declara ser la casa de sus padres, aunque esté á largas distancias de esta. [Vé nota al art. 921].

Los hechos pueden recaer sobre el hombre mismo, tales son, por ejemplo, su nacimiento, de donde procede un hecho de filiacion para uno, de paternidad ú orígen comun para otros; su matrimonio, la union legal ó ilegal de un sexo con otro, y por último su muerte.

O sobre las cosas, como por ejemplo, su creacion ó composicion, el embellecimiento de ellas, sus mejoras, deterioros, trasformaciones, sustracciones, pérdidas ó destruccion.

O en fin, sobre uno y otro objeto combinados, considerando las relaciones del hombre con las cosas, como la ocupacion, toma ó pérdida de la posesion de una cosa por el hombre.

La funcion de los hechos en la jurisprudencia es una funcion eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se trasfieren de una persona á otra, si se estinguen, es siempre á consecuencia ó por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas, relaciones jurídicas, crear, modificar, trasferir ó aniquilar derechos, tales como los contratos, los actos de última voluntad, etc. Estos son hechos que designamos bajo la calificacion general de *actos jurídicos.* [Vé arts. 899 y 945].

Art. 1°. — No se trata de los hechos como objeto de derecho, sinó únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre puede ser considerado bajo dos relaciones: 1ª como objeto de un derecho, por ejemplo, cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de una cosa, la ejecucion ó abstencion de alguna accion, materia que ya hemos tratado; 2ª como fuente de un derecho. Así, cuando alguno me vende y me entrega su casa, el hecho de la venta seguido de la tradicion, tiene por efecto darme la propiedad de la casa. O bien alguno destruye una cosa mia, y de este hecho me resulta el

899. Art. 3°. — Los hechos voluntarios son lícitos ó ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisicion, modificacion ó estincion de derechos. *Freitas* 435°.

900. Art. 4°. — Cuando los actos lícitos no tuvieren por fin inmediato alguna adquisicion, modificacion ó estincion de derechos solo producirán este efecto, en los casos en que fueren espresamente declarados. *Freitas* 436°. [2]

901. Art. 5°. — Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intencion y libertad, no producen por sí obligacion alguna. *Cód. Prusia, allí.* [Vé arts. 908, 922 y 923]. [3]

902. Art. 6°. — Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, segun el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código *consecuencias inmediatas*. [4] Las consecuencias que resultan solamente de la conexion de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman *consecuencias mediatas*. Las consecuencias mediatas que no puedan preverse, se llaman *consecuencias casuales*. *Prusia, allí, arts.* 4 á 6.

derecho de demandar la reparacion del perjuicio que tal hecho me ha causado. (Véase Maynz, Tom. 1°, § 119). [De quien es tomado lo precedente].

Los hechos como objetos de derechos y de los actos jurídicos, son siempre actos humanos, positivos ó negativos, acciones ú omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos ó actos esternos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos, no son los únicos generadores ó destructores de derechos, pues que hay numerosos é importantes derechos que se adquieren ó se pierden, solo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones ú omisiones voluntarias ó involuntarias, que llamamos *hechos externos*, y que podian llamarse hechos *accidentales*, ó hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc., que hacen perder muchas veces los derechos constituidos por obligaciones ó contratos, ó como son los que hacen adquirir derechos tales como las accesiones naturales, la sucesion *abintestato*, cuya causa productiva de derechos es el hecho del fallecimiento de la persona á que se sucede, ó como son tambien los derechos que se derivan del nacimiento. [De Freitas al 432°].

Art. 4°. — Los actos lícitos de este artículo no son actos jurídicos. [De Freitas, allí]. Los hechos puros y simples, que por su naturaleza no presentan sinó hechos materiales, no crean derechos y obligaciones, sinó cuando se refieren á ciertas relaciones jurídicas, y en razon solo de esta relacion. El que hace reparaciones urgentes en la propiedad de un amigo ausente, tiene solo en mira prevenir un perjuicio, mas no piensa en el cuasi contrato *negotiorum gestio*. El cultivo de un campo y otros hechos análogos son hechos puros y simples, que no producen por sí mas que resultados materiales. Sin embargo, estos actos pueden, en razon de las circunstancias en que han tenido lugar, traer consecuencias jurídicas. Así, cuando se han ejercido por el que no es propietario, pueden dar lugar á la adquisicion de los frutos, ó á la restitucion de los gastos hechos en el campo ajeno. [Puede verse á Freitas 436°].

Art. 5°. — Código de Prusia, 1ª Parte, Tít. 3°, art. 3°. — El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato *ó de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos* [adicion del Dr. Velez], no es considerado en el derecho como un acto, sinó como un acontecimiento fortuito. (Maynz, Tom. 1°, § 119).

---

[2] Declarados *por las leyes*, entiéndase.

[3] Para guardar armonía y consecuencia con el artículo 898, debió decir: « los hechos involuntarios no producen por sí obligacion alguna ».

[4] La frase *que acostumbra suceder* deja nuestro inciso sin sentido. Mucho preferible nos parece esta redaccion: Consecuencias *inmediatas* de un hecho, son las que, segun el curso natural y ordinario de las cosas, *suelen sucederle*. Vé el artículo 520, en que se habla de consecuencias inmediatas y *necesarias* á la vez, y la nota del Dr. Velez á ese artículo.

903. Art. 7°. — Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligacion que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. *Prusia, allí.*

904. Art. 8°. — Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos. [Arts. 520 y 935].

905. Art. 9°. — Las consecuencias mediatas son tambien imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atencion y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas. *Prusia, allí, art.* 1°.

906. Art. 10. — Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sinó cuando debieron resultar, segun las miras que tuvo al ejecutar el hecho. *Prusia, allí,* 11° *y* 12°.

907. Art. 11. — Son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho. *Prusia, allí,* 13°.

908. Art. 12. — Cuando por los hechos involuntarios se causare á otro algun daño en su persona y bienes, solo se responderá con la indemnizacion correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido. *Freitas* 3456°. [Vé arts. 1057 y 1077 inc. 2°]. [5]

909. Art. 13. — Quedan, sin embargo, á salvo los derechos de los perjudicados, á la responsabilidad de los que tiénen á su cargo personas que obren sin el discernimiento correspondiente. [Vé arts. 1114 á 1124].

910. Art. 14. — Para la estimacion de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condicion especial, ó la facultad intelectual de una persona determinada, á no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condicion especial de los agentes. *Prusia, allí.* [Vé arts. 512, 1726, 2204 y 2293].

911. Art. 15. — Nadie puede obligar á otro á hacer alguna cosa, ó restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto. *Prusia* 26°. [6]

912. Art. 16. — Nadie puede obligar á otro á abstenerse de un hecho porque este pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sinó en el caso en que una persona obre contra el deber prescrito por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervencion de las autoridades públicas. *Prusia, allí.* [Vé arts. 940, 1072 y 2472].

Art. 7°. — Código de Prusia, lugar citado, art. 9°.

Art. 11. — Código de Prusia, lugar citado, arts. 10 y siguientes.

Art. 14. — Código de Prusia, lugar citado, arts. 24 y 25.

Art. 16. — Código de Prusia, lugar citado, arts. 27 y 28.

---

[5] El que utiliza lo ageno, aunque inconcientemente, está obligado á la devolucion, pues nunca es permitido lucrar con perjuicio de tercero: vé § 6° de la nota al artículo 43, y la que antecede al 2308.

[6] A menos que esa obligacion (de dar ó de hacer) ó restriccion á la libertad, resulten de la ley misma, que es una de las fuentes mas fecundas de las obligaciones: vé artículo 499. Nadie será obligado á hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohibe, dice el artículo 19 inciso 2° de la Constitucion nacional.

913. Art. 17. — Quien por la ley ó por comision del Estado, tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe á sí mismo. *Prusia, allí,* 29°.

914. Art. 18. — Ningun hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho esterior por el cual la voluntad se manifieste. *Freitas* 445° *n°* 1°. [7]

915. Art. 19. — Los hechos esteriores de manifestacion de voluntad pueden consistir en la ejecucion de un hecho material consumado ó comenzado, ó simplemente en la espresion positiva ó tácita de la voluntad. *Freitas* 446°.

916. Art. 20. — La declaracion de la voluntad puede ser formal ó no formal, positiva ó tácita, ó inducida por una presuncion de la ley. *Prusia, tít.* 4°, *art.* 1°; *Savigny,* § 130. [8]

917. Art. 21. — Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades esclusivamente admitidas como espresion de la voluntad. *Savigny,* § *citado.*

918. Art. 22. — La espresion positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, ó por escrito, ó por otros signos inequívocos con referencia á determinados objetos. *Freitas* 447°. [Vé art. 1146 inc. 1°].

919. Art. 23. — La espresion tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una espresion positiva [Freitas 448°], ó cuando no haya una protesta ó declaracion espresa contraria. [Vé arts. 1146 inc. 2°, y 1147]. [9]

Art. 21. — « Se llaman formales porque sus formas son regidas por el derecho positivo, mientras que para las declaraciones no formales, las formas son dejadas á la eleccion de las partes [art. 975]. Desde la edad media, dice Savigny, la declaracion escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto espresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. El acto no valdria por el derecho moderno aunque estuviese escrito por la parte, si no estuviere tambien firmado [vé art. 1013]. Esta forma era estraña á los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fué para muy pocas aplicaciones. [*Derecho Romano,* § 131 pág. 248].

Art. 22. — No tratándose de actos solemnes, la Ley Romana, decia: — *Placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* L. 38, Lib. 44, Tít. 7°, Dig. — Otra ley decia: — *Sed et mutu* [léase *nutu*] *solo pleraque consistunt.* L. 52, § 10, Dig. — Véase á Savigny, *Orígen y fin de las relaciones de Derecho,* § 131.

Art. 23. — Regularmente el acto no basta por sí solo, para establecer la declaracion de la voluntad: es preciso ademas el concurso de otras circunstancias esteriores. Si un acreedor, por ejemplo, entrega á su deudor el título de su crédito, este acto, segun las circunstancias es susceptible de muchas interpretaciones. Puede ser mirado como una remision tácita de la deuda, ó como una prueba del pago de ella. La presentacion voluntaria ante un juez incompetente, importa una prorogacion tácita de la jurisdiccion; mas esta prorogacion no tiene lugar si se ha hecho por error.

En otros casos los actos por sí importan la certidumbre de la voluntad. El acreedor que

---

[7] Los pensamientos no pueden caer bajo la accion del magistrado: vé artículo 19 inciso 1° de la Constitucion Nacional, y nuestro artículo 1068.

[8] O en términos conocidos, *espresa, tácita ó presunta.* Los artículos 1146 inciso 2°, y 1147 parecen que hacen del consentimiento presunto una especie del tácito.

[9] Naturalmente, la protesta hecha á debido tiempo fija el alcance de los hechos dudosos y hace imposible la *certidumbre* de una voluntad contraria. La adicion del Dr. Velez no guarda, pues, congruencia con el artículo de Freitas.

920. Art. 24. — El silencio opuesto á actos, ó á una interrogacion, no es considerado como una manifestacion de voluntad, conforme al acto ó á la interrogacion, sinó en los casos en que haya una obligacion de esplicarse por la ley ó por las relaciones de familia, ó á causa de una relacion entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. *Savigny, allí; Cód. Prus. Tít. 4°, art. 61; Troplong,* « Mandat », *n°* 612. [Vé arts. 1147 al fin, 1876, 2653].

921. Art. 25. — La espresion de la voluntad puede resultar igualmente de la presuncion de la ley en los casos que espresamente lo disponga. [11]

922. Art. 26. — Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, ó actos ilícitos por menores de diez años; como tambien los actos de los dementes que no fuesen practicados

recibe con anticipacion intereses por un cierto tiempo, promete por ese hecho no reclamar el capital antes de la espiracion de ese término. Cuando un heredero vende todos los inmuebles de una sucesion en presencia de sus co-herederos, y estos reciben la porcion del precio que les correspondia, se juzga que ellos han vendido tácitamente su parte. Savigny, *Derecho Romano,* Tom. 3°, pág. 257. [Vé nota al art. 3432 § 2°].

Art. 24. — Savigny, § 132, *Orígen y fin de las relaciones de derecho.* La Ley Romana dice: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare,* Ley 142 [Tít. 17, Lib. 50, Dig.] *De reg. juris.* — La ley de Partida [Regla 23, Tít. 34, Part. 7ª] dice: *aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, maguer non responda; mas esto es verdad que non niega lo que oye.* — La glosa de Gregorio Lopez á esta regla, es bastante importante. [*Silentium non est consensus, nisi lex loqui jubeat*].

Cuando una mujer separada de su marido le denuncia su embarazo, el silencio de este es una confesion de la paternidad. L. 1ª, § 4°, Tít. 3°, Lib. 25, Dig. Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno esponen al vecino á un perjuicio resultante de las aguas pluviales, y este los vé sin reclamar, se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio. L. 19, Tít. 3°, Lib. 39, Dig. [De Savigny, § 132]. [10] Cuando un hijo menor, estando presente su padre, asegura á su futura esposa que tiene el consentimiento de su padre, para contraer matrimonio, y este se calla, su silencio se reputa como un consentimiento prestado. L. 5ª, Tít. 40, Lib. 8, Cód. Cuando se guarda silencio á las interrogaciones de los jueces, el silencio se tiene por confesion del hecho sobre que se pregunta. L. 1ª, Tít. 9°, Lib. 11, Nov. Rec.; L. 11, Dig. *De interrog.* [Tít. 1°, Lib. 11]. Cuando un acto, bajo firma privada, es notificado ú opuesto á la parte contraria y esta guarda silencio, su silencio equivale al reconocimiento de la firma. Toullier, Tom. 8°, n° 229; Duranton, Tom. 13, n°s 113 y 114. La Ley de Partida clasifica como hecho doloso el silencio de una persona á una pregunta que se le hace, cuando tiene en mira inducirlo por él á engaño. L. 1ª, Tít. 16, Part. 7ª. [Vé á Goyena, 980°].

Art. 25. — Si se trata de sostener un proceso por una persona ausente, los hijos de esta y sus ascendientes pueden obrar en calidad de procuradores presuntos, como tambien el marido por la mujer. [12] El que entra á ocupar una casa que ha alquilado, se juzga que voluntariamente da en prenda del pago de los arrendamientos, los muebles que introduce en ella [De Savigny, § 133]. Los hechos mismos, dice Ortolan, son muchas veces de pura suposicion jurídica. Las ficciones ó suposiciones jurídicas de hechos no son otra cosa que una manera mas lacónica de espresar las disposiciones que se quieren aplicar á una situacion, diciendo, se determinarán los derechos como si tal hecho se hubiera verificado, como sucede en lo relativo al *postliminio.* La habitacion jurídica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos (el domicilio), es meramente un hecho de creacion jurídica *(Generalizacion del Derecho Romano,* Tít. 3°, § 6°.) [Vé nota *a*, § 6°, al art. 897].

---

[10] En ambos casos, mientras la accion no se hallase prescrita, habria siempre lugar á reclamar. Vé artículo 2653 y citas.

[11] En los artículos 918 á 920 se ha tratado de la voluntad espresa y de la tácita, y el presente se ocupa de la *presunta ó ficticia,* como la llama Savigny. Vé artículo 916.

[12] Esto pertenece al procedimiento. Puede verse á Esteves Saguí, n° 216 y las leyes que cita.

en intérvalos lúcidos [Freitas 449°], [13] y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razon. [Vé arts. 1863, 2394 y 3711]. [14]

Art. 26. — El Derecho Romano reconocia tres grandes épocas en la vida humana : [15] —

---

[13] Vé artículo 1077. Entiéndase de los actos *lícitos* ; en cuanto á los *ilícitos*, vé el artículo 1071.

¿ Los dementes judicialmente declarados, no pueden practicar válidamente ningun acto lícito, aun en sus lúcidos intérvalos? Respondemos que pueden celebrar aquellos actos personalísimos en que la representacion por el tutor ó curador es imposible (art. 1892), como son casarse (mas no celebrar el contrato nupcial), reconocer un hijo natural, donar entre vivos (salvo la aplicacion del art. 1150, en su caso), testar (art. 3617 inc. 2°), querellarse, etc. : — 1° porque, aunque ciertos artículos (vé 1042 y 1046) y especialmente el 1071 demuestran las huellas de la doctrina contraria de Freitas (notas á sus arts. 79 y 99), el 422 no anula sinó los *actos de administracion*, que corresponden esclusivamente á su representante necesario (arts. 411 y 475), el presente admite implícitamente la validez de los actos celebrados en lúcidos intérvalos, sin distinguir (como lo hace Freitas) los dementes en general de los dementes *declarados*, y el artículo 3617 citado permite la faccion de testamento ;

2° Porque el demente no declarado podria celebrar esos actos válidamente en sus lúcidos intérvalos, y la institucion protectora de la tutela que no alcanza á los actos personalísimos, no podria tener el estraño efecto de empeorar la situacion harto desgraciada del demente ;

3° Porque lo contrario no solo seria absurdo sinó inhumano, ya que es un hecho averiguado que la demencia tiene sus intérvalos lúcidos, mas ó ménos duraderos, en que el ejercicio de la razon se recobra plenamente, y los inconvenientes y peligros que pueden resultar de nuestra doctrina (especialmente respecto á la celebracion de matrimonio) no son por cierto razon suficiente para establecer la muerte civil del desgraciado demente.

La crítica que hace Freitas á Demolombe es, pues, tan ligera como amarga. Aubry y Rau, § 127 notas 4ª y 5ª, opinan que pueden reconocer hijos naturales y casarse, pero no donar ni testar, distincion arbitraria y sin ningun fundamento sólido.

Lo dicho no obsta á que los actos del demente declarado, á diferencia del que no lo ha sido, tengan la presuncion de no ser hechos en perfecto estado de razon; y así quien alegue que lo fueron en un lúcido intérvalo habrá de probarlo (arg. *á fortiori* del art. 3618 inc. 3°). Aunque tal presuncion no sea especialmente decretada por la ley, se contiene virtualmente en sus disposiciones (especialmente en el inciso citado) y es conforme á la naturaleza de las cosas; pues, desde que se ha justificado judicialmente que la demencia es el estado habitual de una persona, debe presumirse su permanencia, y exigirse que se pruebe el tiempo preciso de la vuelta de la razon. Este hecho podrá probarse por las personas que autorizaron el acto, ó por otros testigos y por los demás medios probatorios, y la cordura del acto será una circunstancia muy importante.

[14] Como seria por enfermedad, embriaguez, chochez, quizá el furor, etc. Vé á Mackeldey, § 167 n° 1° ; Código de Luisiana 1782° ; Freitas 509° n°s 3 y 4 ; Demolombe, XXIV, 81.

Nada dice la ley de la sordo-mudez, y como ella no priva de la razon, habrá que examinarse la naturaleza y circunstancias del acto, el grado de educacion del agente, para concluir si fué ó no ejecutado con discernimiento. Se sabe que el sordo-mudo, que no puede darse á entender por escrito, y cuya incapacidad ha sido judicialmente declarada, es absolutamente incapaz de obligarse por un acto lícito : artículo 54 n° 4°.

En su caso, se aplicará siempre el artículo 908. Respecto á la clase de nulidad, vé artículos 1046 y 1047.

[15] *Que se encuentra dividida en cuatro períodos jurídicos*, agrega Savigny, de quien se ha traducido esta nota (*Derecho Romano,* §§ 106 y 107, págs. 23, 28, 29 y 31). Así se esplica que en la enumeracion resulten *cuatro* y no *tres*.

923. Art. 27. — Los actos serán reputados practicados sin intencion, cuando fueren hechos por ignorancia ó error, y [sin libertad] aquellos que se ejecutaren por fuerza ó intimidacion. *De Freitas* 450° *y* 451°. [Vé Cód. Francés 1109°]. [16]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS HECHOS [17] PRODUCIDOS POR IGNORANCIA Ó ERROR

924. Art. 28. — La ignorancia de las leyes ó el error de derecho en ningun caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni escusará la responsabi-

1ª Desde el nacimiento hasta el fin del 7° año, y llamaba infantes á las personas que se hallaban en este período, *qui fari non possunt*, literalmente los que no pueden aun hablar, á diferencia del *mutus* que está privado del uso de la palabra por un vicio orgánico. La condicion de *fari posse* tenia sus bases en las costumbres romanas, de revestir los actos mas importantes, con las formas solemnes de un diálogo. Los romanos no querian envilecer los actos jurídicos haciendo repetir á un niño palabras que no comprendiese. El niño debia siempre comprender el sentido de las palabras, es decir hablar con discernimiento, aunque no comprendiese el motivo y el fin del negocio. De aquí dimanaban tres estados de inteligencia : 1ª Comprension del fondo mismo del negocio ; 2° Ignorancia del negocio, pero comprension de su forma, es decir, de las palabras que debia pronunciar; 3° Falta de esta última comprension, aunque el niño fuese capaz de articular maquinalmente las palabras. En esta última, la capacidad de obrar no existia en manera alguna.

Los romanos seguian una antigua doctrina de la filosofia griega, que atribuye una virtud oculta al número 7, doctrina que por motivos religiosos era seguida en la Edad Media, é hizo dividir en siete partes el gran Código de España, conocido bajo el nombre de las Siete Partidas, y como están divididos en siete partes los *cincuenta* libros del Digesto, por la razon misteriosa que espresa Justiniano en su constitucion *Tanta,* § 1° [que es la L. 2ª, Tít. 17, Lib. 1°, Cód. Romano].

2ª Desde el fin del 7° año hasta el fin de los 14 ó 12 segun el sexo. Durante estos dos primeros períodos las personas se llamaban impúberes.

3ª Desde el fin de los 14 ó 12 hasta el fin de los 25, y se llaman adultos. Durante estos tres primeros períodos, las personas eran menores y púberes.

4ª Desde los 25 hasta la muerte, mayores.

Habia estados intermedios : cuando la persona se hallaba en el término medio entre la infancia y la pubertad, á los diez años y medio por ejemplo, se decia, *pubertati proximus*. Entónces ya respondia de sus hechos ilícitos, aunque todavía no le eran aplicables las leyes criminales.

El derecho moderno debia emanciparse de estas antiguas clasificaciones, que no tienen un fundamento general para los individuos de todas las naciones. Respecto á la mayor edad, ya muchos Códigos han señalado otro número de años que el del Derecho Romano. Yo señalo tambien los diez años para los actos ilícitos, miéntras el Derecho Romano y el de Partidas señalaban diez años y medio.

---

[16] La adicion de las palabras *y sin libertad* es exigida por la fuente de que el artículo es tomado, por los artículos 898, 901, 937 y final de la nota al artículo 942.

Entre los actos practicados sin intencion deben tambien incluirse aquellos á que por el dolo de otro somos inducidos. Artículos 932 á 936.

Finalmente, la disposicion de este artículo debe entenderse con sujecion á los artículos restantes del presente Título.

Por lo demás, todos estos vicios son comunes á los actos no jurídicos como á los jurídicos, á diferencia del fraude y la simulacion que son peculiares á estos últimos actos. Esto esplica por qué en el Título siguiente *De los actos jurídicos* se trata solo de la simulacion y del fraude, á pesar de que en el artículo 955 se enumeran tambien el dolo y el error.

Es que las disposiciones del presente Título son generales y estensivas á los actos jurídicos, y en método riguroso no debieron ser espuestas en Título especial, sinó en un Capítulo de este mismo Título, como lo hace Freitas.

El artículo 1160 pudo ser aquí colocado.

[17] Habriamos preferido que dijese : « De los *actos* practicados por ignorancia ó por

lidad por los actos ilícitos. *Freitas* 456°. [Vé arts. 1, 20, 233, 858, 3322, 3430 y 4009]. [18]

Art. 28. — La nocion exacta de una cosa puede faltarnos, dice Savigny [tomo 3°. pág. 327], ya porque no tengamos ninguna idea, ó ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciacion jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entónces es indiferente emplear una ú otra espresion. Los jurisconsultos han adoptado la segunda, porque, respecto á las relaciones de derecho el error se presenta mas de contínuo que la simple ignorancia. Esta fraseología no ofrece ningun inconveniente desde que es entendido que todo lo que se dice del error se aplica á la ignorancia. — Cap. 3°, *Orígen y fin de las relaciones de derecho* y apéndice 8° al principio. — Respecto al artículo, L. 20, Tít. 1°, Part. 1ª. — L. 31, Tít. 14, Part. 5ª. — L. 24, Tít. 22, Part. 3ª.—Los artículos 1° y 2° del Título preliminar de las leyes. — L. 1ª, Tít. 6°, Lib. 22, Dig. — L. 12, Tít. 18, Lib. 1°, Cód. Romano. — Véase, Cód. Francés, art. 1109 [y 1110]. — Sardo, arts. 1196 y 1197. — Holandés, art. 1357. — De Luisiana, art. 1813. — Este último Código trae veinte y *dos* [léase *ocho*] artículos sobre el error. [De Goyena, 988° y 989°].

Savigny, en el apéndice 8° que se encuentra al fin del tomo 3° del *Derecho Romano,* ha tratado estensamente sobre el error de hecho ó de derecho, entrando en las cuestiones tan debatidas por Cujacio y Vinnio. El apéndice de Savigny es el mas ilustrado tratado que puede estudiarse sobre la materia.

En estos últimos tiempos el jurisconsulto Pochannet ha escrito un tratado especial sobre el error, entrando en el exámen de las doctrinas asentadas por Vinnio, Savigny y Cujacio. Este es un trabajo lleno de ciencia y de buen juicio en la interpretacion de los testos del Derecho Romano. Tomamos de él el párrafo siguiente que enseña y esplica la doctrina del artículo. Dice así : — « El error de derecho no escusa jamás, no puede tener el efecto de hacer declarar como no sucedida una obligacion perfecta, segun las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido. En los casos siguientes, por ejemplo, no es admisible la alegacion del error de derecho : Yo he cometido un delito, y para disculparme me escepciono con mi ignorancia de la ley penal. — Heredero legítimo, he aceptado una sucesion pura y simplemente, y pido ser librado de mi aceptacion porque ignoraba que el heredero fuese obligado á pagar las deudas de la sucesion *ultra vires hæreditatis*. Yo demando la resolucion de un contrato de venta, porque siendo el vendedor, ignoraba que la ley me imponia la obligacion de saneamiento. El sentido de la máxima *error juris nocet* es bien claro : al que quiere sustraerse á la aplicacion de una ley de policía, al que pretende escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido ; al que procura salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla *error juris nocet*.

«La prueba del error de derecho no puede admitirse siempre que se quiera, bajo pretesto de error de derecho, eludir una disposicion legal que crie una obligacion, pronuncie una nulidad, ó el vencimiento de un término. La ley, el derecho, se suponen sabidos desde que son promulgados, y esta disposicion, base del órden social, no puede admitir que á cada individuo le sea permitido probar que ignoraba la ley ». — *Revista crítica,* Tom. 8°, pág. 177, y Tom. 9°, pág. 178.

Bresolles, sábio jurisconsulto francés, ha tratado últimamente todas las cuestiones sobre el error de derecho, combatiendo muchas de las opiniones de Cujacio y Savigny, y concluye estableciendo dos reglas que tambien confirman la disposicion de nuestro artículo.

« Regla 1ª. La ignorancia de la ley no puede servir de escusa siempre que es invocada para sustraerse á obligaciones que impone, ó á las penas que pronuncia contra sus infracciones.

« Regla 2ª. Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede ó proteje, puede servir de base á una demanda de restitucion. » — *Revista Wolowski*, año 1843, Tomo 2°, pág. 158. [Vé art. 784].

Rogron, en una larga nota al art. 1110 del Código Francés, sostiene que el error de derecho puede ser invocado como una causa de nulidad del acto, cuando el error lo ha motivado, ó cuando el acto tiene por fundamento un error de derecho, porque entonces la obligacion, el contrato ó el acto quedan sin causa.

---

error. » Igual observacion hacemos á los membretes de los dos Capítulos siguientes. Tratándose de *hechos humanos* ó de las personas, es mas propio llamarles *actos* y no *hechos*. Vé nuestra nota 1ª.

[18] Este artículo y el 20 citado se esplican y complementan entre sí. Las doctrinas de Bresolles y Rogron, vertidas en la nota, deben sujetarse á las prescripciones del Código y no

925. Art. 29. — El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él. *De Savigny*, §§ 135 *y* 136, *págs.* 271 *y* 273. [19]

926. Art. 30. — Es tambien error esencial y anula el acto jurídico, el relativo á la persona, en presencia de la cual se forma la relacion de derecho. *Savigny, allí.* [20]

927. Art. 31. — El error sobre la causa principal del acto, [21] ó sobre la cualidad

Art. 29. — Este es un error esencial, y por consiguiente esclusivo de la voluntad de los que han celebrado el acto jurídico. Si yo prometo á alguno prestarle una cosa y él entiende que se la dono, yo no estoy en manera alguna obligado. [De Savigny, § 136].

Art. 30. — « Si yo, por ejemplo, quiero hacer una donacion á una persona determinada, pero que no conozco, y se me presenta otra, ó si quiero encomendar una obra á un artista determinado, y otro se da por el artista que busco, en ambos casos, *dice Savigny*, hay una declaracion de voluntad sin intencion. Muchos autores han querido restringir el principio á los ejemplos puestos ú otros semejantes, y no invalidar el acto cuando la sustitucion de las personas no compromete ningun interés. Pero la generalidad del principio es indudable, aunque muchas veces despues de descubierto el error, se le ratifique espresamente. Las decisiones del Derecho Romano no dejan sobre esto duda alguna. En efecto, cuando compro ó vendo una cosa, la persona del vendedor ó del comprador me es comunmente indiferente ; pero otra cosa puede ser á causa del derecho de eviccion que compete al comprador, ó de su insolvencia. En materia de préstamo, la persona del deudor tiene la mayor importancia : la del acreedor ménos. En la locacion, no es tampoco indiferente la persona del locatario. y así en los demás contratos. » — Véase Savigny, *Derecho Romano*, § 136. [Vé nota al art. 1150].

---

aceptarse sin reservas. La monografía de Pochannet se puede leer en el tomo XIV, páginas 115 á 123, de las *Concordancias* de Varela.

El Proyecto de Código Penal del Dr. Tejedor (Part. 1ª, Lib. 2º, Tít. 3º, art. 3º, nº 1º) exime de pena al que delinque ignorándolo insuperable é inculpablemente.

[19] Maynz (§ 286 nota 3ª) halla preferible que se diga : « El error que versa sobre la *prestacion misma* que constituye el objeto de un acto jurídico, lo anula. »

Si uno de los contrayentes cree donar, depositar ó mutuar, y el otro recibe la cosa por un título distinto, el acto carece completamente de valor, y ningun acto jurídico tiene lugar. Leyes romanas citadas por Maynz, allí. Vé á Marcadé, IV, 406 ; Freitas 1859º nº 1º y 2214º § 5º. Por lo demás, si los contrayentes celebraron el acto que realmente se proponian celebrar, es claro que la denominacion errada que al acto diesen, no le invalidaria. Vé artículo 1327.

En cuanto á los efectos que la anulacion por causa de error origine, vé los artículos 1053 á 1058.

[20] Tratamos del error esencial en que se ha incurrido al formarse ó contraerse la obligacion : en el artículo 790 se ha tratado ya del que interviene en el cumplimiento de ella. Compara con el Código Francés 1110º inc. 2º ; Goyena 989º y Cód. Chileno 1455º.

El depósito es una escepcion á nuestro artículo, vé el 2186.

[21] Freitas habla en general de la *causa principal* en los artículos 461 á 463, sin definirla, pero del artículo 1859 nº 4º, se colige su significado. « Es un error esencial, dice, el que versare sobre la *cualidad sustancial de la cosa*, si la consideracion de esa cualidad hubiese sido la *causa principal* del contrato. »

Esto refunde en un solo caso los dos de nuestro artículo, y viene á dificultar su esplicacion.

La causa principal, segun esto, y la definicion que se atribuye á Marcadé, es el fin principal que se tuvo en mira al contraer : la causa *final* declarada. No es, entónces, la causa *eficiente* ó *generatriz* del acto, de que se ocupa el artículo 499 ; pues la causa errónea, equi-

de la cosa que se ha tenido en mira, [22] vicia la manifestacion de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto. *De Freitas* 461°, *y Marcadé*, IV, 407.

928. Art. 32. — Anula tambien el acto, el error respecto al objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se queria contratar, ó sobre una cosa de diversa especie, ó sobre una diversa cantidad, estension ó suma, ó sobre un diverso hecho. *Freitas* 1859° *n°* 3°. [Vé art. 3352 n° 3]. [24]

Art. 31. — « ¿Cómo se distinguirá, pregunta Marcadé [IV, 407 y 409], *la causa principal del acto*, las calidades principales ó sustanciales de la cosa, de las causas accidentales y de las calidades puramente accesorias? La línea de demarcacion es indispensable. Nosotros entendemos, agrega, *por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer á la otra parte;* y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de mas ó menos, coloca al objeto en tal especie ó en tal otra especie, segun que esta calidad existe ó no existe. Así, si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una cópia, hay un error en la causa principal del acto y [23] en la calidad principal de la cosa. Si mi voluntad era conocida por el que debió darme el cuadro, y él tambien se engañaba sobre la cópia que me entregaba, hay un error de hecho que anula la espresion de la voluntad de ambos, porque era implícita la condicion *si el cuadro era de Rafael.* Pero si el que me entregaba el cuadro, conociendo mi voluntad, sabia que no era de Rafael, no hay error verdaderamente, sinó dolo, superior en sus efectos al error, y yo puedo revocar el acto como hecho por dolo. Pero si el que me da el cuadro me declara francamente que no conoce el autor, y sin embargo lo acepto, es claro que no podré anular el acto por mi error. » Sobre el art. 1110, Cód. Francés. — Savigny, *Derecho Romano*, Tomo 3°, desde el § 137. El Código de Prusia define lo que debe entenderse por *sustancia* de una cosa, ó por calidades sustanciales, de la manera siguiente: « Todas las partes y todas las propiedades de una cosa, sin las cuales esta cosa cesaria de ser lo que ella representa, ó de concurrir al fin para el cual es destinada, forman la sustancia de la cosa. [Vé nota al art. 2809].

« No hay cambio en la sustancia de una cosa, aun cuando algunas de sus partes fuesen cambiadas, si la cosa queda la misma, y no se encuentra ni aniquilada ni impropia á su destino. » Artículos 4° y 5°, Tít. 2°, Lib. 1°. [Vé art. 3805 nota, al fin].

Art. 32. — « El error sobre el objeto del derecho reviste formas mas variadas que el

---

parada á la inexistente, anula la obligacion, no precisamente por causa del error sinó por defecto de causa. Vé el artículo 499 y su nota.

Tampoco se trata de la causa *impulsiva,* ó motivo determinante, pues todos reconocen que el error relativo á ella no vicia el contrato. Pothier, n° 20; Marcadé, IV, 406; Demolombe, XXIV, 127 y 355 al fin; Aubry y Rau, § 343 *bis* nota 6, 4ª edicion; Freitas 1860° n° 3° inciso 1°, y vé la nota artículo 936.

[22] Esto solo puede referirse á la cualidad *sustancial,* pues la *accidental* no vicia el acto (art. 929); y segun la definicion que los escritores franceses dan de la cualidad sustancial, nuestro artículo se asemeja mucho al 928 siguiente. Vé la Ley 21, Tít. 5°, Part. 5ª, que el Dr. Velez cita bajo ese artículo.

Por último, aunque otra cosa se diga en la nota, el artículo no espresa si se refiere puramente á la *mira* declarada ó tambien á la tácita.

Sobre esta oscura materia, puede verse á Maynz, § 268 notas 3ª á 6ª; Marcadé, IV, 406; Zachariæ, § 613 n° 4°, y Demolombe, XXIV, 86 á 91.

[23] Las palabras subrayadas, en que se trata de la causa principal del acto, no existen en la 6ª edicion de Marcadé.

[24] En todos estos casos hay error sobre la cosa ó prestacion *objeto* del acto. El artículo debió estenderse á todo acto jurídico.

Respecto al error sobre la cantidad ó estension contratada, compara con los artículos 1346 á 1348.

El error sobre el nombre de la persona (art. 926) ó de la cosa, no invalida el contrato,

929. Art. 33. — El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, ó sobre algun accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, á no ser que la calidad, erróneamente atribuida á la cosa, hubiese sido espresamente garantizada por la otra parte, *ó que el error proviniese de dolo de la parte ó de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habria celebrado,* [25] ó cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, ó cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter espreso de una condicion. *Freitas* 1860° *n°* 6°, *y* 1861° *n°s* 4°, 2° *y* 3°. [Vé art. 936]. [26]

930. Art. 34. — El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razon para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable. [27]

error sobre la persona, y presenta por esto mas dificultades. Si la relacion de derecho tiene por objeto una cosa designada individualmente, y hay equivocacion sobre la individualidad, el error es *error in corpore*. En tal caso, no hay evidentemente acto jurídico. Un testador quiere legar una cosa, y la confunde con otra que designa, el legado no es válido ni respecto de la una ni respecto de la otra cosa [arg. L. 28, Tít. 9°, Part. 6ª. Vé art. 3766]. Este principio es aplicable á todos los contratos.

« El objeto de la relacion de derecho que dé lugar al error, puede ser una cosa determinada solo por su especie y su cantidad. Si el error cae sobre la especie misma de la cosa, el caso es igual al del error *in corpore*. Por ejemplo, en una venta de granos, el vendedor ha entendido que se trata de cebada y el comprador de trigo. Si la equivocacion es solo sobre la cantidad, error muy comun en los contratos por correspondencia, ó esta cantidad es el único objeto del contrato, ó ella se refiere á una prestacion recíproca; en el primer caso, se considera como verdadero objeto del contrato la cantidad menor, porque efectivamente hay acuerdo respecto á ella (L. 1ª [§ 4°], Tít. 1°, Lib. 45, Dig.) ; en el segundo caso es preciso distinguir si el que debe dar la cantidad dudosa ha creido que era mas grande, ó menor que la que exigia la otra parte contratante ; si él ha querido una mas grande, el contrato es válido por la cantidad menor ; si ha querido la menor, no hay contrato. La Ley Romana [52, Tít. 2°, Lib. 19] dice: « *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sencro, tu pluris te, conducere, utique non pluris erit conductio quam quantite* [léase *quanti*] *ego putavi.* » Véase L. 21, Tít. 5°, Part. 5ª. — Savigny, Tomo 3°, § 136 [págs. 276 á 279].

Art. 33. — Véase sobre las cualidades accidentales de las *cosas*. L. 10, Tít. 2°, Part. 4ª [peculiar á las *personas* de los novios].

Art. 34. — L. 14 al fin, Tít. 29, Part. 3ª. « Se da por motivo, dice Savigny, del favor concedido al error de hecho, porque comunmente es dificil y aun imposible el evitarlo:

---

desde que haya certidumbre de la identidad de la persona del contrayente ó de la cosa contratada : argumento artículo 3766; Maynz, § 286 nota 11; Demolombe, XXIV, 122; Goyena, al artículo 989; Freitas 1860° n°s 4° y 5°.

[25] El pasage subrayado está intercalado indebidamente, y debe considerarse separadamente, como se halla en Freitas bajo el n° 2° del artículo 1861 citado.

[26] Si existe una condicion ó un cargo, claro es que se observarán las disposiciones que les son respectivas (arts. 527 á 565).

[27] Freitas dice (art. 466) : « La ignorancia ó error de hecho no aprovechará á los agentes, siempre que de su parte haya habido negligencia *ó imprudencia*, sin la cual el acto *ilícito* no habria sido practicado. »

« Art. 1862. — El error no será atendido para la anulacion de los contratos, cuando no fuere *escusable*; es decir, cuando haya habido negligencia *ó imprudencia*, sin la cual habria sido posible evitarlo. »

Es evidente, dice Maynz, § 286 nota 20, que no podria ser escusable el error, que es el resultado de una negligencia culpable. Vé los artículos 982, 988, 992, 2534 y 2571.

931. Art. 35. — En los actos ilícitos la ignorancia ó error de hecho solo escluirá la responsabilidad de los agentes, si fuese sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito. *Freitas* 464° *y* 484°. [28]

CAPÍTULO II

DE LOS HECHOS PRODUCIDOS POR DOLO

932. Art. 36. — Accion dolosa para conseguir la ejecucion de un acto, es toda asercion de lo que es falso ó disimulacion de lo verdadero, cualquier artificio, astucia ó maquinacion que se emplee con ese fin. *Freitas* 470°. [29]

933. Art. 37. — Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunion de las circunstancias siguientes: —

1ª Que haya sido grave; [30]

cum facti interpretatio, dice la Ley Romana, *plerumque etiam prudentissimos fallat* (L. 2ª, Tít. 6°, Lib. 22, Dig.). Por consiguiente este favor no debe concederse al que es culpable de una gran negligencia (L. 3ª, § 1°. — L. 6ª, § 2°, Dig. *eod.*). Para hacer la aplicacion de esta disposicion restrictiva, es necesario tener en consideracion las circunstancias particulares de cada caso. En general, el que se engaña sobre sus propios actos, ó sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar este error, porque él supone una gran negligencia (L. 3ª, Dig. *eod.* — L. 42, Dig. *De reg. juris*) [Tít. 17, Lib. 50]; pero esto no es mas que una presuncion, porque semejante error es algunas veces admisible, sea á causa de la posicion particular del sugeto, sea á causa de las circunstancias especiales del negocio. (L. 1ª, § 2°, Dig. *eod.*) ». Apéndice 8°, n° 3°.

Art. 36. — La Ley Romana define el dolo: *Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita* (L. 1ª, § 2°, [Tít. 3°, Lib. 4°], Dig. *De Dolo*). Segun los intérpretes, *calliditas* significa la disimulacion artificiosa; *fallatio*, el lenguaje embustero; *machinatio*, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definicion abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar. [De Chardon, n° 4°]. La definicion de la Ley de Partida casi es igual: *Enartamiento*, dice, *que facen algunos omes los unos á los otros por palabras mentirosas, e encubiertas o coloradas que dicen con intencion de los engañar e de los decebir*. L. 1ª, Tít. 16, Part. 7ª. Falta la espresion correspondiente al *calliditas* de la Ley Romana; pero designando la Ley de Partida las acciones dolosas dice: *La segunda cuando preguntan algun ome sobre alguna cosa e el callase engañosamente.*

Conforme con el artículo, Cód. Francés, art. 1116. — Napolitano, art. 1070. — Sardo, art. 1203. — Holandés, art. 1361. — De Luisiana, art. 1844 [léase 1841; De Goyena 922°]. — Sobre las diferencias entre el dolo y el fraude, Chardon las espone en el Tom. 1°, pág. 4ª, *Del Dolo y Fraude.*

---

[28] Se entiende por *hecho principal que constituye el acto ilícito*, aquel que esencialmente lo caracteriza, segun su calificacion legal; y no cualquier otro circunstancial ó accesorio, sin el cual el hecho ilícito no puede existir.

Nuestro artículo no trata de la responsabilidad penal, sinó de la *civil*, y no tiene por supuesto fuerza de ley en el derecho penal; porque la sentencia en el juicio civil sobre el hecho no influye en el juicio criminal (art. 1106).

[29] Así, el error que no reuna por sí solo las condiciones para invalidar el acto (vé el Capítulo precedente), puede producir este efecto, cuando ha sido engendrado por dolo: artículo 929 inciso subrayado. Vé sin embargo el artículo 933 siguiente.

Cuando el dolo engendró un error esencial, hay la gran ventaja de que para obtener la anulacion del acto basta la prueba del error ó la del dolo.

En qué difiere el dolo del fraude, se verá en la nota al artículo 962.

[30] Bastante ambigua es esta calificacion del dolo, y si no significa que el artificio empleado debe ser capaz de engañar, no sabríamos determinarla.

2ª Que haya sido la causa determinante de la accion ; [Vé art. 904]. [31]

3ª Que haya ocasionado un daño importante ; [32]

4ª Que no haya habido dolo por ambas partes. *Chardon, allí.* [Vé art. 2592]. [33]

934. Art. 38. — La omision dolosa causa los mismos efectos que la accion dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia ú ocultacion dolosa. *De Freitas* 471°.

935. Art. 39. — El dolo incidente no afectará la validez del acto ; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. — Es dolo incidente el que no fué causa eficiente del acto. *De Freitas* 473° *y* 474°. [Vé arts. 1068, 933, 2ª].

936. Art. 40. — El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, ó bien provenga de tercera persona [*Freitas* 475°]. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 46, 47 y 48. [34]

Art. 37. — Chardon, Tom. 1°, desde la pág. 11, esplica estensamente y con ejemplos, las cuatro circunstancias del artículo. Agrega otra, que el dolo haya sido cometido por *una de las partes*, es decir, que cuando es cometido por un tercero, no es un medio de nulidad del acto. De esto se tratará en uno de los artículos siguientes.

Art. 38. — Las citas del artículo 33. Véase L. 1ª, Tít. 16, Part. 7ª [citas inoportunas].

Art. 39. — El dolo que da causa al contrato, sucede, dice la Ley Romana, cuando *nullatenus contracturus si dolus defuisset.* Dolo incidente *cum quis sponte contrahit sed in modo contrahendi velut in pretio aut aliter decipitur.* La Ley de Partida 57, Tít. 5°, Part. 5ª, tiene solo el objeto de distinguir el dolo que da causa al contrato, del dolo incidente, y lo hace de la manera mas clara con el ejemplo que pone, resolviendo que el dolo que da causa al acto, lo hace anulable, y que el dolo incidente obliga solo á satisfacer el perjuicio. [De Goyena 992°].

Art. 40. — Así está dispuesto en el artículo 47 de este Título, respecto á los actos ejecutados por violencia ó intimidacion. Los autores en general no dan este efecto al dolo de un tercero, y con ellos está conforme Goyena, artículo 992. La razon es de muy poco peso. Dicen que la violencia quita la libertad al consentimiento, miéntras que el dolo no impide que las partes hayan consentido libremente ; pero debia decirse que han consentido en-

---

[31] Corresponde á los jueces apreciar la pertinencia y gravedad de los hechos alegados como constitutivos del dolo, y especialmente si las maniobras empleadas han sido la causa determinante del acto jurídico.

Se llama *incidente* el dolo que no determinó el acto : artículo 935.

[32] Esta condicion, que ningun Código ó autor requiere, nos parece una exigencia inconveniente. La parte engañada por el dolo debe ser la única apreciadora de la importancia del daño que la subsistencia del acto ó contrato le causa. Es razonable pensar que si el dolo le causó un daño insignificante, no se interesará en la anulacion del acto.

Tal condicion solo servirá como medio de apreciacion de la segunda.

[33] El dolo de ambas partes no afecta la validez de los actos ni dá derecho ó accion alguna, porque hay entonces torpeza por ambas partes (art. 795 inc. 2°). En derecho romano, vé á Maynz, § 287 nota 32.

El artículo 2068 es una aplicacion del presente número.

[34] Vé artículo 3338. ¿En las disposiciones de última voluntad, el dolo anula necesariamente el testamento ó cláusula testamentaria ó solo incapacita al doloso? Vé artículo 3298 con la nota 49.

Los actos *entre vivos* se definen en el artículo 948 ; y respecto á los efectos de la anulacion, vé los artículos 1053 á 1058.

Para pedir la anulacion del acto por causa de dolo, el artículo 4032 señala dos años, contados desde que fué conocido.

CAPÍTULO III

DE LOS HECHOS PRODUCIDOS POR LA FUERZA Y EL TEMOR

937. Art. 41. — Habrá falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible. [35]

938. Art. 42. — Habrá intimidacion, cuando se inspire á uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal *inminente* y grave en su persona, libertad, honra ó bienes, ó de su cónyuge, descendientes ó ascendientes, legítimos ó ilegítimos. *De Goyena* 990° § 2°, *y Freitas* 490°; *vé Cód. Francés* 1113°. [36]

939. Art. 43. — La intimidacion no afectará la validez de los actos, sinó cuando por la condicion de la persona, su carácter, habitudes ó sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresion. *De Freitas* 492°; *Cód. Francés* 1112°, *y Goyena* 990° § 3°. [37]

ganados sobre la *causa principal del acto*. [Vé art. 927]. Tampoco la violencia quita la libertad, rigorosamente hablando, porque ha podido elegirse el mal mayor. En nuestras leyes, cuando el dolo da causa al acto, no se hace diferencia si es causado por una de las partes ó por un tercero.

Arts. 41, 42 y 43. — L. 4ª, Tít. 11, Lib. 1°, Fuero Real. [De Acevedo 1307°]. — LL. 58, [léase 56], Tít. 5°; 28, Tít. 11, Part. 5ª. —Véanse los artículos 1112 á 1114, Código Francés. —Napolitano, arts. 1066 á 1068. —Sardo, arts. 1199 á 1201.— De Luisiana, arts. 1845 á 1847 [léase 1848]. — El Tít. 2°, Lib. 4°, Dig., y el Tít. 20, Lib. 2°, Código Romano. — La ley 2ª del Título citado del Digesto, define la fuerza : *majoris rei impetus qui repeti* [léase *repelli*] *non potest*, y la ley 1ª del mismo Título define el miedo : *instantis vel futuris periculi causa mentis trepidatio*. — La ley 15, Tít. 2°, Part. 4ª, define la fuerza y el miedo de la manera siguiente : « La fuerza se debe entender de esta manera, cuando alguno aduce contra su voluntad ó le prenden ó ligan. El miedo se entiende cuando es fecho en tal manera que todo ome magüer fuese de gran corazon se temiese de él, como si viese armas ú otras cosas conquel quissiesen ferir, ó matar, ó le quissiesen dar algunas penas, ó si fuese manseba vírgen e la amenazasen que yacerian con ella. »

La ley 7ª, Tít. 33, Part. 7ª, dice : « *Metus*, en latin, tanto quiere decir en romance, como

---

[35] O la intimidacion (arts. 923 y 938) ; es decir, violencia física ó moral (temor), inmediata ó mediata. Freitas caracteriza muy bien la fuerza, cuando la define en su artículo 488 : « Habrá fuerza, cuando alguien hubiese *inmediatamente* empleado contra el agente un constreñimiento corporal, por el cual lo reduzca á instrumento pasivo del acto. » Y en el artículo 489 agrega con gran exactitud igualmente : « La *intimidacion* puede resultar ó de un constreñimiento corpóreo ó de amenazas ». Vé á Zachariæ y Massé § 614 nota 1ª, y á Demolombe, XXIV, 132.

Nuestro Capítulo se desentiende sin razon de estas diferencias. Así, el artículo 938 siguiente solo llama intimidacion á la que se produce con injustas amenazas ; por manera que el artículo 939 no se aplicaría á la intimidacion por un constreñimiento corpóreo, lo cual seria injusto. Vé nuestra nota 38.

[36] Hemos hecho observar en la nota precedente que tambien hay intimidacion por constreñimiento corpóreo.

En el artículo 494 de Freitas se manifiesta cuándo no es grave é inminente una amenaza.

[37] Este artículo debe ser tambien aplicable á la intimidacion que se cause por constreñimiento corpóreo. (Vé nuestra nota 35).

940. Art. 44. — No hay intimidacion *por injustas amenazas,* cuando el que las hace se redujese á poner en ejercicio sus derechos propios. *Freitas* 493° *n°* 2°. [Vé arts. 912 y 1072]. [38]

941. Art. 45. — El temor reverencial, ó el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, ó el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos. *Freitas* 495° *n°* 3°; *Cód. Francés* 1114°. [39]

miedo de muerte ó de tormento de cuerpo, ó de perdimiento de miembros, ó de perder la libertad, ó las cartas por las que las podria amparar, ó de recebir deshonra porque fincaria infamado; e de tal miedo como este, ó de otro semejante fablan las leyes de este nuestro libro que dicen que pleyto ó postura que ome face por miedo non debe valer. »

La Ley Romana deja á la prudencia del juez, el efecto de la intimidacion especial por la condicion de la persona, su edad ó sexo. *Hujus rei,* dice, *disquisitio judicis est.* [De Goyena 990°]. Cuando en el artículo 42 designamos un mal grave é *inminente,* es porque se tiene presente mas bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido á firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraria salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podria haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sinó haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad. [De Marcadé, IV, 410].

Dicho artículo 42 no es limitativo á las personas que en él se designan. Si mi negativa á firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar á un hermano, ó de infligir malos tratamientos á una persona de mi amistad ó de asesinar á una persona que me es estraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido pues del artículo, es que, en el caso de los esposos, descendientes ó ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si lo hubiese sido contra la parte, miéntras que respecto á las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso. Véase Marcadé, sobre el artículo 1113 [de quién este § es tomado].

El mal debe ser grave. L. 5ª, Tít. 2°, Lib. 4°, Dig. [De Goyena, allí]. — L. 7ª, Tít. 20, Lib. 2°, Cód. Romano.

Art. 44. — Regla 14, Tít. 34, Part. 7ª. — Toullier, Tom. 6°, n° 81.—Duranton, Tom. 10, n°s 142 y 143. [De Aubry, § 343, nota 19].

Art. 45. — L. 8ª, § 3°, Tít. 2°, Lib. 4°, *Dig.* [40] — Código Francés, art. 1114. — Sardo, art. 1201. — Véase Aubry y Rau, § 343, que pone una limitacion en la nota 23.

---

[38] Las palabras *injustas amenazas* serian del todo impropias, si no estuviesen usadas por oposicion al constreñimiento corpóreo.

La regla consignada en nuestro artículo no debe entenderse de una manera absoluta. Habría de hecho que averiguarse si el derecho fué ejercido de una manera regular ó si se abusó de él.

[39] No solo Aubry y Rau (§ 343 *bis* nota 18, 4ª edicion) sinó muchísimos jurisconsultos establecen que si el temor reverencial viene á unirse á una amenaza, aunque sin bastante gravedad para anular por sí el acto jurídico, sería este susceptible de ser anulado. Por ejemplo, si un padre, para obtener el consentimiento del hijo, le amenazase con enajenar sus bienes por una renta vitalícia. (Vé arts. 2072 á 2090).

« El *solo* temor reverencial », dice el Código Francés, y nuestro artículo al decir no es causa *suficiente* parece autorizar la doctrina referida.

La amenaza paterna de nuestro ejemplo, que no sería sinó el ejercicio de un derecho que el padre tiene (art. 940), no caería bajo el imperio del artículo 938.

No se olvide el artículo 279.

[40] Esta cita del Digesto romano pertenece al artículo 938. Puede verse á Maynz, § 283 nota 18; Demolombe, XXIV, 152; Goyena, sobre su artículo 990 al fin.

942. Art. 46. — La fuerza ó la intimidacion [41] hacen anulable el acto, [42] aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él. *De Freitas* 477° *y Goyena* 991°. [Vé art. 3298].

943. Art. 47. — Si la *fuerza* hecha por un tercero, fué sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente para con la parte violentada, de la indemnizacion de todas las pérdidas é intereses. *Freitas* 498°. [Vé arts. 1082 y 1088]. [43]

944. Art. 48. — Si la *fuerza* hecha por un tercero, fué ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas é intereses. *Freitas* 499°. [43]

Art. 46. — Cód. Francés, art. 1111. — Napolitano, art. 1065. — Sardo, art. 1198. — Holandés, art. 1359. — De Luisiana, art. 1844. — Pero el Código de Baviera, Lib. 1°, Cap. 4°, art. 25, establece lo contrario, y solo concede recurso contra el tercero, autor de la violencia ó miedo. El Código de Austria, artículo 875, solo anula el acto cuando el tercero ha ejercido la violencia, á instigacion ó con conocimiento de una de las partes. Las Leyes Romanas son conformes al artículo : L. 9ª, § 1°, Tít. 2°, Lib. 4°, Dig. y L. 5ª, Tít. 20, Lib. 2°, Cód. Romano. Ha faltado la libertad de accion, y poco importa la persona que nos haya privado de ella. [De Goyena, allí].

Art. 47. — Véase L. 3ª, Tít. 16, Part. 7ª, vers. otro sí. — L. 17, Tít. 3°, Lib. 4°, Dig.

Art. 48. — Regla 18, Tít. 34, Part. 7ª.

Lesion enorme ó enormísima.

[Esta nota es tomada de Goyena con alguna ampliacion].

En casi todos los Códigos y escritos de derecho, se ve asentado que la lesion enorme ó enormísima, vicia los actos jurídicos. La mayoría de los Códigos y autores no generalizan la doctrina como debia ser, sinó que la aplican solo al contrato de compra-venta. Para sostener nosotros que la lesion enorme y enormísima no deben viciar los actos, y abstenernos por lo tanto de proyectar disposiciones sobre la materia, bastará comparar las diversas legislaciones, y de las diferencias entre ellas resultará que no han tenido un principio uniforme al establecer esa teoría.

La Ley Romana 2ª, Tít. 44, Lib. 4°, Código, concedió accion solo al vendedor para rescindir la venta si hubiese sufrido lesion en mas de la mitad del justo precio, que valia la cosa vendida.

La L. 7ª, Tít. 4°, Lib. 5°, del Fuero Juzgo no dió lugar á accion alguna por lesion enorme ó enormísima. *Si alguno ome,* dice, *vende algunas cosas ó tierras ó vinnas, ó siervos, ó siervas, ó animalias, ú otras cosas, no debe desfacer la vendicion porque dis que lo vendió por poco.*

La L. 5ª, Tít. 10, Lib. 3° del Fuero Real, exige que la lesion sea en mas de dos tantos y da accion solo al vendedor. La Ley 56, Tít. 5°, Part. 5ª, la da al vendedor y comprador, cuando hubiese lesion en mas de la mitad del justo precio.

La Ley 4ª, Tít. 7°, Lib. 5°, Ordenamiento Real, la concede al comprador y vendedor, cuando hay lesion en mas de la mitad del justo precio : y fué la primera que generalizó la doctrina, estendiendo el remedio de la lesion al arrendamiento, á la permuta, á la dacion en pago, etc. ; y fué la primera tambien que puso término á la accion, dándole cuatro años para su ejercicio.

La Ley 2ª, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec., concedió el remedio de la lesion al comprador y

---

[41] O la violencia, como dicen los artículos 1046 y 3352 n° 2°. Pueden verse en Demolombe, XXIV, 149 á 151, algunos casos interesantes.

[42] Adviértase que Freitas limita la disposicion del artículo á *los actos entre vivos*, como en el caso del artículo 936, y que Goyena se refiere solo á la *obligacion*. Respecto á las restituciones que la anulacion origine, vé nuestra nota al 1053, y los artículos 1054 á 1058.

[43] Como lo que se dice de la *fuerza* es aplicable tambien á la intimidacion (art. 942), debió repetirse esta palabra, ó usar de la de *violencia*, como lo hacen Freitas y Goyena.

La terminología de nuestro Código es siempre muy descuidada.

TÍTULO II

De los actos jurídicos

945. Art. 1°. — Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, trasferir, conservar ó aniquilar derechos. *De Freitas* 437°. [Vé nota *(a)* al art. 897 y art. 1891]. [1]

vendedor cuando ella importase mas de la mitad del justo precio, pero no generalizó su disposicion.

Los Códigos de Holanda y Vaud nada dicen de la rescision por lesion, lo que equivale á no admitirla. [Lo mismo, los Códigos de la Convencion, Lib. 3°, Tít. 1°, art. 15, Dinamarca, Haití é Inglaterra].

Los Códigos de Austria, art. 934. — Baviera, art. 19, Cap. 3°, Lib. 4°. — Sardo, art. 1679. — Napolitano, art. 1520. — Francés, art. 1674. — De Luisiana, art. 2567, y Prusiano, art. 59, Parte 1ª, Tít. 11, admiten la rescision por lesion en el precio.

El Código de Prusia solo concede al comprador la rescision y se la niega espresamente al vendedor, artículos 59, 60 y 250, Parte 1ª, Tít. 11.

Por el contrario, el Código Sardo, art. 1679. — Napolitano, art. 1520. — Francés, art. 1674, y el de Luisiana, art. 2567, solo conceden al vendedor la rescision por lesion. [De Goyena 1161°].

El tipo para graduar la lesion tampoco es igual en los Códigos citados. El de Baviera, el Código Sardo, el de Nápoles, el de Luisiana y las Leyes Españolas, consideran como lesion el no percibir el vendedor la mitad del justo precio de la cosa. El Código de Prusia exige que el precio de la venta esceda al doble del valor de lo vendido. El Código Francés, que el vendedor haya sido perjudicado en siete duodécimas partes del precio de la cosa. El Fuero Real, como ya se ha dicho, que sea en mas de dos tantos.

En los Códigos citados hay variacion tambien respecto á la renuncia del derecho. Los Códigos Sardo, Napolitano, Francés y el de Luisiana, en los artículos citados, no permiten la renuncia de la accion. Por el contrario, el de Austria, art. 935, y el de Prusia, art. 69, Parte 1ª, Tít. 11, dan fuerza á la renuncia de la accion.

Los Códigos de Cerdeña, de Nápoles, de Francia y de Luisiana, en los artículos citados limitan la rescision por lesion á los contratos en que se trate de bienes muebles. Los demas comprenden tambien los bienes raices.

Para el ejercicio de la accion la variacion tambien es inmensa. El Código Romano, el Fuero Real, y las Leyes de Partida, no designaban término á la accion. Vino despues una ley española que le señaló cuatro años. En muchos de los otros Códigos no hay término designado. El Código Napolitano señaló dos años, art. 1523. Igual término el Código Francés, art. 2537 [léase 1676]. El Sardo da cinco años, art. 1681 y el de Baviera estiende el término hasta treinta años, art. 22, Cap. 3°, Lib. 4°.

En los Códigos de Comercio no hay rescision de las ventas por lesion enorme ó enormísima. Se dice que son mercaderías, cosas muebles; pero las cosas muebles valen tanto ó mas que las raices [vé art. 1218 nota *a*]. Los medios de venta son los mismos; y estos medios para buscar el mayor precio, los ha facilitado la imprenta, establecimiento de corredores, las bolsas, etc., medios desconocidos á los romanos y en el tiempo en que se hicieron las Leyes de Partida. Finalmente, dejariamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, ó todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error, ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.

[En el Consejo de Estado Francés fué discutidísimo el punto. El recurso por lesion trae incertidumbre en los negocios y es fuente de procesos].

Art. 1°. — Aubry y Rau, § 760 [léase 762 notas 4ª y 5ª]. — Savigny define: « hechos jurídicos son los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho co-

---

[1] El contrato (vé art. 1138) difiere del acto jurídico en lo que el género difiere de la especie. — Los principales actos jurídicos son los contratos y testamentos; pero existen muchos otros, tales son: el matrimonio, el reconocimiento de hijos naturales, la aceptacion y la renuncia de la tutela y curaduría, el pago, la renuncia, remision de la deuda, el reconocimiento y confirmacion de una obligacion y la protesta. Todos los contratos,

946. Art. 2°. — Los actos jurídicos son positivos ó negativos, segun que sea necesaria la realizacion ú omision de un acto, para que un derecho comience ó acabe. *Savigny, allí.* [3]

947. Art. 3°. — Los actos jurídicos son unilaterales ó bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos ó mas personas. *Mackeldey,* § 164. [4]

948. Art. 4°. — Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código *actos entre vivos,* como son los contratos. Cuando no deben producir efecto sinó despues del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan *disposiciones de última voluntad,* como son los testamentos. *Freitas* 438° y 439°. [Vé art. 2814 n° 2°].

949. Art. 5°. — La validez ó nulidad de los actos jurídicos entre vivos ó de las disposiciones de última voluntad, respecto á la capacidad ó incapacidad de los

mienzan ó acaban ». Esta definicion es mas concisa, pero menos clara que la de Ortolan, que es la que damos. [2]

Art. 2°. — Savigny, *Droit Romain,* Tom. 3°, pág. 3ª.

Art. 3°. — Mackeldey [§ 164], Seccion 4ª, Cap. 1°; Maynz, § 119.

---

en que se comprenden la novacion (vé nota al art. 801) y la transaccion (vé art. 833), pues aunque en el artículo 832 se diga impropiamente que es un *acto jurídico bilateral* (vé art. 947), en la nota al artículo 857 se fija y esplica el pensamiento del artículo, reconociendo que la transaccion es un contrato.

Son tambien actos jurídicos, la doble remision en los contratos bilaterales (nota del Dr. Velez al art. 877); la tradicion (vé art. 2379), y demás actos porque se contituyen los derechos reales; los testamentos, la desheredacion, la aceptacion y la repudiacion de una herencia ó de un legado; así como tambien las acciones y demás actos del procedimiento.

Nuestro artículo 1185 mezcla los contratos con los actos jurídicos. Ensanchando este tratado con la generalizacion de varios artículos sobre los contratos, pudo economizarse mucho en la *Seccion 3ª*, especialmente del Título « De los contratos en general ». Vé nuestra nota 4ª y el artículo 1192 con sus notas.

Es claro, por lo demás, que la denominacion que se dé por las partes á un acto jurídico no puede hacer variar su naturaleza, ni los requisitos esenciales que lo constituyen: artículo 1327 generalizado.

[2] La definicion que dá Savigny de los *hechos jurídicos* es demasiado comprensiva, no caracteriza bien los actos jurídicos, y casi los confunde con los simples hechos: vé artículos 897 á 900 con sus notas.

[3] Esta division que no traen Maynz ni Mackeldey, no tiene importancia alguna, y debió omitirse. Vé las notas del Dr. Velez á los artículos 495 y 2978.

[4] La division que con los mismos términos se hace de los contratos en el artículo 1139, viene á ser una subdivision de la presente, pues todo contrato es un acto jurídico *bilateral.* El mérito de esa division es meramente doctrinal, mientras que habria habido positiva ventaja en dedicar algunos artículos á los actos por *título oneroso* y á *título gratuito,* capacidad para celebrarlos, eviccion en ellos, etc. Vé artículos 869, 968, 969, 971, 972, 1140 con sus notas, 2118, 2147 y 2159.

agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio. (Arts. 6° y 7°, Tít. 1°, Preliminar). *Freitas* 849°. [Vé art. 3613]. [5]

950. Art. 6°. — La capacidad ó incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales [6] que pueda contener, serán juzgados para su validez ó nulidad por las leyes de este Código. *Freitas* 850°. [Vé arts. 6, 7, 8, 3613 y 3614].

951. Art. 7°. — Respecto á las formas y *solemnidades* de los actos jurídicos, su validez ó nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren. (Art. 12, Tít. 1°, Lib. 1°). *Freitas* 851°. [Vé art. 1221]. [7]

952. Art. 8°. — Comenzará la existencia de los actos entre vivos, el dia en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, ó de otra esclusivamente decretada, desde el dia de la fecha de los respectivos instrumentos. *Freitas* 860°. [Vé arts. 1186 á 1190].

953. Art. 9°. — La existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará el dia en que fallecieren los respectivos disponentes, ó en que la ley presumiese que hubieron fallecido. (Art. 8°, Tít. 8°, Lib. 1°). *Freitas* 861°. [Vé arts. 103 á 125, 3284 y 3826].

954. Art. 10. — El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, ó que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algun acto jurídico, ó hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios á las buenas costumbres ó prohibidos por las leyes, ó que se opongan á la libertad de las acciones ó de la conciencia, ó que perjudiquen los derechos de un tercero. [7] Los

Art. 6°. — La capacidad civil *de derecho* es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos, ó ejercer actos por sí, ó por otros, que no le sean prohibidos [§ 2° de la nota al art. 4048]. Las personas á quienes se prohibe la adquisicion de ciertos derechos, ó el ejercicio de ciertos actos, son *incapaces de derecho,* es decir, de esos derechos ó de esos actos prohibidos. Entre nosotros no puede hablarse de la capacidad civil del Derecho Romano, de las personas esclavas, de los que hubiesen sufrido una *capitis diminutio*, ni tampoco de la capacidad ó incapacidad civil que se vé en algunos Códigos, segun que las personas sean nacionales ó estrangeras, pues ni tenemos esclavos, ni hay diferencia entre nacionales y estrangeros para el goce y ejercicio de los derechos civiles. El artículo se refiere á aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos, las cuales se hallan designadas en varios Títulos del primer libro. [De Freitas 21° y 23°].

Del objeto de los actos jurídicos se trata en uno de los artículos de este Título. [Art. 954].

Los *vicios sustanciales* son el error, dolo, violencia, simulacion ó fraude. [Vé art. 955].

---

[5] Se refiere este artículo á la incapacidad de hecho, porque Freitas denomina *incapaces, incapacidad*, á los incapaces é incapacidad *de hecho* (art. 25). De la incapacidad *de derecho* trata el artículo siguiente.

[6] Los actos de los artículos 1207 y 1209 tienen un objeto ilícito (art. 954). El 955 se ocupa de los *vicios sustanciales.*

[7] Vé nuestra nota al artículo 12. Por el artículo 974 se vé que las palabras *y solemnidades*, no hacen falta aquí, ni en los artículos 12 y 1063.

[7] En la palabra *ilícitos* están comprendidos los *prohibidos por la ley*, frase que viene á ser así un pleonasmo ; lo mismo puede decirse de los hechos *que perjudiquen los derechos de un tercero,* frase tomada de Mackeldey. Pueden verse los artículos 450, 958, 960, 961 y 2263.

actos jurídicos que no sean conformes á esta disposicion, son nulos como si no tuviesen objeto. *De Freitas* 549°, 552°, 558° y 559°. [8]

955. Art. 11. — Es nulo el acto practicado con los vicios de error, de dolo, de simulacion ó fraude. [Vé arts. 950, 958 y 962]. [9]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA SIMULACION EN LOS ACTOS JURÍDICOS [10]

956. Art. 12. — La simulacion tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico

Art. 10. — Véase Mackeldey, § 168, y el art. 8°, Tít. 1°, y los artículos 4°, 5° y 16, Tít. 5° de este libro. Como el acto jurídico tiene por fin cambiar el estado actual de los derechos de una persona, se exige necesariamente que esa persona tenga capacidad de disponer de sus derechos. [Art. 1041].

En cuanto al fin y al objeto, es preciso que el acto se refiera á un derecho que se pueda hacer valer de una manera cualquiera. Así, el acto es ilusorio cuando el objeto es tan vagamente indicado que no sea posible determinarlo. [Arts. 1177 y 3762]. (L. 94, Tít. 1°, Lib. 45, Dig.) Lo mismo cuando se trata de cosas corporales, que no son susceptibles de existir, ó que están fuera del comercio. *Si id,* dice la Ley Romana, *quod dari stipulamur, tale sit, ut dare non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat.* (Inst. Lib. 3°, Tít. 19, § 1°). Si es un hecho el objeto del acto, debe ser posible y no contrario á las leyes y buenas costumbres [de Maynz, § 121 notas 2 á 5]. La imposibilidad del objeto del acto jurídico puede tener su orígen en motivos materiales ó en motivos jurídicos. La imposibilidad natural se presenta respecto á las cosas que jamás han existido, ó que han dejado de existir, ó que no pueden existir. Hay imposibilidad jurídica, cuando la obligacion tiene por fin procurar la propiedad de cosas que no pueden ser el objeto de una propiedad, ó que son ya la propiedad del acreedor. Seria lo mismo la obligacion que tuviese por objeto un matrimonio entre personas que no pueden casarse. Se puede asignar un carácter análogo á todo acto que es contrario á la ley ó á la moral. (LL. 26 y 27 [Tít. 1°, Lib. 45], Dig. *De Verb. Oblig.* y L. 4ª [Tít. 39, Lib. 8], Cód. *De Inut. Stip.*). Esta proposicion no puede entenderse como en la teoría de las condiciones, que un acto de este género seria jurídicamente imposible, pues que el delito mismo es perfectamente posible, y solo es privado y reprimido por una pena. Mas los hechos contrarios al derecho y á la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligacion eficaz, porque jamás se podrá invocar la proteccion de la justicia para asegurar su ejecucion.

La imposibilidad del objeto de un acto jurídico puede fundarse sobre la naturaleza del objeto mismo, ó sobre la posicion personal y especial del deudor de una obligacion. La primera especie de *imposibilidad* es la que es considerada como tal. La segunda especie, respecto del sugeto, no puede jamás ser invocada por el deudor y no lo sustrae de las consecuencias que puedan resultar de la inejecucion de una obligacion. [Es mas bien una *impotencia* personal].

La razon para anular los actos que tengan por objeto prestaciones imposibles, está en la esencia de las obligaciones. La obligacion tiene por objeto trasformar en actos necesarios y ciertos, actos voluntarios que no son en sí mismos sinó acontecimientos accidentales é inciertos. El fin definitivo de la obligacion es colocar al acreedor en una posicion tal que pueda contar con certidumbre sobre la posibilidad de esos acontecimientos; pero si el acto que constituye la prestacion en una obligacion es imposible, esta circunstancia repugna al carácter que damos á toda obligacion. [De Savigny, *Derecho de las obligaciones,* I, págs. 415 á 417].

---

[8] Serán *nulos* ó *anulables*, con sujecion á los artículos 1045 y 1046. Compárese el presente con los artículos 502, 530, 564, 961, 1505 y 2263, y se notará cuan grande es la variedad de la redaccion y poco cuidadosa la terminología de nuestro Código. En todos los casos del artículo, la nulidad es absoluta: vé nuestras notas 11 y 15 á los artículos 1045 y 1046.

[9] El acto es *nulo* ó *anulable*, con arreglo á los artículos 1045 y 1046. En la enumeracion falta la violencia, que comprende la fuerza y la intimidacion (miedo ó temor), que se enumeran en los artículos 923, 4032, etc., y que el Dr. Velez nombra en su nota al artículo 950. Vé nuestras notas á los artículos 923, 966 y 3298.

[10] Vé lo que decimos de la simulacion bajo los artículos 1045 y 1046.

de un acto bajo la apariencia de otro, ó cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, ó fechas que no son verdaderas, ó cuando por él se constituyen ó trasmiten derechos á personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen ó trasmiten. *De Freitas* 521° y 522° *n°* 3°.

957. Art. 13. — La simulacion es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar á un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. *Chardon*, II, *pág.* 6ª; *Freitas* 522° *n°s* 1° *y* 2°.

958. Art. 14. — La simulacion no es reprobada por la ley cuando á nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. *Toullier, allí; Freitas* 523°.

959. Art. 15. — Cuando en la simulacion relativa se descubriere un acto sério, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser este anulado desde que no haya en él la violacion de una ley, ni perjuicio á tercero. [Vé art. 501].

960. Art. 16. — Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes ó de perjudicar á un tercero, no pueden ejercer accion alguna el uno contra el otro sobre la simulacion.

961. Art. 17. — Si hubiere sobre la simulacion un contra-documento firmado por algunas de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando este hubiera sido ilícito, ó cuando fuere lícito, esplicando ó restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulacion, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibicion de las leyes, ó contra los derechos de un tercero. [11]

CAPÍTULO II

DEL FRAUDE [12] EN LOS ACTOS JURÍDICOS

962. Art. 18. — Todo acreedor quirografario puede demandar la revocacion de

Art. 12. — L. 40 al fin, Tít. 11, Part. 5ª [y 22, Tít. 1°, Lib. 10, N. R.]. — Chardon en el Tom. 2° de su obra del *Dolo y Fraude*, trata en capítulos especiales de la simulacion por interposicion de personas, por falsedad de fechas, ó cuando se oculte el verdadero carácter del acto.

El Código Romano contiene máximas sobre los actos simulados que forman los verdaderos principios de esta materia. Una ley dice : *Acta simulata veritatis substanciam mutare non possunt :* L. 2ª, Tít. 22, Lib. 4°, Cód. — Otra ley : *Si quis gestum a se alium egisse scribi fecerit, plus actum quam scriptum valet.* L. 4ª, id.

Art. 14. — Toullier, Tom. 9°, números 160 y siguientes [léase VI, 176 y 180], trata estensamente este punto. Favard dice así : « La simulacion es una causa de nulidad, cuando tiene por objeto eludir una incapacidad establecida por la ley, ó dar una apariencia legal á un acto prohibido ; mas cuando en ella no hay fraude hecho á las leyes, á las buenas costumbres, ó á los derechos de tercero, la simulacion no es causa de nulidad en los actos, porque podrian hacerlo en la forma que quisieran, con tal que no fuera una forma prohibida. » *Répert. Verb. Simulation.*

Art. 15. — Chardon, Tom. 2°, pág. 112. [Freitas 525°].

Art. 16. — Chardon, Tom. 2°, pág. 110. [Freitas 526°].

---

[11] Este artículo, tomado probablemente de Chardon, se refiere á contradocumentos públicos ó privados. No seria fácil dar una esplicacion satisfactoria de él.

Debemos suponer que el contradocumento en que se esplica ó restringe el acto simulado, es un acto sério.

[12] Aunque la palabra *fraude* se toma á veces como sinónima de *dolo* (vé arts. 2066,

los actos celebrados por el deudor en perjuicio ó en fraude de sus derechos. *Aubry y Rau*, § 313. [13]

963. Art. 19. — Para ejercer esta accion es preciso: —

1° Que el deudor se halle en estado de insolvencia. Este estado se presume desde que se encuentra fallido; [14]

2° Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, ó que antes ya se hallase insolvente;

Art. 18. — L. 7ª, Tít. 15, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1167. — Sardo, art. 1158 [léase 1258]. — LL. 1ª [§ 2°] y 10, Tít. 8°, Lib. 42, Dig. — La accion *Pauliana que llamaban los romanos*, no tiene por objeto ni por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad á favor del que la ejerce, ni á favor del deudor, sinó solo salvar el obstáculo que se opone á las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados. Es siempre una accion meramente personal. [De Goyena 1176°, y Aubry, allí, nota 4ª].

El artículo generaliza el principio. No nos reducimos á disponer solo sobre la enajenacion que hiciera el deudor en fraude de sus acreedores, sinó sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores. Así, serán revocables no solo los actos traslativos de la propiedad, sinó tambien la remision de las deudas, el pago de deudas no vencidas; la hipoteca ó prenda de deudas no vencidas, ó ya vencidas pero originariamente contraidas sin estas garantías; los pagos por deudas vencidas por medio de entrega de bienes por un valor menor del que verdaderamente tuvieren. En los arrendamientos una renovacion anticipada del contrato, una duracion estraordinaria y que no es de uso en el país; el pago anticipado de muchos términos, disminucion inmotivada del precio del arrendamiento, etc. — Véase Chardon, Tom. 2°, pág. 463. [Freitas 540°; Maynz, § 384 nota 26].

Art. 19, N° 3°. — L. 10, § 1°, y LL. 15 y 16, Lib. 42, Tít. 8°, Dig. — Aubry y Rau, Lib. 1°, § 313. — Toullier, Tom. 6°, n° 351. — Delvincourt, Tom. 2°, pág. 526. — Duranton, Tom. X n° 572 [léase 573: son citas de Aubry]. — Zachariæ, Tom. 2°, pág. 343. En estos últimos tiempos, Mimerel publicó una estensa monografía, sosteniendo una sentencia de la Corte Suprema de Casacion de Francia, que declaró en 1852 que los acreedores á los cuales

---

2068, 3145 y 3298), ambas constituyen causas distintas de anulacion de los actos jurídicos: vé art. 955 y nuestra nota al 923. El artículo 932 define la accion dolosa, y la palabra fraude se reserva aquí para el acto doloso con que se perjudica ó *defrauda* los derechos de un tercero, que á él no ha concurrido. Vé arts. 969 y 970.

[13] Como el artículo no distingue, pensamos que este derecho corresponde tambien al acreedor bajo plazo suspensivo (art. 557). Cuanto mas próximo esté el plazo, y cuanto mayor y mas irreparable sea el perjuicio que el acreedor reciba, mas justo parecerá que pueda al ménos exigir garantías del tercer adquirente (art. 967), y aun que obtenga la anulacion del acto. Vé art. 572, etc.

Muy distinto es el derecho del acreedor bajo condicion suspensiva, y como el perjuicio que pueda recibir es problemático, no podria fundar en él la accion pauliana, y podria solo concedérsele el derecho de pedir garantías al tercer adquirente. En contra, Demolombe, XXV, 231, y Maynz, § 384 nota 38.

Otra cosa es despues que la condicion se realiza, y si ella se cumple antes de prescribirse la accion pauliana (vé art. 4035), hallamos justo que el acreedor pueda ejercitarla. Compara con los artículos 549 y 550.

Con gran propiedad se dice en el presente *en fraude ó perjuicio*: vé el artículo 968 con su nota.

[14] La *quiebra ó falencia*, es el estado peculiar al comerciante, que por cualquiera causa no puede llenar sus compromisos, ó cesa en sus pagos. Código de Comercio 1511° inciso 1°, y 1512° inciso 1°. — Como esta cesacion de pagos no supone necesariamente que su pasivo sea mayor que su activo, el fallido no es precisamente insolvente (aunque muchas veces lo sea), y en esto difiere la *quiebra* de la *insolvencia*.

En derecho francés existe una palabra especial (*déconfiture*) para designar la insolvencia de la persona no comerciante.

3° Que el crédito, en virtud del cual se intenta [la] accion, sea de una fecha anterior al acto del deudor. [15]

964. Art. 20. — Esceptúanse de la condicion 3ª del artículo anterior, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crímen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho á ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irrogue el crímen. *De Chardon, allí.*

965. Art. 21. — Si el deudor por sus actos no hubiere abdicado derechos irrevocablemente adquiridos, pero hubiese renunciado facultades, por cuyo ejercicio hubiera podido mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar sus actos, y usar de las facultades renunciadas. *Aubry,* § 313 *nota* 12. [16]

966. Art. 22. — La revocacion de los actos del deudor será solo pronunciada en

perjudicase la *conservacion* [mantenimiento] de un acto del deudor, tenian derecho á hacerlo revocar cualquiera que fuese la fecha de sus títulos, si fuere fraudulento. El autor dice que ni en el Derecho Romano, ni en el Derecho Francés, hay disposicion alguna espresa sobre la materia; que poco importa la fecha de los títulos si el fraude existe, si los derechos de los acreedores hubiesen sido defraudados; que la existencia de la condicion necesaria, el fraude del deudor, para crear la accion revocatoria, no implica en manera alguna contradiccion con la falta de derechos ya existentes al tiempo de la realizacion del acto del deudor, porque ha podido ser concebido en mira de los acreedores futuros, para evitar las consecuencias de una empresa peligrosa. Encerrar, dice, en un estrecho círculo la aplicacion de la ley, es disminuir su moralidad. ¿Qué podria decirse de una ley que castigase el fraude instantáneamente organizado, y cubriese el fraude preconcebido?

A estas y otras consideraciones contestan los jurisconsultos Aubry y Rau, diciendo que las dificultades que se esponen, nacen de confundir la accion Pauliana con la accion de simulacion, y que una enajenacion simulada puede ser siempre demandada, como que los bienes no han salido del dominio del deudor. Respecto á la sentencia en que se apoya Mimerel, los autores citados le oponen multitud de sentencias que han juzgado lo contrario.

Art. 20. — Véase Chardon, Tom. 2°, pág. 367.

Art. 21. — El Derecho Romano no admitia la accion Pauliana, cuando el deudor habia simplemente dejado de aumentar su fortuna (L. 6ª, Tít. 8°, Lib. 42, Dig.). El acreedor no estaria, en el caso del artículo, obligado á probar un fraude en el hecho del deudor, porque podia no haber sinó una negligencia respecto á sus intereses, ó una liberalidad hácia sus coherederos; pero un hombre que ha contraido obligaciones positivas, y que no cuida ó renuncia los medios de cumplirlas, comete sin duda una falta grave que puede equipararse al dolo. El heredero que renuncia una sucesion, abdica en verdad un derecho adquirido; pone fuera de su alcance lo que la ley le daba; enajena verdaderamente. — Aubry y Rau, Lib. 1°, § 313. — Pothier, *De las donaciones entre esposos,* n° 88. — Chardon, Tom. 2°, pág. 449. — El Código Francés, artículos 788 y 2225, conforme con nuestro artículo. [Vé arts. 3353 y 3965].

---

[15] El ánimo de perjudicar por parte del deudor solo se exige en los actos á título oneroso. Vé artículos 965, 968 y 969.

En el silencio de nuestro artículo pensamos que no es indispensable que el instrumento privado, de que conste el crédito, haya adquirido fecha cierta, segun el artículo 1036.

[16] Se trata de la renuncia de derechos ó facultades que ha sido hecha gratuitamente, como se colige de la nota; y así, generalizando ó ampliando el artículo 968, debió eliminarse el presente.

Los artículos 3353, 3810 y 3965 son ejemplos de nuestro artículo.

Cuando, revocada la renuncia, el acreedor puede ejercer el derecho, facultad ó ventaja renunciadas, es en virtud del artículo 1197. Luego no serian revocables aquellas renuncias de facultades privativas del deudor, como las de los artículos 1866 y 3306, que por ser inherentes á su persona (art. 1197 inc. 2°), no pueden ser ejercidas por sus acreedores.

el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos. *Aubry, allí, nota* 5. [17]

967. Art. 23. — El tercero á quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la accion de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, ó dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren á satisfacerlos. [Vé art. 1859]. [18]

968. Art. 24. — Si el acto del deudor insolvente que perjudicase á los acreedores fuere á título gratuito, puede ser revocado á solicitud de estos, aun cuando aquel á quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor. [Vé arts. 2935 y 3523]. [19]

Art. 23. — Aubry y Rau, Lib. 1°, § 313. — Duranton, Tom. 10, n° 573.

Art. 24. — El Código Francés, conforme con el artículo, como se infiere de los artículos 622, 788, 1053 y 2225. El Derecho Romano solo hacia revocables las enajenaciones á título gratuito, cuando hubiese fraude por parte del deudor (LL. 1ª y 6ª, §§ 8° y 12, y L. 10, Tít. 8°, Lib. 42, Dig.). Las Leyes de Partida no exigieron que se probase el fraude del deudor, en el caso del artículo, sinó que bastaba su insolvencia (L. 7ª, Tít. 15, Part. 5ª). En contra del artículo, y conforme con el Derecho Romano, Toullier, Tom. 6° n°s 348 hasta 354. — Zachariæ, § 313 con la nota 7ª [edicion alemana: § 555 de la edicion francesa. Vé cita del art. 3982].

Conforme con el artículo, Aubry y Rau, Lib. 1°, § 313. El fraude del deudor debe presumirse desde que se halle insolvente [art. 970], ó á lo menos una grave culpa, en sus efectos igual al dolo. Respecto á los terceros, los actos á título gratuito no deben depender de la buena fé del deudor, porque los terceros que solo tratan de obtener una ganancia, se enriquecerian lo mismo, teniendo el deudor mala fé, á costa de los acreedores que solo tratan de evitarse un perjuicio. [De Aubry, nota 14]. [20]

---

[17] Hay, pues, una anulacion solo para un efecto dado (vé nota 7 al art. 2666): el de cobrarse del importe los acreedores demandantes: vé el artículo siguiente. En cuanto al remanente, el acto subsiste y es válido para todos: lo que importa una nulidad y validez *parciales* (art. 1040). Vé los artículos 3353 y 3401. Es preciso, sin embargo, convenir en que esto no solo ofrecerá dificultades prácticas, sinó que armoniza poco con el artículo 972 y otros.

Por lo demás, el adquirente por título oneroso tiene derecho á exigir del enagenante la restitucion del precio. Vé el artículo 2108. Y se aplicarán las demás disposiciones sobre *eviccion*, conforme sean la naturaleza y circunstancias de la adquisicion.

[18] Igual razon existe para conceder el mismo derecho al tercero á cuyo favor se ha hecho la renuncia por el deudor (art. 965). El pago estingue siempre la obligacion: vé artículos 726 á 730.

El artículo 2002 es por supuesto aplicable aquí.

[19] Y aunque al practicar el acto no haya tenido el deudor una intencion fraudulenta; como se dice en las notas á este artículo y al 965, que es su complemento, y se colige del artículo 3523 y de las palabras *en perjuicio ó en fraude* de que se sirve el artículo 962. El ánimo fraudulento tampoco es exigido por el artículo 963 y el 2935 dice terminantemente que no es requerido. En contra, Freitas 538°.

Si la cosa fungible enagenada ha sido consumida de buena fé, no hay lugar á repeticion: artículos 738 inciso último y 1056.

En la palabra *bienes* se comprenden las *derechos* (art. 2314 inc. 1°), á que se refiere esplícitamente el artículo 971; pero la redaccion de nuestro artículo no es suficientemente lata, para comprender en su letra las *facultades* de que trata el 965.

[20] Estos principios se han desconocido en el artículo 3312 por Aubry y Rau y nuestro Codificador, que les sigue, pues igualando los actos á título oneroso y lucrativo, exigen en ambos un concierto fraudulento entre los contratantes.

969. Art. 25. — Si la accion de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor á título oneroso, es preciso para la revocacion del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar á sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude. *De Aubry,* § 313 *notas* 15 *á* 16. [21]

970. Art. 26. — El ánimo del deudor de defraudar á sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia. [22] La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume tambien si en el momento de tratar con él conocia su estado de insolvencia. *De Aubry,* § 313 *notas* 16 *á* 18. [23]

Art. 25. — L. 7ª, Tít. 15, Part. 5ª. [De Acevedo 1364°]. — L. 6ª, § 8°, Tít. 8°, Lib. 42, Dig. [22] — « Suponed, dice Chardon, que el propietario de un terreno que vale cien mil francos, lo vende por sesenta mil, ascendiendo sus deudas á cuarenta mil; sus acreedores no podrian intentar la revocacion del acto, sinó probando que esa venta á vil precio no habia sido hecha por su deudor, mas que para disponer de dinero en perjuicio de ellos. Pero suponed, por el contrario, que en el caso de esa venta, las deudas del vendedor ascendieran á ochenta mil, en tal caso la vileza del precio, unida á su insuficiencia para pagar todas sus deudas, daria derecho á los acreedores para la accion revocatoria, sin estar obligados á probar directamente el propósito fraudulento del deudor. » (Tom. 2°, n° 205).

Art. 26. — LL. 15 y 17, Tít. 8°, Lib. 42, Dig. — Aubry y Rau, Lib. 1°, § 313. — Toullier, Tom. 6°, n° 629 [léase 349]. Respecto de los terceros, LL. 6ª, § 8°; 10, § 2° y 8ª, Tít. 8°, Lib. 42, Dig. [De Aubry, allí].

---

[21] ¿El pago hecho por el deudor insolvente es un título oneroso ó lucrativo? Parece que debe participar de la naturaleza de la obligacion, cuyo cumplimiento tenga por objeto. Vé á Maynz, § 119 nota 2ª.

El pago, que es un acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato estinguir una obligacion (art. 725) ó el derecho correlativo á esta, para engendrar con frecuencia un derecho, es indudablemente un acto jurídico. Nuestra nota al artículo 945.

No tratamos del pago ordenado por los jueces, ó que se efectúa por el ministerio de la ley, como son la compensacion y la confusion.

Las leyes romanas y las de Partida (L. 9ª, Tít. 15, Part. 5ª) mantenian el pago, y los escritores franceses adoptan *en principio* la disposicion romana, pero á nuestro juicio no plantean ni tratan de resolver la cuestion con arreglo á los principios. Vé á Demolombe, XXV, 226 y 225, y á Aubry y Rau, § 313 notas 31 y 32, 4ª edicion, etc.

Nuestro Código deja en pié la duda (vé art. 737), pues en la nota al artículo 962 solo se dice que es revocable el pago de deuda no vencida (Goyena 1180°; Freitas 540° n° 3°) ó de deuda vencida que ha sido satisfecha con una cosa de mayor valor.

Si al contraer la obligacion era procedente la accion pauliana, no hay cuestion, pues èl acto y el pago que es su consumacion podrán revocarse; y la dificultad no aparece sinó cuando la insolvencia *posterior* del deudor hace posible aquella accion.

El artículo 737 parece requerir que el caso sea regido y resuelto por el artículo presente, aunque se trate del cumplimiento de un acto á título gratuito; y esto es lo mas equitativo, ya que el cobrar una deuda contraida de buena fé es un derecho, y el pagarla un deber.

El mero hecho de anticipar un pago, ó pagar con una cosa de mayor valor, aunque haga presumible el fraude, no creemos que baste para autorizar la accion pauliana, en tanto que no resulte ó se justifique el concierto fraudulento entre el deudor y el tercero; vé artículo 970 y compara con el 1577 n° 6°. — La apreciacion de los hechos que demuestren ese concierto, cae bajo el arbitrio judicial. Vé el parecer de Chardon en la nota del Dr. Velez.

La misma solucion que el pago parecen requerir la fianza, y en general aquellos actos que no son propiamente á título gratuito ni á título oneroso.

[22] Esta ley romana se repite en la nota al artículo 970, al cual pertenece.

[23] Aubry y Rau solo presumen el ánimo de defraudar en el deudor, cuando este *tenia*

971. Art. 27. — Si la persona á favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial á sus acreedores, hubiere trasmitido á otro los derechos que de él hubiese adquirido, la accion de los acreedores solo será admisible, cuando la trasmision de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, solo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude. *De Aubry, allí, notas* 19 y 20. [24]

972. Art. 28. — Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenaciones de propiedades, estas deben volverse por el que las adquirió, cómplice en el fraude, con todos sus frutos como poseedor de mala fé. *De Goyena* 1181°. [Vé arts. 2437 á 2446]. [25]

973. Art. 29. — El que hubiere adquirido de mala fé las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar á estos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado á un adquirente de buena fé, ó cuando se hubiere perdido. *Goyena* 1182°. [Vé art. 892]. [26]

Art. 27.— Aubry y Rau, Lib. 1°, § 313.—Proyecto de Goyena, art. 1177 [léase 1178, § 2°].

Art. 28. — Instit. Lib. 4°, Tít. 6°, § 6°. — LL. 1ª y 10 [LL. 1ª, §§ 1° y 2°, y 10ª, § 22], Tít. 8°, Lib. 42, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 29. — Proyecto de Goyena, art. 1182. [Demolombe, XXV, 254].

---

conocimiento de su insolvencia, agregando que tal conocimiento debe admitirse fácilmente. Preferimos, sin embargo, la modificacion del Dr. Velez, tanto mas que, dirigiéndose principalmente la accion con respecto al tercer adquirente (art. 966 y nota), para que se autorice una accion directa contra él por parte de personas con quienes ningun vínculo jurídico le liga, el fraude del adquirente interesa mas que el del enagenante.

Por lo demás, hallamos justo que ambas presunciones cedan á la prueba contraria. Vé nota 99 al artículo 1191.

[24] Constituye esto una diferencia de las acciones de nulidad propiamente dichas (vé arts. 1051 á 1053), fundada en lo que espusimos bajo el artículo 966, y una equitativa escepcion al principio consignado en el artículo 3272. En contra, Freitas 531°.

Es necesario que haya sido cómplice en el fraude no solo el segundo adquirente, como dice el artículo, sinó tambien el primero, para que el primer y segundo actos fuesen revocados. A esta condicion, la misma razon existe para que la accion pauliana alcance á cualquier otro adquirente posterior.

Es claro, por lo demás, que para obtener la revocacion de dos ó mas actos fraudulentos, es preciso que la accion pauliana no se halle prescrita con relacion al primero: vé artículo 4035.

Tambien lo es que la facultad acordada por el artículo 967 pertenece no solo al primer adquirente sinó á los posteriores. Exigia, pues, el método que este artículo siguiese al presente.

[25] Para armonizar este artículo con la letra y espíritu del 966, es necesario entender que, pagados los acreedores, el escedente del producido de esas propiedades pertenece al adquirente; y que, cuando sea posible, no debe enagenarse sinó las cosas ó cantidades precisas para satisfacer á aquellos. Vé nuestra nota 17.

Por lo demás, de nuestro artículo se colige que el adquirente á título gratuito que no fué cómplice en el fraude, debe ser considerado á los efectos de la restitucion como un poseedor de buena fé, lo que es muy justo, conforme á los principios y pudo consignarse: vé artículos 786, 788, 1052, 1053 y 2358.

[26] La primera parte del artículo se justifica por cualquiera de los artículos 506, 905,

CAPÍTULO III

DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

[Vé arts. 951 y 1183].

974. Art. 30. — La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formacion del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público ó por un oficial público, ó con el concurso del juez del lugar. *De Mackeldey, allí.* [27]

975. Art. 31. — Cuando por este Código, ó por las leyes especiales no se designe forma para algun acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que

Art. 30. — Mackeldey, § 165. — Ortolan dice: « El número y calidad de las personas auxiliares que deben concurrir al acto jurídico (como en algunos casos el defensor de menores), el tiempo y el lugar en que debe verificarse; los escritos ú otros medios á propósito para conservar la memoria. Todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de la forma. [Vé nota al art. 1053]. Entre los actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen. Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal ó cual elemento constitutivo de la forma, ó sobre muchos de ellos, ó sobre todos á un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especialmente prescrita, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse. Los progresos de la civilizacion, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilizacion adelantada, se asocia inmediata y principalmente á lo que es espiritual, á la voluntad, á la intencion: no pide á la materia sinó lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán esos actos esteriores que darán á los actos jurídicos una forma sensible? la analogía serviria de regla. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir, con el derecho que se quiere crear, modificar, trasferir ó estinguir. De aqui se llegó al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y accion. Así, un terron del campo *(gleba)*, la teja arrancada del edificio *(tegula)*, se presentarian para verificar sobre este símbolo del inmueble litigioso, las formalidades prescritas. Los actos esteriores iban acompañados de palabras. En estas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas solo podia usarse la lengua nacional. Muchas veces una espresion sustituida á otra, alteraba los efectos del acto, y lo hacia nulo. Se dirigian interrogatorios solemnes á las partes, á los testigos y á los que intervenian en el acto, y estos á su vez debian responder solemnemente. Las interrogaciones y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, espresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacia ó al cual cooperaban. Tal ha sido hasta los últimos tiempos uno de los caractéres del Derecho Civil Romano, en cuanto á las formas de los actos jurídicos. » *(Generalizacion del Derecho Romano*, números 54 y 55).

1110 y 2787. En cuanto á la segunda parte, que legisla el caso de *pérdida de la* cosa, viene á ser la aplicacion del artículo 2437.

Los artículos 552 y 1058 traen disposiciones análogas al presente.

[27] Las disposiciones sobre la forma de los actos jurídicos no pueden ser renunciadas ni quedar sin efecto por convenio de las partes, porque miran al interés general y á la paz pública: artículos 19 y 21. Además, el defecto de forma constituye una nulidad *absoluta*, que no puede validarse por la confirmacion: vé artículos 1045 y 1048 inciso último. No obsta á este el artículo 1050 inciso 1°. Vé nuestra nota 27 al artículo 4033.

juzgaren convenientes. *De Freitas* 669°. [Vé arts. 720, 837, 874, 886, 1664, 2008, 2202, 2248, 2265, 3219, 3242 y 3772].

976. Art. 32. — En los casos en que la espresion por escrito fuere esclusivamente ordenada ó convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba, aunque las partes se hayan obligado á hacerlo por escrito en un tiempo determinado, y se haya impuesto cualquier pena; el acto y la convencion sobre la pena son de ningun efecto. *Freitas* 671°, *y Goyena* 1202°. [Vé arts. 1189 y 1194]. [28]

977. Art. 33. — En los casos en que la forma del instrumento público fuese esclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y tambien el acto será nulo. *Freitas* 673°. [Vé art. 1045]. [29]

978. Art. 34. — Cuando se hubiere ordenado esclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente. *Freitas* 674° *y* 726°. [Vé art. 1184].

979. Art. 35. — La espresion por escrito puede tener lugar, ó por instrumento público ó por instrumentos particulares, salvos los casos en que la forma de instrumento público fuere esclusivamente dispuesta. *Freitas* 672°. [30]

Art. 31. — L. 1ª, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec.

Art. 32. — Cód. Sardo, art. 1413. — La Ley Romana dice: *Contractus permutationum etc. quæ in scriptis fieri placuit, non aliter vires habere sancimus nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibus partium confirmata; et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo á partibus absoluta sint ut nulli liceat priús quam hæc ita præcesserint aliquod jus vindicare, vel id quod emptoris interest ei persolvere* (L. 17, Tít. 21, Lib. 4°, Cód.).

Art. 33. — L. 114, al medio, Tít. 18, Part. 3ª. [De Acevedo 1552°].

Art. 34. — Véase Proyecto de Goyena, art. 1202.

---

[28] El acto es nulo, ó carece de valor como un determinado acto jurídico (el que las partes se propusieron realizar): pero desde el momento que hay una manifestacion positiva y séria de la voluntad ó un acuerdo de voluntades sobre un asunto lícito, se ha formado un vínculo jurídico obligatorio, en virtud del cual los obligados deben ó llenar la forma legal ó convenida, ó satisfacer los daños y perjuicios que su renuncia ó desistimiento cause á la otra parte. Así lo exige tambien la consecuencia jurídica, como aparece de la comparacion de este artículo y el 1184 con los artículos 1186 y 1188, y lo tiene establecido para los contratos el 1189. Vé la nota 29 siguiente.

[29] Como nada se opone á la generalizacion de los artículos 1186 y 1188, relativos á los actos mas importantes y trascendentales de la vida civil, podemos establecer que el acto á que nuestro artículo se refiere, es nulo como un determinado acto jurídico, pero vale como obligacion de hacer (otorgar el instrumento público). Vé nuestra nota precedente.

No se opone á esto lo que en la nota 27 hemos dicho, porque si se arriba á la existencia del primitivo acto jurídico ó contrato, es á condicion de llenar préviamente la forma legal.

En este artículo y en el siguiente no se distingue bastante bien la *forma* de la *prueba*: vé final de la nota 89 al artículo 1185.

[30] En todo lo que fuere esterno y visible, no se reputa llenada la forma determinada para los instrumentos públicos y privados, si no consta de ellos mismos haber sido observada esa forma, no siendo admisibles pruebas estrínsecas: artículo 3629 y su argumento; y vé el 3645.

TÍTULO III

De los instrumentos públicos

[Vé arts. 12 y 951].

980. Art. 1°. — Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: —

1° Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, ó por otros funcionarios con las mismas atribuciones, [1] y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; [Vé arts. 998, 1212 nota, y 1011].

2° Cualquier otro instrumento que estendieren los escribanos ó funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado; [Vé art. 3130 y nota]. [2]

3° Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; [3]

4° Las actas judiciales, hechas en los espedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por órden del juez ante quien pasaron; [4]

5° Las letras aceptadas por el gobierno ó sus delegados, los billetes ó cualquier titulo de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas;

6° Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con espresion ó con la anotacion correspondiente de que pertenece al Tesoro Público;

7° Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales;

8° Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad á sus estatutos; [Vé art. 45].

9° Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones;

10° Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, ó en los registros

---

[1] Como son los diversos funcionarios que autorizan los testamentos (vé arts. 3638 á 3640, 3657, 3674 á 3691), las convenciones matrimoniales (art. 1224), las donaciones de que trata el artículo 1812, etc.

[2] Tal es, por ejemplo, la anotacion de una hipoteca por el oficial encargado de su registro: artículos 3140 y 3145. Son tambien instrumentos públicos las copias de esos documentos sacadas en la forma que prescribe la ley, como en los casos de los números 1° y 4°.

En cuanto á los despachos telegráficos, vé el artículo 1148, y la ley especial de la materia dictada en 1875.

[3] El Código de Comercio no le asigna la fuerza probatoria de instrumento público sinó en el caso previsto por su artículo 1187, en que el corredor autoriza la póliza de fletamento. El artículo 94, inciso 3° se limita á decir que el registro de los corredores podrá mandarse exhibir en juicio *para las investigaciones necesarias;* pero el artículo 192 n° 2° permite justificar los contratos *comerciales* por las notas de los corredores y certificaciones extraidas de sus libros.

[4] Las actuaciones judiciales de toda especie, dice la ley española de Enjuiciamiento Civil.

municipales, y las copias sacadas de esos libros ó registros. *De Freitas* 688° *n*°s 1 á 11. [Vé art. 179]. [5]

981. Art. 2°. — Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto á la naturaleza del acto, y que este se estienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones. *Aubry*, § 755 *n*° 1° *notas* 5ª *y* 6ª; *Freitas* 693° *n*°s 3° *y* 4°.

982. Art. 3°. — Son, sin embargo, válidos, los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito. *Freitas* 695° *n*° 2°. [6]

983. Art. 4°. — La falta en la persona del oficial público, de las cualidades ó condiciones necesarias [7] para el nombramiento á las funciones de que se encuentre revestido, no quita á sus actos el carácter de instrumentos públicos. *Aubry*, § 755 *nota* 4ª; *Freitas* 693° *n*° 2°.

984. Art. 5°. — Los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido ó reemplazado, despues que se le haya hecho saber la suspension, destitucion ó reemplazo, serán de ningun valor, pero son válidos los actos anteriores á la noticia de la cesacion de sus funciones. *Aubry, allí, nota* 2ª. [8]

985. Art. 6°. — El acto bajo firmas privadas, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el dia en que el juez ordenó la protocolizacion. [Vé art. 1027]. [9]

Art. 1°. — Véase Cód. Francés, art. 1317. — Sardo, art. 917 [léase 1411]. — Holandés, art. 1905. — De Luisiana, art. 2331 [léase 2231. De Goyena 1199°].

Art. 2°. — Véase L. 8ª, Tít. 18, Part. 3ª, y la nota de Gregorio Lopez [de Acevedo 1555°], Toullier, Tom. 8°, n°s 68 y 72. — Duranton, Tom. 13, n°s 22 y 26. — Aubry y Rau, § 755, n° 3°. — Bonnier, *Des Preuves*, n° 356. [De Aubry, allí].

Art. 3°. — *Error communis facit jus.* — L. 3ª, Tít. 14, Lib. 1°, Dig. [De Goyena 1203°].

Art. 4°. — Aubry y Rau, § 755, n° 2°. — Duranton, Tom. 13, n° 77. — Bonnier, *Des Preuves*, n° 334 [léase 354. De Aubry].

Art. 5°. — Aubry y Rau, § 755, n° 1°. — Duranton, Tom. 13, n° 75. — Bonnier, *Des Preuves*, n° 355. [Freitas 693° n° 2°].

---

[5] Se ha cometido una omision en no enunciar tambien las partidas de nacimientos y defunciones, que se hallan en idénticas condiciones que las de matrimonio, reproche de que la ley española de Enjuiciamiento Civil se halla exenta. Vé el número 2° del presente artículo, y los artículos 79 á 84 y 104 á 107.

Adviértase que la enumeracion que de los instrumentos públicos hace nuestro artículo es mas bien enunciativa que limitativa, y que existen varios otros que se hallan fuera de la nomenclatura. Vé artículo 985.

[6] El artículo 992 es análogo á este, y ambos constituyen una aplicacion del 930.

[7] Ú otra irregularidad en su nombramiento ó en la recepcion de su empleo, como la falta de juramento.

[8] En cuanto al renunciante, conserva su carácter hasta el momento en que se le hace saber la aceptacion de su renuncia, y hasta ese momento puede autorizar válidamente un instrumento en materia de su incumbencia; pues, este caso es completamente análogo á los que enumera el artículo.

[9] Solo desde entonces adquiere fecha cierta con relacion á los sucesores singulares y á

986. Art. 7°. — Son de ningun valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él y sus *parientes* [10] dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren solo por tener parte en sociedades anónimas, ó ser gerentes ó directores de ellas, el acto será válido.

987. Art. 8°. — Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado *las formas* prescritas por las leyes, bajo pena de nulidad. *Aubry*, § 755 *nota* 7ª. [11]

Art. 7°. — Bonnier, n° 357. [Aubry, allí, notas 3ª y 11].

---

terceros (art. 1036 y n° 3°): no le es aplicable por supuesto el artículo 994. y sus efectos respecto de terceros empiezan recien desde la protocolizacion, sin que pueda oponérseles como sucedidos anteriormente los actos y hechos referidos en el documento: vé artículos 995 y 996 con sus notas, y compara con lo que decimos en la nota al artículo 1028 citado.

Como la protocolacion de instrumentos privados presentados por sus otorgantes es un asunto de jurisdiccion voluntaria, una vez que conste al actuario la identidad de aquellos y tenga lugar la ratificacion en sus firmas, debe el Juez decretar la protocolacion. Salva la disposicion del artículo 1037, una simple carta podria tambien protocolarse.

Es entendido que la protocolacion no hace sinó dar fecha cierta al instrumento privado y asegurar su identidad, y fuera de esto ningun efecto puede tener contra los que no han intervenido en su formacion ó protocolacion.

La protocolacion de los testamentos tiene su legislacion especial (arts. 3692 á 3697). Vé artículo 1212 inciso 2° *Protocolar*, es incorporar ó glosar un documento en un registro público.

[10] Aunque la palabra *parientes* no tenga un alcance fijo (vé arts. 378, 398 n° 14, 3655, 3666, 3704 y 3709), y que ciertos artículos (938, 1115, 3479, 3749, etc) recuerden nominativamente á los *hijos* y *descendientes naturales*, de que podia colegirse que en los demás casos quedan estos escluidos, creemos que la interpretacion mas jurídica es la que por punto general comprenda en aquella palabra á los naturales *descendientes* ó *ascendientes*, y escluya á los *colaterales* (art. 365 inc. 1° y su arg.); salvo estudiar en cada caso la razon y objeto de la ley y guiarse por las demás reglas de interpretacion.

Opinamos, pues, que en el presente caso y en el análogo del artículo 3655 la prohibicion solo comprende á los ascendientes y descendientes naturales, porque las incapacidades son de estrictísima interpretacion y en la duda debe optarse por la validez (arg. de los arts. 982, 983, 992, 3290, 3291, 3699, 3735, etc.). Que si el otorgante ignoraba el parentesco, falta la razon de la ley, y el acto debe sostenerse, ya que el error de hecho es generalmente escusable (art. 930 y arg. de los arts. 992 y 3699). Lo mismo si el interés era ignorado (dicho art. 930).

Si el error es respecto al grado de parentesco, el acto seria nulo, pues difícilmente seria disculpable. Vé la nota del Dr. Velez á dicho artículo 3699.

Lo que decimos de los ascendientes y descendientes naturales, lo hacemos estensivo á los *afines*, ya porque tambien son parientes, ya por argumento de la disposicion análoga del artículo 3655 citado: aunque podria argüirse que en la duda debe estarse por la validez del acto.

Sensibles son estas omisiones en nuestro Código. Por lo demás, en el caso de este artículo como en los de los anteriores (981 y 984) la nulidad es *absoluta*: vé artículos 1045 y 1048, y lo que decimos bajo el 990.

[11] Ó con mas claridad: el instrumento público carece de validez como tal (vé artículo siguiente), si no se ha llevado en su otorgamiento alguna de las *solemnidades* prescritas por las leyes bajo pena de nulidad. Vé nuestra nota 6ª al artículo 1040.

Como el conjunto de esas prescripciones ó solemnidades constituyen la *forma* (art. 974),

988. Art. 9°. — El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, ó que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos estendidos bajo formas privadas. [12]

989. Art. 10. — El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno ó algunos de los co-interesados solidarios ó meramente mancomunados no lo firmasen, el acto seria de ningun valor para todos los que lo hubiesen firmado. *De Marcadé, allí.* [Art. 1002 inc. últ.]. [13]

Art. 9°. — Cód. Francés, art. 1318. — De Luisiana, art. 2232. — Napolitano, art. 1270. —Sardo, art. 1415. [De Goyena 1213°]. — Pothier, *Oblig.* n° 734. — Toullier, Tom. 6°, n° 24 [léase VIII, 134]. — Bonnier, n° 375. Pero un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdria, ni como acto bajo firma privada [podria valer, salvo lo dispuesto por los arts. 1022 á 1026], porque el escrito que no está firmado por él, no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La ley viene solo en auxilio del acto que las partes han podido considerar como tal.

Art. 10. — Marcadé, sobre el artículo 1318 [n° IV, § penúltimo]. — El consentimiento dado por las partes signatarias es entendido que es bajo condicion de que las partes no signatarias se obligarian tambien. Si esta condicion no se realiza, nada se habrá hecho. En contra, Toullier, Tom. 8°, n°s 135 á 137; Duranton, Tom. 3°, n° 72 [léase Tom. 13. De Marcadé, allí].

---

os impropio usar de esta palabra en plural, como lo hace nuestro artículo. Aubry y Rau dicen *formalidades.*

Los instrumentos públicos son, pues, nulos en razon de sus vicios esternos, cuando no tengan las solemnidades decretadas con pena de nulidad; tanto las comunes á cada clase de instrumentos, como las peculiares á cada uno de los actos jurídicos.

Podemos tambien agregar, generalizando la disposicion del artículo 3630, relativo á testamentos, que las formalidades inútiles ó superabundantes no vician los instrumentos públicos, que tengan las solemnidades decretadas bajo pena de nulidad; aunque tales formalidades inútiles no hayan sido llenadas con regularidad; y que así, si no obstante la intervencion ó asistencia de testigos incapaces, quedan todavia un número suficiente de testigos capaces, no se perjudicará la validez del instrumento.

La nulidad por defecto de forma no es preciso que esté decretada *espresamente* por la ley, y puede resultar de esta virtual ó *implícitamente.* Vé lo que decimos bajo el artículo 1038.

[12] Así, no les es aplicable el artículo 1022. El artículo 3672 contiene una disposicion análoga en la delicada materia de testamentos.

El instrumento público, por defectuoso que sea, si llena las condiciones de un instrumento privado, valdrá como tal.

Creemos que esta materia debe ser regida por las prescripciones sobre error de hecho y de derecho: vé artículos 924 y 930.

El artículo 704 de Freitas que estiende la disposicion de nuestro artículo á todo instrumento público nulo ó anulado, es falso á causa de su generalidad. Decimos lo mismo de la doctrina contenida en la nota del Dr. Velez.

[13] De otra manera, se acordaria á las partes no signatarias la estraordinaria facultad de rechazar ó de utilizar el acto, segun su interés ó capricho. Vé nota al artículo 1145.

Las firmas exigidas como esenciales son únicamente las de las partes que se obligan, y así en los contratos unilaterales como el depósito bastará la firma del deudor.

Cuando una parte no puede ó no sabe firmar, basta que el oficial público haga constar en el instrumento el hecho y su causa; mientras que el que no sabe ó no puede escribir su nombre, no puede estender un documento privado (art. 1013). Vé la nota 12 al artículo 1005, y respecto á los testamentos por acto público, vé artículos 3663 y 3664.

990. Art. 11. — Son anulables los instrumentos públicos, cuando algunas de las partes que aparecen firmadas en ellos, los arguyesen de falsos en el todo, ó en parte principal, ó cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras ó alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin. *Freitas* 700°, 702° *y* 703°. [Vé art. 1046 al fin]. [14]

991. Art. 12. — No pueden ser testigos en los instrumentos públicos, los menores de edad no emancipados, [15] los dementes, los ciegos, los que no tengan domicilio ó residencia en el lugar, las mujeres, los que no saben firmar su nombre, los dependientes del oficial público, [16] y los dependientes de otras oficinas que estén *autorizados* para formar instrumentos públicos, los parientes [17] del oficial público dentro del cuarto grado, los comerciantes fallidos no rehabilitados, [18] los religiosos y los que por sentencia estén privados de ser testigos en los instrumentos públicos. *De Freitas* 694°, *y Aubry,* § 755 *notas* 14 *y* 15. [19]

Art. 11. — Véase LL. 32, Tít. 11, Part. 5ª; 112 y 116, Tít. 18, Part. 3ª. — La ley 111 del mismo Título y Partida declara nulos los instrumentos públicos que estuviesen raidos, ó con enmendaturas en los nombres, tiempos, plazos, cantidades, fechas y lugar del acto. La ley supone que tales defectos no están salvados al fin y entonces indudablemente es nulo el acto.

---

[14] Si el acto jurídico que constata el instrumento es *anulable*, este tambien lo será : argumento artículo 1046.

La consecuencia en los principios exigiria que los instrumentos no fuesen *nulos*, sinó simplemente *anulables*, cuando los vicios que los afectan dependiesen de una particular investigacion : argumento de dicho artículo.

En vez de *borraduras* léase *testaciones*: vé nota 5ª al artículo 1002.

[15] No vemos razon bastante para que el menor de 22 años (art. 126) por el solo hecho de su casamiento (art. 131) quede habilitado para testificar.

Nada se dice de los sordo-mudos; pero es indudable que no puede ser testigo el sordo-mudo que no puede darse á entender por escrito, una vez declarada su incapacidad, y que en los demás casos la fuerza de su testimonio debe apreciarse segun las circunstancias de cada caso. Vé artículos 3710 y 3711.

[16] La inhabilidad de los dependientes del oficial público y de los dependientes de otras oficinas autorizadas para formar instrumentos públicos, á diferencia de las demás inhabilidades de nuestro artículo, no es general y absoluta, sinó especial y relativa á ese oficial público ó á la oficina otorgante.

En cuanto á la necesidad de saber firmar, vé nuestra nota 14 al artículo 1005.

[17] Vé nuestra nota 10 y el artículo 3709.

[18] No vemos razon bastante para inhabilitar al fallido, especialmente cuando la quiebra no ha sido declarada fraudulenta. Lo mismo Pardessus, *Derecho Comercial*, IV, 1313 ; Freitas 694°.

Los encausados, sentenciados ó condenados por delitos serian inhábiles con mas razon, y sin embargo por nuestro artículo no están escluidos. Vé la nota siguiente.

[19] Generalmente, los condenados á presidio ó á penitenciaria, en virtud de la interdiccion civil que esas penas llevan consigo, no pueden atestiguar. Vé los artículos 101 n° 2° y 107 del Código Penal de Corrientes y Buenos Aires, y á Aubry y Rau, § 755 nota 14,

Las leyes 7ª, Tít. 6°, y 1ª, Tít. 5°, Part. 7ª, y 8ª, Tít. 16, Part. 3ª, inhabilitan para ser testigos á todos los que incurren en infamia *de derecho*. Vé el *Derecho Criminal* del Dr. Tejedor, I, 125 á 127.

Nuestro artículo no es aplicable á los testigos testamentarios, los que tienen su legisla-

992. Art. 13. — El error comun sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto. *De Freitas* 695° *n°* 3°, *y Aubry, allí, nota* 17. [Art. 3699]. [20]

993. Art. 14. — Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo estendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo ó violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá. [21]

994. Art. 15. — El instrumento público hace plena fé hasta que sea argüido de falso, por accion civil ó criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, ó que han pasado en su presencia. *Aubry,* § 755 *n°* 2° *nota* 38. [Vé art. 3652].

Art. 14. — Merlin, *Répert. Verb. Temoin instrum.* § 2°, n° 8°. Si el oficial público ó los testigos instrumentales pudiesen, por sus declaraciones ulteriores, contradecir ó alterar el contenido de un acto, no habria derecho alguno seguro constituido por instrumento público. Cuando el acto espresa que el precio de la venta ha sido mil pesos, por ejemplo, no podria jamás argüirse, con la declaracion del oficial público ó de los testigos, que hubo una equivocacion en la designacion del precio. No se sabria cuando hablaban la verdad; si cuando bajo su firma asentaron lo que consta del acto, ó cuando ante el juez declaran que aquello no era cierto.

Por otra parte, cuando las partes hacen estender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que mas tarde no venga á ser el orígen de un proceso. Al lado de este deber de órden público, está la sancion de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan formas al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes.

Otra es la cuestion entre los jurisconsultos franceses. Si se puede admitir prueba de testigos contra lo que conste de un acto escrito, Justiniano ya lo habia resuelto en dos leyes terminantes: « *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur adversus scripturam, interrogari non possunt.* » ([Paulus] Lib. 5°, Tít. 15, § 4°). La Ley 1ª [Tít. 20, Lib. 4°], Cód. *De Testibus* anuncia la misma idea, *contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur.*

Mourlon ha escrito una monografía que se halla en el Tom. 4°, pág. 114 de la *Revista Crítica*, demostrando que la prueba testimonial no puede ser admitida aunque los testigos no sean los del instrumento, contra el contenido de los actos escritos, ni sobre lo que no esté comprendido en ellos. [Vé Cód. Com. 394°; Cód. Francés 1341° inc. 2°].

Art. 15. — L. 114, Tít. 18, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 1319. — Sardo, art. 1416. — De Luisiana, art. 2233. — Napolitano, art. 1271. [De Goyena 1201°]. — Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de estender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes ó el que otorga el acto estaba en su

---

cion peculiarísima en los artículos 3698 á 3711; pero no hay razon para que haya entre ellos tan poca congruencia y armonía, en su letra y aun en su fondo, respecto á ciertas inhabilidades. Por una simple referencia se habrian economizado varios artículos y evitado en gran parte esos defectos. Se vé que esos artículos no han sido confrontados. Vé nuestras notas á los artículos 999, 1000 y 3656.

Los artículos 3698 inciso 2°, 3700, 3702 y 3705 tienen tambien aquí aplicacion. Vé nuestra nota 11.

[20] Vé nuestras notas 6 y 11.

[21] Salvo si á pesar de ello queda un número suficiente de testigos: vé nuestra nota 11.

Muy sábia es la disposicion de nuestro artículo, y debemos estenderla á los testigos de un instrumento privado. *Eadem est ratio.*

Ninguna de las doctrinas sobre esta materia espuestas por Bonnier (n° 645, 4ª edicion, 1873) nos parece acertada; y ese autor no acierta á formular conclusiones fijas en medio de la gran discrepancia de opiniones.

995. Art. 16. — Los instrumentos públicos hacen plena fé, no solo entre las partes, sinó contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimiento, etc., contenidos en ellos. *Aubry, allí, n 2°.* [22]

996. Art. 17. — Los instrumentos públicos hacen plena fé de las enunciaciones de hechos ó actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no solo entre las partes sinó tambien respecto de terceros. *De Aubry, allí, n° 3° nota 47.*

997. Art. 18. — El contenido de un instrumento público puede ser modificado ó quedar sin efecto alguno por un contra-instrumento público ó privado que los interesados otorguen; pero el contra-documento privado no tendrá ningun efecto contra los sucesores á título singular, ni tampoco lo tendrá la contra-escritura pública si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero. *De Goyena* 1214°, *y Marcadé, allí.* [Vé art. 961]. [23]

pleno juicio, esta asercion no hace plena fé, y admite prueba en contra. [Bonnier, n° 391. Vé nota al art. 3618].

Art. 16. — Marcadé, Tom. V, § 140. — Bonnier, n° 392. — Es entendido que es de aquellas cosas de que el oficial público ha adquirido certidumbre por sí mismo y que tenga mision de comprobar. — La *fe* debida á los instrumentos públicos es la misma para todos; pero no así sus *efectos*, es decir, los derechos y las obligaciones que hace nacer el acto. [De Marcadé, al art. 1319 n° II].

Art. 17. — Cód. Francés, art. 1320. — Sardo, art. 1417. — Holandés, art. 1908. — Napolitano, art. 1272. — De Luisiana, art. 2235. — Aubry y Rau, § 755, n° 3°. Así, si en el instrumento se dice que los réditos de un capital han sido pagados hasta un tiempo determinado, esta ó iguales enunciaciones merecen la misma fé que lo que se diga sobre la obligacion principal. — Véase Gregorio Lopez á la L. 32, Tít. 11, Part. 5ª. — Marcadé, sobre el artículo 1320. — Bonnier, n° 393. [De Goyena 1213°, y Aubry, allí].

Art. 18. — El contra-documento es un acto destinado á quedar secreto, que modifica las disposiciones de un acto ostensible. En presencia de estas dos disposiciones contrarias, la una verdadera pero ignorada, y la otra falsa pero la única conocida, la ley debe declarar que los efectos del acto ostensible podrán siempre ser invocados por los sucesores singulares. Cuando yo he comprado la casa de Pablo, y reconozco por un acto, que queda reservado, que la venta ha sido fingida, esta declaracion no podrá tener ningun efecto contra mis sucesores singulares en aquella casa; y si deslealmente la vendo ó la hipoteco, el que la hubiese adquirido de mí, conservaria á pesar del contra-documento, el derecho que habria adquirido como si mi dominio aparente en la cosa hubiese sido positivo. Marcadé sobre el artículo 1321. — Bonnier, *Des preuves*, desde el número 396 trata estensamente de los contra-documentos, y de su importancia jurídica.

---

[22] Como es posible que intervenga simulacion en tales hechos, lo que en nada ofende la fé debida á un acto auténtico, las partes pueden alegarla y probarla por todos los medios de prueba admitidos. Es una doctrina y jurisprudencia constantes. Vé el artículo siguiente y el 961.

[23] El artículo 1195, como comprendido en el presente, es inútil.

El acto jurídico escriturado puede tambien ser modificado ó quedar sin efecto por un convenio verbal, aunque deba probarse por los medios admitidos y no pueda oponerse á tercero: todo con las limitaciones resultantes del artículo 1185.

Forzoso es convenir que ni este artículo ni Goyena guardan congruencia con las prescripciones del artículo 1185 citado (tomado tambien de Goyena), y especialmente con su número 10, segun los cuales el acto ó contrato constante en una escritura pública no puede ser modificado ó derogado sinó por otra escritura pública.

Así es que parece que no debe importar el conocimiento que el sucesor á título singular adquiera de la modificacion ó derogacion hecha en el instrumento privado, especialmente si le ha sido ocultada. *Lex non distinguit.* En contra, Aubry, § 755 nota 52.

TÍTULO IV

De las escrituras públicas [1]

998. Art. 1°. — Las escrituras públicas solo pueden ser hechas por escribanos públicos, ó por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones. *Freitas* 705°. [Art. 980 n° 1°].

999. Art. 2°. — Las escrituras públicas deben ser hechas por el mismo escribano en el libro de registros que estará numerado, rubricado ó sellado segun las leyes en vigor. Las escrituras hechas por los escribanos públicos que no estén en el protocolo, no tienen valor alguno. *De Freitas* 706°. [Vé art. 1006].

1000. Art. 3°. — Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional. Si las partes no lo hablaren, la escritura debe hacerse en entera conformidad á una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fé del acto, y del reconocimiento de las firmas, si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrase. La minuta y su traduccion deben quedar protocolizadas. *De Freitas* 709°. [2]

1001. Art. 4°. — Si las partes fueren sordo-mudos ó mudos que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad á una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fé del hecho. Esta minuta debe quedar tambien protocolizada. *Freitas* 710°. [4]

Art. 1°. — Por el Derecho Español habian oficiales públicos que solo ellos podian estender escrituras relativas á las cosas municipales, y se llamaban escribanos de Cabildo. Los archiveros públicos son tambien como escribanos públicos, los únicos que pueden dar copias en forma, de los actos que se hallen en los archivos públicos. Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales.

Se llama escritura *matriz*, la que estiende el escribano en el libro de registros que los romanos llamaban *protocolo*, el cual segun las leyes de Partida y Recopilacion debe siempre quedar en poder del escribano sin entregarse nunca á las partes. La copia sacada de esta escritura, se llama *original*, y en los casos en que es permitido sacar copia del original, la copia se llama *traslado*.

---

[1] Como las escrituras públicas constituyen una especie de los instrumentos públicos (art. 980 n° 1°), aunque la mas comun é importante, les son por supuesto aplicables todas las disposiciones del Título precedente.

[2] Pero ni esta disposicion ni las siguientes hasta el artículo 1006 inclusive (con escepcion del art. 1003), relativas al otorgamiento de escrituras públicas, puede hacerse estensivas á los testamentos por acto público que tienen su legislacion peculiar (arts. 3653 á 3665) : vé arts. 1003 y 3656.

Por el contrario, los artículos 1007 á 1012 pueden estenderse sin inconveniente á los testamentos, pues no son relativos al otorgamiento mismo de la escritura, sinó á la espedicion de cópias despues de otorgada.

[3] Esta prescripcion es mucho mas acertada que la del artículo 3665, referente al testamento por acto público. No vemos razon bastante para esta diversidad de disposiciones sobre un caso idéntico. Nosotros habríamos autorizado ambas formas en el testamento, pues la del artículo 3665 citado puede ser de inapreciable ventaja para el que no sepa ó pueda escribir.

Vé nuestra nota 4 siguiente.

[4] Y entónces, ¿qué razon hay para privar al desgraciado mudo del derecho de testar

1002. Art. 5°. — La escritura pública debe espresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio ó vecindad, el lugar, dia, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier dia, aunque sea domingo ó feriado, ó de fiesta religiosa. El escribano debe dar fé de que conoce á los otorgantes, y concluida la escritura debe leerla á las partes, salvando al final de ella lo que se haya escrito entre renglones, y las *testaduras* que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe [5] firmar debe hacerlo á su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, [6] debe ser firmada por los interesados en presencia de dos testigos, cuyos nombres constarán en el cuerpo del acto, [6] y autorizada al final por el escribano. *De Freitas* 712° *á* 714°. [Vé arts. 1016, 989 y 991].

1003. Art. 6°. — Si el escribano no conociere las partes, estas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fé que los conoce. *Freitas* 712° *n°* 4°. [7]

1004. Art. 7°. — Si los otorgantes fuesen representados por procuradores, el escribano debe espresar que se le ha presentado el respectivo poder, trascribién-

Art. 5°. — L. 1ª, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 54, Tít. 18, Part. 3ª.

Art. 6°. — L. 1ª, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec.

---

por acto público, derecho que no se niega al ciego? (arts. 3653 y 3654). Ninguna, como lo establecemos bajo el primero de esos artículos.

[5] Lo mismo será si *no puede* (art. 1005). En la nota al artículo 3664, el Dr. Velez dice que *está ordenado* que cuando, al otorgarse un documento, una parte no sepa ó no pueda firmarlo, el escribano consigne la declaracion del otorgante de que no sabe ó no puede hacerlo y el motivo por qué no puede, y así deben practicarlo los escribanos, aunque la omision no invalidaria el acto: vé dicho artículo 1005.

La palabra *testaduras*, por testaciones, no se encuentra en los diccionarios, pero es muy usada en derecho español.

[6] Y cualquiera otra cantidad, como disponen las leyes generales, las que deben ser observadas por los escribanos, en cuanto no se opongan á los Códigos nacionales, pues legislando ese Título una materia que corresponde tambien á las leyes adjetivas, conservan aquellas su fuerza obligatoria: vé artículo 999.

La escritura debe ser firmada por los testigos, aunque ni esto ni lo que precede es esencial á su validez (art. 1005). Si los testigos no firman, se dará márgen á frecuentes dudas y pleitos, y esto era necesario prevenir con la pena de una fuerte multa al Escribano, ya que no con la de nulidad.

[7] Estos testigos pueden ser los mismos de la escritura, con tal que el escribano los conozca, pues la ley no requiere que sean distintos. Es evidente que ninguno de los interesados podria atestiguar al respecto. Es indudable tambien que estas disposiciones son estensivas á la identidad del que testa por acto público. Pero la falta á esta exigencia no induce la nulidad del instrumento (art. 1005); con mas razon, si la prueba testimonial sobre la identidad de los otorgantes se reemplaza con algun otro medio probatorio.

La disposicion del artículo 3701 no puede hacerse estensiva á toda escritura pública. Aquí y en dicho artículo, la palabra *pueden* parece ménos propia que la de *deben*.

dolo en el libro del registro junto con la escritura. [8] Lo mismo debe hacer cuando las partes se refieren á algun otro instrumento público. [9] *Pero* si los instrumentos estuviesen otorgados en el registro del escribano, bastará que este dé fé de hallarse en su protocolo, indicando la foja en que se encontraren. *De Freitas* 712° *n°* 5°, 713° *n°* 3°, *y* 722°. [10]

1005. Art. 8°. — Son nulas las escrituras que no tuviesen la designacion del tiempo [11] y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, [12] la firma á ruego de ellas cuando no saben ó no pueden escribir, las procuraciones *ó* [13] documentos habilitantes y *la presencia* de dos testigos [14] en el acto. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, [15] pero

---

[8] Del artículo 1941 inciso 1° y del 1005, en las palabras *procuraciones* ó DOCUMENTOS HABILITANTES, se colige que deben tambien insertarse estos, cuando el otorgante sea un representante necesario (vé art. 57).

El poder no se *trascribe* en el protocolo *junto con* la escritura, como dice nuestro inciso, sinó que se le inserta en la misma escritura. Vé artículo 1185 n° 7°.

[9] Cuando se haga referencia á un instrumento *privado*, como parte integrante de la escritura, y los otorgantes pidan su insercion, los escribanos deben tambien insertarlo; y aun convendria que lo hiciesen, aunque no lo pidan, desde que no se opongan á ello.

[10] ¿Y si omiten dar esa fé, ó por lo ménos indicar la foja del protocolo en que el instrumento se encuentra, será nula la escritura? Creemos que será válida, siempre que pueda justificarse en oportunidad la existencia de ese instrumento, presentando un testimonio en forma de él. Vé el artículo siguiente.

[11] Si no se designa el dia, aunque se diga el mes y año del otorgamiento, la escritura es nula, á no ser que aquel quede fijado virtualmente por la escritura anterior y la posterior del protocolo.

[12] La firma debe ser escrita en caractéres alfabéticos y no puede ser reemplazada por signos, ni el apellido puede ser escrito con una inicial. Sin embargo, es bastante una firma irregular ó incompleta, si es la acostumbrada en los actos públicos y privados: argumento de los artículos 1013 inc. 2°, y 3635 inc. 1° y último. Vé nuestra nota al artículo 1013.

[13] Procuraciones y documentos habilitantes, dice Freitas, y al usar nuestro artículo de la conjuncion *ó*, parece significar la sinonimia de esas palabras. Vé notas 8 y 10.

[14] Ni aqui ni en el inciso último del artículo 1002 se exige la firma y sí solo la *presencia* de los testigos, como solemnidad esencial á la forma y validez de la escritura. Freitas exige no solo las firmas, sinó que el Escribano las mencione (art. 728, n° 7°). Vé la nota siguiente.

Ya que no es esencial que firmen, el artículo 991 debió contentarse con que los testigos supieran leer, aunque no supieran firmar su nombre.

[15] Aunque en el artículo no se diga, es evidente que es esencialísimo que conste *el objeto* del acto jurídico que se otorga (art. 1002, inc. 2°). Freitas requiere que conste *su naturaleza*, y exige como esencial el nombre de los testigos (vé dicho art. 1002, inc. último), y debiera serlo efectivamente cuando no firman al pié de la escritura (nota 14); pero segun nuestro artículo, el instrumento valdría aunque los testigos no se hallasen nombrados en él. En contra las leyes 54, 111 y 114, Tít. 18, Part. 3ª.

Nuestro inciso se refiere á las *formalidades comunes* á las escrituras públicas en general, que se hallan determinadas en los artículos 1002 á 1004; pero no toca á los artículos 999 á 1001 y 1006, cuya infraccion inducirá siempre nulidad, y se aplicará en su caso el artículo 990.

los escribanos ó funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de trescientos pesos. *De Freitas* 728° *y* 729°.

1006. Art. 9°. — Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde segun el órden cronológico debia ser hecha. *Freitas* 730°. [16]

1007. Art. 10. — El escribano debe dar á las partes que lo pidiesen, copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado.

1008. Art. 11. — Siempre que se pidieren otras copias por haberse perdido la primera, el escribano deberá darlas; pero si en la escritura, alguna de las partes se hubiese obligado á dar ó hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorizacion espresa del juez.

1009. Art. 12. — Toda copia [17] debe darse con prévia citacion de los que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz. Si se hallasen ausentes, el juez puede nombrar un oficial público que se halle presente al sacarse la copia.

1010. Art. 13. — Si hubiera alguna variacion entre la copia y la escritura matriz, se estará á lo que esta contenga. *Goyena* 1215°, § 2°.

1011. Art. 14. — La copia de las escrituras de que hablan los artículos anteriores hacen plena fé como la escritura matriz. *Goyena* 1215°, § 1°. [Art. 980 n° 1°].

1012. Art. 15. — Si el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existia, ó que se ponga en el registro para servir de original, [18] el juez puede ordenarlo con citacion y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raida ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente. [Vé art. 990]. [19]

—

TÍTULO V

De los instrumentos privados

1013. Art. 1°. — La firma de las partes es una condicion esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos

Art. 10. — L. 10, Tít. 19, Part. 3ª. [De Acevedo 1572° n° 1].

Art. 11. — L. 5ª, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec.

Art. 13. — Véase L. 8ª, Tít. 19, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 1334. — Sardo, art. 1442. — Holandés, art. 1925. [De Goyena, allí].

Art. 14. — LL. 10 y 11, Tít. 19, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 1334 [léase 1335, n° 1]. — Sardo, art. 1442. — Holandés, art. 1925. [De Goyena, allí].

Art. 15. — L. 13, Tít. 19, Part. 3ª.

---

[16] Este artículo debió formar parte del 999.

[17] Quiere referirse á la copia que solo por mandato judicial puede darse. Vé artículo anterior.

[18] Aunque con ménos propiedad se le denomina técnicamente *matriz*. Nota del Doctor Velez al artículo 998.

[19] Puede compararse con Goyena, 1216°, y con Freitas, 723° y 724°.

ni por las iniciales de los nombres ó apellidos. *De Aubry*, § 756 *notas* 2 *y* 3, *y* § 666 *nota* 1ª. [Vé arts. 1015, 1031, 1193 y nota al 917]. [1]

1014. Art. 2°. — Cuando el instrumento privado se hubiese hecho en varios ejemplares, no es necesario que la firma de todas las partes se encuentre en cada uno de los originales; basta que cada uno de estos, que esté en poder de una de las partes, lleve la firma de la otra. *Aubry, allí, nota* 29. *Freitas* 744°. [2]

1015. Art. 3°. — Ninguna persona puede ser obligada á reconocer un instrumento que esté solo firmado por iniciales ó signos: pero si el que así lo hubiese fir-

Art. 1°. — El art. 1428 del Cód. Sardo da la misma fuerza á la señal que á la firma. Zachariæ, § 590, nota 3ª. — Merlin, *Rép. Verb. Signature.* [De Goyena 1204° y Aubry, allí].

Art. 2°. — Merlin, *Rép. Verb. Double écrit*, n° 6. — Toullier, Tom. 8°, n° 344. [De Aubry, § 756]. — Zachariæ, § 590 [nota 11].

---

[1] La firma no puede ser reemplazada por las iniciales del nombre y apellido; pero no es dudoso que el nombre puede representarse por una simple inicial, como es de práctica frecuente, y aún suprimirse completamente. Valdrá tambien la firma con el solo nombre sin apellido ó con la inicial de este, cuando así se acostumbra firmar ó cuando se escriba entre parientes ó personas de intimidad: aún bastará poner el sobrenombre ó apodo, si era la manera habitual de hacerlo.

La falta de la rúbrica que el otorgante usaba siempre ó muchas veces, no anularia por sí sola el acto, y solo habría una presuncion contra la verdad de la firma. La circunstancia de que el instrumento sea de la misma letra del otorgante es muy importante para desvirtuar el defecto ó la irregularidad en la manera de firmar. Vé nuestra nota 12 al artículo 1005.

Se deduce de nuestro artículo que quien no sepa ó pueda firmar, es decir, escribir su nombre (sepa ó no leer y escribir) no puede otorgar un instrumento privado válido, aunque hiciera guiar su mano por otra persona. Esto sin perjuicio de que podrá validarse por un reconocimiento voluntario posterior (arg. art. 1015). El acto valdrá en todo caso si se hubiese ocurrido á este espediente, solo para obviar á la inseguridad del pulso. Compara con el artículo 192 n° 3° del Código de Comercio.

Si la firma es escrita por mano de otra persona, por cualquier causa que sea, el acto es nulo, y se ha juzgado que tal nulidad es absoluta é inconfirmable (vé art. 1018).

La firma se coloca al pié del escrito, y lo escrito en seguida carece de valor, si no está firmado: argumento de los artículos 3617 á 3649.

Fuera de la firma, absolutamente ninguna otra condicion es exigida, salvo lo dispuesto por el artículo 1022; pero las circunstancias inusitadas y estraordinarias pueden utilizarse como una presuncion contraria. Vé el artículo 1021.

Nuestro artículo dice *la firma de las partes*, es decir, de las partes que se obligan. Compara con el artículo 989.

Cuando el acto es válido aunque esté en un solo ejemplar (vé arts. 1022 á 1026), la falta de la firma de uno solo de los obligados, lo anularía: argumento artículos 989 y 1014. No hablamos de la validez ó nulidad de la obligacion misma, sinó del instrumento privado.

Lo que está dispuesto en el artículo 989 debe estenderse con mas razon á esta clase de instrumentos, que no tienen mas condicion y garantía que la firma.

Los anotadores de Zachariæ creen, sin embargo, que la cuestion debe resolverse segun las circunstancias de cada caso: nota 2ª al § 590, que debe compararse con la nota 8ª al § 589.

En el caso del artículo siguiente, se permite que falte la firma del poseedor del documento, con tal que figuren las de las demás personas obligadas.

[2] Vé la nota precedente al fin.

mado lo reconociera voluntariamente, las iniciales ó signos valen como la verdadera firma. [Vé arts. 1028, 1032 y 1037]. [3]

1016. Art. 4°. — Los instrumentos privados pueden ser firmados en cualquier dia, aunque sea domingo, feriado ó de fiesta religiosa. *Freitas* 739°. [Vé art. 1002 inc. 1°].

1017. Art. 5°. — La firma puede ser dada en blanco ántes de la redaccion por escrito. Despues de llenado el acto por la parte á la cual se ha confiado, hace fé siendo reconocida la firma. *Aubry*, § 756 *nota* 5.

1018. Art. 6°. — El signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones ú obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intencion de hacer ó de *contratar*. [4] Esta prueba no puede ser hecha con testigos. *De Aubry, allí, nota* 6. [5]

1019. Art. 7°. — La nulidad de las declaraciones ú obligaciones del signatario del acto que el juez decretare en virtud de la pruebas dadas, no tendrá efecto respecto de terceros que por el acto escrito hubiesen contratado de buena fé con la otra parte. *De Aubry y Rau*, § *citado, nota* 7. [é art. 1936]. [6]

1020. Art. 8°. — Las disposiciones de los dos artículos anteriores no se aplican al caso en que el papel que contenga la firma en blanco hubiese sido fraudulentamente sustraido á la persona á quien se hubiese confiado, y llenádose por un tercero contra la voluntad de ella. La prueba de la sustraccion y del abuso de la firma en blanco puede ser hecha por testigos. [7] Las convenciones hechas con terceros por el portador del acto no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fé. *Aubry, allí, nota* 8. [8]

1021. Art. 9°. — Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial.

Art. 5°. — Toullier, Tom. 8°, n° 267 [léase 265]. — Aubry y Rau, § 756 — Bonnier, n° 548. [De Aubry, allí].

Art. 7°. — Toullier, lugar citado. — Aubry y Rau, lugar citado.

Art. 8°. — Toullier, Tom. 8°, n° 265. — Aubry y Rau, § 756. — El abuso cometido con la firma en blanco por otra persona que aquella á quien se ha confiado el acto, no constituye un simple delito de abuso de confianza, sinó un delito de falsedad, cuyas consecuencias no debe soportar el signatario en blanco, pues ese crímen no es el resultado de un mandato que él hubiese dado al que lo ha cometido.

---

[3] Su reconocimiento subsana el defecto, disipando los justos temores del legislador: artículo 1013.

[4] *Contratar* obligaciones, en vez de *contraer* obligaciones, es un galicismo muy frecuente en nuestro Código: vé nuestra nota 2ª, hácia el artículo 495.

[5] Salvo si existe un principio de prueba por escrito: artículos 1192 á 1194 y su argumento. Vé nuestro artículo 1020.

[6] El artículo 997 contiene una disposicion análoga.

[7] Sin necesidad de que exista un principio de prueba por escrito: vé artículo 1192.

[8] Si estos terceros han recibido algo con motivo del negocio y lo han consumido de buena fé, parece que no estarán obligados á su restitucion: artículos 738 inciso 2°, 1056 y su argumento.

Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen mas convenientes. [9]

1022. Art. 10. — Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales [10] deben ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto. *Cód. Francés* 1325° *inc.* 1°.

1023. Art. 11. — La disposicion del artículo anterior puede dejarse sin aplicacion cuando una de las partes, ántes de la redaccion del acto ó en el momento de la redaccion, llenare completamente las obligaciones que el acto le impusiera. *Aubry, allí, nota 23.*

1024. Art. 12. — El defecto de redaccion en diversos ejemplares, en los actos perfectamente bilaterales no anula las convenciones contenidas en ellos, si por otras pruebas [11] se demuestra que el acto fué concluido de una manera definitiva. *Aubry, allí, nota* 33.

1025. Art. 13. — La ineficacia de un acto bilateral por estar hecho en un solo ejemplar, [12] se cubre por la ejecucion ulterior, sea total ó parcial, de las convenciones que contenga; pero si la convencion no hubiese sido ejecutada sinó por una de las partes, sin que la otra hubiese concurrido ó participado en

Art. 9°. — Zachariæ, § 590, nota 4ª. [Aubry, allí, notas 9 y 10].

Art. 10. — Zachariæ, lugar citado, nota 10. — Bonnier, n° 561 y siguientes.

Art. 11. — Zachariæ, § 590, nota 6ª. — Troplong, *Venta*, n° 114. — Marcadé, sobre el artículo 1325. [Citas de Massé y Vergé, allí].

Art. 12. — Marcadé, sobre el artículo 1325. — Zachariæ, § 590.

---

[9] El artículo 1022 y el testamento ológrafo presentan las únicas escepciones. Vé el final de la nota 1ª y el artículo 3641.

[10] El artículo 1139 define las convenciones ó contratos *bilaterales,* y en la nota al artículo 3259 se dice que el anticrésis no es un contrato *perfectamente* bilateral. Se llama bilateral *perfecto*, cuando obliga inmediata y necesariamente á los contratantes á prestaciones recíprocas, como la compra, locacion, sociedad, transaccion, particion, etc. *Imperfecto*, cuando solo una de las partes queda obligada desde luego, y que la obligacion de la otra parte depende de circunstancias accidentales, posteriores á la formacion del contrato, como sucede en el mandato y depósito, *cuando son gratuitos*, en el comodato. Vé á Goyena 975°, y Acollas, II, pág. 739.

Cuando las circunstancias del contrato, hagan dudosa su clasificacion, creemos que debe juzgársele *imperfectamente* bilateral, á fin de mantener su validez. Vé la nota 13.

[11] Que segun los artículos 1191 á 1194 sean admisibles. Este artículo debió preceder al 1026.

El ejemplar único es un principio de prueba escrita. Demolombe ha escrito mucho (XXIX, 425 á 435) en contra de esto y de nuestro artículo, suponiendo equivocadamente que el artículo 1325 francés trata de la eficacia del acto jurídico y no de su prueba simplemente. Sus razones todas no resisten al exámen.

[12] Ó mas propiamente: «El defecto del número necesario de originales se cubre, etc.» Vé artículos 1022 á 1024.

El 1061 no suministra precisamente la razon de esta disposicion, que se funda mas bien en que la ejecucion demuestra que el acto jurídico estaba del todo perfecto.

la ejecucion, el vicio del acto subsistirá respecto de esta parte. *Aubry, allí, nota* 37. [13]

1026. Art. 14. — El depósito de un acto bilateral que solo esté redactado en un ejemplar en poder de un escribano ó de otra persona encargada de conservarlo, efectuado de comun acuerdo por ambas partes, purga el vicio del acto. [14] Si el depósito no hubiese sido hecho sinó por una parte, la irregularidad no será cubierta sinó respecto de ella. *Aubry, allí, nota* 41. [15]

1027. Art. 15. — El instrumento privado reconocido judicialmente [16] por la parte á quien se opone, ó declarado debidamente reconocido, [17] tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores. *De Goyena* 1204°; *Cód. Francés* 1322°. [18]

1028. Art. 16. — No serán admitidos al reconocimiento los instrumentos privados, siempre que los signatarios de ellos, aunque *fueren* capaces al tiempo de firmarlos, no lo *hubieren sido* al tiempo del reconocimiento. *Freitas* 751°. [19]

Art. 14. — Aubry y Rau, § 756. — Zachariæ, § 590, nota 14. [Véase á sus anotadores].

Art. 15. — L. 119, Tít. 18, Part. 3ª. — L. 4ª, Tít. 28, Lib. 11, Nov. Rec. [De Goyena, allí]. — Bonnier, n° 567, aún respecto de terceros.

---

[13] Parece que en este caso hay solo una nulidad relativa (art. 1049), mientras que en los demás casos de falta de número de ejemplares la nulidad seria absoluta.

Debemos decir lo mismo del inciso último del artículo siguiente.

[14] El acto adquiere así una especie de autenticidad, y cada parte puede obtener una copia de él, que le sirva de prueba. Con mas razon, la protocolacion pedida por ambas partes purgará el vicio del acto, pues trueca el instrumento privado en público (art. 985).

[15] Por cuenta de ambas, entiéndase, mas no cuando es con el simple propósito de conservarla. Vé la nota 13.

[16] Si el contenido de un instrumento privado es reconocido é inserto en uno público, se tratará mas bien de la eficacia probatoria de este que la de aquel. Si lo fuere en otro instrumento privado, será preciso el reconocimiento de este, sin perjuicio de traer al exámen y reconocimiento el primero, si es necesario.

[17] *Por* reconocido, debe leerse, como traen los Códigos y lo exige la propiedad.

[18] ¿Desde cuándo? ¿desde su fecha ó desde el reconocimiento? *Entre las partes y sus herederos*, parece que debe ser desde su fecha, salvo su derecho á atacar la que sea simulada: argumento del artículo 1035.

Si el instrumento privado adquiere autenticidad por la protocolacion, aun respecto de terceros, desde el dia en que el juez ordenó esa protocolacion, existe igual sinó mayor razon, para acordar el mismo efecto al instrumento privado judicialmente reconocido. Vé artículo 1035. Los artículos 995 y 996 le serán, pues, aplicables. Pero esto y nuestro artículo debe entenderse con sujecion á los artículos 1186 á 1189.

[19] El ausente declarado no podrá efectuarlo; y en cuanto á los locos y á los sordomudos, que no saben darse á entender por escrito, se comprende perfectamente; y esto, aunque no hayan sido judicialmente declarados por tales: vé artículo 54 n°s 3° y 4°, etc.

¿Pero la falencia, la profesion religiosa y el matrimonio de la mujer, sobrevinientes, impedirán el reconocimiento? La equidad y la justicia exigen una solucion negativa, especialmente en relacion al religioso y á la mujer casada (salvo autorizacion competente:

1029. Art. 17. — El reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede tambien reconocido. *De Freitas* 753°.

1030. Art. 18. — La prueba que resulta del reconocimiento de los instrumentos privados es indivisible y tiene la misma fuerza contra aquellos que los reconocen, que contra aquellos que los presentaren. *Freitas* 759°. [20]

1031. Art. 19. — Las notas escritas por el acreedor en el márgen ó á continuacion de un instrumento privado, existente en poder del *deudor*, [21] si estuviesen firmadas por él, probarán para desobligar al deudor y nunca para establecer una obligacion adicional. *Freitas* 769°.

1032. Art. 20. — Todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado, firmado por él, está obligado á declarar si la firma es ó no suya. *Goyena* 1205°, § 1°; *Cód. Francés* 1323° *inc.* 1°. [Vé arts. 1015, 1037 y nota al 920].

1033. Art. 21. — Los sucesores del que aparece firmado pueden limitarse á declarar que no saben si la firma es ó no de su autor. *Cód. Francés* 1323° *inc.* 2°; *Goyena* 1205°, § 2°.

1034. Art. 22. — Si el que aparece firmado negare su firma, ó los sucesores de él declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparacion de letra.

Art. 20. — L. 119, Tít. 18, Part. 3ª; LL. 1ª y 2ª, Tít. 9°, Lib. 11, Nov. Rec. — Cód. Francés, art. 1323. — Holandés, art. 1913. — Sardo, art. 1429. — De Luisiana, art. 2240. [De Goyena, allí].

Art. 21. — Los artículos de los Códigos estrangeros citados en el artículo anterior y L. 1ª, Tít. 6°, Lib. 2°, Fuero Real. [Acevedo 1559° inc. 3°, etc.].

---

vé arts. 188 y 194). Digamos, pues, que el artículo no se refiere á la incapacidad relativa. El peligro de las antidatas se salva con la disposicion del artículo 1035.

De todos modos es indudable que tratándose de actos que el fallido (vé arts. 1534 inc. 2° y 1538 del Cód. de Comercio), ó la mujer casada (vé arts. 190 y 191 del presente Código), están habilitados para practicar, lo estarán igualmente para parecer en juicio y reconocer su firma.

En nuestro artículo debe leerse « aunque *hubiesen sido* capaces..... no lo *fuesen*. »

[20] No le aprovechará, pues, la reserva ó protesta del que presente el instrumento, de que no le acepta sinó en la parte que determina ó en lo que le sea favorable.

[21] Todos los Códigos (Francés 1332° inc. 1°; Chileno 1705° inc. 1°; Goyena 1212° inc. 1°, etc.) y el mismo Freitas se refieren al instrumento privado existente en poder del mismo *acreedor*, autor de esas notas. Así, el sentido del artículo aparece perfecto, y lo mas regular es que el documento del crédito se halle en manos del acreedor y no en las del deudor. En el artículo 3378 se pone *acreedores* en vez de *deudores*, y estos errores son frecuentes en el Código ; si bien la estructura de nuestro artículo se presta poco á considerar que hay aquí un error de copia ó de tipografía.

Goyena, Freitas y el Código Chileno aplican tambien aquí el artículo 1030; lo que no es dudoso.

En Goyena, y especialmente en Aubry y Rau, se hallará bien esplicado el artículo 1332 francés.

Cuando se trata de una obligacion constante en escritura pública (vé art. 1185 n° 11), las notas servirán á lo menos de principio de prueba por escrito : vé artículo 1193.

Pueden tambien admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto. *De Goyena* 1206°, *y Freitas* 761°.

1035. Art. 23. — Los instrumentos privados, aún despues de reconocidos, no prueban contra terceros ó contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha espresada en ellos. *Freitas* 747°. [22]

1036. Art. 24. — Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relacion á los sucesores singulares de las partes ó á terceros, será : —

1° La de su exhibicion en juicio ó en cualquiera reparticion pública para cualquier fin, si allí quedase archivado ;

2° La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren ;

3° La de su trascripcion en cualquier registro público ;

4° La del fallecimiento de la parte que lo firmó, ó del de la que lo escribió, ó del que firmó como testigo. *Freitas* 748°. [Vé Cód. Francés 1328°]. [23]

1037. Art. 25. — Las cartas misivas dirigidas á terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligacion, no serán admitidas para su reconocimiento. *Freitas* 770°. [24]

Art. 22. — LL. 118 y 119, Tít. 18, Part. 3ª. — Código Francés, art. 1324 [y de Procedimiento 195°]. — Napolitano, art. 1276. — Holandés, art. 1914. — De Luisiana, art. 2241.— El Código Romano rechaza el cotejo de letra como medio de prueba. L. 20, Tít. 21, Lib. 4°, Cód. y la Novela 73. El Código Francés de procedimientos, art. 313 [léase 323], declara que los jueces no estarán obligados á seguir el parecer de los peritos, si se convenciesen de lo contrario. Tampoco las Leyes citadas de Partida declaran que el juicio de los peritos hace una plena prueba. [De Goyena 1206°]. La comparacion de letra pues, se ordena para auxiliar el juicio del juez y para que, unido el parecer de los peritos á los demas antecedentes, el pleito pueda resolverse con mas seguridad.

---

[22] Esto arguye que en lo demás el instrumento privado prueba contra terceros (nota 18). *Inclusio unius exclusio alterius.*

[23] Gravísimas dificultades suscita la inteligencia de este artículo. Vé á Goyena 1209°; Freitas 1099° y 1100° ; Marcadé al artículo 1328° ; Zachariæ, § 590 notas 35 á 43 ; Aubry y Rau, § 756 notas 90 á 121 ; Demolombe, XXIX, 557 á 589.

Los hechos enumerados en el artículo son los únicos que no admiten prueba en contrario, salvo que se demuestre que es falsificada la firma del testigo muerto.

Sin embargo, ¿cómo no poder establecer la verdad de la fecha escrita por la confesion ó por otros medios admitidos por la ley? Todos reconocen que nuestro artículo no es aplicable á los simples recibos (vé art. 1185 n° 11), y respecto á la accion pauliana, vé nuestra nota 15 al artículo 963.

[24] Ni tampoco para su verificacion por cotejo de letra ú otro medio probatorio. Los escritores franceses solo rechazan la admision de las cartas misivas que sean de carácter confidencial, y admiten la produccion de las que no tengan tal carácter, siempre que las personas á que están dirigidas consientan en ello. Vé á Aubry y Rau, §§ 754 notas 4 á 6 y 491 notas 33 á 35.

TÍTULO VI

De la nulidad de los actos jurídicos (a) [1]

1038. Art. 1°. — Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen. [4]

1039. Art. 2°. — La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley *espresamente* lo ha declarado nulo, ó le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada. *De Freitas* 787° *y* 791°. [5]

(a) Usamos en este Título de la palabra *anulable* en lugar de *rescindible*, porque, [2] como observa Savigny, la palabra *rescindere* en el derecho, espresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sinó la que posteriormente sobreviene, como sucedia en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, *rescindere* designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo los hacen solo rescindibles, por medio de una accion revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el Tomo 4° del Derecho Romano, § 202, los divide en actos nulos y actos atacables. [3] A estos últimos es á los que llamamos anulables. [Vé arts. 912 y 1046, y Escriche, v° *Nulidad*].

Art. 2°. — La nulidad [dice Savigny, § 203, pág. 553] puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea á las cualidades personales de las partes, sea á la esencia del acto, lo que comprende principalmente la existencia de la voluntad, y la *observacion* [léase *observancia*] de las formas [art. 974] prescritas para el acto. Ella puede resultar tambien de una ley que prohiba el acto de que se trate. Sobre la materia de este Título, véase Savigny, *Derecho Romano, Orígen y fin de las relaciones de derecho*, desde el § 202.

---

[1] Freitas, de quien se ha tomado casi todo este Título y que es el autor que trata mas científicamente la importantísima cuanto difícil materia de nulidad, aplica las disposiciones generales del presente Título, sin perjuicio de las leyes y disposiciones especiales. Zachariæ, § 35 al fin. Aubry y Rau, § 37 al fin. Demolombe, III, 237 á 239, etc.

[2] La verdadera razon es que Freitas y otros autores hacen uso de la palabra *anulable*, como que es la mas natural y propia: vé artículos 1047, 858, 860 y 197.

[3] Pero para Savigny, nulidad es sinónimo de invalidez *completa* (vé art. 1040) y llama *atacable* (anulable) al acto afectado de una invalidez *parcial*.

[4] De una manera *espresa* ó de una manera *implícita*, como decimos al final de la nota al artículo 987. Los artículos 18 y 3660, entre muchos otros, lo demuestran suficientemente. Freitas, por el contrario, no admite otras nulidades que las declaradas *espresamente* en los artículos de su Proyecto de Código Civil, sistema mas difícil pero mas perfecto indudablemente, y que es el adoptado por los Códigos franceses de procedimiento en materia civil y penal.

[5] Hay nulidad *manifiesta*, no solo en los casos de los artículos 1042 á 1045, 954, etc, sinó en la sancionada por el artículo 18. Difiere de los actos *anulables* ó cuya nulidad depende de sentencia, pues estos son válidos hasta el dia en que se les declara nulos (art. 1047). Zachariæ (§ 35 notas 13 y 14) las denomina nulidades *legales* y *judiciales*, y considera esta division como una mera fórmula de la nulidad *espresa (literal testual ó formal)* y de la *virtual* ó *implícita*; mientras que Aubry y Rau (§ 37 notas 15 á 18, 4ª edicion) rechazan esa distincion y aplican á toda nulidad la disposicion de nuestro artículo 1047.

Por lo demás, las divergencias entre los autores sobre esta materia de nulidad son notables, y gracias si algunos se hallan conformes en uno que otro punto capital. Solo Freitas puede servirnos de hilo de Ariadna en este laberinto.

1040. Art. 3°. — La nulidad de un acto jurídico puede ser completa ó solo parcial. [6] La nulidad parcial de una disposicion en el acto, no perjudica á las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables. *Freitas* 803°. [Vé arts. 834, 1177, etc.].

1041. Art. 4°. — El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho. *Mackeldey, alli.* [Nota al art. 954 y vé el 1050].

1042. Art. 5°. — Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representacion necesaria. *Freitas* 789° *n°* 1°. [Art. 54 n°s 2° á 4°, etc.]. [7]

1043. Art. 6°. — Son tambien nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces [8] en cuanto al acto, ó que dependiesen de la autorizacion del juez, ó de un representante necesario. *Freitas* 789° *n* 2°, *y* 508° *n°* 2°.

1044. Art. 7°. — Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, á quienes por este Código se prohibe el ejercicio del acto de que se tratare. *Freitas* 789° *n°* 3°, *y* 508° *n°* 3°. [é arts. 18, 450, 1363, etc.]. [9]

Art. 3°. — Savigny, Tom. 4°, § 202. [Vé nuestra nota 3ª].

Art. 4°. — Mackeldey, § 167.

Art. 5°. — Como los menores impúberes, los dementes y los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito. (Artículo 4°, Título 2°, Lib. 1°).

Art. 6°. — Como las mujeres casadas, los menores emancipados respecto de algunos actos, los *religiosos, comerciantes fallidos* [vé nuestra nota al art. 55], los tutores y curadores, respectos á actos determinados.

Art. 7°. — Como en los casos en que al tutor ó albacea se le priva adquirir los bienes que administra, y muchos otros semejantes. [Vé art. 1363 n°s 2° y 3°].

---

[6] La *versio in rem* suministra ejemplos de nulidad parcial: vé artículo 733, etc. Lo mismo el artículo 3632 inciso 2°; pero la nulidad de un testamento ó de cualquier otro acto jurídico por vicio en sus formas, es siempre completa ó total: dicho artículo 3632 y su argumento.

[7] Aunque la demencia ó sordo-mudez no esté declarada, la nulidad es absoluta: argumento artículo 1046 inciso 1°.

[8] Las palabras siguientes constituyen un pleonasmo que mas bien perjudica la redaccion. Las personas que tienen incapacidad relativa, los menores adultos y las mujeres casadas (art. 55), obran por medio de sus representantes necesarios (art. 57 n°s 2° y 4°) y en defecto se ocurre á la licencia supletoria del Juez (vé arts. 173, 175, 193 y 194). Pero la verdadera razon del pleonasmo consiste en que el Dr. Velez considera á los menores casados y á los tutores y curadores como *relativamente* incapaces, contra el testo del artículo 55 citado, mientras que son solo incapaces *de derecho*, y se hallan así comprendidos no en el presente artículo sinó en el 1044 siguiente. El menor *adulto*, que es relativamente incapaz, pierde su incapacidad *de hecho* por el matrimonio (arts. 128 y 131), y admitida su capacidad, las restricciones de los artículos 134 y 135 solo constituyen incapacidades *de derecho*.

La nulidad en el caso de nuestro artículo es puramente *relativa* (vé nuestra nota (*) al art. 54, al fin): argumento de los artículos 192, 1050 y 4033; Freitas 810°; Escriche, verbo *Nulidad*.

[9] Estos son los incapaces *de derecho*: vé la nota del Dr. Velez al artículo 950. Quedan

1045. Art. 8°. — Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulacion ó fraude, [10] ó cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, [11] ó cuando no tuviese la forma esclusivamente ordenada por la ley, [12] ó cuando dependiese *para* su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos. *De Freitas* 789° *n*os 4°, 5°, 7° *y* 8°. [13]

1046. Art. 9°. — Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razon, [14] ó cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, ó cuando la prohibicion del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigacion de hecho, [15] ó cuando tuviesen el vicio de error, [16] violencia, fraude ó simulacion; [17] y si dependiesen *para* su

---

aquí comprendidos los actos prohibidos á los padres, esposos, tutores y curadores (arts. 279, 280, 299, 426, 434, 435, 450, 465, 475, 1219, 1220, 1250, 1254, 1279, 1286, 1303 inciso 2°). Vé nota 20, al fin.

Esta nulidad se considera *absoluta*, porque una infraccion de una ley prohibitiva no puede ser susceptible de confirmacion. Por lo demas, nuestro artículo es aplicable, aunque se trate de actos celebrados en el estrangero: artículo 950, etc.

[10] *Presumidos por la ley*, agrega Freitas; y así debe entenderse, para conciliarlo con el artículo siguiente, que considera como simplemente *anulable* el acto viciado por el fraude ó la simulacion. Vé artículo 1298. Se trata de la simulacion reprobada: vé artículos 955 y 958.

[11] Si para conocer la prohibicion era menester alguna investigacion de hecho, el acto no sería nulo, sinó simplemente *anulable* (art. 1046). Nuestro inciso debe comprender todos los casos de los artículos 954 y 1173, en que un acto jurídico es nulo ó anulable por *falta de objeto*. Agrega lo que decimos en la nota 15.

[12] Artículos 976 á 978. Los artículos 59 y 136 suministran ejemplos. Los actos otorgados por un tutor á nombre de su pupilo ó por el menor emancipado mismo sin la autorizacion judicial necesaria y demás formalidades prescritas en el interés de esos incapaces están afectados de nulidad relativa. No obsta lo dicho en la nota 9. Compara con nuestra nota al artículo 4032 y con Aubry, § 334 n° 2°.

[13] En los artículos 981, 984, 983, 987, 989, 999 á 1001, 1005, 1006, 1013 y 1022 se trata de la nulidad de instrumentos.

Hay tambien *nulidad* ó *anulabilidad* en los casos de los artículos 530, 531, 542 y 564, segun que sea ó no necesaria una investigacion de hecho para conocer que el cargo ó la condicion eran prohibidas (nota 10). Por lo demas, todos los casos de nuestro artículo son de nulidad absoluta (Freitas 805°).

La proposicion *para* está demas en este artículo y en el final del siguiente.

[14] Por delirio febril, sonambulismo natural ó provocado por operacion magnética; y por fuertes emociones de miedo ó terror, cólera ó venganza. O en estado de embriaguez *completa*, agrega Freitas. Vé nuestro artículo 922 y sus notas.

La nulidad en estos casos es solamente *relativa* (Freitas 810°). Vé notas al artículo 1048.

[15] Vé nota 11. Los dos casos de este inciso son de nulidad *absoluta* (Freitas 810°); y Aubry y Rau, § 337 nota 7, 4ª edicion, los declaran inconfirmables. Vé nuestra nota 20.

[16] Puede considerarse comprendidos en este, el caso de falsedad de documentos (artículo 857) y el de los artículos 858 á 860, en las transacciones; á menos que hubiere intervenido *dolo*.

[17] No solo el fraude sinó tambien el *dolo* (arts. 955 y 1050) hacen anulable el acto jurídico

validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos. *Freitas* 790°. [Arts. 942 y 990].

1047. Art. 10. — Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y solo se tendrán por nulos desde el dia de la sentencia que los anulase. *Freitas* 792° *inc.* 1°. [19]

1048. Art. 11. — La nulidad *absoluta* [20] puede y debe ser declarada por el juez,

Art. 9°. — Una accion ó una escepcion no destruyen una relacion de derecho sinó cuando una persona determinada, teniendo ciertas cualidades, manifiesta su intencion, y obra en consecuencia. De otra manera la relación de derecho originaria conserva toda su eficacia. *Esta* es la nulidad que se llama *relativa.* [18] La invalidez del acto puede existir desde el orígen ó sobrevenir despues. En el primer caso tiene la misma fecha que el acto que anula. En el segundo su fecha es posterior. [De Savigny, § 202, págs. 543 y 545].

---

en que intervienen: artículos 933 á 936, 962, etc. El error, la violencia, el dolo, el fraude y la simulacion causan una nulidad meramente *relativa* (Freitas 810°; Escriche, verbo *Nulidad*), puesto que es susceptible de confirmacion: artículo 1160 combinado con los artículos 1059, 1048 al fin, y argumento artículos 1050, 4032 y 4035. Vé nuestras notas 10 y 20, y la 7 al artículo 2666.

[18] Estas palabras de Savigny deben entenderse sin perjuicio de lo dicho en la nota precedente y al final de la 8ª.

[19] Esto caracteriza el acto *anulable* y lo diferencia del *nulo:* vé nota del Dr. Velez al artículo 4014, el artículo 1039 y lo que decimos allí y en la nota 1ª del Título siguiente.

Los escritores franceses y Escriche establecen que lo *nulo* ó *inexistente* no es susceptible de confirmacion ni de prescripcion, y que lo simplemente *anulable*, lo es, como se dice en la nota al artículo 4014 citado. Esta diferencia la aplicamos nosotros á las nulidades *absolutas* y *relativas*, y este procedimiento nos parece mas seguro y jurídico. La anarquía en esta materia comienza por manifestarse en la terminología misma.

[20] La division de las nulidades en *absolutas* y *relativas* (vé arts. 1049 y 1059) es la mas trascendental. Zachariæ, § 35 nota 12, divide las nulidades en *de órden público* ó *de interes privado,* siendo las primeras absolutas en principio, y en *absolutas* ó *relativas*, segun que puedan ser ó no invocadas por ambas partes. Segun dicho autor, las leyes reservan frecuentemente á la apreciacion del Juez la clasificacion de la nulidad relativa ó absoluta en los casos particulares.

Demolombe denomina *relativas* ó *respectivas* (Pothier, V, 444) á las introducidas principalmente en el interés particular de determinadas personas, y *absolutas* á las introducidas por el contrario, consultando el interés general de la sociedad y del *órden público.*

Escriche, verbo *Nulidad,* llama *absoluta* á la que proviene de una ley cuyo principal motivo es el interés público (vé nuestros arts. 19 y 21), y *relativa* á la que no interesa sinó á ciertas personas.

Aubry y Rau, § 37 notas 12 á 14, establecen la siguiente doctrina que no armoniza con la de nuestro Código: « *Toda nulidad debe reputarse absoluta* (es decir puede ser alegada por ambas partes, en el lenguage de Zachariæ y esos escritores), á no ser que el legislador haya limitado espresamente á ciertas personas el derecho de proponerla, ó que esta limitacion resulte virtualmente del motivo sobre que es fundada. Se sigue de aquí que las nulidades *de forma* y las que derivan de consideraciones *de órden público* son *en general* absolutas; salvo que las formalidades hayan sido esclusivamente prescritas en el interés de una de las partes (como sería en los casos de nuestros arts. 434, 435, 441, etc.), ó que el acordar á ambas partes la facultad de invocar la nulidad fundada en un motivo de órden público, contrariaría evidentemente el fin mismo de la ley ». Vé nuestros artículos 1363, 1364 y 1415.

No es, pues, estraño que Aubry y Rau, § 337 nota 9, Troplong, *Hipotecas,* n° 496, y demás

aún sin peticion de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. [21] Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, [22] escepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba. [23] Puede tambien pedirse su

---

que llaman *relativa* á la nulidad que puede ser invocada solo por una parte, sostengan que la nulidad *absoluta* es confirmable, aunque al citar aquellos el ejemplo de nuestro artículo 1363 se condenan, pues que en el caso de ese artículo ellos consideran (§ 37 nota 13) la nulidad como meramente relativa.

Freitas determina en sus artículos 805 y 810 los casos en que hay nulidad relativa ó absoluta, con cuya enumeracion hemos estado conformes bajo los artículos 1043 á 1046.

Así, habrá nulidad *relativa* cuando la ley no permita alegarla sinó á aquellas personas en cuyo beneficio ha sido introducida (arts. 1049 y 1050), como en los casos que allí citamos. Y nulidad *absoluta*, no solo cuando el acto sea del todo inexistente (*non avenu*, en la terminología del Derecho francés), por falta de objeto ó este sea ilícito, ó por incapacidad natural de la parte para consentir, sinó cuando sea celebrado por una persona que tiene una incapacidad *absoluta* ó accidental, ó sin la forma instrumental legalmente esencial ó en instrumento del todo nulo. A estos actos les llaman Aubry y Rau *inexistentes* (notas 3 á 5).

Consideramos esta doctrina de acuerdo con la de Freitas y con los principios. Vé los artículos 4032, 4033, 4035, 4042 y 4043, nuestras notas 17 y 19, y la última al artículo 4021.

En fin, si estudiados los motivos de una ley, quedase todavía duda, creemos que el acto debe juzgarse confirmable y por tanto *relativa* la nulidad, porque lo que no está prohibido está permitido. (Nuestra nota al art. 21). Vé nota 24 *infra*.

Así, el acto pasado por un menor púber está afectado de una nulidad *relativa* (arg. de los arts. 1049, 1050 inc. 1°, y 1165), y no constituye una nulidad por defecto *de forma*, como dicen Aubry y Rau (§ 339 nota 13) y otros. Vé artículo 974. El celebrado por el tutor sin la autorizacion judicial (art. 443) es dudoso si constituye una nulidad por defecto de forma (vé el final del art. 974), y si es relativa ó absoluta. Opinamos que es relativa, porque en la duda se debe resolver la cuestion en favor del menor perjudicado y de la subsistencia de los actos, y porque, como hemos dicho, lo que no está prohibido se reputa permitido. Esta nulidad se prescribirá conforme al artículo 4025 y no al 4032.

Pero la nulidad de los actos *absolutamente prohibidos* al tutor debe reputarse *absoluta* (vé art. 450), porque son en violacion de una ley de órden público (arts. 954 y 1044. La diferencia consiste en que estos actos son del todo prohibidos á pesar de la autorizacion indebida del juez, y aquellos le son permitidos con la autorizacion de este funcionario.

[21] O mas exactamente, *cuando es manifiesta* (art. 1039), es decir, cuando el acto jurídico no es simplemente anulable ó cuya nulidad dependa de una sentencia, sinó realmente nulo (arts. 1039 con la nota 5 y 1047). Aunque la *anulabilidad* fuere absoluta (nota 15), no puede ser pronunciada por el juez de oficio sinó á pedimento de parte.

[22] Los títulos por qué las personas pueden ser *interesadas* son muchísimos y muy variados. Podemos decir, como regla general y sin perjuicio de los casos particulares, que son interesados: el poseedor, composeedor ó co-poseedor (art. 3994), condueño, socio, cónyuge, acreedor ó co-acreedor (art. 3996) por cualquier título, el heredero, co-heredero, legatario ó co-legatario, el co-reo ó co-deudor (arts. 677, 3994, etc.), fiador (art. 2024), co-fiador (arts. 2041 y 2042), sub-fiador (art. 2043), el dador de prenda ó hipoteca, el garante de la cláusula penal, el responsable de eviccion y los acreedores de cualquiera de todos ellos (arts. 1197), y á sus garantes y sucesores, por punto general. Pero creemos que no será estensivo el *interés* á los acreedores del acreedor. Vé nuestra nota 20 hácia el fin.

[23] Como si á sabiendas contratase con un impúber, una persona falta de razon ó con un sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito (art. 1042). Pero para conseguir tal resultado, los artículos 1050 y 1165 habrian bastado. Vé artículos 1363 y 1415.

Si ambas partes han conocido ó debido conocer la prohibicion, resultará que ninguna

declaracion por el Ministerio Público, en el interés de la moral ó de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmacion. *Cód. Chile* 1683°, *y Freitas* 809° *inc.* 1°. [24]

1049. Art. 12. — La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sinó á pedimento de parte, ni puede pedirse su declaracion por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sinó por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes. *Cód. Chile* 1684° *inc.* 1°. [Vé arts. 2022 y 2024]. [26]

Art. 11. — Cód. de Chile, art. 1683. — El Derecho Romano presenta algunas *escepciones* [25] á la regla que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmacion tácita ó espresa: por ejemplo, si una mujer menor de doce años contrajese matrimonio, el acto adolece de una nulidad absoluta; pero si la mujer, cumplidos los doce años, continúa en el matrimonio, la Ley Romana declaraba que esa confirmacion de hecho del matrimonio hacia válido el acto. *Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitiman uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos* (L. 27 [léase 4ª], Tít. 2°, Lib. 23, Dig.). Lo mismo el Código de Nueva-York, de 1865, § 54, inciso 1°.

Art. 12. — Cód. de Chile, art. 1684.

---

podrá alegar la nulidad (vé arts. 1364 y 2695), lo que no parece jurídico ni conveniente. Freitas (808° n° 1°) permite alegarla á ambas partes, á no ser en casos especiales, y esta solucion es la que, á nuestro juicio, debió adoptarse. Vé los artículos 1050, 1165 y 1330 inciso 3°, y compara el presente con el 3150.

[24] Lo que no existe no puede confirmarse. *Quod non est confirmari nequit.* Vé el artículo 3120 inciso 2° y su nota.

Con mas razon no podrá renunciarse al derecho de alegar la nulidad, pues si la nulidad absoluta no puede ser confirmada, es precisamente porque no puede ser renunciada: la confirmacion presupone y envuelve siempre una renuncia (nota del Dr. Velez al art. 1060).

La nulidad absoluta, á diferencia de la relativa, tampoco debiera cubrirse por prescripcion. Vé la nota 168 al artículo 4021.

[25] Savigny, § 203, VI, págs. 559 y 560 rebate esta opinion de Maynz (§ 122 nota 2ª) y otros romanistas.

[26] Nota del Dr. Velez al artículo 738. Vé en nuestras notas 8ª, 12, 14, 16, 17 y 20 los casos de nulidad relativa.

El artículo chileno agrega *ó por sus herederos ó cesionarios*, escluyendo así á los demas sucesores por título singular (vé arts. 3265 y 3264). Zachariæ, § 579, los comprenden con las palabras *herederos* y *causa-habientes* (ayant-droits), y Freitas en sus artículos 811 y 812 adopta en principio igual solucion; pero en el 1877 (de que nuestro art. 1165 es una copia) usa de la palabra equívoca de *sucesores*, correlacionándolo con otros dos artículos en que se refiere esclusivamente á *herederos*. Aubry y Rau, al final del § 334, limitan la accion á los *herederos* y *sucesores universales*, y en el § 359 *bis* nota 49, la niegan al cesionario de un crédito.

Que los herederos y sucesores por título universal puedan alegar la nulidad relativa, aun no confirmada ni prescrita, es evidente y muy razonable, pues que representan la persona del difunto (arts. 3265 inc. 1°, 3281, 3417 á 3422, 1165, 1167 y arg. del 1196 inc. 1°).

Pero debe decirse lo contrario respecto á los sucesores por título singular, por las siguientes razones: 1ª, la letra asaz esplícita del final de nuestro artículo, puesto que la nulidad es establecida en beneficio de los incapaces y no de los sucesores por título singular; 2ª, la falta de interés legítimo en estos, pues no pueden tenerlo para pedir la nulidad relativa del acto de su causante, ya que la parte contraria no podrá pedir su anulacion (art. 1050 y su arg.), y de la subsistencia del acto ningun perjuicio se le sigue á él. Así,

1050. Art. 13. — La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte.[27] Tampoco puede pedirla por razon de violencia, intimidacion ó dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó. *Goyena* 1186°, § 2°.[28]

1051. Art. 14. — La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo ó igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. *Aubry*, § 336 *nota* 1ª. [Vé arts. 2612 inc. 2° y 2780 inc. 1°].[29]

Art. 13. — Proyecto de Goyena, art. 1186. — Cód. Francés, art. 1125. — Sardo, art. 1215. — Holandés, art. 1367. — De Nápoles, art. 1079. [De Goyena, allí].

Art. 14. — « Merlin, *Rép. verb. rescision*, n° 1° ; Toullier, Tom. 7°, n° 543. — Duranton, Tom. 12, n° 561 ». — Aubry y Rau, § 336. [Vé á Freitas 795°].

---

pediría la anulacion, buscando solo el perjuicio del incapaz, su causante, cuando la ley se ha propuesto precisamente el fin opuesto, el beneficio de este; 3ª, la calidad de sucesor singular, que es profunda y esencialmente distinta de la de sucesor universal (vé arts. 3268 á 3270), especialmente cuando se trata de un derecho que está mas bien escluido que incluido en la adquisicion, pues que en una enagenacion y adquisicion la ley no puede ver sinó un acto sério ni puede proteger otro próposito; y pretender que en la adquisicion van incluidos el derecho y los medios de anularla, sería absurdo; 4ª, aunque la accion de nulidad debiera considerarse como un efecto del contrato ó acto jurídico á título singular, el artículo 1196 suministraria un doble argumento, pues segun él esos efectos solo se trasmiten á los *herederos* y *sucesores universales*, y esto cuando, como en nuestro caso, la ley no dispone otra cosa; 5ª, no obsta el artículo 1165, porque la palabra *sucesores* es empleada allí como sinónima de *herederos*, como lo hace Freitas; porque el sucesor singular no es un *tercero interesado*, pues no tiene interés legítimo, y esas palabras de Freitas se refieren esclusivamente al caso de nulidad absoluta; 6ª, tampoco obsta, el que segun la opinion corriente (Zachariæ, Aubry y Rau, citados en nuestra nota 22, etc.) y nuestro artículo 1197, la nulidad relativa puede oponerse por los acreedores *á nombre* del deudor en cuyo beneficio es establecida; porque ni se reputa un derecho inherente á la persona, ni el acreedor obra por derecho y á nombre propio, ni como al sucesor singular puede argüirsele la falta de un interés legítimo (que lo puede tener muy fundado) en alegar la nulidad de un acto en que no ha intervenido y que no debe perjudicarle (art. 1196, al fin). Esto no impide que la ley pueda disponer lo contrario en casos especialísimos (art. 192). Vé los artículos 1197 y 3279, que son aplicables á esta materia.

Por último, nuestra tésis es estensiva á todo sucesor por título singular, no solo al cesionario de un crédito sinó al cesionario mismo de la herencia ó de una parte alícuota de ella, contra lo que dispone el artículo chileno, por ser tambien un sucesor por título singular y existir las mismas razones. Vé el artículo 3265 con nuestra nota 7 y el 3311 con la nota 18.

[27] Aunque Goyena y los Códigos europeos se refieren á la incapacidad relativa, este inciso es estensivo á la incapacidad absoluta (art. 1165) del artículo 1012 con la modificacion del artículo 1018 inciso 2°. Respecto á la incapacidad *de derecho* del artículo 1011, vé nuestra nota 23, así como el artículo 1361.

[28] Lo mismo debe decirse del autor del acto fraudulento (art. 1159), pues para él el acto continúa siendo obligatorio (nota al art. 966), y del autor de un acto simulado (dicho art. 1159). Vé el artículo 1032. Si la simulacion ó fraude es presumido por la ley, la nulidad como absoluta y manifiesta (art. 1039) podría ser declarada de oficio por el juez (art. 1018 inc. 1°).

[29] El alcance de esta disposicion general debe fijarse por los artículos siguientes. Los artículos 230 y 231 constituyen, entre otros, una escepcion al principio.

1052. Art. 15. — Todos los derechos reales ó personales trasmitidos á terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado á ser *propietario* en virtud del acto anulado, quedan sin ningun valor y *pueden ser reclamados* directamente del poseedor actual. *Aubry y Zachariæ, allí.* [Vé arts. 2673, 2506, 3127, 3431, etc.]. [30]

1053. Art. 16. — La anulacion del acto obliga á las partes [31] á restituirse mútuamente lo que han recibido ó percibido en virtud ó por consecuencia del acto anulado. *Aubry, allí.* [Vé art. 2666].

1054. Art. 17. — Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, ó en cosas productivas de frutos, no habrá lugar á la restitucion respectiva de intereses ó de frutos, sinó desde el dia de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí. *Aubry, allí.* [32]

Art. 15. — Zachariæ, § 583. — « Toullier, Tom. 7°, números 549 y 550. — Duranton, Tom. 12, números 554 á 567 »; Aubry y Rau, § 336.

Art. 16. — Aubry y Rau, § 336, n° 2°.

---

[30] En vez de *propietario* léase *propietaria,* y en lugar de *pueden ser reclamados* del actual poseedor (de los derechos), la propiedad gramatical y la jurídica exigen que se lea « *puede ser reclamado* (el inmueble) directamente del poseedor actual. »

El último renglon del artículo es tomado probablemente del final del § 583 de Zachariæ, que cita el Dr. Velez. Vé nota 27 al artículo 2132.

Nuestro artículo se entiende sin perjuicio de que el inmueble haya sido adquirido por prescripcion : argumento del artículo 1058. Vé artículos 4012 y 4015 con sus notas. En tal caso, se aplicaría el artículo 1058 citado. Vé el 1057.

El 1489 es una mera aplicacion del presente.

[31] Esto debe considerarse modificado por el artículo 1166, y cuando la nulidad proviene de falta de las formas protectoras de los intereses de los incapaces, como la autorizacion judicial, intervencion de la Defensoría, remate público, etc. Vé artículos 192 á 194, 59, 61, 136, 282, 426, 431, 437, 438, 440, 441, 443 y 475. Argumento del 412 ; nota 12 y vé la 10 al artículo 1990, así como los artículos 1054 á 1056 con nuestras notas.

[32] Esto tendrá lugar exacta y rigurosamente, cuando por ejemplo, la nulidad provenga de un simple error, en que las partes no tienen culpa del vicio y pueden ser justamente consideradas como poseedoras de buena fé : artículo 786 y su argumento.

Pero si el acto jurídico fuese anulado por dolo, violencia, simulacion ó fraude, el autor de esos vicios debe, segun los principios del derecho, ser considerado como un poseedor de *mala* fé para todos los efectos legales, y como un poseedor de *buena* fé, la parte que los hubiere sufrido: artículos 788, 972 y su argumento, y argumento de los artículos 2178, 3428 y 3429. Vé nuestra nota al artículo 124 n° 6° del primer grupo.

La restitucion de frutos é intereses por parte del demandado que tiene mala fé en la posesion, debe, pues, hacerse desde que los percibió ó pudo percibir (art. 2110), y deben serle aplicables los artículos 2136 á 2146 sobre los poseedores de mala fé. Vé los artículos citados mas arriba, con sus concordantes y notas. El artículo 1056 suministra un argumento *á fortiori* á favor de nuestra tésis.

Segun esto, nuestros artículos 1054 y 1055 solo tienen una aplicacion razonable y jurídica, diciendo que se refieren á los casos en que ambas partes son ó poseedoras de buena fé ó poseedoras de mala fé.

Los artículos 1372 n° 3°, 1385, 2901 y 2902 presentan tambien ejemplos de compensacion de frutos con intereses.

1055. Art. 18. — Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, ó en una cosa productiva de frutos, la restitucion de los intereses ó de los frutos debe hacerse desde el dia en que la suma de dinero fué pagada, ó fué entregada la cosa productiva de frutos. *Aubry, allí.* [33]

1056. Art. 19. — Si la obligacion tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar á la restitucion de las que hubiesen sido consumidas de buena fé. *Zachariæ,* § 583 *nota* 5ª. [Art. 783 inc. 2°. Vé arts. 549 y 550]. [34]

1057. Art. 20. — Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, ó de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas. *Freitas* 794°. [Vé arts. 1173, 1330 y 908]. [35]

1058. Art. 21. — En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, ó de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho á demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas é intereses. *Freitas* 802°. [36]

1059. Art. 22. — La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmacion del acto. *Freitas* 813° *inc.* 1°. [Nota al art. 3120]. [37]

Arts. 17 y 18. — Aubry y Rau, lugar citado.

Art. 19. — Zachariæ, § 583.

---

[33] Vé la nota precedente.

[34] Al dueño le queda solo el recurso contra el tradente ; artículos 2764 y 2414. Pero si las partes ó los terceros conocian ó habian causado la nulidad, tendrían que restituir otro tanto de ellas, como poseedores de mala fé. Vé la nota 32, y el artículo 738 inciso 2°.

[35] Tambien un matrimonio ó sociedad anuladas, ó cualquier otro acto, puede haber establecido de hecho una comunidad de intereses entre los esposos y los socios, ú originado otras relaciones de hecho que engendran derechos y obligaciones entre las partes.

Un acto anulado bajo una relacion ó un carácter dados, puede igualmente ser válido bajo otra relacion y carácter distintos. Vé artículos 1186, 1189, 1652 á 1656 y 3329.

[36] Por punto general será la otra parte la obligada á la indemnizacion (arts. 552 y 973) ; pero en los casos en que el tercero fué el único causante de la nulidad ó cómplice en ella, responderá tambien por la indemnizacion (arts. 943, 944 y 936), en virtud del artículo 1110.

Nuestro artículo no trata de la responsabilidad por la eviccion (arts. 2091 á 2165).

[37] Vé el artículo 1048 y sus notas. La prescripcion importa tambien una especie de confirmacion tácita (vé art. 1064) y, como esta, cubre el vicio de la nulidad relativa. Vé notas 20 y 24.

Si las causales de nulidad son varias, y una sola de ellas importa nulidad absoluta, la confirmacion sería siempre ineficaz.

TITULO VII

De la confirmacion de los actos nulos ó anulables. [1]

1060. Art. 1°. — La confirmacion es el acto jurídico [2] por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto á una accion de nulidad. *Aubry*, § 337. [Vé art. 3540]. [3]

1061. Art. 2°. — Los actos nulos ó anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho á demandar ó alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad ó vicio de que ella provenia, [5] y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmacion. *Freitas* 814° y 819°; *Goyena* 1187° § 1°.

1062. Art. 3°. — La confirmacion puede ser espresa ó tácita. El instrumento

Art. 1°. — La confirmacion contiene virtualmente renuncia de la accion de nulidad; pero toda renuncia no constituye una confirmacion. Tampoco la confirmacion es una novacion, ni una ratificacion del acto, como algunos escritores enseñan. El efecto de la novacion es crear una nueva obligacion que reemplace la antigua; la confirmacion por el contrario tiene solo por objeto reparar los vicios del acto á que se refiere. La ratificacion es la espresion técnica por la cual una persona aprueba los actos que otra ha hecho á su nombre sin haber recibido el mandato correspondiente. [De Aubry, allí, notas 1ª á 3ª]. [4]

---

[1] Este título nos advierte que la distincion de los actos jurídicos en nulos y anulables, y la de las nulidades en absolutas y relativas, son *divisiones* igualmente principales, que responden á órdenes distintos de ideas y maneras de considerar las nulidades, sin que la una sea una *subdivision* de la otra.

[2] Lo hemos dicho bajo el artículo 945.

[3] Esta definicion debió limitarse á la nulidad *relativa*, que es la única susceptible de confirmacion (arts. 1059 y 1048 inc. últ.). En Aubry y Rau se esplica, porque estos autores sostienen que aun las nulidades absolutas y de órden público son confirmables, error que combatimos en la nota 20 al artículo 1048.

[4] Aunque la ratificacion semeje á la confirmacion, creemos que no le serán aplicables las disposiciones de este Título. Vé arts. 1162, 1163, 1932 á 1939 y 2306. Goyena, bajo su artículo 1187, no le acuerda efecto retroactivo y en el artículo 1219 le concede.

En los artículos 195 y 3120 y su nota se usa impropiamente de la palabra ratificacion en vez de ó como sinónima de confirmacion. Lo mismo en los artículos 1338 y 1340 del Código Francés. Vé artículos 870 á 872 y nota al 718.

[5] Vé artículos 1160 y 3120. Así, las nulidades establecidas por los artículos 465, 1219, 1220 y otros pueden cubrirse, pasado un mes de la rendicion de las cuentas pupilares ó despues de disuelto el matrimonio; y los actos viciados por la violencia, error ó dolo, despues de descubiertos el dolo ó el error ó de haber cesado el temor: antes no son confirmables ni prescriptibles (arg. art. 4032). Así, en fin, los actos celebrados por un menor púber, ó una mujer casada sin la autorizacion necesaria (arts. 188 á 196), solo pueden confirmarse por esas personas, cuando adquieran su capacidad; ó por la mujer ó menor emancipado, con licencia del juez; ó por sus representantes necesarios (art. 57), con autorizacion judicial si fuere preciso.

Se vé, pues, que la redaccion de nuestro artículo no es bastante clara, correcta y comprensiva.

de confirmacion espresa, debe contener, *bajo pena de nulidad* : [6] — 1° la sustancia del acto que se quiere confirmar ; 2° el vicio de que adolecia ; [7] y 3° la manifestacion de la intencion de repararlo. *Freitas* 815° *inc.* 1° *y* 816° ; *Goyena* 1219°. [8]

1063. Art. 4°. — La forma del instrumento de confirmacion debe ser la misma y *con las mismas solemnidades* que estén esclusivamente establecidas para el acto que se confirma. *Freitas* 815° *inc* 2°. [9]

1064. Art. 5°. — La confirmacion tácita es la que resulta de la ejecucion voluntaria, total ó parcial, del acto sujeto á una accion de nulidad. *Aubry*, § 337 *nota* 23 ; *Cód. Francés* 1338° *inc.* 2°. [Art. 1162 inc. últ. y vé los arts. 1025 y 858 inc. últ.]. [10]

Art. 3°. — Cód. Francés, art. 1338. — De Luisiana, art. 2252. — Sardo, art. 1451. [De Goyena, allí]. — Sobre las tres condiciones, Marcadé trata especialmente en el comentario al artículo 1138 [léase 1338 n°s III y IV].

Art. 5°. — Los Códigos estrangeros en los artículos citados. — LL. 1ª y 2ª, Tít. 46, Lib. 2°, Cód. Rom. Es especial para el matrimonio la ley 15 al fin, Tít. 2°, Part. 4ª, y para todos los actos en general LL. 28 y 49, Tít. 11, Part. 5ª. [Léase LL. 28, Tít. 11 y 49, Tít. 14, Part. 5ª. De Goyena 1187°].

---

[6] *Para que constituya una prueba completa de la confirmacion,* dicen con mas propiedad Aubry y Rau, § 337 nota 21 ; puesto que esas condiciones no son necesarias para la validez de un instrumento (vé arts. 981 á 1006) y menos para la validez del acto jurídico de confirmacion.

[7] Si existe mas de un capítulo de nulidad y no se hallasen todos designados en el instrumento de confirmacion, Toullier, VIII, 498; Zachariæ, § 586 nota 28; Aubry y Rau, § 337 nota 28, y Freitas 816° n° 2° inc. 2°, resuelven que podrá siempre demandarse ó alegarse la nulidad omitida. Nosotros creemos que esto solo debe admitirse en principio ó como una regla general, sin perjuicio de resolver segun lo exijan los variadísimos casos que pueden presentarse. La voluntad madura de los contrayentes debe prevalecer siempre que sea posible. Si un acto escriturado es anulable por causa de error y las partes lo confirman en una escritura irreprochable, sin advertir que el instrumento era tambien anulable (art. 990), no sería justo permitir que se dedujese esta nulidad que de hecho quedaba cubierta. Gran variedad de casos pueden presentarse en la práctica, que no podría someterse á una regla absoluta é invariable.

Será prudente, por lo tanto, determinar el vicio ó vicios que se tienen en mira subsanar, y agregar una cláusula relativa á los que las partes no hayan advertido.

[8] Vé la nota anterior.

[9] Es decir, que cuando el acto á confirmarse tuviese una forma esclusivamente establecida para su otorgamiento, el de confirmacion debe revestirse con esa misma forma. Vé artículos 975 á 979 y 1183 á 1189, especialmente el 1185 n° 10. Si el acto pudo otorgarse verbalmente, podrá ser confirmado en la misma forma.

Por el artículo 974 se vé que las palabras *y con las mismas solemnidades* son redundantes.

[10] Vé tambien los artículos 1115 y 1311 del Código Francés. Este artículo armoniza con el 875. La obligacion propiamente natural no es confirmable (nota al art. 515). En contra, Marcadé en el artículo 1338 n° 11.

La prescripcion puede ser un medio de renunciar, y lo mismo que la confirmacion estingue la nulidad relativa. Vé notas al artículo 4033.

La transaccion no importa una confirmacion ; ni basta la intencion de ejecutar la obligacion manifestada por pedir próroga, dar hipoteca ú otra garantía ; ni el ofrecer su cumplimiento, mientras la oferta no es ejecutada (arts. 1149 á 1157), porque la promesa de cum-

1065. Art. 6°. — La confirmacion, sea espresa ó tácita, no exige el concurso de la parte á cuyo favor se hace. *Aubry, allí.* [11]

1066. Art. 7°. — La confirmacion tiene efecto retroactivo al dia en que tuvo lugar el acto entre vivos, ó al dia del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros. *Freitas* 821° *inc.* 2°. [Vé arts. 195, 196, 1163 inc. 1°, 1938 y 3120 nota]. [12]

—

TÍTULO VIII

De los actos ilícitos. (*a*)

1067. Art. 1°. — Ningun acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere espresamente prohibido por las leyes *ordinarias, municipales* ó *reglamentos de*

Art. 6°. — La razon es porque se presume que esta parte hubiese ya dado con anticipacion su adhesion á la confirmacion, en el momento en que el acto fué celebrado. Véase Aubry y Rau, § 337, nota 27. — Toullier, Tom. 8°, n° 509. [De Aubry, allí].

Art. 7°. — Cód. Francés, art. 1338 al fin. — De Luisiana, art. 2252. — Sardo, art. 1451. [De Goyena 1219°]. — Marcadé sobre el artículo 1338, n° 5°. — Toullier, Tom. 8°, n°s 513 y 514. — Duranton, Tom. 13, n°s 287 á 289. — Aubry y Rau, § 337 al final. — « Así, por ejemplo, dice este último, cuando una persona ha confirmado en la mayor edad, la venta de un inmueble hecha en la minoridad, esta confirmacion no tiene efecto respecto de un segundo adquirente al cual el que era menor hubiese *traspasado* la propiedad [13] del inmueble siendo mayor y ántes de la confirmacion de la primera venta. » Marcadé, en el n° 5° citado, pone el mismo ejemplo, pero agrega : « Otra cosa sería respecto de los terceros que no hubiesen adquirido sinó simples créditos contra el menor despues de llegar á la mayor edad, pues que esos créditos no le privaban del derecho de disponer de sus bienes. Desde que el menor, ya mayor, puede privar á sus acreedores de la garantía del inmueble, por una venta que hiciera, no hay razon para que no pueda hacerlo por una confirmacion de la primitiva venta. Los acreedores personales tendrian derecho para hacer revocar la confirmacion, si hubiese sido hecha en fraude de sus derechos, estando insolvente el deudor. » [Vé arts. 965 y 969].

(*a*) Los actos lícitos son *acciones*, pues que tales se consideran aún los de la espresion tácita de la voluntad [Art. 919]. Los actos ilícitos pueden ser acciones ú omisiones. *Acciones,* cuando se hace lo que la ley prohibe; *omisiones,* cuando no se hace lo que la ley manda. Los actos lícitos son acciones no prohibidas por la ley; los actos ilícitos siempre son acciones ú omisiones prohibidas. Los actos lícitos solo se consideran en el derecho, cuando pueden producir alguna adquisicion, modificacion ó estincion de los derechos ú obligaciones. [Arts. 897 y 899]. En los actos ilícitos no hay distincion que hacer. Como su fin no es un fin jurídico, no son ni se llaman actos jurídicos, aunque estén determinadas sus consecuencias jurídicas. « El que me roba, dice Savigny, no se propone ciertamente venir á ser mi deudor *ex delito* [léase *delicto*], para restituir la cosa hurtada é indemnizar todo el daño ».

Estos son los caractéres diferenciales entre los actos lícitos é ilícitos. [De Freitas 444°].

---

plir no es cumplimiento, sinó una mera obligacion *de hacer*. Nada importa, por último, que al cumplir la obligacion se proteste ó haya reserva de alegar la nulidad. *Protestatio contra actum non valet.* En contra, Zachariæ, § 586 nota 23.

[11] No le es, por tanto, aplicable el artículo 876 inciso 1°.

[12] Esos artículos prueban que la confirmacion y la ratificacion (vé nota 4ª) tienen efecto retroactivo, y que este nunca daña á terceros. En contra, Troplong, *Hipotecas,* n° 493 y siguientes. Vé á Zachariæ, § 586 testo y nota 29.

[13] Esto debe entenderse con sujecion á los artículos 594 á 596.

policía;[1] y á ningun acto ilícito se le podrá aplicar pena ó sancion de este Código, si no hubiere una disposicion de la ley que la hubiese impuesto. *Freitas* 822° *y* 823°. [2]

1068. Art. 2°. — No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, ú otro acto esterior que lo pueda causar, [3] y sin que á sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa ó negligencia. *De Freitas* 827°. [Vé arts. 914, 1649, 1895, 2011, 2149, 2781, 3149 y 3404].

1069. Art. 3°. — Habrá daño siempre que se causare á otro algun perjuicio susceptible de apreciacion pecuniaria, ó directamente en las cosas de su dominio ó posesion, ó indirectamente por el mal hecho á su persona ó á sus derechos ó facultades. *Freitas* 828°. [4]

1070. Art. 4°. — El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sinó tambien la ganancia de que fué privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras *pérdidas* é *intereses*. *Freitas* 829°. [Vé art. 519].

1071. Art. 5°. — No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intérvalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; [5] ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que esta fué involuntaria. *Freitas* 834°.

Art. 2°. — La ley 57, Tít. 15, Part. 7ª, pone un ejemplo de un acto que no causa daño directo, sinó que lo hace causar por medio de otro.

Art. 3°. — Véase LL. 1ª y 6ª, Tít. 15, Part. 7ª. [De Goyena 1900°].

Art. 5°. — Cód. de Chile, art. 1318 [léase 2318. Solo habla del ébrio].

---

[1] Esta enumeracion y division son inexactas é incompletas. ¿Las leyes llamadas *municipales* se refieren á las ordenanzas municipales? ¿Por qué no se han incluido los decretos del Poder Ejecutivo nacional y provincial?

Parece que toda disposicion prohibitiva dictada por autoridad competente, debe constituir ilícito un acto. Vé artículo 1075.

[2] Solo la ley puede hacer ilícito ó punible un acto. Vé el Proyecto de Código penal del Dr. Tejedor, Parte 1ª, Libro 2°, Título 4°, artículos 1° y 4° con sus comentarios.

[3] Vé el artículo 930 donde, al determinar la ignorancia *imputable*, se habla de *negligencia culpable*.

[4] Lo que nuestro artículo 1069 dice de la *posesion*, los artículos 1096 y 1111 inciso 2°, que como su natural complemento debieron figurar á su lado, lo hacen estensivo á la *de detencion* ó simple tenencia (arts. 2462 á 2465). Recíprocamente, los artículos 1067, 1068 inciso 1°, 1069 y 1070 son estensivos á los actos ilícitos que no son delitos, como que constituyen las *disposiciones generales* sobre *actos ilícitos*, segun lo indica el propio membrete de nuestro Título, y no son prescripciones peculiares á los *delitos*. Debieron, pues, figurar en la referencia del artículo 1109.

Un método riguroso habria exigido que el Título IX siguiente constituyese simplemente el Capítulo V del presente Título, y su indebida separacion será fuente de dudas y cuestiones. Vé los artículos 1108 á 1113 con sus notas.

Para la avaluacion de las pérdidas é intereses, nuestro artículo 1070 debe ser complementado por los artículos 905 á 907.

[5] Estas palabras arguyen una diferencia entre los actos lícitos y los ilícitos ejecutados

1072. Art. 6°. — El ejercicio de un derecho propio ó el cumplimiento de una obligacion legal no puede constituir como ilícito ningun acto. *Aubry*, § 444 *n°* 1°; *Freitas* 832° *inc.* 2°. [Vé arts. 912, 940, 2516 y 2654]. [6]

1073. Art. 7°. — El acto ilícito ejecutado á sabiendas y con intencion de dañar la persona ó los derechos de otro, se llama en este Código *delito*. *Aubry*, §§ 443 *y* 444 *n°* 3°.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS DELITOS

1074. Art. 8°. — El delito puede ser un hecho negativo ó de omision, ó un hecho positivo. *Aubry*, § 444.

1075. Art. 9°. — Toda persona que por cualquier omision hubiese ocasionado

Art. 6°. — L. 12, Tít. 15, Part. 7ª. — LL. 18 y 19, Tít. 32, Part. 3ª. — L. 14, Tít. 43, [léase 34], Part. 7ª. [De Acevedo 1600°, § 2°]. — *Nullus videtur dolo facere,* dice la Ley Romana, *qui suo jure utitur*. — L. 50 [léase 55 y 151, Tít. 17, Lib. 50], Dig. *De Reg. juris*. El Cód. de Prusia dice : « El que ejerce un derecho conforme á las leyes no responde del perjuicio que resulte de este ejercicio ». *Introduccion*, art. 94. [Maynz, § 356 nota 16].

Art. 7°. — La palabra delito tiene en derecho civil una significacion diferente de la que tiene en el derecho criminal. En derecho civil, designa toda accion ilícita por la cual una persona á sabiendas é intencionalmente perjudica los derechos de otra. En derecho criminal, designa toda infraccion definida y castigada por la ley penal. No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro, por ejemplo, el estelionato que no se castiga por la ley penal, aunque es en muchos casos [arts. 1179 y 1180] un verdadero delito civil. Y recíprocamente, no todos los delitos del derecho criminal constituyen delito civil. La ley penal castiga actos que no hacen sinó amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque efectivo. [De Aubry, allí].

---

por un demente, dando á entender que todo demente es responsable de sus actos ilícitos practicados en lúcidos intérvalos, mientras que el declarado loco judicialmente, como absolutamente incapaz (arts. 54 n° 3°, 140, etc.), no puede celebrar válidamente un acto jurídico. Vé la nota 13 al artículo 922, etc, y el artículo 1077.

[6] Vé la nota del Dr. Velez al artículo 2516, y nuestra nota 103 hácia el artículo 3805, Pero si el derecho se ejercita de una manera irregular ó agravante y se causa un daño en que interviene alguna culpa ó negligencia, habria que responder del perjuicio, á lo menos en la parte imputable: artículos 1068 y 1110.

El Dr. Tejedor en su Proyecto de Código penal, Parte 1ª, Libro 2°, Título 3°, artículo 6° n° 1°, legisla un caso idéntico, pero su redaccion no nos satisface.

« No es responsable del daño resultante (dice), el que ejerce *de una manera legal* un derecho que le pertenece, si el acto *ilícito* se ejecuta con la debida diligencia, y el mal se causa por mero accidente. » (Art. 151 n° 1° de la Ley de Buenos Aires y Corrientes).

Aquí, ó hay que eliminar la frase *de una manera legal*, ó suprimir la segunda parte del artículo, porque su coexistencia es algo muy parecido á un pleonasmo. Tampoco hallamos sentido á la palabra *ilícito*, pues no comprendemos como puede ser ilícito el ejercicio de un derecho.

El Proyecto exime tambien de toda responsabilidad « al que causa un mal en la *propie-*« *dad* agena por evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo, y no pueda emplear « otro medio menos perjudicial ».

No vemos razon para no hacer estensivo á la persona y quizá al honor, lo que el Proyecto circunscribe á la *propiedad*.

un perjuicio á otra, será responsable solamente cuando una disposicion de la ley le impusiere la obligacion de cumplir el hecho omitido. *Aubry, allí.* [7]

1076. Art. 10. — Todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto esterior, ó bien se confunda con la existencia de la persona. *Aubry, allí, n°* 1°. [8]

1077. Art. 11. — Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinacion de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren. *Aubry, allí, n°* 2°. [9]

1078. Art. 12. — Todo delito hace nacer la obligacion de reparar el perjuicio que por él resultare á otra persona. *Aubry,* § 445 *nota* 1ª. [Vé arts. 903 á 907].

1079. Art. 13. — Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligacion que de él nace no solo comprende la indemnizacion de pérdidas é intereses, sinó tambien del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir á la persona, molestándole en su seguridad personal, ó en el goce de sus bienes, ó hiriendo sus afecciones legítimas. *Aubry, allí, nota* 2ª. [10]

1080. Art. 14. — La obligacion de reparar el daño causado por un delito, existe no solo respecto de aquel á quien el delito ha damnificado directamente, sinó respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta. *Aubry, allí, nota* 3ª. [11]

Art. 9°. — Aubry y Rau, § 444.

Art. 10. — No puede negarse [dice Aubry en la nota 3ª] que el honor y la reputacion de una persona pueden ser la materia de un delito. L. 3ª, Tít. 15, Part. 7ª.

Art. 12. — L. 3ª, Tít. 15, Part. 7ª.—L. 20, Tít. 4°, Lib. 4°, Fuero Real. [De Acevedo 1600°].

Art. 13. — L. 3ª, Tít. 15, Part. 7ª.

Art. 14. — Faustin Hélie, [12] Tom. 2°, pág. 353 y siguiente. — L. 3ª, Tít. 15, Part. 7ª.

---

[7] Este artículo debió figurar al lado del 1067, pues tratando de los actos negativos constituye su natural complemento.

[8] Este artículo pudo eliminarse, pues no es mas que una aplicacion incompleta del 1069 inciso 2°.

[9] La ley (art. 898) reputa tales actos *involuntarios* por falta de discernimiento (art. 922). La presencia del artículo 901 hacia poco útil el presente, que siempre habrá que complementar con los artículos 922, 1071 y 908, y el inciso 2° deberá entenderse sin perjuicio de la aplicacion de los artículos 273 y 1114 á 1118. Compara con estas disposiciones los artículos 2° y 3° n°s 2° y 3°, Título 3°, Libro 2°, Parte 1ª del Proyecto de Código Penal (arts. 147 y 148 n°s 2° y 3° de la Ley de Buenos Aires y Corrientes).

[10] El Proyecto de Código penal distribuye la responsabilidad civil por delitos, en *reparacion del daño causado* (en los bienes) é *indemnizacion de perjuicios* (causados en la persona): Parte 1ª, Libro 2°, Título 2°, § 5°, artículo 1°, ó sea artículo 137 de la Ley de Buenos Aires y Corrientes; y notas á los artículos 4° y 6°, allí. Vé nuestra nota siguiente y el artículo 1084.

[11] El Proyecto de Código Penal, en el artículo 6° del § citado en la nota precedente, ó sea el 142 de la Ley de Buenos Aires y Corrientes, trae una prescripcion análoga, aunque menos comprensiva. Pacheco pretende limitar la indemnizacion de los perjuicios á los causados *en la persona*, pero del mismo ejemplo que pone se colige que es tambien estensiva á los causados *en los bienes* de un tercero, y que su distincion es arbitraria. Vé artículo 1197.

[12] En su obra *Instruction criminelle.* Esta cita pertenece mas bien al artículo 1085.

1081. Art. 15. — El marido y los padres pueden reclamar pérdidas é intereses por las injurias hechas á la mujer y á los hijos. *Aubry, allí, nota* 4ª. [13]

1082. Art. 16. — La obligacion de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros ó cómplices, [14] aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal. *Aubry, allí, nota* 6ª. [Vé arts. 1663 y 2069].

1083. Art. 17. — Indemnizando uno de ellos todo el daño, *no* [15] tendrá derecho para demandar á los otros las partes que les correspondieren. *De Freitas* 3636° *inc.* 2°. [Vé arts. 689 y 717].

1084. Art. 18. — Toda reparacion del daño, [16] sea material ó moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnizacion pecuniaria que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar á la restitucion del objeto que *hubiese hecho* la materia del delito. *Aubry*, § 445 *nota* 7ª. [Vé art. 1092]. [16]

CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

1085. Art. 19. — Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligacion de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; ademas lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda é hijos del

Art. 16. — Aubry y Rau, § 545 [léase 445]. — L. 15 [y 25 y 26], Tít. 15, Part. 7ª. — Las heridas hechas en duelo dan accion para pedir indemnizacion á favor del herido ó de su familia, aunque él haya sido el provocador. Aun cuando el duelo no constituyese un delito segun la ley penal, lo que no puede admitirse, constituiria sin duda un delito en el sentido del Derecho Civil. [De Aubry, allí, nota 1ª].

Art. 18. — Los jueces no podrán por lo tanto ordenar una reparacion de honor, una retractacion, por ejemplo. — Merlin, *Rép. Verb. Réparation d'honneur*, y *Quæst. Verb. Réparation d'injures.* [De Aubry, allí].

---

[13] Han sido heridos en sus afecciones legítimas (final del art. 1079) y reciben un daño, aunque sea de una manera indirecta (final del art. 1080): deben, pues, poseer una accion *propia* para pedir su rezarcimiento: argumento artículo 1101 inciso 2°. Nuestro artículo no es, así, mas que una de las aplicaciones de los dos artículos anteriores, que suministran la clave para muchos otros casos.

Creemos que la accion corresponderá tambien á los padres, que han reconocido á sus hijos naturales (vé art. 328), por las injurias y calumnias hechas á estos últimos.

[14] Al pasar contra los herederos (art. 1099), pierde su carácter de solidaridad (art. 712). Vé artículos 936 y 943.

El consejero es tambien un cómplice. Los auxiliadores ó fautores de los delitos del derecho criminal tambien responden solidariamente: artículos 61 á 63 y 68 á 71 del Código Penal de Buenos Aires.

[15] Léase *solo* en vez de *no*, que es evidentemente un error tipográfico, como lo demuestra la misma redaccion del artículo y lo exigen los principios de justicia y todos los Códigos. Vé Proyecto de Código Penal, Parte 1ª, Lib. 1°, Tít. 7°, Art. 2° y los Códigos allí citados.

[16] Vé nuestras notas 10 y 11. La frase *hubiese hecho* es un galicismo, que debe reemplazarse por *forma ó constituye*.

muerto, quedando á la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnizacion y el modo de satisfacerla. [17]

1086. Art. 20. — El derecho de exigir la indemnizacion de la primera parte del artículo anterior, compete á cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. [18] La indemnizacion de la segunda parte del artículo, solo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios [vé art. 3594] del muerto, si no fueren culpados del delito como autores ó cómplices, ó si no lo impidieron pudiendo hacerlo. *Freitas* 3649°. [19]

1087. Art. 21. — Si el delito fuere por heridas ú ofensas físicas, la indemnizacion consistirá en el pago de todos los gastos de la curacion y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que este dejó de hacer hasta el dia de su completo restablecimiento. *Freitas* 3644° *n*°s 1° *y* 2°. [20]

1088. Art. 22. — Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnizacion consistirá solamente en una cantidad correspondiente á la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el dia en que fué plenamente restituido á su libertad. *Freitas* 3645°. [Arts. 943 y 944].

1089. Art. 23. — Si el delito fuere de estupro ó de rapto, la indemnizacion consistirá en el pago de una suma de dinero á la ofendida, [21] si no hubiese contraido matrimonio con el delincuente. Esta disposicion es estensiva, cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencia ó amenazas á cualquiera mujer honesta, ó de seduccion de mujer honesta, menor de diez y ocho años. *Freitas* 3646°. [22]

1090. Art. 24. — Si el delito fuere de calumnia ó de injuria de cualquier espe-

---

[17] Freitas querría (art. 3643 n° 2°) que el delincuente pagase « todos los lucros que el muerto podría adquirir por su trabajo durante el tiempo probable de su vida ». Compara con nuestro artículo siguiente.

Los artículos 1080 y 1081, la justicia y los principios del derecho, exigen que el delincuente pague, á falta de viuda é hijos, la subsistencia de los ascendientes ó de otros parientes á que el finado subvenía. Vé artículos 367 á 369, 372 y 2310.

[18] Gozan de preferencia en su pago : artículo 3882.

[19] Es dudoso si cuando se hallaren comprendidos en alguna otra causa de incapacidad ó indignidad (vé arts. 3293 á 3298) ó de desheredacion (vé arts. 3746 á 3752), tendrán derecho á exigir la indemnizacion. Quizá pudiera sostenerse la afirmativa, cuando el heredero entabla su accion *como un derecho propio* (vé arts. 1080 y 1081), en virtud del artículo 3301 y por aquel principio del derecho *pœnalia non sunt extendenda.*

Por lo demás, es tambien cómplice el que no impide un delito, pudiendo hacerlo.

[20] Freitas condena tambien en el número 3°, y con mucho razon á nuestro juicio, al pago de una indemnizacion del perjuicio probable porque el ofendido quede inhabilitado para continuar ejerciendo su profesion ú oficio.

La injusticia de nuestro artículo resaltaría cuando la herida haya sido calculada precisamente para lograr el objeto indicado, y la equidad de los magistrados no podría ménos de tomar en cuenta tales circunstancias al fijar la cantidad á pagarse. (Art. 1084).

[21] Por via de dote y conforme á su condicion, agrega Freitas.

[22] Con la cual se tenga cópula carnal, dice Freitas, y parece que así debe entenderse.

cie, el ofendido solo [23] tendrá derecho á exigir una indemnizacion pecuniaria, si probase que por la calumnia ó injuria le resultó algun daño efectivo ó cesacion de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputacion. *Freitas* 3647° *inc.* 1° *y* 3°.

1091. Art. 25. — Si el delito fuere de acusacion calumniosa, el delincuente, ademas de la indemnizacion del artículo anterior, [24] pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusacion calumniosa [Freitas 3648°], sin perjuicio de las multas ó penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demas de este capítulo. [25]

CAPÍTULO III

DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD [26]

1092. Art. 26. — Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada [27] será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnizacion de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito ó fuerza mayor. *De Freitas* 3650°. [28]

1093. Art. 27. — Si no fuere posible la restitucion de la cosa hurtada, se aplicarán las disposiciones de este capítulo sobre la indemnizacion del daño por destruccion total de la cosa ajena. *Freitas* 3652°. [Vé art. 1095 inc. 1°]. [29]

---

[23] Vé la nota de Dr. Velez al artículo 1084.

[24] Si para ello hubiere derecho, agrega con razon Freitas.

[25] Fijar las penas á los delitos es privativo del Código Criminal y su castigo se persigue por medio de la accion penal. Aquí solo se legisla la responsabilidad civil, que se hace efectiva por medio de una accion civil (art. 1097) y ante el Juez de lo Civil. Cuando el Juez del Crímen conozca accesoriamente y se pronuncie tambien sobre la responsabilidad civil, se guiará principalmente por el Código Penal y subsidiariamente por las disposiciones del presente Título, porque el Código Civil es el derecho comun y supletorio de las demas legislaciones especiales.

Es, pues, evidente que nuestro inciso último es tambien estensivo al Capítulo 3° siguiente, y debió así estenderse en un artículo separado. Vé el artículo 2314 del Código Chileno.

[26] Vé los artículos 1179 y 1180, ya que se ha omitido legislar sobre el estelionato, que en la nota al artículo 1073 se reconoce como delito civil. Los artículos 2275 y 2276 inciso 2°, hablan del crímen de *abuso de confianza.*

[27] Nuestro Código usa indiferentemente y con bastante impropiedad de las palabras *hurto* ó *robo.* Vé los artículos 2384 y 2768; á Escriche, en las palabras respectivas y el Proyecto de Código Penal, página 399 (Parte 2ª, Lib. 1°, Tít. 8°, § 1°, art. 1° y su comentario).

[28] Es forzoso complementar esto con la disposicion de los artículos 2437, 2438 y 2440 á 2442. Siguiendo en un todo el artículo de Freitas, pudo evitarse en gran parte esta omision.

[29] Esta disposicion se complementa con los artículos 2787, 2440 y 2441: vé el 2789. No se puede permitir que el delincuente, haciendo imposible la restitucion de la cosa hurtada ó robada, mejore inmensamente su condicion. Vé artículo 905 á 907.

1094. Art. 28. — Si el delito fuere de usurpacion de dinero, el delincuente pagará los intereses de plaza desde el dia del delito. *Freitas* 3653°, § 2° *inc.* 1°. [30]

1095. Art. 29. — Si el delito fuere de daño por destruccion de la cosa ajena, la indemnizacion consistirá en el pago de la cosa destruida; si la destruccion de la cosa fuere parcial, la indemnizacion consistirá en el pago de la diferencia de su valor actual y el valor primitivo. *De Freitas* 3654° *n°* 1° *y* 3655°. [31]

1096. Art. 30. — El derecho de exigir la indemnizacion del daño causado por delitos contra la propiedad, corresponde al dueño de la cosa, al que tuviese el *derecho de posesion de ella* ó la *simple posesion* [32] como el locatario, comodatario ó depositario; y al acreedor hipotecario, aún contra el dueño mismo de la cosa hipotecada, si este hubiese sido autor del daño. *Freitas* 3657°.

CAPÍTULO IV

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PARA LA INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS DELITOS

1097. Art. 31. — La indemnizacion del daño causado por delito, solo puede ser demandada por accion civil independiente de la accion criminal. *Freitas* 3637°. [33]

---

[30] El ladron queda así igualado al mandante, mandatario, etc. (vé arts. 1723, 1915, 1952, 2300 y 2196), y es de mejor condicion que el socio en el caso del artículo 1724. Este artículo tampoco armoniza con los artículos 905 á 907. Freitas condena al usurpador á pagar intereses acumulados de tres en tres meses.

[31] Tampoco consideramos esto como una indemnizacion suficiente, si no se le obliga á lo ménos á pagar el precio *de afeccion*, ya que no los daños y perjuicios consiguientes á la destruccion, como el artículo 1070 parece exigirlo. Compara con el artículo 520, relativo á actos lícitos y con los artículos 905 á 907.

Cuando la cosa es mueble, Freitas permite su abandono y poder exigir su valor primitivo, lo que hallamos muy justo.

[32] Es decir al que tuviese *derecho de poseerla* ó la posesion de ella ó la simple tenencia (arts. 2463 y 2464): vé artículos 2470 inciso 1°, 2472 con las notas 6 y 7, y 1111. Es un error de copia ó tipografía probablemente.

[33] Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1102 á 1104. La accion civil se prescribe en los plazos del artículo 4039.

La distribucion de la jurisdiccion es materia privativa de la ley de procedimiento, y segun la legislacion española así como por los Códigos Penales de Corrientes y Buenos Aires, de las demandas por indemnizacion de daños causados por delitos de derecho criminal pueden conocer tambien los Jueces del Crímen, aplicando principalmente la legislacion penal y subsidiariamente la civil (nota 25).

Si el delito fuere puramente del derecho civil, la ley podria atribuir á un Juez cualquiera su juzgamiento, pero en tal caso, aunque este Juez fuese el del Crímen, tendría que aplicar esclusivamente el Código Civil, como que es el único que legisla esos delitos.

De modo que, si el presente artículo debe entenderse como que escluye al Juez del Crímen del conocimiento de la accion civil proveniente de un delito del derecho penal, legisla sobre materia que es de particular incumbencia de la legislacion provincial, y por tanto no es obligatorio sinó para los Jueces y Tribunales Nacionales.

Debemos, pues, decir que el artículo se limita á prohibir la acumulacion de las acciones civil y penal, pero que no atribuye á los Jueces de lo Civil el conocimiento esclusivo de la primera.

1098. Art. 32. — La accion civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la accion criminal [34] ó por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron á la accion criminal por haber intentado la accion civil ó por haber desistido de ella. Pero si renunciaron á la accion civil ó hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la accion criminal. *De Freitas* 3638°. [35]

1099. Art. 33. — La accion por las pérdidas é intereses que nace de un delito, puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, [36] observándose, sin embargo, lo que las leyes disponen sobre la aceptacion de las herencias con beneficio de inventario. *Aubry*, § 445 *nota* 12, *y Freitas* 3625°. [Vé arts. 2492 y 3373].

1100. Art. 34. — Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sinó agravio moral, como las injurias ó la difamacion, la accion civil no pasa á los herederos y *sucesores universales*, sinó cuando hubiese sido entablada por el difunto. *Aubry, allí.* [Vé art. 1866]. [37]

1101. Art. 35. — La accion por pérdidas é intereses que nace de un delito, aunque sea de los penados por el derecho criminal, se estingue por la renuncia de las personas interesadas; pero la renuncia de la persona directamente damnificada, no embaraza el ejercicio de la accion que puede pertenecer al esposo ó á sus padres. *Aubry*, § 445 *al fin* [38]

1102. Art. 36. — Si la accion criminal hubiere precedido á la accion civil, ó fuere intentada pendiente esta, no habrá condenacion en el juicio civil antes de la condenacion del acusado en el juicio criminal, con escepcion de los casos siguientes: —

1° Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la accion criminal, en

Art. 33. — L. 3ª, Tit. 15, Part. 7ª.

---

[34] Esto es de evidencia: no intentar una accion jamás puede importar la renuncia de otra accion distinta. Lo que Freitas dice es que no se juzga renunciada la accion civil, porque los ofendidos no la hayan intentado durante su vida.

La escepcion del artículo 1100 suministra un argumento. Vé artículos 875 y 4039.

[35] Por estos medios la parte ofendida puede burlar la disposicion del artículo 842. Vé nuestra nota á él.

[36] Debe decirse lo mismo de los herederos de los consejeros del delito (vé art. 1082), pues el consejo es una manera de complicidad. Proyecto de Código Penal, Parte 1ª, Libro 1°, Título 5°, y vé á Tejedor, *Derecho criminal*, I, 43 á 45. Vé la nota siguiente.

[37] Esto arguye que en los demás delitos la accion pasa á los herederos del ofendido: vé nota 34 al fin. Por nuestro derecho no hay otros sucesores universales que los herederos y los legatarios de una parte alícuota de la herencia. Vé artículo 3265, así como el 1196 y nuestra nota á él.

[38] Se coligen de aquí estas dos cosas: que podrá con mas razon transigirse (vé nota 10 al art. 842), y que la accion de los damnificados indirectamente por el delito (vé art. 1080) es distinta de la del principal ofendido.

Lo que en el artículo se dice del padre y del esposo (art. 1081), es estensivo á los otros que hayan sufrido indirectamente por el delito. *Eadem est ratio.*

cuyo caso la accion civil puede ser intentada [39] ó continuada contra los respectivos *herederos;* [40]

2° En caso de ausencia del acusado, en que la accion *criminal* [41] puede ser intentada ó continuada. *Freitas* 835°. [Vé art. 3293].

1103. Art. 37. — Despues de la condenacion del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado. *Freitas* 836°; *Aubry*, § 769 *nota* 94.

Arts. 37 y 38. — *La influencia sobre el juicio civil de la sentencia pronunciada en el juicio criminal ha sido diversamente apreciada por los jurisconsultos franceses. Merlin, *Quest. Verb. Faux*, § 6°, sostiene que cuando, por ejemplo, yo demando á Pedro ante un tribunal civil la reparacion de un delito por el cual ha sido condenado por un tribunal criminal, hay cosa juzgada sobre la existencia del delito y su imputacion á Pedro; de modo que este no puede pretender abrir de nuevo la cuestion para probar que él no es autor del delito, porque: 1° hay en los dos juicios identidad de causa, pues que la base de las dos acciones es el delito cometido; 2° identidad del objeto, porque á pesar de la diferencia de los objetos directos en los dos juicios, ambos se juzgan á los ojos de la ley tener el mismo objeto fundamental; 3° identidad de las partes, porque el Ministerio Público es el representante de la sociedad entera, y él me ha representado, aunque yo no hubiese hecho la acusacion.

Toullier, Tom. 10, n°s 240 á 259, ha refutado el sistema de Merlin, demostrando que no hay identidad de parte, pues que el Ministerio Público, no pudiendo demandar la reparacion pecuniaria del daño causado, no ha podido representar al individuo perjudicado. Y que aún suponiendo que hubiese identidad de partes, no habia identidad de objeto.

Estas dos opiniones han dividido á los jurisconsultos franceses.

Puede decirse que en verdad no hay identidad de objeto. ¿Cómo decir que demandar contra Pedro el pago de veinte mil pesos ó demandarle á que se le condene á muerte, es demandar la misma cosa y el mismo objeto? Pero aunque no hay identidad de cosa en las dos demandas, ¿cómo admitir que aquel que juzgado con el mandatario de la sociedad que el hecho por el cual era acusado no habia existido nunca, pueda despues por el mismo hecho ser traido á juicio ante un tribunal civil? ¿Cómo admitir á la inversa que aquel que despues de una defensa hecha con toda la libertad y con todas las garantías que la ley concede ha sido solemnemente condenado como autor de un delito, pueda despues ante un tribunal civil sostener y llegar á establecer legalmente que el hecho no ha existido, ó que no le es imputable? Esto seria un escándalo jurídico, contrario á la razon y á la verdad que debe suponerse en los juicios concluidos.

La regla que exige las tres condiciones espuestas para que haya cosa juzgada, es meramente una regla del derecho civil dada para las cuestiones de puro derecho civil, y no para aquellas que resulten de la comparacion del derecho civil con el derecho criminal.

Mas si la naturaleza misma de la cosa no permite exigir, cuando se trata de la influencia de un juicio criminal sobre el civil, la reunion de las tres condiciones espuestas para reconocer la autoridad de la cosa juzgada, es preciso, sin embargo, que el punto que se pretende hallar legalmente establecido por la sentencia, sea el que esa sentencia ha decidido, y que la decision corresponda á la jurisdiccion criminal. La mision de los tribunales criminales es decidir si el hecho atribuido al acusado existe: si el inculpado es el autor y si

---

[39] Debe esto combinarse con la disposicion del artículo 1100.

[40] En el artículo 1099 se dijo *sucesores universales*, siguiendo á Aubry y Rau. Vé nuestra nota 37. El principio consignado en este artículo es tomado del artículo 3° inciso 2° del Código de Instruccion criminal francés.

[41] Debe leerse «*no* puede ser intentada ó continuada»; ó mejor, decir *accion civil* en vez de *criminal*, como trae Freitas; ya porque los Códigos no permiten generalmente que se procese criminalmente en rebeldía del ausente; ya porque el Código Civil legislaria sobre una materia propia del procedimiento penal; ya, en fin, porque tal como se halla el n° 2° no condiria con el sentido de lo restante del artículo.

* Esta larga nota del Dr. Velez es tomada de Marcadé sobre el artículo 1351, tomo 5°, páginas 200 á 204. Vé nuestra nota 42.

1104. Art. 38. — Despues de la absolucion del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaido la absolucion. *Freitas* 837°. [42]

ese hecho le es imputable segun la ley penal, y como delito del derecho criminal. Los tribunales criminales, á no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio, no tienen que decidir si el hecho constituye ó no un delito del derecho civil ó un cuasi-delito. Si pues un tribunal criminal juzgara, cuando no hay parte, que el hecho de que el acusado es reconocido autor, es completamente irreprensible, y que no puede dar lugar ni á la aplicacion de una pena, ni á una condenacion de daños é intereses, la sentencia seria sin valor respecto á este último punto, y la persona perjudicada podria ocurrir ante la jurisdiccion civil, y entrar en la cuestion de la existencia de un delito del derecho civil ó de un cuasi-delito, cuestion que el tribunal criminal no habia tenido derecho de decidir. Asi tambien, el que hubiese sido declarado no culpable de un incendio en su propia casa, podria sin embargo, sobre la demanda de una compañía de seguros, ser juzgado que habia ocasionado el incendio por imprudencia y no tener derecho á indemnizacion alguna.

Es preciso ademas que el punto que se decida ante la jurisdiccion civil, que ha sido juzgado por el tribunal criminal, sea *precisamente* el que este tribunal ha decidido. Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuido á Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida á probar en el tribunal civil la existencia del hecho. Si el tribunal criminal, reconociendo la existencia del hecho, ha juzgado que Pedro no era el autor, es claro que la persona perjudicada no podrá perseguir á Pedro por razon de ese hecho ante el tribunal civil. Lo mismo si el tribunal criminal, reconociendo que el hecho existe y que Pedro es el autor, ha declarado que no le es imputable, y que no hay culpabilidad en él, no se podrá establecer contra él esta misma culpabilidad ante la jurisdiccion civil. Recíprocamente, si Pedro ha sido declarado culpado de un delito, y que se pida contra él, en lo civil, alguna consecuencia civil de ese delito, por ejemplo, la revocacion de una donacion por ingratitud, él no podria discutir de nuevo la cuestion de la culpabilidad. En estos diferentes casos el punto que se querria discutir nuevamente ante la jurisdiccion civil, es el que ha decidido el tribunal criminal, y aunque la segunda accion no tenga el mismo fin que la primera, aunque el reclamante no sea el mismo, y aunque no haya ni identidad de objeto, ni identidad de partes, hay sin embargo cosa juzgada. La jurisdiccion civil no puede declarar que no existe el hecho criminal que la jurisdiccion criminal ha tenido por tal, ni juzgar inocente de ese hecho al que la otra jurisdiccion ha declarado culpable. (Véase Marcadé, sobre el art. 1531 [léase 1351]). — Aubry y Rau tratan estensamente la materia en el § 769. Lo mismo Bonnier, *Des Preuves*, n°s 716 y siguientes.

De la influencia sobre lo civil de la cosa juzgada en lo criminal, en cuanto á la cuestion de la existencia ó no existencia del hecho objeto del juicio, y recíprocamente de la influencia sobre lo criminal de la cosa juzgada en lo civil, en cuanto á la existencia ó no existencia del mismo, tratan estensamente Merlin, *Rép. Verb. Non bis in idem* n° 15. *Verb. Chose jugée*, § 15, y *Verb. Réparation civile*, § 2°. — *Questions verb. Faux*, § 6°, y *Verb Réparation civile*, § 3°. — Toullier, Tom. 8°, n° 50 [30 y no 50] y siguientes. — Duranton, Tom. 13, n°s 486 y siguientes. Sellyer en su tratado del derecho criminal, Tom. 6°, desde la pág. 432, discute la opinion de los autores citados.

---

[42] Esta redaccion de Freitas es errónea é incompleta, pues absuelto Pedro de un delito podria dirigirse la accion civil ó criminal contra Pablo, y además, Pedro puede eximirse de la pena del acto ilícito que cometió, y sin embargo, tener que responder de los daños y perjuicios causados. Vé nota del Dr. Velez al artículo 1073 y nuestra nota al 1077.

Los tribunales del crímen no están llamados á estatuir sobre la existencia de hechos considerados no como que presentan los caractéres de un delito de derecho criminal, sinó como que ofrecen los caractéres de un delito de derecho civil, de un cuasi-delito, ó de cualquier otro acto capaz de engendrar, bajo el punto de vista del derecho civil, cualesquiera consecuencias legales. Segun el objeto y la naturaleza de la institucion de estos tribunales, sus decisiones dejan entera é intacta la cuestion de saber si en un caso dado, se ha cometido ó no un delito de derecho civil ó un cuasi-delito, si los hechos imputados al procesado ó al acusado le son imputables en relacion á las consecuencias civiles que se considera derivar de ellos, y si son bastantes para autorizar una demanda por daños y perjuicios, ó una accion ó escepcion de nulidad, ó cualquiera otra reclamacion de interés

1105. Art. 39. — Si la accion criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decision compete esclusivamente al juicio civil, no habrá condenacion en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes : —

1° Las que versaren sobre la validez ó nulidad de los matrimonios; [Vé arts. 224 á 227].

2° Las que versaren sobre la calificacion de las quiebras de los comerciantes. *Freitas* 839°.

1106. Art. 40. — Con escepcion de los dos casos anteriores, ó de otros que sean esceptuados espresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna accion criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, ó sobre otro que con él tenga relacion. *Freitas* 840°. [Art. 151].

1107. Art. 41. — Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la accion criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos. *Freitas* 841°. [Compara con Demolombe, XIII, 224 al fin].

—

TÍTULO IX

De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos [1]

1108. Art. 1°. — Los hechos ó las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título, sinó degeneran en delitos del derecho criminal. *De Aubry*, § 446 *y nota* 6ª. [2]

---

civil, y cuales son las personas sobre las que debe recaer, bajo el punto de vista del derecho civil, el perjuicio resultante de un hecho punible.

Para la aplicacion de esta proposicion y cabal inteligencia de nuestros artículos 1103 y 1104, debe consultarse á Aubry y Rau, § 769 n° 3° ó § 769 *bis* de la 4ª edicion, cuya teoría es adoptada completamente por Marcadé, á quien se copia en la nota al presente artículo. Vé tambien nuestra nota al artículo 1113.

Por lo demás, es preciso que haya una sentencia verdaderamente *absolutoria*, y un sobreseimiento cualquiera no puede tener tal alcance. Compara con el artículo 838 de Freitas.

[1] Este Título, en que se trata de lo que comunmente se llama un *cuasi-delito* (vé la nota del Dr. Velez al art. 1122), debió constituir con mas propiedad un capítulo del Título anterior, como lo exigia el método. Vé nuestra nota 4ª á los artículos 1068 á 1070.

Además, así como el Título anterior versaba sobre los *Actos ilícitos*, su Capítulo 1° trataba *De los delitos*, el Título 1° *De los hechos*, y el 2° *De los actos jurídicos*, el presente debió llevar por todo membrete, este : *De los hechos ilícitos que no son delitos.*

[2] Y cuando degeneren en delitos, serán regidas mas propiamente por el Título anterior, que de ellos trata.

Despues de haber tratado Freitas de las faltas (vé su art. 826, etc.) junto con los delitos y cuasi-delitos, viene á reconocer que las faltas en las obligaciones, aunque degeneren en delitos, deben tener su legislacion peculiar. Vé sus artículos 3697 á 3701 ; y compara con Maynz, § 356, notas 28, 29, 50 y 51.

1109. Art. 2°. — Los artículos 5°, 6°, 8°, 9°, 10 y 11 del Título anterior son aplicables á los actos ilícitos, hechos sin intencion de causar un daño. *De Aubry, allí.* [3]

1110. Art. 3°. — Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa ó negligencia ocasiona un daño á otro, está obligado á la reparacion del perjuicio. [4] Esta obligacion es regida por las mismas disposiciones relativas á los delitos del derecho civil. *De Goyena* 1900°, *y Aubry, allí, nota* 5. [5]

1111. Art. 4°. — Puede pedir esta reparacion, no solo el que es dueño ó poseedor de la cosa que ha sufrido el daño ó sus herederos, [6] sinó tambien el usufructuario ó el usuario, si el daño irrogase perjuicio á su derecho. [7]

Puede tambien pedirlo el que tiene la cosa con la obligacion de responder de ella, pero solo en ausencia del dueño. *Chile* 2315°. [8]

1112. Art. 5°. — El hecho [9] que no cause daño á la persona que lo sufre, sinó

Art. 3°. — L. 6ª, Tít. 15, Part. 7ª. — La Ley Romana dice : *damnum culpa datum etiam ab eo qui nocere noluit*, L. 5ª, Tít. 2°, Lib. 9°, Dig. — Cód. Francés, arts. 1382 y 1383. — De Nápoles, arts. 1336 y 1337, — Sardo, arts. 1500 y 1501. [De Goyena, allí].

Art. 4°. — Cód. de Chile, art. 2315.

---

[3] Aunque Aubry y Rau no comprendan aquí los artículos 1067 á 1070, no hay razon para eliminar esos artículos tomados de Freitas, puesto que tratan *de los actos ilícitos* en general. Vé la nota 4ª á los artículos 1068 á 1070, y el artículo 1110 inciso 2°.

[4] Nota del Dr. Velez al artículo 499. Los artículos 239, 1649, 2362 inciso 3°, 2545, 2781, 3149, 3404 y 3673 son aplicaciones de este principio. Vé otras citas en el artículo 1068.

Cuando el acto es involuntario, se aplica el artículo 908.

[5] « Esta obligacion, dicen Aubry y Rau, es *en general* regida por los mismos principios que la que nace de un delito de derecho civil. » Compara con el § 445. Vé sin embargo el § 298 *ter*, nota 16, 4ª edicion.

Las disposiciones aludidas son las consignadas en los artículos 1070, 1078 á 1081, 1084 y 1099. La solidaridad consignada en el artículo 1082 queda tambien comprendida en los términos absolutos de nuestro inciso 2° y en la referencia de los espresados escritores. El artículo 1122 constituye una escepcion y viene á confirmar así el principio de nuestro inciso. *Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.* Ese artículo es tomado de Freitas que en su artículo 3664 consagra la solidaridad, establecida por las legislaciones romana y española en los cuasi-delitos.

Freitas trae en sus artículos 3671 á 3683 algunos casos interesantes de *ofensas* ó cuasi-delitos.

[6] Tambien sus cesionarios : vé el artículo 1100 y su nota.

[7] Maynz, § 356 nota 35. Esta disposicion debe estenderse no solo al habitador (vé art. 2950), como lo trae el Código Chileno, sinó al acreedor hipotecario en su caso (artículo 1096 inc. último). *Eadem est ratio.*

Tampoco trata sinó de los cuasi-delitos contra la propiedad, y así debe ser complementada por el artículo 1086, en su caso.

En presencia de los artículos 1069, 1096 y 1086, el presente inciso es, pues, innecesario.

[8] Este inciso no armoniza bastante con el artículo 1096. Tales incoherencias nacen de haber tratado en disposiciones dispersas una materia única : vé la nota precedente. Nuestro inciso parece referirse á la simple tenencia de los artículos 2462 á 2464.

[9] Si el hecho es *lícito*, ninguna duda puede caber (el ejemplo que pone el Dr. Velez es

por una falta imputable á ella, no impone responsabilidad alguna. *Aubry*, § 446 *nota* 4ª; *Freitas* 832° *n°* 3°. [Vé arts. 1129, 1959 n° 2° y 2238].

1113. Art. 6°. — Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sinó de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las *disposiciones de este Título. Aubry, allí, nota* 7. [10]

1114. Art. 7°. — La obligacion del que ha causado un daño se estiende [11] á los daños que causaren los que están bajo su dependencia, ó por las cosas de que se sirve, ó que tiene á su cuidado. *De Goyena* 1901°; *Cód. Francés* 1384° *inc.* 1°; *Luisiana* 2296°. [Vé arts. 1563 y 2276].

1115. Art. 8°. — El padre, y por su muerte, ausencia ó incapacidad, la madre, [12] son responsables de los daños causados por sus hijos *menores* [13] que estén

Art. 5°. — L. 203 [Tít. 17, Lib. 50], Dig. *De reg. juris.* — Aubry y Rau ponen el caso siguiente. Si alguno, arrojando alguna cosa sobre un terreno que le pertenece, y que no está sometido á una servidumbre de paso, hiriese por casualidad á un estraño que se encontraba allí sin permiso, no comete un cuasi-delito. [De Aubry, allí.]

Art. 6°. — « De los jueces y oficiales del Ministerio público, de los párrocos en los actos « del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, « procuradores » y de todos los empleados en la administracion del Estado. Véase Aubry y Rau, nota 7°. [Puede verse á Acevedo, art. 6° y citas].

Art. 7°. — Cód. Francés, art. 1384. — De Luisiana, art. [2296 á] 2299. — [Citas de] Goyena en el artículo 1901 de su proyecto, hace sobre la materia observaciones dignas de tenerse presentes.

---

de un acto lícito); no así, si es *ilícito*. Vé artículos 1068 inciso 1°, 1072 y 905 á 908, y el 1120 inciso 3°.

Si el acto ilícito no concurrió para nada en la produccion del daño, se aplica el artículo 1068 inciso 1°; pero si concurrió en algo, parece justo que tenga su parte de responsabilidad. Vé nuestra nota al artículo 1072.

[10] Debe esto limitarse á las *disposiones* PRECEDENTES, pues es evidente que los artículos restantes de este Título no son en nada aplicables á los funcionarios públicos. La responsabilidad del funcionario público es un dogma del gobierno libre: vé nuestra nota al artículo 1104.

Me inclino á creer que la absolucion ó no culpabilidad pronunciada por un jury, libra al funcionario de toda responsabilidad posterior por causa del mismo hecho. Vé nuestra nota al artículo 1104.

Nuestra disposicion es estensiva indudablemente á las faltas de que, en el ejercicio de su arte, se hacen culpables los médicos, cirujanos, boticarios y parteros: artículo 1110 inciso 1°.

[11] Se vé que esta redaccion es impropia. Quiere decir, que la misma obligacion que pesa de reparar el daño causado por un hecho propio, existe tambien respecto á los daños, etc.

Aquí está la razon del artículo 1123: vé el 1124. El artículo 4039 fija el plazo para entablar la accion.

[12] Vé nuestra nota al artículo 305.

[13] Es decir, *menor de diez años*: vé artículo 273 y su nota. El Proyecto de Código Penal lo estiende á *quince* años, pero solo podrian aplicarlo los jueces del crímen en los actos punidos por el Código Penal.

El esposo divorciado solo responde del daño hecho por los hijos que han quedado bajo su cuidado. Vé artículos 213 á 215.

El propio menor de diez años, incapaz de discernimiento (arts. 922, 1077 y 1109), no

bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos ó naturales. *Aubry*, § 447 *notas* 1 *y* 9.

1116. Art. 9°. — La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona. *Aubry, allí, nota* 7.

1117. Art. 10. — Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habian tenido una vigilancia activa sobre sus hijos. *Aubry, allí, nota* 11.

1118. Art. 11. — Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están á su cargo. [14] Rige igualmente respecto de los directores de colegios, maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos ó aprendices, [15] mayores de diez años, [16] y serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad

Art. 8°. — Es una consecuencia del principio general establecido en el artículo anterior. — Cód. Francés, art. 1384. — « Véase, Duranton, Tom. 13, n° 716. — Toullier, Tom. 11, « n°s 279 y 281. » — Aubry y Rau, § 447.

Art. 9°. — Aubry y Rau, § 447. — « Duranton, Tom. 13, n° 718. »

Art. 10. — Cód. Francés, art. 1384 [inc. últ.]. — De Nápoles, art. 1388 [léase 1338]. — Sardo, art. 1502. — Holandés, art. 1403. [De Goyena 1901°].

---

incurre en mas responsabilidad directa que la del artículo 908, ni queda sujeto á la repeticion del artículo 1124.

Nos parece estraño que el Proyecto de Código Penal (Parte 1ª, Lib. 1°, Tít. 7°, art. 5° ó sea el artículo 72 n°s 1° y 2° del Código de Buenos Aires y Corrientes), haga responsables directamente á todo menor de quince años y al demente mismo, cuando no tengan padres ó guardadores, ó estos carezcan de bienes con que responder, ó cuando estos prueben que no tuvieron culpa ó negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Vé nuestra nota siguiente.

Sensibles son estas divergencias, pero al sancionarse el Código Penal de la República quizá desaparezcan.

[14] Vé nuestra nota precedente. Pero si el pupilo era mayor de diez años ó el incapaz obró en un intérvalo lúcido, tendrian una responsabilidad directa para con la parte perjudicada (arg. art. 151) ; y parece muy justo que queden sujetos á la repeticion del artículo 1124.

Lo dicho del pupilo, es aplicable al alumno y al aprendiz.

Freitas 3666° inciso 2°, niega absolutamente la repeticion, sin distinguir si el agente obró ó no con discernimiento, y en su inciso 3° legisla como un acto involuntario el ejecutado con discernimiento por un demente en un lúcido intérvalo, no haciéndolo responsable sinó hasta donde se enriqueció (nuestro art. 908). Consideramos esto último aún menos acertado que lo primero.

Por lo demás, este inciso debe limitarse por el artículo 433.

[15] En tanto que permanezcan bajo su dependencia y vigilancia. Código Francés 1384° incisos 4° y 5°; Freitas 813° n° 5°. Combina el presente con el 1116.

[16] Y si son menores de esta edad, con mas razon : argumento artículos 1115 y 1116. Vé nuestras notas 13 y 11. Compara con el artículo último, Libro 1°, Parte 1ª del Proyecto de Código Penal.

que su calidad les conferia, y con el cuidado que era de su deber poner. *De Freitas* 843° *n*os 2 *y* 3, *y* 3666° *inc.* 1.

1119. Art. 12. — Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos *de todo género*, son responsables del daño causado por sus agentes ó empleados en los efectos de *los que habiten en ellas*, ó cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño. *De Freitas* 3665° *n*° 2°, *y* 3670° *inc.* 1°. [17]

1120. Art. 13. — El artículo anterior es aplicable á los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulacion en los efectos embarcados, [18] cuando esos efectos se estravian: —

A los agentes de trasportes terrestres, respecto del daño ó estravío de los efectos que recibiesen para trasportar; [19]

A los padres de familia, inquilinos [20] de la casa en todo ó en parte de ella, en cuanto al daño causado á los que transiten, por cosas arrojadas á la calle, ó en terreno ajeno, ó en terreno propio sujeto á servidumbre de tránsito, ó por cosas suspendidas ó puestas de un modo peligroso que lleguen á caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto á servidumbre de tránsito [Freitas 3665° n°s 3° y 5°]. [21] Cuando dos ó mas son los que habitan la casa, y se ignora la habitacion de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fué el que arrojó la cosa, él solo será responsable. [22]

Art. 13 [§ 3°]. — LL. 25 y 26, Tít. 15, Part. 7ª. — Inst. Lib. 4°, Tít. 5°, Lib. 1° [léase, § 1°]. — Cód. de Austria, art. 1318. [De Goyena 1901°].

---

[17] Los artículos 2231 á 2240 esplican y complementan el presente, haciendo el 1121 innecesario; pero aquellos artículos no son por supuesto aplicables á los trasportes marítimos ó terrestres.

Lo que el artículo dice de los *dueños* de los establecimientos, será tambien aplicable al hotelero, posadero, etc., ó director ó administrador principal del establecimiento, aunque no sea dueño: artículos 1114, 2232, 2235 y su argumento.

El artículo dice impropiamente *establecimientos de todo género*, mientras que Freitas se limita á los establecimientos públicos de *espedicion*; y aunque se refiere vagamente á *los que habiten en ellos*, debe esto limitarse á los *viageros* ó *transeuntes* (arts. 1121, 2235, 2236 y su arg.) y á los pasageros, como lo hace Freitas.

Es verdad, que así como los superiores deben responder de los perjuicios causados por sus subordinados, los amos y patrones deben hacerlo por sus criados, domésticos ó dependientes; pero además de quedar ya establecido esto en el artículo 1114, esa responsabilidad existe siempre que estos últimos causen daño en el ejercicio de sus funciones, sin distinguir si los perjudicados habitan ó no en el establecimiento.

[18] Falta aquí la conjuncion *y* ú *ó*, usada en caso idéntico por el artículo precedente y el inciso siguiente; pues, el caso de deterioro ó daño es distinto del de estravío.

[19] En compensacion gozan, como los posaderos, de privilegio: vé artículos 3888 y 3889. Puede verse el Código de Comercio y el Código Civil Francés 1782° á 1784°.

[20] Es decir, « *y á* los inquilinos », aunque no sean padres de familia. En el artículo 1122 la redaccion es mas clara.

[21] Es el caso de la nota del Dr. Velez al artículo 1112.

[22] Esta adicion hecha á Freitas carece de objeto, pues lo mismo dice y mas cumplidamente el artículo 1122.

1121. Art. 14. — Las obligaciones de los posaderos respecto á los efectos introducidos en las posadas por transeuntes ó viajeros, son regidas por las disposiciones relativas al depósito necesario. [23]

1122. Art. 15. — Cuando el hotel ó casa pública de hospedaje perteneciere á dos ó mas dueños, ó si el buque tuviese dos capitanes ó patrones, ó fuesen dos ó mas los padres de familia, ó inquilinos de la casa, no serán solidariamente obligados á la indemnizacion del daño ; sinó que cada uno de ellos responderá en proporcion á la parte que tuviere, [24] á no ser que se probare que el hecho fué ocasionado por culpa de uno de ellos esclusivamente, y en tal caso solo el culpable responderá del daño. *Freitas* 3669°. [Vé art. 1136 inc. 2°.]

1123. Art. 16. — Las personas damnificadas por los dependientes ó domésticos, [25] pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles á los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados á llevar á juicio á los autores del hecho. *Aubry*, § 447, *nota* 37.

1124. Art. 17. — El que paga el daño causado por sus dependientes ó domésticos, [26] puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente ó doméstico que lo causó por su culpa ó negligencia. *Goyena* 1905°.

Art. 15. — LL. 1ª, 2ª y 5ª [léase, 1ª, § 10, 3ª y 5ª, Tít. 3°, Lib. 9°], Dig. *De his qui effunderint* pronunciaban formalmente la solidaridad contra los autores de un cuasi-delito. Algunos escritores, guiados por la legislacion romana [seguida por las Leyes 15, 25 y 26, Tít. 15, Part. 7ª], han querido establecer una asimilacion completa entre los delitos y cuasi-delitos en cuanto á la solidaridad que resultaba del hecho, doctrina de que nos separamos en la resolucion del artículo. [24] La intencion de dañar es la que constituye el delito, mientras que el cuasi-delito no es mas que un hecho, que no lleva la intencion que le imprimiria un carácter de culpabilidad. La ley vé en el delito cometido por muchos, un pensamiento criminal concebido ó inventado en comun, y por esto ha querido que las condenaciones en materia de delitos fuesen pronunciadas solidariamente contra todos los autores. Pero en el cuasi-delito no hay intencion punible ; los autores de un hecho que daña á otro, no están obligados sinó á reparar el perjuicio que han causado, no á título de pena, sinó meramente de indemnizacion. Por consiguiente, no deben ser cargados todos y cada uno con la responsabilidad del hecho, al cual no han contribuido sinó cada uno por su parte material.

Nuestra resolucion está apoyada con las mejores autoridades. « Toullier, Tom. 2° [léase, 11°], n° 151. — Duranton, Tom. 2° [léase, 11°], n° 194, » y Marcadé sobre el artículo 1382.

---

[23] Vé nuestras notas 17 y 19.

[24] Vé nuestra nota 5ª. Tambien Freitas acepta la solidaridad en principio (vé su artículo 3664), sin perjuicio de las escepciones.

[25] Ó por los menores de diez años, pupilos, incapaces, alumnos y aprendices, en su caso. *Eadem est ratio.* Aubry y Rau tampoco distinguen, y hablan generalmente. Pero si el damnificante obró con discernimiento tendrá tambien una responsabilidad directa: vé nuestras notas 13 y 14.

[26] Debe hacerse estensivo esto tambien á los que se hallan bajo tutela ó curatela y á los demás casos del artículo 1118, con sujecion á lo dicho en nuestras notas 13 y 14. Artículo 1110 combinado con el 1080. Goyena, allí ; Cód. de Chile 2325° ; Proyecto de Cód. Penal, Parte 1ª, Lib. 1°, Tít. 7° nota al art. 8° ; y vé á Freitas 3670° § 2°.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

[Vé art. 4039]

1125. Art. 18. — El propietario de un animal, doméstico ó feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona á la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario. *Aubry*, § 448 *n°* 1°, *y Freitas* 3687° § 2°. [27]

1126. Art. 19. — Si el animal que hubiere causado el daño, fué excitado por un tercero, la responsabilidad es de este, y no del dueño del animal. *Freitas* 3686° § 2°; *Goyena* 1902° § 2°.

1127. Art. 20. — La responsabilidad del dueño del animal tiene lugar aunque el animal, en el momento que ha causado el daño, hubiere estado bajo la guarda de los dependientes de aquel. [28]

No se salva tampoco la responsabilidad del dueño porque el daño que hubiese causado el animal no estuviese en los hábitos generales de su especie. *Aubry*, § 448 *nota* 4.

1128. Art. 21. — Si el animal que causó el daño, se hubiese soltado ó estraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo, cesa la responsabilidad del dueño. *Freitas* 3685° *n°* 2° *inc.* 2°. [29]

Art. 18. — Véanse Código Francés, art. 1385. — Sardo, art. 1503. — Napolitano, art. 1339. — Holandés, art. 1404. — Austríaco, art. 1520 [léase, 1320]. — Sobre los daños causados por animales hay un Título en el Derecho Romano que es el 10 [léase, 1°] del Libro 9° del Digesto, copiado en las Leyes 21, 22 y 23, Tít. 15, Part. 7ª. [De Goyena 1902°].

Art. 19. — LL. 21 y 22, Tít. 15, Part. 7ª. [De Goyena, allí].

---

[27] Si el poseedor del animal fué informado por el dueño de la mala calidad que causó el daño, ó si aquel la conocia ó debia conocerla, no tendrá recurso contra el propietario: artículos 1527 y 2288 y su argumento. Vé Código Chileno 2326° inciso último. Aubry y Rau, § 448 notas 12 y 13, 4ª edicion, traen una doctrina distinta.

Al depositario voluntario y con mas razon al necesario, con dificultad podria negarse el recurso contra el dueño del animal: vé artículos 2210, 2226, 2229 y 2241.

El damnificado solo puede dirigir su accion contra el poseedor del animal y no contra su dueño: argumento artículos 1127 inciso 1°, 1126 y 1130. Vé artículo 2288.

Por lo demás, el dueño ó poseedor no se libra, aunque prueben que no hubo culpa de su parte (en contra, Freitas 3685° n° 1°), ó que no pudieron evitar el daño á pesar de haber hecho cuanto les era posible por conseguirlo: argumento del artículo 1129, que no los exime de responsabilidad sinó por fuerza mayor. Hay siempre falta en tener animales dañinos ó en no cuidarlos para que no perjudiquen.

La frase del artículo 1130 *aunque no le hubiese sido posible evitar el daño*, es pues, sobre abundante y puede inducir en error.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de la disposicion del mismo artículo 1130.

[28] Pero si estos son capaces de discernimiento y se les puede imputar falta en la guarda del animal, deben reembolso al patron ó dueño del animal; artículo 1124, su argumento y lo qué allí decimos.

[29] Freitas dice, *sin culpa* SUYA *ó de la persona encargada*; lo cual es evidente. Este caso es muy semejante al de fuerza mayor de que trata el artículo siguiente. Vé artículo 1130.

1129. Art. 22. — Cesa tambien la responsabilidad del dueño en el caso en que el daño causado por el animal hubiese provenido de fuerza mayor ó de una culpa imputable al que lo hubiese sufrido. *Aubry, allí, nota* 5. [Art. 1112]. [30]

1130. Art. 23. — El daño causado por un animal feroz, [31] de que no se reporta utilidad para la guarda ó servicio de un predio, [32] será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban. *Chile* 2327°. [Vé art. 1128]. [33]

1131. Art. 24. — El daño causado por un animal á otro, será indemnizado por el dueño del animal ofensor si este provocó al animal ofendido. Si el animal ofendido provocó al ofensor, el dueño de aquel no tendrá derecho á indemnizacion alguna. *Freitas* 3688°.

1132. Art. 25. — El propietario de un animal no puede sustraerse á la obligacion de reparar el daño, ofreciendo abandonar la propiedad del animal. *Aubry,* § 448 *nota* 6 ; *Freitas* 3689°. [34]

CAPÍTULO II

DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR COSAS INANIMADAS

1133. Art. 26. — El propietario de una heredad contigua á un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de este garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare ó que haga demoler el edificio. *Aubry,* § 448, *al fin ; Freitas* 3695°.

1134. Art. 27. — Cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño á alguno,

Art. 23. — Cód. de Chile, art. 2327.

Art. 25. — En contra, Cód. de Luisiana, art. 2031 [léase 2301] y las Leyes Romanas. — [En favor] Merlin, *Rép. verb. quasi-délit,* n° 9°. — Toullier, Tom. 11, n° 298. [De Goyena 1902°, y de Aubry, allí].

Art. 26. — La caucion *damni infecti,* del Derecho Romano (L. 6ª, Dig. *De damno inf.* [Tít. 2°, Lib. 39]), cuyo fin era procurar al vecino una caucion [garantía] para reparar el perjuicio que podria causarle la caida de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede accion por las pérdidas é intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admision de una accion preventiva en esta materia, da lugar á pleitos de una resolucion mas ó menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos á un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido á las municipalidades de ordenar la reparacion ó demolicion de los edificios que amenacen ruina. [De Aubry, allí].

---

[30] No habrá culpa, dice Freitas 832° n° 3°, si el daño fuere causado por la culpa del mismo ofendido ó perjudicado: si el demandado prueba que el ofendido se espuso por su culpa al daño del animal doméstico ó domesticado, 3685° n° 3°. Vé nuestra nota 9.

[31] ¿Aunque esté domesticado? Creemos que sí, pues el artículo no distingue.

[32] Si el animal feroz presta utilidad para la guarda ó servicio del predio, el artículo quedará sin aplicacion. En materia de culpas y daños, el arbitrio judicial juega un rol importante en la apreciacion de los casos, que pueden ser variadísimos.

[33] Freitas vá demasiado léjos cuando en su artículo 3684 no admite causa alguna de justificacion, aunque se trate de un animal *doméstico* que sea *bravío* ó *feroz*.

[34] Lo que el Dr. Velez repite al final de la nota al artículo 1856, contradiria la resolucion del presente.

su dueño responderá de la indemnizacion, si no prueba que de su parte no hubo culpa, [35] como en los casos siguientes: —

1° Caidas de edificios ó de construcciones en general, en el todo ó parte; [Vé art. 2618]. [35]

2° Caidas de árboles espuestos á caer por casos ordinarios; [Vé art. 514].

3° Humareda escesiva de horno, fragua, etc., sobre las casas vecinas; [Art. 2627].

4° Exhalaciones de cloacas ó depósitos infestantes, causadas por la construccion de estas sin las precauciones necesarias; [Vé art. 2627 cit.].

5° Humedad en las paredes contiguas, por causas evitables;

6° Atajos de los rios, para servicio de las heredades propias; [Vé arts. 2646 á 2648].

7° Obras nuevas de cualquiera especie, aunque sea en lugar público y con licencia, si causaren perjuicio. *Freitas* 3690°.

1135. Art. 28. — Tiene lugar la indemnizacion del daño causado por ruina de edificio, probándose que hubo negligencia de parte de su dueño, ó de su representante, en hacer las reparaciones necesarias, ó en tomar precauciones oportunas, [36] aunque la ruina provenga de vicio en la construccion. *Freitas* 3691° *y* 3692°. [37]

1136. Art. 29. — Si la construccion arruinada estaba arrendada ó dada en usufructo, el perjudicado solo tendrá derecho contra el dueño de ella. [38] Si perteneciese á varios condóminos indivisos, la indemnizacion debe hacerla cada uno de ellos, segun la parte que tuviese en la propiedad. *Freitas* 3694°. [Vé arts. 1122 y 2692].

1137. Art. 30. — La indemnizacion del daño puede ser demandada como accesoria de las denuncias de obras nuevas, acabadas ó no acabadas. *Freitas* 3696°. [Vé arts. 2499 á 2502]. [39]

Art. 28. — Véase, Cód. de Chile, art. 2323. — L. 10, Tít. 32, Part. 3ª. [De Acevedo 1605°; Cód. Francés 1386°].

---

[35] Probado el acto ilícito y perjudicial, entiende la ley que se ha procedido con discernimiento, intencion y libertad, y al demandado cumple probar que alguno de esos elementos de imputabilidad no ha existido; salvo los casos de incapacidad legal. *Reus in excipiendo fit actor.* Vé los artículos 899, 922, 923 y 901 á 908.

No comprendemos por qué el artículo 1135 hace una escepcion tratándose de las caidas de edificios, pasando á los damnificados la carga de la prueba.

[36] Vé nuestra nota anterior.

[37] Sin perjuicio de la disposicion del artículo 1648. Querría Goyena 1903° que en este caso solo el arquitecto fuera el responsable.

[38] Sin perjuicio de la responsabilidad del locatario ó usufructuario para con el locador ó nudo propietario por falta á sus obligaciones: artículos 519 á 521; y vé artículos 1563, 1561, 1570, 1571 y 2883 á 2893.

[39] En los casos de los números 3 á 6 del artículo 1134. La razon está en el artículo 1110, ó en el 1078, si hubiere delito.

SECCION TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS

—

TÍTULO PRIMERO

De los contratos en general

1138. Art. 1°. — Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaracion de voluntad comun, destinada á reglar sus derechos. *Savigny, allí, pág.* 314. [1]

Art. 1°. — Savigny, *Derecho Romano*, Tom. 3°, § 140. « Es preciso, dice este autor, tener en consideracion el objeto de la voluntad. Si pues dos personas acuerdan sostenerse mútuamente por sus consejos en la adquisicion de una ciencia, ó de un arte, seria impropio dar á este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso la voluntad no tiene por objeto una relacion de derecho ». Freitas [art. 1830] es mas claro en la materia; dice que « habrá contrato, cuando dos ó mas personas acordasen entre si alguna obligacion ú obligaciones *recíprocas* [vé art. 510] á que correspondan derechos creditorios »; es decir, que una de las partes se constituye deudora, y la otra acreedora, ó que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores. Maynz dice, que « contratos son aquellas manifestaciones de voluntad, que tienen por objeto crear ó estinguir obligaciones », § 281, lo mismo Domat, Lib. 1°, Tít. 1°, § 1°.

Los jurisconsultos distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso comun se llaman convenciones á los contratos. Aubry y Rau definen: « Convencion es el acuerdo de dos ó mas personas sobre un objeto de interés jurídico, y contrato es la convencion en que una ó muchas personas se obligan hácia una ó muchas personas á una prestacion cualquiera ». Duranton, distinguiendo las convenciones de los contratos, dice que ellas no comprenden solo los contratos, sinó que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convencion; pero no toda convencion, aunque tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convencion es un término genérico que se aplica á toda especie de negocio ó de cláusula que las partes tengan en mira. [1] *Verbum conventionis*, dice la Ley Romana, *ad omnia de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt qui inter se agunt.* L. 1ª, § 3°, Dig. *De pactis.* [Tít. 14, Lib. 2°].

---

[1] En esta acepcion lata de la palabra *contrato*, no le hallamos diferencia de *convencion*; pero si definimos el contrato « la convencion que tiene por objeto la formacion ó modificacion de una obligacion » (vé art. 1201), como lo hacen Demolombe, XXIV, 12 y 18, Aubry y Rau, § 340 nota 2ª, y Freitas 1830°, entonces la *convencion* es el género, y el *contrato* la especie; así como una y otra se hallan comprendidas en la idea superior ó genérica de *acto jurídico*: vé nuestra nota al artículo 945. El artículo 1198 dice *convenciones* hechas en *contratos*.

Preferimos la acepcion lata de la palabra contrato (sinónima de convencion) á la restringida, porque los mismos principios rigen en general las convenciones que crean obligaciones que á las que tienen por objeto derechos reales, así como á las que conservan, modifican ó estinguen los derechos personales ó reales. Vé artículo 1185 n°s 1, 2, 6, 10 y 11; á Demolombe, n° 18 citado; Aubry y Rau, § 296 nota 3, 4ª edicion, y la interesante nota de Freitas á su artículo 438, comparada con Savigny, §§ 140 y 141, tomo 3°, páginas 315 á 323.

Freitas 1901° reconoce tambien que los contratos constitutivos de derechos reales y de cesion de derechos reales sobre cosas de otro, y sus efectos, deben ser juzgados por las disposiciones del Libro 3° que les sean especiales y por las disposiciones generales sobre contratos, obligaciones y actos jurídicos, que no les sean opuestas. Vé nuestra nota 8 y la del Dr. Velez al artículo 505.

1139. Art. 2°. — Los contratos se denominan en este Código unilaterales, ó bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hácia la otra sin que esta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hácia la otra. *Aubry*, § 341 *n°* 1°. [2]

1140. Art. 3°. — Se dice tambien en este Código, que los contratos son á título oneroso, ó á título gratuito; son á título oneroso, cuando las ventajas [3] que procuran á una ú otra de las partes no *les* es concedida sinó por una prestacion que *ella* le ha hecho, ó que se obliga á hacerle: son á título gratuito, cuando aseguran á una ú otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestacion por su parte. *Aubry*, § 341 *n°* 2° [4]

Art. 2°. — Cód. Francés, artículos 1102 y 1103. — Cód. Italiano, arts. 1099 y 1100. — De Nápoles, arts. 1056 y 1057. [De Goyena 975°]. — Los contratos bilaterales deben siempre dar lugar á dos acciones para garantir las dos obligaciones que comprenden. Los contratos unilaterales, no conteniendo sinó una obligacion, no exigen sinó solo una accion; sin embargo, puede suceder que el deudor cumpliendo la prestacion á la cual está obligado, haya sufrido pérdidas ó hecho gastos que deba pagarle el acreedor, y la ley en tal caso le concede *en* [al] efecto una accion; pero esta accion no es sinó una consecuencia accidental de actos estrínsecos, y no una consecuencia directa de la obligacion primitiva. Por esta razon esa accion se distingue de la que resulta directa y necesariamente del contrato, y se le llama *accion contraria*, en oposicion á la de la convencion que se llama *directa*. [De Maynz, § 282 notas 6ª y 7ª].

Art. 3°. — Proem. de la Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 1105 y 1106. — Napolitano, arts. 1059 y 1060. — Italiano, art. 1101. — Holandés, art. 1350. [De Goyena 976°].

---

[2] Véase atentamente nuestras notas á los artículos 947 y 1022. Estas definiciones no armonizan con la disposicion de este último artículo.

En los contratos bilaterales, cada parte es *desde luego* deudora y acreedora á la vez, y en los unilaterales, solamente una de ellas se obliga, y la otra solo eventualmente puede quedar obligada ó no quedarlo nunca.

Así, entre los contratos nominados (art. 1144), los únicos unilaterales son en rigor la prenda (vé nota al art. 1138), la fianza en relacion al acreedor y al deudor mismo si es gratuita, el comodato, la donacion y la cesion de créditos, el mandato y el depósito mismo, cuando son gratuitos. Todos los demás son bilaterales perfectos ó imperfectos. Aubry, § 311 nota 3ª, 4ª edicion, y Demolombe, XXIV, 23, dicen que el depósito y mandato onerosos son unilaterales, error que se demuestra por estas palabras del mismo Demolombe: « lo que caracteriza el contrato unilateral, es que no hace nacer una obliga- « cion sinó de un solo lado, de modo que una sola de las partes es la obligada y no la « otra. »

Algunos autores llaman bilaterales *imperfectos* á los unilaterales que pueden originar una obligacion eventual para la otra parte, que no lo estaba desde luego. Vé á Maynz, § 282 nota 9, y Demolombe establece (n° 22) que los llamados bilaterales imperfectos son unilaterales, opinion que es mas jurídica y conforme á nuestro artículo.

Por lo demás, en nuestro derecho la importancia práctica de la division de los contratos en unilaterales y bilaterales es casí ninguna. (Ve el citado art. 1022 y el 510). En derecho francés es otra cosa. Demolombe, n° 21.

Por último, aunque esta division sea distinta de la siguiente, es innegable que tiene muchos puntos de contacto y gran semejanza con ella.

[3] Debe leerse *la ventaja* no *le* es concedida, como traen Aubry y Rau, ó *las ventajas* no *le son* concedidas.

[4] El bilateral es siempre oneroso, como lo dicen todos los autores. Vé nuestra nota 2ª.

Es importante tener presente que la venta es el tipo de los contratos onerosos, como la

1141. Art. 4°. — Los contratos son consensuales ó reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, [5] quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento. *Freitas* 1903° *inc.* 1°, *y* 1904°. [6]

1142. Art. 5°. — Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho á la otra tradicion de la cosa sobre que versare el contrato. *Freitas* 1905°, § 1°.

1143. Art. 6°. — Forman la clase de los contratos reales, el mútuo, el comodato, el contrato de depósito, y la constitucion de prenda y de anticrésis. *Freitas* 1903° *inc.* 2°. [8]

1144. Art. 7°. — Los contratos son nominados, ó innominados, segun que la ley los designa ó no, bajo una denominacion especial. *Aubry*, § 341 *n°* 5°; *Bavie-ra*, *art.* 2°, *Cap.* 2°, *Lib.* 4°.

Arts. 5° y 6°. — En Derecho Francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes, al cual se hubiese obligado.

Bajo este respecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convencion civilmente obligatoria. [7] Sin embargo, por el Código Francés, el comodato, el mútuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sinó por la entrega de la cosa que forma el objeto, mas por esto, esos contratos no constituyen contratos reales, pues que la simple promesa seguida de aceptacion de entregar una cosa á título de comodato, de depósito, de mútuo, ó de prenda, es civilmente obligatoria. Véase Aubry y Rau, § 340. — Zachariæ, § 610 nota 5ª. [De Aubry, allí, y nota 3ª].

Art. 7°. — L. 5ª, Tít. 6°, Part. 5ª. [De Acevedo 1297°]. — Pothier [*Obligat.* n° 9°] dice: que esta division exacta en los principios del Derecho Romano, no tiene hoy lugar. Duranton [X, 92] sostiene la division, diciendo: que en cuanto á la accion, los efectos son los mismos en los contratos innominados que en los que tienen nombre; pero que la diferencia entre unos y otros, en cuanto á sus efectos posibles y á la *esencia* [léase *estension*] de la obligacion, no puede dejar de existir. [9]

« Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sinó un buey, con-

---

donacion lo es de los gratuitos: artículos 2833, 3838, 2839, 2994 y su argumento, 1437, 1439 y 1441.

Si el contrato contiene algo de oneroso y de gratuito á la vez, su carácter se fijará por el elemento que predomine, salvo la intencion espresa ó implícita de los contrayentes: artículos 1826, 1827, 1829 y 1830 con sus notas.

[5] Vé artículos 1181 á 1190.

[6] Cuando su validez depende de la escritura, esta es esencial para que el contrato exista como tal, si bien produce siempre una obligacion de hacer: artículos 1186 á 1189 (vé el 1194). Vé tambien los artículos 2246, 2258 inciso 2° y nota al 2192.

[7] Este principio no se establece en ninguna parte, y el artículo 975 mas bien lo contradice. Ni existe razon para negar eficacia á un acuerdo lícito de voluntades (art. 1138), que viene á importar un contrato consensual, y los artículos 1186 á 1189 suministran un argumento de analogía. Vé, sin embargo, los artículos 1989, 2216 y 2258.

[8] El contrato oneroso de renta vitalicia falta en esta enumeracion: vé artículo 2073.

Freitas es inconsecuente al comprender la prenda y el anticrésis entre los contratos, pues estos no crean derechos personales ó *creditorios*, sinó reales: artículo 2505 n°s 6 y 7. Vé nuestra nota y la del Dr. Velez al artículo 1138.

[9] Los efectos de los contratos nominados y de los innominados que tengan una legisla-

CAPÍTULO PRIMERO

DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

1145. Art. 8°. -- El consentimiento debe manifestarse por ofertas ó propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra. *De Freitas* 1833° *inc.* 2°; *Aubry*, § 343. [10]

1146. Art. 9°. — El consentimiento puede ser espreso ó tácito. Es espreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, ó por signos inequívocos. El con-

vienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo á su turno la semana siguiente. Esta convencion no es un alquiler, porque el precio no es dinero; no es tampoco un préstamo [de uso ó comodato], porque tal contrato no es á título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio, porque la propiedad no es *traspasada* [vé art. 1487]; ni sociedad [nota al art. 1650], porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Seria un contrato innominado. Suponed ahora que el buey del uno ha perecido en poder del otro por una culpa levísima. En tal caso no se pueden aplicar los principios ni del comodato, ni del mútuo, ni de ninguno de los contratos que tienen nombre; y aquel en cuyo poder el buey ha perecido, no será responsable de la pérdida, sinó en el caso de una culpa que traiga responsabilidad en los contratantes interesados por una y otra parte ». [Vé art. 512].

---

cion peculiar, se juzgan: 1° por las disposiciones especiales sobre cada uno de ellos (vé art. 2182); 2° por las disposiciones generales del presente Título, que no se opongan á las sobredichas disposiciones especiales; y por último, segun las disposiciones generales de la *Seccion* precedente, que no se opongan á las sobredichas disposiciones generales y especiales. Freitas 1896°. Vé á Demolombe, XXIV, 29.

Cuando un contrato innominado no tenga una legislacion peculiar, sus efectos deben juzgarse: 1° por las disposiciones generales indicadas arriba bajo los n°s 2° y 3°; y 2° en defecto, por las disposiciones especiales del contrato nominado con que tenga mas analogía (arts. 16, 2118 y su arg.); á no ser que se trate de una prescripcion de derecho escepcional (art. 1793 y su arg.), porque las disposiciones de esa naturaleza no deben estenderse. *Quod contra rationem iuris receptum non est producendum ad consequentias.* Vé á Demolombe, allí, y Duranton, X, 92. En contra, Freitas 1898°.

Por lo demás, las disposiciones generales de la *Seccion 1ª*, relativas á las obligaciones, recibirán siempre su natural aplicacion. Puede verse á Freitas, 1899° á 1902° y 1906° á 1908°.

Por último, desde el momento que un contrato reuna las condiciones necesarias para que el derecho le atribuya una denominacion determinada, nada importa que los contratantes callen esa denominacion ó le den un nombre equivocado: artículos 1327, 2007 y su argumento. Vé lo que allí decimos.

[10] Debió decirse « y *aceptacion* por la otra », ó bien « *aceptadas* (las propuestas) por la otra », pues es impropio hablar de un consentimiento aceptado.

La redaccion del artículo tampoco abraza los contratos en que las partes contrayentes son mas de dos.

Perfecto debe ser el acuerdo entre la aceptacion y la oferta, para que la convencion quede formada; y cualquier error ó mala inteligencia sobre la cosa, la naturaleza ó modalidades de la convencion, impediria la formacion de esta: artículos 1158 y 925 á 928, y vé los artículos 1153 á 1155.

Si la oferta hecha á varias personas, solo hubiese sido aceptada por algunas, la convencion debe, en general, juzgarse como no formada para nadie; á menos que de las circunstancias apareciese que el ofertante y aceptante han entendido admitir aceptaciones separadas é individuales. Vé el artículo 989.

sentimiento tácito resultará de hechos, ó de actos que lo presupongan, ó que autoricen á presumirlo, escepto en los casos en que la ley exige una manifestacion espresa de la voluntad ; [11] ó que las partes hubiesen estipulado, que sus convenciones no fuesen obligatorias, sinó despues de llenarse algunas formalidades. *Aubry*, § 343 *notas* 6 *á* 9, *y Freitas* 448° *al fin.* [Vé arts. 1147 y 1187]. [12]

1147. Art. 10. — El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida ó pedida ; ó si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, ó no hiciere lo que hubiera hecho si su intencion fuese no aceptar la propuesta ú oferta. *De Freitas* 1843° *n*os 1° *y* 3°. [13].

1148. Art. 11. — *Entre personas ausentes* el consentimiento puede manifestarse por medio de agentes ó por correspondencia epistolar. *Freitas* 1838° § 5°. [Vé art. 1215]. [14]

1149. Art. 12. — Para que haya promesa, esta debe ser á persona ó *personas determinadas* [15] sobre un contrato especial, con todos los antecedentes contitutivos de los contratos. *De Freitas* 1852° *n*° 3°

Art. 9°. — Aubry y Rau, § 343. — Maynz, § 284.

Art. 11. — LL. 8ª y 9ª, Tít. 11, Part. 5ª.

Art. 12. — Con la resolucion de este artículo *creemos* concluir con las innumerables cuestiones sobre promesa de ventas y otros contratos. Troplong, *Vente*, sobre el artículo 1589, nos hace ver que el Código Francés no ha resuelto esas cuestiones, y ni él las resuelve despues de proponerlas y de consagrarles largas páginas.

Zachariæ [léase Massé y Vergé] enseña que no es necesaria la determinacion de la persona; que todos los que ejercen públicamente un comercio ó una industria, y que anuncian al público los efectos que venden y los precios de ellos, están obligados á la venta desde que se presenten compradores. Savigny *(Derecho de las Obligaciones*, § 61) sostiene la doctrina del artículo con la sola escepcion de los títulos al portador, que como se ha visto, pertenecen al derecho público. Cuando una persona ofrece una recompensa al que le restituyese una suma perdida, ó que se ofrece un premio por un descubrimiento útil, ó cuando en un remate se ofrece una cosa por un precio cierto, la indeterminacion que se presenta es solo en el tiempo en que el contrato se prepara, y no en el tiempo mismo en que el contrato se concluye. *Entónces* ya hay una persona determinada. [Pero al hacerse la promesa, no la habia!].

---

[11] Vé artículos 769, 770, 701, 814, 1813 y 3130.

[12] Este artículo no viene á ser sinó la aplicacion de los artículos 918 y 919.

[13] Esta es una simple presuncion *de derecho* (juris), que puede destruirse con una prueba contraria: vé artículo 1191 inciso penúltimo. La última parte del artículo es preciso combinarla con el artículo 920, y todo él debe entenderse sin perjuicio de los casos especiales en que la ley presume el consentimiento. Vé nuestra nota 99 al artículo 1191 citado.

No se confunda, como hace Freitas, los hechos que producen una presuncion *legal* de consentimiento, con las circunstancias especiales que arrojen una presuncion *de hecho* (judicial ú *hominis*) mas ó menos fuerte de que hubo consentimiento tácito ó espreso.

[14] El artículo habria sido mas exacto y comprensivo en su redaccion, diciendo : « El « consentimiento puede manifestarse personalmente, por medio de agentes ó por corres- « pondencia epistolar ó telegráfica » ; puesto que estos medios son tambien permitidos á los *presentes* (arts. 975, 1871 y su arg.) y una ley nacional acuerda la eficacia de instrumento auténtico á los telegramas, que son un poderoso medio de comunicacion. Vé nuestra nota 2 al artículo 980 ; así como la 1ª hácia el artículo 110.

[15] *Personas determinadas*, no significan precisamente Pedro, Juan, Diego, etc., sinó una

1150. Art. 13. — La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, ó perdiere su capacidad para contratar ; [16] el proponente, antes de haber *sabido* la aceptacion, [17] y la otra, antes de haber aceptado. *Freitas* 1844° *inc.* 1° *y* 2° ; *Aubry,* § 343 *nota* 2. [Vé art. 1798].

1151. Art. 14. — Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, [18] á no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado la facultad de retirarlas, [19] ó se hubiese obligado al hacerlas, á permanecer en ellas hasta una época determinada. *Aubry,* § 343 *nota* 4. [20]

Art. 13. — Pothier, *De la Vente,* n° 32. — Duranton, Tom. 16, n° 45. — Duvergier, *De la Vente,* Tom. 1°, n° 67. [De Aubry, allí]. Los herederos de aquel á quien la proposicion se ha dirigido, no tienen derecho á aceptar la propuesta con efecto respecto al proponente, porque pueden mediar consideraciones personales al tratarse de un contrato [vé nota al art. 926], y porque no es lo mismo obligarse, ó que se obligue una sola persona, ó que sean varias las que deban cumplir el contrato. Sobre este punto, Toullier, Tom. 6°, n° 31. — Duvergier, Tom. 1°, n° 69. [Citas de Aubry].

Arts. 14 á 18. — Cuándo quede formado el contrato por correspondencia, es materia que ha dividido á los jurisconsultos Franceses. Las Leyes Romanas no presentan ninguna resolucion sobre esta delicada cuestion. La doctrina en que se funda nuestro artículo es

---

persona *determinable* ó una *determinada clase de personas.* Esto parece colegirse de la nota del Dr. Velez y especialmente del artículo 1852 n° 2° de Freitas, que dice así: No habrá *promesa* : cuando se prometiere no á una persona ó personas determinadas, sinó AL PÚBLICO EN GENERAL por anuncios, prospectos, circulares, catálogos ó por otro medio.

Además, ¿qué razon habria para que en las licitaciones, anuncios sobre flete y pasages, premios ofrecidos, etc., se negase el promitente á cumplir su oferta ? Estos ejemplos son análogos á los que el Dr. Velez toma de Savigny. Vé á Aubry y Rau, § 349 nota 9, 4ª edicion, y autores que allí cita ; Massé, III, 1458, 2ª edicion, á quien Tejedor (I, 125) sigue.

[16] Es preciso que sea posible la perseverancia de la voluntad ó su retractacion (vé arts. 1151 y 1156, y compara con el art. 3615) ; y la imposibilidad solo existe en el caso de muerte ó de una incapacidad absoluta : pero no en los de incapacidad meramente relativa (arts. 54 y 55). En tales casos, la oferta quedará sin efecto, si la parte relativamente incapaz lo solicitare : artículos 1049 y 1165.

El artículo 930 sobre el error de hecho se aplicará tambien en su caso.

[17] Si el acuerdo de voluntades, el convenio ó el contrato se forma por la trasmision de la aceptacion al proponente (art. 1155) y antes que ella llegue á su conocimiento, es visto que esta parte de este artículo es inconsecuente con el sabio principio sentado por el citado artículo 1155.

El defecto es menos perceptible en Freitas, quien, cuando la aceptacion es trasmitida por el propio agente al aceptante, no reputa perfecto ó concluido el contrato, hasta que haya llegado á conocimiento del proponente (art. 1840, § 2°).

El artículo 1798 condice con el presente, y el 1797 se desvia de él.

[18] Y aun despues de aceptadas, si la propuesta hubiese sido hecha con reserva de esta facultad. Vé artículos 761, 838 inciso 2°, 876 y 1795.

[19] Aún entónces podria retractar su renuncia salvo derechos de terceros (art. 876), y retirar su propuesta mientras no haya llegado á conocimiento de la otra parte.

[20] Todavia es aplicable lo dicho en la nota anterior.

Si la retractacion tuviere lugar en el tiempo intermedio entre el momento en que la propuesta llegó á conocimiento de la otra parte y el en que esta dió su aceptacion, el contrato no quedaria formado ; pero el promitente deberia los daños y perjuicios. Vé artículos 1156 y 1157.

1152. Art. 15. — La oferta ó propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente; ó si hubiese sido hecha por medio de un agente, y este volviese sin una aceptacion espresa. *Freitas* 1850° *n*^{os} 1° *y* 2°. [21]

1153. Art. 16. — Cualquiera modificacion que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato. [22]

1154. Art. 17. — Si la oferta hubiese sido alternativa, ó comprendiendo cosas que *puedan* separarse, [23] la aceptacion de una de ellas concluye el contrato. Si las dos cosas *no pudiesen* separarse, [23] la aceptacion de solo una de ellas importará la propuesta de un nuevo contrato. *Freitas* 1849°.

1155. Art. 18. — La aceptacion hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente. [24]

1156. Art. 19. — El aceptante de la oferta puede retractar su aceptacion antes que ella haya llegado al conocimiento del proponente. [25] Si la retractare despues

sostenida por Aubry y Rau, § 343 y nota 3ª, letra *a*. Por Zachariæ, § 613. — « Duranton, Tom. 16, n° 45. — Marcadè, sobre el artículo 1108, y por otros escritores. Pero Troplong, *Vente*, Tom. 1°, n° 22 [á 24] — Merlin, *Vente*, § 1° [art. 3° n° 11] ». — Delamarre, Tom. 1°, n° 247. — « Toullier, Tom. 6° n° 29 », y Maynz, § 284 nota 10 [Freitas 813° y 814°] enseñan que la conclusion del contrato no sucede hasta el momento en que la respuesta afirmativa llega á poder del que ha hecho la proposicion; y que hasta entónces cada uno de ellos puede cambiar de voluntad. El jurisconsulto Cadres entró en la cuestion combatiendo victoriosamente la opinion de Troplong en un artículo que se encuentra en la Revista de la Legislacion de Fœlix, año 1844, pág. 268. Entre otros fundamentos, dice: « Que siguiendo los principios de Troplong, el que ha aceptado la propuesta, tendria que esperar que le llegara la conformidad del que la hizo, y entónces nunca habria concurso de voluntades por correspondencia. Seria querer encontrar el fin de un círculo.

---

[21] La redaccion es incorrecta. Freitas dice con mas propiedad y exactitud: « *No hay propuesta*: 1° si hecha verbalmente, la otra parte no la aceptase inmediatamente; 2° si habiendo sido hecha por un agente *encargado de traer una respuesta*, volviere este sin una resolucion. »

Los demás números de este artículo de Freitas no carecen de interés.

[22] Si hubo error, mala inteligencia ó mútuas propuestas respecto á cantidades, tendria aplicacion lo dicho en la nota 10 § 2°.

[23] Segun la voluntad del proponente, que resultará de sus palabras, naturaleza de las cosas ofrecidas (como si por la separacion hubiesen de desmerecer mucho: vé final de la nota del Dr. Velez al art. 669) y demás circunstancias; y no debe entenderse precisamente de una separacion material. Esta cuestion es semejante á la resuelta en el párrafo último de la nota 10, respecto al caso de una propuesta hecha á varias personas.

Si se acepta un pedido alternativo, existirá una obligacion alternativa, que será regida por las disposiciones del Título respectivo (arts. 635 á 642).

[24] Mas correcto seria lo siguiente: « El contrato queda perfecto por la trasmision de la aceptacion de la oferta al proponente y antes que llegue á su conocimiento. » Queda salva la retractacion oportuna del aceptante: artículo 1156 inciso 1°. Vé nuestra nota 17.

El artículo 501 no guarda consecuencia con estos principios, cuando permite la revocacion, mientras la aceptacion de la promesa no llegue á conocimiento del estipulante.

[25] Este inciso, tomado de Freitas 1854° n° 4°, constituye una escepcion ó modificacion al artículo precedente, al permitir que formado el contrato por el envío de la aceptacion (art. 1155), pueda ser esta revocada. No es necesario, por lo demás, que la retractacion haya sido conocida por el proponente antes que la aceptacion, y basta que la retractacion

de haber llegado al conocimiento de la otra parte, debe satisfacer á esta las pérdidas é intereses que la retractacion le causare, si el contrato no pudiese cumplirse [26] *de otra manera, estando ya aceptada la oferta.*

1157. Art. 20. — La parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractacion del proponente, [27] su muerte ó incapacidad sobreviniente, [28] y que á consecuencia de su aceptacion hubiese hecho gastos ó sufrido pérdidas, tendrá derecho á reclamar pérdidas é intereses. *Aubry*, § 343 *nota* 4.

1158. Art. 21. — Lo dispuesto en el Título 1°, Seccion 1ª de este Libro, respecto á los vicios del consentimiento, tiene lugar en todos los contratos. [29]

1159. Art. 22. — El derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento corresponde á la parte que los hubiere sufrido, y no á la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulacion ó fraude. *De Freitas* 1865°. [Vé art. 1050 inc. 2°].

1160. Art. 23. — Cesa el derecho de alegar tales nulidades, cuando conocidas las causas de ellas, ó despues de haber cesado estas, los contratos fuesen confirmados espresa ó tácitamente. *Freitas* 1866°; *Cód. Francés* 892° *y* 1115°. [30]

Arts. 19 y 20. — « Toullier, Tom. 6°, n° 30. — Duvergier, *De la Vente*, Tom. 1°, n° 56». — Aubry y Rau, § 343. [Estas citas corresponden al art. 1157 solamente].

Art. 23. — Véase Maynz, § 122 y nota 46 [y §§ 121 n° 25, 287 notas 32 á 40, y 288 nota 19].

---

haya tenido lugar y manifestádose un momento antes que la aceptacion haya llegado á conocimiento del proponente. Este quebrantamiento de los principios (arts. 1155, 1201 y vé el 1205) apenas podria justificarse en ciertos casos, por consideraciones de equidad. Vé nuestra nota anterior.

De todos modos, si el proponente conoció la aceptacion antes que la retractacion, y ha sufrido perjuicios ó hecho gastos en ejecucion del contrato, podrá siempre reclamarlos: argumento artículo 1157.

Parece que el conocimiento de la aceptacion debe ser únicamente el que se obtenga por la respuesta misma del aceptante, y no por otros medios.

Es aquí aplicable la disposicion del artículo 1151.

[26] El contrato ha quedado definitivamente formado, y podrá pedirse su cumplimiento con conminacion de daños y perjuicios, ó los daños y perjuicios puramente, segun la naturaleza de los contratos y obligaciones á cumplirse.

Las palabras siguientes y finales de nuestro artículo están demás, pues carecen de significado.

[27] Se trata de una retractacion oportuna (vé art. 1151), y como lo hemos dicho en el párrafo 3° de nuestra nota 25, existe igual sinó mayor razon para hacer esto estensivo al proponente, en su caso.

[28] Para armonizarlo con el artículo 1150 debemos entender que se trata de la muerte ó incapacidad del proponente, sea que anteceda ó *sobrevenga* á la aceptacion, con tal que sea anterior al conocimiento de esta por el proponente. En ambos casos existe la misma razon. *Nemo ex alterius facto prerogari debet.*

[29] En vez de Seccion *1ª*, léase Seccion 2ª. La referencia solo comprende los artículos 924 á 944; pero debe hacerse estensiva á los artículos 956 á 973, que tratan de los vicios de simulacion y de fraude: vé el artículo 1159. *Consentimiento* quiere decir *declaracion de voluntad.*

[30] Los artículos 1060 á 1066 y sus notas suministran la esplicacion completa del pre-

CAPÍTULO II

DE LOS QUE PUEDEN CONTRATAR

1161. Art. 24. — No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, [31] ni los incapaces por incapacidad relativa [32] en los casos en que les es espresamente prohibido, [33] ni los que están escluidos de poderlo hacer con personas determinadas, ó respecto de cosas especiales, [34] ni aquellos á quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas á cada uno de los contratos, [35] ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sinó cuando comprasen bienes muebles á dinero de contado, ó contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan á la masa del concurso, [36] si no estipularen contratos con sus acreedores. *De Freitas* 1870° *y* 1871°, *y Cód. Francés* 1124°. [37]

Art. 24. — L. 4ª, Tít. 11, Part. 5ª; L. 11, Tít. 10, Lib. 1°, Fuero Real. — Cód. Francés, arts. 1123 y siguientes. — Napolitano, art. 1186 [léase 1077]. — Holandés, art. 1365. [De Goyena 986° y 987°]. — Ténganse presentes los artículos 3°, 4°, 5°, 6° y 7°, Tít. 2°, Lib. 1°, donde están designadas las personas que tienen incapacidad absoluta, ó incapacidad relativa.

---

sente, que como los dos anteriores pudieron omitirse. Sin embargo, este artículo demuestra que la nulidad es relativa y combinado con el 4032, prueba que las nulidades relativas son prescriptibles.

[31] Vé artículos 1042 y 1043. Y los que por cualquier accidente se hallen sin el uso de la razon al tiempo de celebrar el contrato: vé artículos 54 y 922.

[32] Vé artículo 55 y nuestra nota *a*. Los religiosos y comerciantes fallidos, de que se ocupa nuestro artículo en sus últimos incisos, deben figurar entre los que tienen incapacidad relativa (adultos y mujeres casadas).

[33] Esto no es completamente exacto y pudo eliminarse, pues los menores adultos no tienen una prohibicion espresa para celebrar actos jurídicos.

El artículo 1124 francés se refiere solo á las mujeres casadas.

[34] Unos y otros son *incapaces de derecho*, vé artículos 950, 1044 y sus notas.

A los padres les es prohibido contratar con los hijos impúberes que tienen bajo su potestad, á los tutores y curadores, con los pupilos é incapaces que tienen bajo su autoridad: vé artículos 279, 450 n°s 1° á 3° y 475, inciso 2°.

[35] Este inciso, tomado del artículo francés 1124, inciso último, no se halla en Freitas y es aquí redundante, como comprendido en los incisos anteriores; pues aquel á quien se prohibe celebrar un contrato dado, es necesariamente ó un incapaz de derecho ó es relativa ó absolutamente incapaz. Vé la nota 37.

[36] No pueden administrar esos bienes, y declarada la insolvencia de la masa, pierden su propiedad (Cód. de Com. arts. 1532, 1640 y 1665); pero pueden administrar otros bienes, como los de su mujer é hijos (arts. 1537 y 1538 del Cód. cit., y arts. 301, 1295, 1297 y 3866 del presente Código), y celebrar cualquier acto jurídico, con tal que no sea relativo á los bienes concursados. Vé la nota 32 y lo que decimos bajo el artículo 55. La incapacidad *relativa*, quiere decir una capacidad *parcial*.

Por un error de copia ó tipografía se ha puesto *contratos*, en vez de *concordatos*.

[37] Confrontando este artículo con los artículos 805, 840, 1359, 1441, 1494, 1806, 2013, 2075, 2259, 2260, 2833, 2834, 3120, 3121, 3215 y 3243, se notarán las incoherencias y de-

1162. Art. 25. — Ninguno puede contratar á nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, [38] ó sin tener por la ley su representacion. [39] El contrato celebrado á nombre de otro, de quien no se tenga autorizacion ó representacion legal, es de ningun valor, y no obliga ni al que lo hizo. [40] El contrato valdrá si el tercero lo ratificase [Goyena 980°] espresamente ó ejecutase el contrato. [Vé arts. 504 y 2986]. [41]

1163. Art. 26. — La ratificacion hecha por el tercero á cuyo nombre, ó en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorizacion prévia, y le dá derecho para exigir el cumplimiento del contrato. [Arts. 1938 y 2306 § 2°].

Las relaciones de derecho del que ha contratado por él, serán las del gestor de negocios. [42]

1164. Art. 27. — El que se obliga por un tercero, ofreciendo el *hecho* de este, debe satisfacer pérdidas é intereses, si el tercero se negare á cumplir el contrato. [43]

Arts. 25, 26 y 27. — LL. 7ª y 11, Tít. 11, Part. 5ª, Regla 10, Tít. 34, Part. 7ª. — Inst. § 21, Lib. 3°, Tít. 19. — LL. 81 y 83, Lib. 45, Tít. 10, Dig. [De Acevedo 1315°; Goyena 980° y 977°, y Savigny, allí, nota *a*]. — Sobre esta materia, véase Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, Tom. 2° § 59. — Zachariæ, § 617. — Cód. Francés, arts. 1121 [léase 1120] y 1165. — Pothier, *Obligaciones*, n° 54 [léase 56]. — Maynz, § 289 [ó 291].

---

armonias de forma y de fondo respecto á las personas que son capaces de contratar, provenientes de la diversidad de modelos. Este estudio comparativo, que sería interesante, ocuparía muchas páginas, y así no lo haremos sinó de una manera somera é incompleta.

Por lo demás, toda persona tiene capacidad y puede celebrar cualquier acto jurídico, siempre que no exista una disposicion que le niegue aquella ó que le prohiba este: vé nuestra nota al artículo 21.

[38] Es decir, sin tener mandato de él. Ese mandato ó autorizacion puede ser dada espresa ó tácitamente: vé artículos 1875 á 1878.

[39] Se refiere á los representantes necesarios del artículo 57, á los síndicos, superiores de los religiosos, y en general á los representantes de las personas jurídicas (art. 35).

[40] El principio debe entenderse con sujecion al artículo 1933 y sin perjuicio de los casos en que hay gestion de negocios agenos. Vé artículos 2290 á 2307.

[41] Creemos que la ratificacion tácita está sujeta á reglas análogas á las de la confirmacion tácita: compara con nuestra nota 4 á la nota del Dr. Velez al artículo 1060. La ejecucion del contrato es la única forma recibida por nuestro artículo para manifestar la ratificacion tácita: vé artículo 1937.

El mandato tácito (art. 1876) difiere de la ratificacion tácita en que esta sigue al contrato y aquel le precede. Cuando hay concomitancia, uno y otra parecen confundirse.

Hecha la ratificacion, el que contrató á nombre del tercero no queda sometido á garantía alguna por la validez ó la ejecucion efectiva del contrato celebrado: argumento del artículo 1916. Si la ratificacion se anula, no hay contrato para nadie: vé artículos 1051 á 1058.

Respecto á este artículo y á los dos siguientes, los comentarios á los artículos 1119 á 1121 franceses deben ser consultados con reserva.

[42] Ó mas exactamente las del mandatario con su mandante: artículo 2306 § 1° y nuestra nota al Cód. de Com. 331° § 3°.

[43] Parece que quiere decirse que «el que garante el hecho de un tercero, debe satisfacer pérdidas é intereses, si el tercero se negase á aceptar ó ratificar la obligacion». La

1165. Art. 28. — El derecho de alegar la nulidad de los contratos, hechos por personas incapaces, solo corresponde al incapaz, sus representantes ó sucesores, [44] á los terceros interesados, y al Ministerio de Menores, [45] cuando la incapacidad fuere absoluta, y no á la parte que tenia capacidad para contratar. *Freitas* 1877°. [46]

1166. Art. 29. — Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitucion de lo que hubiere dado, ó el reembolso de lo que hubiere pagado, [47] ó gastado, salvo si pro-

---

redaccion del artículo no puede ser mas impropia é incorrecta. El artículo 333 de nuestro Código Comercial, el 1120 del Código Napoleon y el 1450 del Chileno están exentos de ese reproche. Freitas dice: Quien prometiere la ejecucion ó abstencion de hechos de un tercero (art. 1887) y hubiese *garantizado* el éxito de su promesa, si no la cumpliere, el contrato se resolverá en indemnizacion de pérdidas é intereses (art. 1888 del mismo).

La palabra *hecho* está tomada aquí genéricamente (vé § último de la nota del Dr. Velez al art. 495), y comprende todo lo que puede ser materia de una convencion ó contrato (vé arts. 1166 y 1170). *Facere dandi significationem habet,* dicen Massé y Demolombe.

Si el tercero rehusa aceptar la obligacion, el contratante no tiene mas obligacion que la de daños y perjuicios (compara con los arts. 626 á 631); pero tiene *derecho* á cumplir él mismo la obligacion en los casos de los artículos 729 y 730 y con sujecion á sus prescripciones: argumento de ellos. Lo mismo, si la ratificacion es anulada: nuestra nota 41.

Si el contratante no ha garantido mas que la aceptacion, parece que no será responsable de otra cosa, ni de la validez del contrato, ni de su cumplimiento efectivo, ni de la evicion; á menos que de los términos empleados en el contrato resulte otra cosa, como si hubiera prometido que *el tercero daría ó pagaría,* ó apareciese de otras circunstancias que se habia comprometido á que el tercero daría ejecucion efectiva á su obligacion. Agrega los artículos 655 y 664 con su nota.

[44] Salvo estas palabras en letra bastardilla, los artículos 1048 á 1050 inciso 1° hacian innecesario este artículo y constituyen su mejor esplicacion. Se trata de los incapaces *de hecho,* porque los *de derecho* no son propiamente incapaces: vé artículo 1162 notas 31 á 35, y artículo 1044. Adviértase que Freitas reserva la palabra incapacidad para la *de hecho.* La parte capaz no puede alegar la nulidad del contrato, sea relativa ó absoluta. *Lex non distinguit* (nota 27 al art. 1050). Vé artículos 2195 á 2198, 2259 y 2260.

El incapaz alega la nulidad, cuando deja de serlo ó se llenan las formalidades para suplir su incapacidad, y si es púber, aun podria ocurrir al juez pidiendo un tutor al efecto, ó autorizacion supletoria (arts. 193 y 194). Vé artículo 1167.

[45] Freitas y nuestros artículos 1048 y 1049 se refieren al Ministerio Público fiscal, y así debió decirse; pues el Ministerio Público de Menores interviene y representa á los incapaces en todo acto (art. 59) y puede alegar toda nulidad, aunque no sea absoluta: artículo 493 inciso 3° y su argumento.

[46] Si ambos contratantes eran incapaces, la accion de nulidad puede ser deducida por uno ú otro: artículos 2259, 2260 y su argumento.

[47] Si al recibir el todo ó parte de la cosa ó el precio, la parte era ya capaz, se produciria la confirmacion tácita por el artículo 1061, y segun el artículo 1060 dejaria de tener aplicacion el presente.

El artículo 731 se contenta con que lo pagado se haya convertido en utilidad del incapaz, sin exigir que la utilidad ó provecho sea manifiesto. Lo mismo el artículo 1900.

Nuestro artículo debe ser complementado por los artículos 1051 á 1058 y lo que bajo de ellos decimos.

Si ambas partes son incapaces, parece que cada una será responsable solo por lo que

base [48] que existe lo que dió, ó que redundara en provecho *manifiesto* de la parte incapaz. *Freitas* 1878°; *Cód. Francés* 1312°; *Goyena* 1191°. [Vé art. 1900]. [49]

1167. Art. 30. — Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir á la otra parte á contratar, [50] ni él, ni sus representantes ó sucesores tendrán derecho para anular el contrato, á no ser que el incapaz fuere *menor*, [51] ó el dolo consistiere en la ocultacion de la incapacidad. *Freitas* 1879°; *Chile* 1685°. [52]

CAPÍTULO III

DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS

1168. Art. 31. — Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos *y de las obligaciones que se contrajeren*, rige respecto á los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos. *De Freitas* 1880° *inc.* 1°, *y* 1892° *inc.* 1°. [53]

---

exista, ó haya utilizado: argumento artículos 734 y 1165, combinado con el 2260. Ley 34 proemio, y argumento de la 11, § 6°, Título 4°, Libro 4°, Digesto. Siendo nulo el acto, las únicas acciones procedentes son *la condictio sine causa* y la *versio in rem*.

[48] El que pide la restitucion ó reembolso, se entiende.

[49] Es un caso de *versio in rem*: vé nota (*) antes del artículo 2308.

[50] Parece que esto debe entenderse con sujecion á los artículos 932 á 936, y hacerse estensivo á la fuerza é intimidacion, pues la violencia del incapaz envolverá casi siempre el dolo. *Eadem est ratio:* artículo 1159 y su argumento.

Tampoco podria reclamar la anulacion, cuando no tuviese en ello ninguna clase de ventaja ó interés. *Sans intérêt point d'action.*

[51] No dice *menor de edad*, y debe entenderse que el copista ha omitido el adjetivo *impúber*, que Freitas trae, lo mismo que el artículo 2261, y es exigido por los artículos 922 y 935. Y aún debió hacerse estensiva la disposicion á los mayores de *diez* años y menores de catorce (art. 127), desde que dicho artículo les reconoce discernimiento para los actos *ilícitos*, como es el dolo: vé artículos 1077 y 1109.

[52] Esto se refiere á todos los incapaces de los artículos 54, 55 y 1161, inclusos religiosos y fallidos; pero debe entenderse sin perjuicio de los daños é intereses por su delito ó cuasi-delito: artículos 935, 1068, 1077, 1109 y su argumento. Puede compararse esto con los artículos 1307 y 1310 franceses.

[53] Este artículo solo quiere decir que lo dispuesto por el artículo 10, Título « De los actos jurídicos » (art. 951), es aplicable á los contratos; lo cual ni necesidad habia de establecerlo, pues se sabe que los artículos 897 á 1066 son aplicables á los contratos, salvo disposiciones especiales: nota 9 al artículo 1144.

Nada hay dispuesto sobre el objeto de las obligaciones que se contraen, sinó es el artículo 495, que el artículo 1169 siguiente hace innecesario.

Freitas dice, 1880° inciso 1°: « El objeto de los contratos *es* (é, palabra que nuestro artículo parece háber traducido *y*) el (mismo) de las obligaciones que en ellos se contrajeren » lo cual es muy distinto de lo que nuestro artículo dice: vé la nota del Dr. Velez al artículo 505.

El método habria exigido que los artículos que determinan lo que *puede* ser objeto de un contrato, formasen un grupo separado de los que establecen lo que *no puede* ser su objeto.

1169. Art. 32. — Toda especie de prestacion, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligacion de hacer, sea que consista en la obligacion de dar alguna cosa ; [54] y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, ó de una cosa futura, [55] sea que se trate de la propiedad, del uso ó de la posesion de la cosa. *Zachariæ,* § 616 *nota* 1ª. [Vé art. 3954]. [56]

1170. Art. 33. — La prestacion, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, ó en el cumplimiento de un hecho positivo ó negativo susceptible de una apreciacion pecuniaria. *Aubry, allí, nota* 1ª. [57]

1171. Art. 34. — Las cosas [59] objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto á su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que esta pueda determinarse. *Goyena* 996°. [60]

1172. Art. 35. — La cantidad se reputa determinable cuando su determinacion

Art. 32. — L. 20 y siguientes, Tít. 11, Part. 5ª. — L. 34 [§ 1°], Tít. 1°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, arts. 1128 á [léase 1126, 1127 y] 1130. — Italiano, arts. 1116 y 1118. — De Nápoles, art. 1082. — Holandés, art. 1365 [léase 1368. De Goyena 994°]. — Sobre los actos dependientes de una profesion literaria ó artística, véase Aubry y Rau, § 344; Zachariæ, § 616.

Art. 33. — Aubry y Rau, § 344. — La Ley Romana dice: *ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia hui prestare* [58] *possunt.* L. 9ª, § 2°, Tít. 7°, Lib. 40, Dig. — Si la prestacion objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciacion pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría este autorizado á pedir la ejecucion de la promesa hecha. Un simple interés de afeccion no seria suficiente para darle una accion, á menos que la estipulacion determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral. [De Aubry, § citado al fin].

Art. 34. — L. 1ª, Tít. 11, Part. 5ª. — LL. 71, 75 y 115, Tít. 1°, Lib. 45, Dig. — Zachariæ, § 616. — Pothier, nºs 131 y 283 á 287. — Cód. Francés, art. 1129. — Italiano, art. 1117. — De Nápoles, art. 1281 [léase 1083]. — Holandés, art. 1369. [De Goyena, allí, y Acevedo 1326°].

---

[54] Art. 495. La dacion ó el hecho debe tener un valor (vé nota (ª) al art. 2313) susceptible de apreciacion pecuniaria, ó que proporcione al acreedor una ventaja pecuniaria, que pueda ser judicialmente ejecutada : artículo 1170. El interés ha sido y será siempre la medida de la accion. *Sans intérêt point d'action.*

En la obligacion *de dar* está comprendida la de *entregar una cosa,* y la *de hacer* comprende los hechos positivos y las abstenciones ó hechos negativos. Así, el artículo 1170 siguiente carece de razon de ser, y las palabras *susceptible de apreciacion pecuniaria* pertenecen mas bien al presente.

[55] El artículo 1802 es una escepcion : vé su nota.

[56] Véanse los artículos 1126, 1127 y 1130 del Código Francés y sus concordantes en los demás Códigos indicados en la nota del Dr. Velez.

[57] Vé la nota 54.

[58] Léase, *hui prestarique.*

[59] Goyena emplea la palabra *cosa,* como los artículos 1126 y 1128 franceses, en una acepcion amplísima é impropia (vé art. 2313 y su nota), como sinónima de *prestacion* (arts. 1169 y 1170), abrazando los casos de estos artículos.

[60] Corresponde á los jueces apreciar y decidir en cada caso las cuestiones de hecho que á este respecto puedan suscitarse, persiguiendo la voluntad de los contratantes. ¿El artículo 1502 forma una escepcion? Vé artículo 1335 con sus notas y la nota del Dr. Velez al artículo 954.

se deja al arbitrio de tercero ; [61] pero si el tercero no quisiere, no pudiere, ó no llegare á determinarla, el juez (*) podrá hacerlo por sí, ó por medio de peritos si fuese necesario, á fin de que se cumpla la convencion. [Vé á Freitas 1882°].

1173. Art. 36. — Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando estas aún no existan, ó hubieren dejado de existir ; [62] y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare á la otra parte. *De Freitas* 1881° *n°* 2° *y* 1883°. [Vé art. 1329 inc. 1°]. [63]

1174. Art. 37. — Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de *entregarlos* está subordinada al hecho, *si llegase á existir*, salvo si los contratos fuesen aleatorios. *Freitas* 1884°. [64]

Art. 35. — En contra, Domat, *Obligat.*, Sect. 3ª, § 11; y L. 9ª, Tít. 5°, Part. 5ª. [Cita de Acevedo 1661°].

Art. 36. — Véase Goyena, art. 995.

Art. 37. — L. 11, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 8ª, Tít. 1°, Lib. 18, Dig. [De Goyena 994° § 1°].

---

[61] Si el tercero hiciese una determinacion evidentemente exagerada y abusiva, el acto jurídico que importa la determinacion seria nulo ó anulable como doloso: artículos 936, 943 y 944.

El artículo 1353 parece desviarse de estos principios, y el 1352 tampoco armoniza con el presente.

(*) Una mision análoga le acuerdan los artículos 561, 576, 620, 752, 1381 y 1637. Segun la Regla 31, Título 34, Partida 7ª, lo dejado al arbitrio de *buen varon* se entendia librado al juez del lugar.

Cuando se dude sobre la cantidad ó solo esté fijada aproximativamente, se ocurrirá tambien á la determinacion judicial. El juez, por supuesto, debe oir préviamente á los interesados, y puede separarse del parecer de los peritos en su caso: vé nota del Dr. Velez, al artículo 1034.

[62] Porque sin objeto no hay acto jurídico ó contrato, ó es nulo insanablemente (nuestra nota 11 al artículo 1045).

[63] Aunque no lo haya hecho á sabiendas. *Lex non distinguit* y *nemo ex alterius facto prerogari debet:* argumento artículo 1157 y vé el 1057. Si el aceptante sabía la no existencia de la cosa ofrecida, ó no habría sufrido perjuicio ó tendría que soportarlo (art. 1112), y sería, por el contrario, responsable de su dolo (art. 1068). Si el promitente le manifestó su ignorancia ó incertidumbre respecto á la existencia de la cosa, habría que resolver una cuestion de hecho: ¿tomó el aceptante sobre sí el riesgo de la no existencia? Cuando espresamente (vé art. 1406) la tomó, no hay cuestion, salvo si en la no existencia ó destruccion de la cosa intervino dolo ó culpa del promitente ó aceptante.

[64] La segunda parte del artículo 1333 no tiene exacta aplicacion al presente, y no condice con la primera parte, como se demuestra por este artículo y por los artículos 1406 á 1408.

Es decir, cuando se contrata sobre cosas futuras simplemente, el promitente cumple con entregar lo que llegue á existir, y la otra parte no está obligada á pagar sinó la parte proporcional de lo ofrecido en retribucion. Si la cosa no llega enteramente á existir, el contrato no tiene efecto por falta de objeto, artículo 1333 inciso 2° y su argumento.

Por el contrario, en los contratos bilaterales *aleatorios,* se aplicarán los artículos 1406 á 1408.

Una vez que la cosa haya existido en cualquier cantidad, su aumento, deterioro, destruccion por caso fortuito ó culpa de una de las partes, se rigen por los artículos 578 á 591, y 610 á 615 en su caso, sobre las obligaciones de dar cosas ciertas y cantidades de cosas individualizadas.

Donde el artículo dice *entregarlos,* debe leerse *entregarlas* (las cosas futuras).

1175. Art. 38. — Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda ó en anticresis, hipotecadas ó embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio *que del contrato resultare á terceros. De Freitas* 1885°. [65]

1176. Art. 39. — No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesion se trate: ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares. *De Goyena* 994°, § 2°, *y Aubry*, § 344 *nota* 12. [66]

1177. Art. 40. — Los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesion aún no deferida, son nulos en el todo, cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio, [67] á ménos que

Art. 39. — L. 13, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo 1327°]. — L. 30, Tít. 3°, Lib. 2°, Cód. Romano. — Zachariæ, § 616. — Troplong, *De la Vente*, nos 246 y 250. — Cód. Francés, arts. 791 y 1130. — De Nápoles, arts. 811 [léase 708] y 1084. — Holandés, arts. 1109 y 1370. [De Goyena, allí]. — Italiano, art. 1118. — Aubry y Rau, § 344.

---

[65] Freitas dice: « salvo el perjuicio de quien tuviere derecho »; y á la verdad, si el propietario puede contratar sobre derechos que litiga ó que soportan una servidumbre (vé arts. 2993 y 3001) ó cualqnier otro gravámen, ningun tercero puede pretender coartarle su derecho y hacerle responsable del perjuicio (arts. 911, 912, 1072 y 2516) sin haberse constituido un derecho al efecto (dicho art. 911). Los contratos no deben perjudicar á terceros, dice el artículo 1196.

De todos modos, deben tenerse presente los artículos 2292, 3159 á 3163, sobre hipotecas, y las demas disposiciones especiales á la prenda y al anticresis.

El artículo 1180 sirve de complemento al presente. Las leyes españolas no permitían contratar sobre cosas litigiosas (1ª, Tít. 12, Lib. 1°, F. R., y 13, Tít. 7°, Part. 3ª).

[66] Los artículos 848, 1451, 3313, 3601 inc. 1°, 3826 y 3955 son aplicaciones y esplanaciones de este principio. Vé nuestras notas á los artículos 848 citado, y 1234.

Pero todos los bienes presentes no constituyen la herencia (art. 1337 combinado con el 1336, 1653, 1802 y su arg. y art. 3281) y el propietario podrá contratar sobre ellos.

El artículo trata de una nulidad absoluta: vé artículos 945 y 1045 con nuestras notas.

Las donaciones que un esposo hace al otro de su herencia futura (art. 1218 n° 4°) caen indudablemente en la prohibicion de nuestro artículo, es decir que no se puede contratar sobre herencia futura donada de antemano. Pero si la donacion fuese de bienes determinados, pueden ser estos objeto de los contratos; artículo 1234 y su argumento. Sacarlos fuera del comercio sería sumamente perjudicial á los mismos esposos, y ningun inconveniente ni peligro existe en que ellos puedan enagenarlos.

Puede dudarse si segun nuestro artículo seria válido el contrato sobre una sucesion cuya apertura se ignoraba. Nosotros creemos que lo sería, pues no vemos un motivo legal para declarar nulo un contrato, que de hecho no viola nuestro artículo ni contraría sus miras. El error tampoco sería aquí causal suficiente de nulidad: vé artículos 925 y siguientes.

[67] Será, pues, válido el contrato relativo á los bienes presentes, cuando son distintos los precios, pues hay entónces tantos contratos como precios ó prestaciones distintas. Lo inútil vicia lo útil, solo cuando no pueden separarse: artículo 1040. Febrero y Goyena, II, 2948; Marcadé, al artículo 1600, n° III; Maynz, § 297 nota 35.

El artículo 847 es una consecuencia de la indivisibilidad en las transacciones.

aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato *no* consienta en que la totalidad del precio sea solo por los bienes presentes. *Aubry, allí, nota* 14. [68]

1178. Art. 41. — Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. [69] Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado á emplear los medios necesarios para que la prestacion se realice. [70] Si él tuviere culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas é intereses. Debe tambien satisfacerlas cuando hubiese garantizado la promesa, y esta no tuviere efecto. *De Freitas* 1886° á 1888°.

1179. Art. 42. — El que hubiese contratado [71] sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradicion de ellas, incurre en el delito de estelionato, [72] y es responsable de todas las pérdidas é intereses. *De Freitas* 1889°.

1180. Art. 43. — Incurre tambien en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas é intereses quien contratare de mala fé sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas [73] ó embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fé. *Freitas* 1891°. [74]

Art. 40. — Aubry y Rau, § 344.

Art. 41. — Sobre la materia, Maynz, § 283, observacion 2ª.

---

[68] El artículo 537 del Código de Comercio y la nota al artículo 3313 no traen esta distincion tan justa.

Eliminado el adverbio *no*, la oracion queda mas correcta, como se vé en los artículos 2825 y 3428. Este galicismo se repite en los artículos 297, 1485, 3129 y 3260. Dos negaciones importan una afirmacion. Arg. Ley 237, Tít. 16, Lib. 50, Dig.

[69] Como los de arriendo, subarriendo, depósito, préstamo, etc. Pero podrán ser enagenadas. Vé artículo 1330 y sus notas, y el artículo 3218.

[70] La disposicion del artículo 1164 no es incongruente con esto. Aquí se promete una cosa agena; allí se promete que un tercero dará.

[71] De mala fé ó á sabiendas, entiéndase; pues sin ello no hay delito del derecho civil (art. 1073) ni del derecho criminal; argumento artículo 3144. Si ambos contratantes son de mala fé, no pueden exigirse ni aun la restitucion: artículos 795 inc. 2°, 1628, 1660 y 1661 y su argumento. Si la promesa fué hecha de buena fé, el aceptante de mala fé es responsable de los daños y perjuicios como doloso (arts. 506, 931, 936 y 943 combinados, 1068 y 1409), y no tendrá derecho á la eviccion. Vé los artículos 2108 y 1330, al fin.

Si hubo buena fé en ambas partes, y el promitente no pudiere entregar la cosa agena, podrá pedir la anulacion del contrato, aplicándose el artículo 930. Compara con el artículo 1180 siguiente, el 1330 inc. 2° y segunda parte del artículo 1332.

Si la cosa agena fué entregada, solo responderá por la eviccion.

[72] Inútil es la determinacion de un delito sin sancion penal. Vé artículo 3144. La clasificacion y penalidad del estelionato y demas estafas, debieron establecerse á continuacion de los artículos 1092 y 1093, que tratan de los hurtos y robos. En el proyecto de Código Penal, vé Parte 2ª, Título 8°, § 4°, artículo 4°. (Art. 337 del Código de Corrientes y Buenos Aires).

En el estelionato pueden existir dos delitos, uno con relacion al dueño ó poseedor de la cosa, y otro con relacion al aceptante de buena fé.

[73] El artículo 3144 trae una disposicion diminuta que con arreglo al presente debe generalizarse.

[74] *Non videtur esse celatus qui scit* (Dr. Velez, bajo el art. 2105). Este artículo complementa el 1175. Lo dicho en las notas 71 y 72 es aqui aplicable, solo que la mala fé se presumirá fácilmente de parte del promitente, como propietario de las cosas.

CAPÍTULO IV

DE LAS FORMAS DE LOS CONTRATOS

1181. Art. 44. — La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido. *Freitas* 1935°, § 1° *inc.* 1°. [75]

1182. Art. 45. — La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular [76] firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, ó por medio de agentes, ó por correspondencia epistolar, su forma [77] será juzgada por las leyes que sean mas favorables á la validez del contrato. *Freitas* 1936°. [78]

1183. Art. 46. — Lo dispuesto en cuanto á las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos [Vé arts. 974 á 979].

1184. Art. 47. — Cuando la forma instrumental fuere esclusivamente decretada *para* una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma. *De Freitas* 1928° *inc.* 1°. [79]

1185. Art. 48. — Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con escepcion de los que fuesen celebrados en subasta pública : — [Vé arts. 1186 á 1188]. [80]

1° Los contratos que tuviesen por objeto la trasmision de bienes inmuebles, en

Art. 44. — Cód. de Prusia, art. 111, Tít. 4°, Parte 1ª y las citas al art. 12, Título preliminar *De las Leyes*. [De Goyena 1001°].

Art. 47. — L. 22, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec., y L. 17, Tít. 21, Lib. 4° *id.* [léase Código Romano. De Goyena 1202°].

Art. 48. — Proyecto de Goyena, art. 1003.

---

[75] Es una aplicacion del artículo 951. Vé artículos 1141 y 1142. Cuando la validez de un contrato dependa de la forma instrumental ó de otra esclusivamente decretada (como la intervencion de un tribunal, autoridad ó funcionario cualquiera) ; el contrato no se juzga concluido como tal hasta que sea satisfecha esa forma con arreglo á las leyes y usos del lugar en que lo fuere : artículos 952, 1141, 1186 á 1190 combinados.

[76] Se sabe que el instrumento público debe hacerse siempre con arreglo á las leyes del país en que sea otorgado : artículo 12.

[77] Porque en cuanto á *sus efectos*, son regidos por el artículo 1215.

[78] De acuerdo con el artículo 14 número 4° y su argumento.

[79] Este artículo, que no es sinó el resúmen de lo dispuesto por los artículos 976 á 978, está demás en presencia del artículo 1183 precedente.

La preposicion *para* quita el sentido á la disposicion, y debe sustituirse con *ó una,* que es como trae Freitas y condice con los artículos citados.

[80] Esta *escepcion* solo corresponde propiamente al número 1° de este artículo y no á los demas números. Así la trae Freitas.

Por lo demas, no es indispensable que la escritura pública sea autorizada por un escribano : artículo 998, y vé artículos 1223 inciso 2°, 1812 y 3657.

propiedad ó usufructo, ó alguna obligacion ó gravámen sobre los mismos, ó traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; [81]

2° Las particiones estrajudiciales de herencias cuyo importe [82] llegue á mil pesos, ó en las que haya bienes inmuebles, aunque su valor sea inferior á dicha cantidad; [Vé arts. 3464 y 3525].

3° Los contratos de sociedad y la próroga [83] de ellos, cuando el capital de cada socio pase de mil pesos, ó cuando *algunos* [84] de los bienes aportados sean inmuebles; [Vé art. 1664 inc. 1°].

4° Las convenciones matrimoniales y la constitucion de dote que pase de mil pesos; [Vé arts. 1224, 1242 y 1812 n° 4].

5° Toda constitucion de renta vitalicia; [Vé art. 2073].

6° La cesion, repudiacion [85] ó renuncia de derechos hereditarios, que importen la suma de mil pesos; [Vé arts. 3347 y 3348]. [86]

7° Los poderes generales ó especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública; [Vé arts. 1799 y 1810 n° 5°].

8° Las transacciones sobre bienes inmuebles; [87]

---

[81] Quedan así comprendidas las donaciones (art. 1812 n° 1°) y las transacciones sobre inmuebles: vé el número 8° del presente artículo. Vé tambien el artículo 2611. En la nota al artículo 2665 se habla de *instrumento público*, en vez de escritura pública.

La frase *ó traspaso* (trasferencia ó cesion) *de derechos reales sobre inmuebles de otro,* es tomada de Freitas, no condice con lo restante del número y se halla comprendida en el número 9°.

Las palabras *obligacion ó gravámen sobre inmuebles*, significan los derechos reales (art. 2505) sobre ellos. Vé artículos 2832 y 2934 sobre usufructo, 2951 sobre uso y habitacion, 2991 sobre servidumbre, 3130 sobre hipoteca, 3242 sobre anticresis, y el 3990 sobre compromiso. Los derechos reales sobre bienes inmuebles se reputan tales, salvo la hipoteca y el anticresis (art. 2319).

La redaccion de este número es mucho mas perfecta en Freitas, que dice así:

« Art. 1929. — Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de la nulidad: —

« 1° Todos los contratos, que no sean celebrados en pública subasta, y tuvieren por objeto trasferir el dominio de inmuebles, ó *constituir derechos reales* sobre inmuebles ó trasferir derechos reales sobre inmuebles de otros ».

Los contratos que hicieren las partes en instrumento privado con la cláusula de que el contrato no valdrá sin la escritura pública, quedan sujetos á la prescripcion de nuestro artículo: artículos 1186 y 1187 combinados, y su argumento.

[82] Creemos que se refiere al importe *líquido*, es decir, rebajado lo ageno y pagadas las deudas. *Non sunt bona nisi deducto are alieno.* Nuestro número debió comprender con igual razon la particion de inmuebles comunes.

[83] Vé número 10 *infra.*

[84] O *alguno*, como trae Goyena; es decir, que basta que haya un bien inmueble aportado.

[85] Entre las palabras *repudiacion* ó *renuncia*, que son sinónimas (art. 3313), no debe haber una coma.

[86] Agrega nuestra nota 82, y respecto á las donaciones los artículos 1812 á 1815.

[87] Este artículo que viene á modificar el inciso 1° del artículo 837, debió figurar bajo el número 1°, ó á su lado.

9° La cesion de acciones ó derechos procedentes de actos consignados en escritura pública; [88]

10. Todos los actos que sean accesorios [89] de contratos redactados en escritura pública;

11. Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con escepcion de los pagos parciales, de intereses, cánon ó alquileres. *De Goyena, allí, salvo* n°s 4 *y* 6, *y Freitas* 1929° *n°* 1°.

1186. Art. 49. — Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, ó que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen á reducirlo á escritura pública, no quedan concluidos como tales, miéntras la escritura pública, no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado á hacer escritura pública. *Freitas* 1930° *n°* 1°. [Vé arts. 952 y 978]. [90]

---

[88] En otras palabras: La cesion de un derecho constante en escritura pública.

Este número y los artículos 1456 y 1457 deben complementarse entre sí.

[89] *Actos accesorios*, no quiere decir los que engendran las obligaciones accesorias del artículo 524, como la cláusula penal, fianza, prenda ó hipoteca (vé arts. 2008 y 3219); sinó *actos jurídicos* ó *contratos* accesorios, que vienen á esplicar, reconocer, confirmar, alterar ó modificar (restringiendo ó ampliando), derogar ó revocar (vé nota al art. 1235), prorogar y quizá tambien novar los contratos anteriores: vé artículos 720, 1937 y 1063, que no es aplicable á la ratificacion.

Creemos que debe esceptuarse no solo la ratificacion, y la remision, sinó tambien la renuncia en general, tanto mas que propiamente no son contratos: artículos 886, 874 y su argumento. La escepcion consignada en el artículo 3195 parece confirmar nuestra regla, si bien la nota á dicho artículo suministraría un argumento en contrario.

Respecto á los pactos ó cláusulas que forman parte del contrato mismo la duda no puede presentarse. Vé artículos 1365 á 1371 y 1375.

Obsérvese que nuestro artículo enumera entre los contratos no solo los actos que engendran derechos reales, sinó los que estinguen obligaciones y á otros actos jurídicos: vé los números 1°, 2°, 6°, 9°, 10 y 11, y nuestras notas á los artículos 945 y 1138. Tal confusion traerá necesariamente dificultades.

Por último, no se confunda la cuestion de *forma* con la de *prueba* en un contrato, aunque sean paralelas y prácticamente dén un resultado idéntico y el legislador los haya comprendido á veces bajo un solo artículo (arts. 837, 1664 y 2008) ó no haya sido bastante cuidadoso en diferenciarlas (arts. 976, 977, 1192 inc. 1°, 2832, 3219 y 3242).

La forma es esencial para la existencia del contrato (arts. 1015 y 1046 al fin); si falta la escritura pública hay nulidad absoluta; mientras que la escritura requerida por el artículo 1194 es solo para prueba, y la validez del contrato es independiente de ella: vé nuestra nota 109.

[90] Esto no puede ser estensivo al pago ó cumplimiento efectivo de la obligacion (art. 1185 n° 11), pues no es un contrato; pero si á las convenciones matrimoniales, sin perjuicio y en cuanto lo consienta el artículo 1220.

Respecto á la renuncia de una herencia, vé el artículo 3349 inciso 2°.

Por lo demas, el contrato no se valida ni con su ejecucion ó consumacion. Vé, sin embargo, la nota 101.

Es aplicable al presente artículo la disposicion complementaria del 1188. Vé nuestra nota 91.

Compara con este el artículo 1186 y el siguiente, la Ley 6ª, Tít. 5°, Part. 5ª, con las glosas de Gregorio Lopez.

1187. Art. 50. — El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdria sin la escritura pública. *Freitas* 1933 *inc.* 1°. [Vé art. 1146]. [91]

1188. Art. 51. — La obligacion de que habla el artículo *anterior* [92] será juzgada como una obligacion de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra parte para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligacion en el pago de pérdidas é intereses. *Freitas* 1931°. [Vé art. 629].

1189. Art. 52. — Los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público ó particular, fuesen hechos verbalmente, tambien quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior. *Freitas* 1934°. [93]

1190. Art. 53. — Si en el instrumento *público* [94] se hubiese estipulado una cláusula penal, ó el contrato fuese hecho dándose arras, la indemnizacion de las pérdidas é intereses consistirá en el pago de la pena y en *el segundo* [95] en la pérdida de la señal, ó su restitucion con otro tanto. *De Freitas* 1932°. [Arts. 522, 655 y 1203].

CAPÍTULO V

DE LA PRUEBA DE LOS CONTRATOS [96]

1191. Art. 54. — Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de procedimientos de las Provincias Federadas : —

Art. 50. — La cláusula por la cual las partes convengan en consignar sus convenciones en un acto bajo forma privada ó de que consten por escritura pública, no hace depender la existencia de ellas del cumplimiento de estas formalidades en los contratos en que las leyes no las exigen. Una cláusula de esta naturaleza debe en general ser considerada, como que solo tiene el objeto de asegurar la prueba de la convencion á la cual se refiere. Troplong, *De la Vente,* n° 19. — Toullier, Tom. 8°, n° 140. — Aubry y Rau, § 343 nota 9ª. [De Aubry, allí. Compara con la L. 6ª, Tít. 5°, Part. 5ª y sus glosas].

---

[91] Esta disposicion es tambien aplicable al artículo 1189, al cual debió seguir, tanto mas cuanto que se halla interpuesta indebidamente entre los artículos 1186 y 1188, que son correlativos.

Nuestro artículo se entiende, por supuesto, sin perjuicio de incurrir en la pena que haya podido estipularse (arts. 652 á 654), ó en la sancion del artículo 1203, en su caso. Vé el artículo 1190.

[92] Ha querido referirse al artículo *penúltimo* (1186), como lo hace Freitas. Manteniendo la palabra *anterior*, la disposicion de este artículo seria absurda é incomprensible.

Los artículos se apoyarian y se complementarian, desapareciendo todos los inconvenientes, si se hubieran colocado en el órden siguiente : artículos 1186, 1188, 1187 y 1189, que es como los trae Freitas.

[93] Vé las notas 91 y 109, y el artículo 976 con nuestra nota á él.

[94] « Si en el instrumento privado ó en el contrato verbal » (arts. 1186 y 1189), debió decirse, para guardar consonancia con dichos artículos 1186 y 1189, y porque no es este el lugar de tratar del *efecto* de los contratos (Capít. VI, art. 1196, etc.), ó de las pérdidas é intereses que su inejecucion origina. Además, para la aplicacion de los artículos 655 y 1203 no es de necesidad un instrumento público.

[95] Estas palabras advierten que el copista ha suprimido la frase *en el primer caso.*

[96] Este membrete y la palabra *contratos* de que se sirven los cuatro artículos de este

Por instrumentos públicos; [Art. 980 á 997].
Por instrumentos particulares firmados ó no firmados; [Vé art. 1883 n° 17]. [97]
Por confesion de partes, judicial ó extrajudicial; [98]
Por juramento judicial;
Por presunciones legales [99] ó judiciales; [100]
Por testigos. *Freitas* 1937°.

Art. 54. — L. 8ª, Tít. 14, Part. 3ª. En el Título 11 de la misma partida se admite el juramento. Títs. 3°, 4° y 5°, Lib. 22, Dig. y el 2°, Lib. 12, id. — Cód. Francés, art. 1316. — Holandés, art. 1903. [De Goyena 1197°]

Capítulo, no permiten hacer estensivas sus disposiciones á los demás *actos jurídicos*; pues si el legislador lo hubiera querido así, habria colocado estas disposiciones en un Capítulo del Título «De los actos jurídicos» (arts. 945 á 979). Y sin embargo, en las notas á los artículos 2521 y 3618 se alude á prescripciones sobre la prueba de los *actos jurídicos*, y los artículos 1018, 1020 inciso 2°, 2521 y 3743 inciso último, solo aceptando que los presentes artículos son estensivos á todo acto jurídico, pueden esplicarse satisfactoria y científicamente.

La razon de tal desarmonia, consiste en que esas doctrinas son tomadas sin bastante discernimiento de Aubry y Rau y otros espositores de las leyes francesas, que las limitaciones de la prueba testimonial estienden á todo acto jurídico. Vé á dichos autores, § 762 hasta el n° 2°, etc., y compara con Demolombe, XXIX, 181.

[97] Adviértase que la firma es esencial para la existencia del documento privado (artículo 1013 inc. 1°), y que tal instrumento solo puede suministrar una presuncion *hominis* (vé nota 100) ó servir de *principio de prueba escrita* (art. 1193 inc. 2°).

Los libros de los comerciantes forman una escepcion peculiar al Código respectivo.

[98] Aubry y Rau, á quienes sigue Marcadé (sobre el art. 1352 francés, n° 2°), definen así la confesion: Es la declaracion por la que una persona reconoce por verdadero y como debiendo ser tenido por constante á su respecto, un hecho de naturaleza á producir contra ella consecuencias jurídicas.

¿En qué difiere del reconocimiento? Vé el artículo 718. Sobre la indivisibilidad de la confesion, vé á Maynz, § 154 notas 25 y 26.

[99] La presuncion legal *juris* (de derecho), ó simplemente de derecho *(juris tantum)*, admite prueba en contrario, á diferencia de la *juris et de jure*, que no la admite. Una y otra son obra esclusiva de la ley, y cuando esta no la establece, no es permitido crearla: vé notas 107 al artículo 3668 y 14 al artículo 3708.

Los artículos 2°, 75, 86, 109, 878, 879, 887, 888, 970, 1147, 1298, 1356, 1375 inciso 1°, 1376 inciso 1°, 1618, 1630, 1820, 2250, 2273 inciso 2°, 2355, 2364, 2365, 2391, 2396 inciso 2°, 2521, 2522, 2525, 2720, 2745 á 2747, 2850, 3005, 3618 inciso 1°, 3652 con la nota 59, 3743 inciso 2°, 3790, 3837, 3790, 4005 y 4010 presentan ejemplos de presunciones que admiten prueba en contrario (el art. 2887 trae una *implícita*); y los artículos 77, 88, 90, 190, 218 inciso 2°, 240 á 244, 269, 465, 624, 1193 inciso 1°, 1374, 1807, 1809 n° 1°, 2080 inciso 2°, 2225 inciso 2°, 2414, 2473, 2773, 3606, 3633 inciso 2°, 3784, 3949 y 4011 ofrecen casos de presunciones *juris et de jure*. Vé los artículos 253 y 3743 con sus notas.

La presuncion de los artículos 245 y 246 no cede sinó á una determinada prueba: lo mismo la de los artículos 1225 y 1272.

Por lo demás, en las presunciones enumeradas las hay relativas á actos jurídicos que no son contratos y tambien á *hechos* puros y simples.

[100] Llamadas tambien *de hombre (hominis)* ó *de hecho* por oposicion á las *legales* ó *de derecho*, y son «las consecuencias que el juez saca de hechos conocidos para llegar al conocimiento de un hecho contestado» (art. 1349 francés).

¿Un contrato sobre valor superior á doscientos pesos podria probarse con presunciones puramente? Vé nuestra nota 109 al artículo 1194.

1192. Art. 55. — Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, [101] á no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, ó que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, [102] ó que la cuestion versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulacion ó falsedad de los instrumentos de donde constare, [103] ó cuando una de las partes hubiere recibido alguna prestacion y se negase á cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba [104] designados. *De Freitas* 1938° *y* 1942° *n*os 1, 2, 5 *y* 6.

1193. Art. 56. — Se juzgará que hay imposibilidad de obtener ó de presentar prueba escrita del contrato, en los casos de depósito necesario [105] ó cuando la

---

[101] Esta prescripcion, que es el artículo 1938 de Freitas, debe eliminarse: 1° porque involucra la falta de *forma* con la falta de *prueba* (vé nuestra nota 89), pues el contrato que carece de la forma prescrita es ante todo nulo, y es improcedente tratar de su prueba. Tampoco hallamos establecido semejante principio en escritor alguno; 2° porque no condice con las demás disposiciones que abarca el artículo, como escepciones suyas, cuando en realidad no lo son.

Nuestro artículo encierra, efectivamente, disposiciones hacinadas y mezcladas, que es forzoso esclarecer y ordenar. Para ello habria que redactarlo así:

« Cualquiera que sea el valor (arts. 1194 y 1185 n°s 2, 3, 4 y 6) ó naturaleza del contrato (art. 1185 n°s 1, 2 inc. 2°, 5, 7 á 11), se admitirán todas las pruebas indicadas en el artículo 1191 anterior, en los casos siguientes: 1° Cuando hubiese habido imposibilidad de estenderlo en la forma designada por la Ley (art. 1193 inc. 1°). *Ad imposibilia nemo tenetur*; 2° Cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestacion y se negase á cumplir el contrato.» Compara con el artículo 1025. Vé nuestras notas siguientes.

No podríamos aceptar este n° 2, ya porque no seria armonizable con el artículo 1186, cuya disposicion quedaria fácilmente burlada; ya porque no prevé el caso de mas de dos contratantes; ya, en fin, porque podria favorecer al capaz en perjuicio de la persona incapaz. El artículo 1025, lo mismo que el 1053, suministra tambien un argumento á favor de nuestra tésis.

Otra cosa seria autorizar toda prueba para justificar la prestacion y entablar la repeticion, como dado sin causa (art. 792), ó en virtud del contrato anulado (dicho art. 1053).

[102] Esto debiera redactarse en artículo separado, concebido en los términos siguientes: « Cualquiera que sea el monto de un contrato, serán tambien admitidas todas las pruebas del artículo 1191, siempre que haya un principio de prueba por escrito (art. 1193 inc. 2°) y que el contrato solo requiriese un instrumento particular (vé art. 1194). »

[103] Esta parte del artículo contiene un triple defecto: 1° que su redaccion no es armónica y congruente con el principio de que se dice formar una escepcion; 2° que el error, dolo, violencia, etc. no son contratos, sinó hechos puros y simples, y aquí solo tratamos de la *prueba de los contratos*; 3° que como tales vicios pueden intervenir no solo en los contratos, sinó en todo acto jurídico, esta disposicion ha debido colocarse en los Títulos 1° y 2° de la *Seccion* anterior.

Como complemento y en apoyo de las verdaderas doctrinas sobre esta materia, agréguese lo que traen Aubry y Rau, § 765 notas 17 á 33, etc.

[104] Esto debe estenderse con esclusion de la prueba que resulta de un instrumento público y de la presuncion legal, la cual puede siempre hacerse valer.

[105] Vé artículo 2240.

obligacion hubiese sido contraida por *incidentes* imprevistos [106] en que hubiese sido imposible formar por escrito. Habrá principio de prueba por escrito cuando se presentare algun documento [107] por el demandado que haga verosímil el *hecho litigioso*. *Freitas* 1943° *y* 1945°. [108]

1194. Art. 57. — Los contratos que tengan por objeto una cantidad de mas de doscientos pesos, deben hacerse por escrito, y no pueden ser probados por testigos. *De Cód. Francés* 1341° *inc.* 1°. [Vé arts. 1815 y 2248]. [109].

Art. 57. — El Cód. Francés, art. 1341, dispone lo mismo cuando la cantidad pasa de ciento cincuenta francos. — El Italiano, art. 1341, de quinientas *libras* [léase *liras*]. — El de Holanda, art. 1954 [léase 1933], de trescientos florines. — El de Nápoles, art. 1295, de cincuenta ducados.— El de Vaud, art. 995, de ochocientos francos.— El de Prusia, art. 131, Tít. 5°, Parte 1ª, [cincuenta escudos], de ciento cincuenta pesos. [De Goyena 1002°].

---

[106] Así tambien aparece en Freitas, pero debe leerse *accidentes* imprevistos, como dice con propiedad el artículo 1348 n°s 2° y 3° francés, de donde es tomado nuestro inciso.

Aunque este inciso enuncia la imposibilidad de presentar la prueba escrita, no se dice si el caso de pérdida del título por caso fortuito inculpable autoriza los demás medios probatorios; pero existiendo la mismo razon que en el caso de imposibilidad para obtener la prueba escrita, la equidad y todos los Códigos requieren que así sea. Cód. Francés 1348° n° 4°; Aubry y Rau, § 765 n° 2°; Marcadé sobre el artículo francés; Goyena, á su artículo 1224 n° 4°; Freitas 1944°, etc.

[107] Debe leerse: «documento *escrito* por el demandado», como dicen el artículo 193 del Código de Comercio, Freitas y Goyena 1223° n° 2°, se desprende del artículo 1347 inciso 2° del Código Francés y lo exige la razon. No es preciso que esté firmado, segun la opinion unánime de los autores.

Recuérdese que los actos del mandatario lo son de su mandante (vé art. 1948) y que el heredero representa la persona del difunto (vé arts. 3281 y 3419); y que así se considera como emanado de la persona misma á la cual se opone, el escrito proveniente de su autor ó de su mandatario. Aubry y Rau traen una interesante esplicacion de lo que importa un *principio de prueba escrita*; pero debe tenerse presente que nuestro artículo es relativo á la prueba de los contratos: vé nuestra nota 96.

[108] El *hecho litigioso* no puede ser otro que la existencia y condiciones del contrato; pues este Título y Capítulo no se ocupan sinó de los contratos, y de su prueba, cuando la existencia es contestada; y no de la prueba de los demás actos jurídicos ó de hechos puros y simples: vé nuestra nota 96.

[109] A pesar de su aparente sencillez, este artículo sugiere muchas dudas y cuestiones, por su deficiencia y sobretodo por no ser congruente con el artículo 1189.

Es doctrina corriente entre los escritores que el artículo 1341 francés exige la escritura para el solo efecto de la prueba, y no como una *forma* esencial á la existencia del contrato ó acto jurídico. *Requiritur scriptura ad probationem tantum non quoad ad formam negotii.* Zachariæ, § 596 nota 3ª; Aubry y Rau, § 762 nota 3ª; Marcadé, al artículo 1341 n° II, etc.

Como tratamos de la *prueba* de los contratos, debiéramos inclinarnos á la doctrina francesa; pero entonces la frase *deben hacerse por escrito* queda sin objeto, y si el artículo no tiene mas mira que proscribir la prueba testimonial en los contratos sobre valor superior á doscientos pesos, ha debido redactarse de otra manera.

Pero si la escritura es exigida aquí como *forma*, nuestro artículo no ha debido figurar en este lugar sinó al lado del 1189; y en todo caso seria inútil como comprendido en el inciso 1° del artículo 1192. Optamos, pues, en definitiva por la doctrina francesa, que es la

1195. Art. 58. — El instrumento privado que alterase lo que se hubiere conve-

---

seguida por el Codificador, como aparece de los artículos 837, 1664, 2008, 2202, 2203, 2248 y nota á los artículos 1875 y 1876.

Los artículos 515 nº 4º y 791 nº 4º serán, por tanto, aplicables en su caso, y el 2265 forma una escepcion especial al presente. Con mayor razon son aquí aplicables las escepciones generales del artículo 1192: vé nuestras notas precedentes, desde la 101, así como la 96.

Como nuestro artículo es general y no distingue, parece que debe aplicarse á cualquiera que alegue la existencia del contrato, aunque no sea precisamente una de las partes contratantes. Sin embargo, el artículo 1667 parece no apoyar esta tésis, y en la nota á los artículos 1875 y 1876 se establece la contraria. Vé esos pasages con nuestras observaciones.

El artículo no escluye otra prueba que la testifical; pero creemos con el artículo 1353 francés y el 1949 de Freitas, que cuando no sea admisible la prueba testimonial, tampoco podrá probarse el contrato por presunciones de hecho (judiciales) únicamente (nota 100).

Los hechos de que tales presunciones querrian arrancarse ó resultarian justificados por la prueba testifical, que no es admisible para la prueba directa del contrato mismo, y que no podria ser aquí admitida so pena de burlar por este medio indirecto el mandato de la ley (art. 1191); ó esas presunciones resultarian justificadas por otras pruebas (vé artículo 1191) y no serian en tal caso la única prueba, sinó un complemento de la existente, ó habria un principio de prueba escrita, en cuyo caso la prueba testimonial es admisible (art. 1192 inc. 3º).

Escluimos tambien con el artículo 1949 de Freitas, la confesion estrajudicial puramente verbal. Esta, que es muy distinta de la confesion judicial, solo con testigos podria justificarse, pues ratificada judicialmente no habria caso dudoso, y la existencia del contrato y de sus cláusulas vendria así á justificarse indirectamente por medio de la prueba testimonial con violacion de nuestro artículo. El aumento de los procesos y los peligros de la prueba testifical no se evitarian así, y *ubi eadem est ratio eadem est juris dispositio.*

La razon de dudar consiste en que la confesion es un hecho (y no un contrato), que puede ser probado por todos los medios; pero es un hecho que constituye el contrato mismo; no un hecho puro y simple, sinó un acto jurídico; porque se buscaria demostrar lo que se confesó y no el hecho mismo de la confesion; es decir, el reconocimiento mismo del contrato y sus obligaciones: vé artículos 718 á 720 y nuestra nota 89 al artículo 1185 nº 10.

En la difícil cuestion sobre si el silencio ó el consentimiento formal de la parte contraria basta para que sea admisible la prueba testimonial, nosotros nos inclinamos á la solucion negativa. Vé á Aubry y Rau, § 761 nota 4, etc. De todos modos, es indudable que no debe ser lícita ni válida una renuncia anticipada á oponerse á la prueba testifical, ó un consentimiento anticipado para aceptarla oportunamente: argumento artículo 3967. Vé artículos 1664 inciso último y 2203 inciso 1º.

El valor del contrato se aprecia al celebrarlo, sin tomar en cuenta para aumentarlo ó disminuirlo, los intereses devengados, pagos parciales, saldos, division en el cobro, etc. Es el caso de repetir *Initium est expectandum.* Puede verse el Código Francés 1343º y 1344º: el 1342º está en contra.

Tampoco debemos aceptar el artículo 1345 francés, que es el 1950 nº 4º de Freitas, por constituir una escepcion y ser ella difícil de justificarse.

Finalmente, cuando nuestro artículo no permite probar un contrato con testigos, no permite probar las obligaciones que engendra y demás requisitos esencialmente constitutivos del contrato que se quiere hacer valer. Pero probado el contrato con la escritura, nuestro artículo, á diferencia del 1341 inciso 2º francés, no prohibe justificar con testigos las omisiones de cosas no esenciales á la existencia del contrato.

¿Y las alteraciones acordadas verbalmente podrán probarse con testigos, para prevalecer contra lo escrito? Solo las posteriores á la escritura podrian atenderse, y solo en

nido en un instrumento público, no producirá efecto [110] contra tercero. *Freitas* 1951°; *Goyena* 1214° § 1°; *Cód. Francés* 1321°.

CAPÍTULO VI

DEL EFECTO DE LOS CONTRATOS

1196. Art. 59. — Los efectos de los contratos se estienden activa y pasivamente á los herederos y sucesores universales, [111] á no ser que las obligaciones [112] que nacieren de ellos fuesen inherentes á la persona, ó que resultase lo contrario de una disposicion espresa de la ley, de una cláusula del contrato, ó de su naturaleza misma. [113] Los contratos no pueden perjudicar á terceros. *Aubry,* § 346 *n° 2° y Freitas* 1956° *n°* 1°. [114]

1197. Art. 60. — Sin embargo, los acreedores pueden ejercer todos los dere-

Art. 59. — Cód. Francés, arts. 1122 y 1166 [léase 1165]. — Aubry y Rau, § 312 [léase 346].

---

cuanto no modificasen profundamente lo convenido; porque un contrato accesorio, modificativo de otro, es siempre un contrato, y debe estar sujeto á todas las reglas de los contratos: vé artículo 1185 n° 10 y compara con el inciso 2° del artículo 1341 francés.

[110] Efecto probatorio, entiéndase; porque efecto obligatorio nunca puede producir contra terceros (arts. 1196 inc. últ. y 1200).

[111] Esto debe combinarse y complementarse con lo que los artículos 3268 á 3270 establecen respecto al sucesor *particular*. En nuestro derecho no hay otros *sucesores universales* que los herederos y los legatarios de parte alícuota de la herencia: nota al artículo 1100. El artículo 1498 dice simplemente *herederos* y el 503 *sucesores*. Vé el artículo 3265.

[112] *O los derechos*, agréguese: artículos 498, 1197, 1447 y 3419. Estos derechos tampoco pueden ser ejercidos por los acreedores: dicho artículo 1197.

¿Cuáles son los derechos y las obligaciones inherentes á la persona? Precisamente aquellos que por disposicion espresa ó *implícita* de la ley, ó por la naturaleza misma del contrato, son intrasmisibles á los sucesores. Freitas 1956° n° 1°, de quien es tomada esa espresion técnica. Hay, pues, impropiedad en la redaccion, impropiedad que no existe en los modelos. Agréguese que en el artículo siguiente la espresion *derechos inherentes á la persona* se emplea en una acepcion distinta.

[113] Como el legislador se ha cuidado casi siempre (vé arts. 1642, 1843 y 1844, 1867, 2085, 2922 y 3270) de determinar cuáles son los derechos y obligaciones convencionales intrasmisibles, las veces en que lo sean por razon *de la naturaleza* del contrato, serán los casos que presenten los contratos innominados, que guarden analogía con los nominados cuyos efectos no sean trasmisibles. Vé nuestra nota al artículo 1144.

Cuando *en una cláusula del contrato* se ha convenido que sus efectos sean trasmisibles á los herederos, no hay cuestion ni duda posible, y este caso de escepcion pudo omitirse, como lo hace generalmente el Dr. Velez: vé artículo 1198. Nótese, sin embargo, que con tal cláusula el contrato perderá su carácter y naturaleza propia, y alguna vez será nula por no consentirlo la ley. Revé los artículos citados mas arriba, la nota del Dr. Velez al artículo 1206 y el artículo 1845. En contra, Freitas 1956° n°s 2° y 3°.

[114] Esto mismo se dice, aunque bajo otra forma, en el artículo 1200. Son aplicaciones del presente inciso los artículos 804 y 1744 n° 5°.

chos y acciones de su deudor, [115] con escepcion de los que sean inherentes á su persona. *Cód. Francés* 1166°. [116]

Art. 60. — Cód. Francés, art. 1166. — Marcadé sobre este artículo trata esta materia perfectamente y resuelve todas las dificultades que parece presentar. [No es del todo cierto: vé nuestra nota 116].

---

[115] *Todos los derechos y acciones* de su deudor, es decir, personales ó reales, acciones ó escepciones, provengan ó no de contrato, y cualquiera que sea su causa, lo que demuestra que este artículo debió colocarse no aquí, sinó á continuacion del artículo 503.

Los artículos 965, 2307 al fin, 3341, 3353, 3454, 3485, 3965, 1388, 1393, 1399, 2593, nota al articulo 1746 y al 3926 ofrecen aplicaciones del presente y prueban lo que establecemos al principio de esta nota. Vé artículo 1931 y nota al 2111.

No pudiendo un acreedor estorbar al deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones, nuestro artículo no le autoriza á obrar sinó en tanto que el deudor descuida ó rehusa hacerlo él mismo.

El acreedor queda entonces sometido á todas las escepciones que podian oponerse al deudor mismo, con tal que procedan de una causa anterior, y los derechos del deudor respecto al crédito ó accion ejercida por el acreedor, quedan necesariamente limitados, en cuanto lo reclamen los legítimos intereses de este.

Cuando el acreedor no tiene otro objeto que ejercer actos conservatorios de los bienes de su deudor, que por la inaccion de este podrian ser perjudicados, no necesita del concurso del deudor, ni de autorizacion judicial; pero cuando tambien se proponga impedirle el ejercicio, ó la disposicion del derecho ó de la accion, para aprovechar de ellos, necesitará de ese concurso y autorizacion. Compara con Demolombe, n°s 105 á 108.

En este último caso, es necesario que el crédito del acreedor sea exigible, y el juez debe limitar los efectos de la subrogacion á la cantidad que, prudentemente calculada, sea suficiente para garantir los derechos del acreedor subrogante.

Nuestra jurisprudencia, á diferencia de la francesa, nunca ha admitido la intervencion del acreedor en los procesos sostenidos por su deudor; y aun cuando la accion pauliana proceda, no podrá dirigirse contra una sentencia, sinó en cuanto lo permitan y en la forma reglamentada por las Leyes de Procedimiento, que son materia de legislacion privativa de cada Provincia.

[116] *Derechos inherentes* á la persona del deudor, no significan aquí necesariamente los que son intrasmisibles á los sucesores, como en el artículo anterior, en el 498, etc.

Al acreedor no se permite el ejercicio de aquellos derechos que no le ofrecen un interés pecuniario actual, ó que no son cesibles (vé arts. 1447, 1451 y 1455), ó que segun una disposicion especial de la ley, ó la analogía resultante de tal disposicion, ó atento el motivo ú objeto con que se han concedido esos derechos, solo pueden ejercerse por el deudor, ó á lo menos no pueden serlo por otra persona contra su voluntad. Puede verse á Demolombe, XXV, n°s 77 á 80.

Se enumeran entre ellos, en general, los derechos personales en las relaciones de familia, materia de la Seccion 2ª del Libro 1° (arts. 159 á 490); como son: los derechos paternos sobre la persona de los hijos; las acciones porque se reclama el estado de familia pura y simplemente, las demandas de anulacion de matrimonio, de divorcio, de alimentos debidos entre parientes (vé art. 374), y los derechos de administracion que corresponden á los representantes necesarios de los incapaces, como son los tutores y curadores, padres y maridos sobre los bienes de los pupilos, hijos y esposas, y al que es puesto en posesion provisoria de los bienes de un presunto fallecido. Vé el caso del artículo 1398.

Además, el derecho de cumplir un mandato, salvo que sea en interés del mandatario; el de pedir la separacion de los bienes entre esposos (vé art. 1295); la facultad de aceptar una donacion (vé art. 1799); la de retirar la suma consignada: Aubry, § 322 nota 32: en contra

1198. Art. 61. — Las convenciones hechas en los contratos [117] forman para las partes una regla á la cual deben someterse como á la ley misma. *De Cód. Francés* 1134° *y Marcadé, allí, n°* 1°. [118]

1199. Art. 62. — Los contratos obligan no solo á lo que esté formalmente espresado en ellos, sinó á todas las consecuencias que [119] puedan considerarse *que hubiesen* sido virtualmente comprendidas en ellos. *Aubry,* § 346 *nota* 2ª; *Cód. Francés* 1135°.

1200. Art. 63. — Los contratos no pueden oponerse á terceros, [120] ni invocarse

Art. 61. — LL. 6ª, Tít. 5° y 1ª, Tít. 11, Part. 5ª. [De Acevedo 1343°]. — Cód. Francés, art. 1131.

Art. 62. — Domat, *Obligat.*, Lib. 1°, Sec. 3ª, y véase L. 32, Tít. 5°, L. 4ª, Tít. 6°, L. 21, Tít. 8°, Part. 5ª [que traen casos de eviccion]. — Toullier, Tom. 6°, n° 334 y siguientes. — Aubry y Rau, § 346. — Marcadé sobre el artículo 1135. — Cód. Italiano, art. 1124.

Demolombe, XXVIII, 148, la de revocar una donacion por causa de ingratitud (vé art. 1866); la de pedir la esclusion de la herencia del indigno ó incapaz (vé art. 3306); toda accion por pérdidas é intereses provenientes de un delito contra la persona (vé arts. 1100 y 1101), y los derechos de habitacion y de uso sobre cosas muebles (arts. 2965 y 2966).

Por el contrario, se considera que pueden ser ejercidas por los acreedores: las acciones sobre contestacion de legitimidad (vé arts. 255 á 257); las negativas de paternidad, en tanto que competan á los herederos del marido (vé art. 258 inc. 2°); las de peticion de herencia, aunque envuelvan cuestiones sobre el estado de familia; el derecho de provocar la declaracion de fallecimiento presunto (vé art. 113) y el envio en posesion; la accion para revocar una donacion por inejecucion de los cargos (vé art. 1854); los derechos de opcion, las acciones de nulidad (vé arts. 1048 y 1049), y toda accion por pérdidas é intereses, provenientes de delitos contra la propiedad; el derecho de pedir la colacion (vé art. 3485) ó la reduccion de las liberalidades que mengüen la legítima (vé art. 3603), ó la particion de la herencia (art. 3454) ó cosa comun: en fin, las acciones correspondientes al heredero beneficiario, en su calidad de tal heredero.

Sobre esta vasta y difícil materia puede verse á Aubry y Rau, § 312 n° 2°, 4ª edicion, y á Demolombe, n°s 50 á 142. Marcadé es muy deficiente.

El Código Holandés halló conveniente suprimir nuestro artículo por sus grandes dificultades prácticas.

[117] Esta redaccion, aunque muy propia, pareciera argüir que nuestro Código ha borrado la diferencia entre *convencion* y *contrato*: vé nuestra nota 1ª al artículo 1138.

[118] Los contratantes tienen en esto perfecta libertad, salva la disposicion del artículo 21. Así, las leyes declarativas de la voluntad presunta de los contrayentes, solo deben aplicarse á los puntos omitidos ó incompletos.

[119] « Que, *segun la equidad, el uso ó la ley deben* considerarse *como habiendo* sido virtualmente comprendidos en ellos », dicen con mayor determinacion y propiedad Aubry y Rau, de quienes el artículo es traducido. Puede verse Código Francés 1135°, Goyena 978°, Acevedo 1343° § 3°, Chile 1546°, Freitas 1954°, y véase nuestra nota al artículo 1144, y á Demolombe, XXV, 16 á 18, 19 bis y 20.

Así, segun nuestro artículo y todos los Códigos modernos, los contratos todos son *bonæ fidei*, y no tenemos los *stricti juris* del Derecho Romano.

Las Leyes de Partida citadas en la nota son relativas á la eviccion, y se repiten bajo los artículos 1524, 2110 y 2130.

[120] *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.* Vé nuestra nota 114 y el inciso último del artículo 1196. *Terceros*, son aqui los que no han figurado en la con-

por ellos, sinó en los casos de los artículos 25 y 26. *Aubry, allí, nº 3º, y Cód. Francés* 1165°; *LL.* 7ª *y* 11, *Tít.* 11, *Part.* 5ª. [121]

1201. Art. 64. — Las partes pueden por mútuo consentimiento estinguir las obligaciones creadas por los contratos, [122] y retirar los derechos reales que se hubiesen trasferido; y pueden tambien *por mútuo consentimiento revocar* [123] los contratos, por las causas que la ley autoriza. *De Marcadé, allí, nºs* 1 *y* 2.

1202. Art. 65. — En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido ú ofreciese cumplirlo, ó que su obligacion es á plazo. *Freitas* 1955°; *Chile* 1552°; *Maynz*, § 289. [124]

1203. Art. 66. — Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato ó su cumplimiento, [125] quien la dió puede arrepentirse del contrato, ó puede dejar de

Art. 64. — Nada hay mas inexacto que decir, como dice el artículo 1131 del Código Francés, que las partes pueden revocar los contratos por mútuo consentimiento, ó por las causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaria en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca habia sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado. Las partes pueden estinguir las obligaciones creadas, ó retirar los derechos reales que hubieren trasferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mútuo consentimiento en los casos que la ley lo autorice: es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. La trasferencia del dominio, las servidumbres impuestas, si se trata de bienes raices, todo queda sin efecto alguno, como si el contrato no se hubiese celebrado. (Véase Marcadé, sobre el art. 1131). [De quien esta nota es tomada].

Art. 65. — L. 13, Tít. 11, Part. 5ª. — Domat, *Obligat.* Lib. 1°, Sec. 3ª, § 2°.

---

vencion por sí ó por un representante ó gestor de negocios (vé arts. 1932 y 2307), ó por su tutor ó causante en los casos del artículo 1196 inciso 1°.

[121] *El caso* de los artículos 1162 y 1163 y el del 504 no son propiamente escepciones á esta regla, porque quien al principio era un estraño, un tercero en la convencion, viene á suscribirla con su voluntaria ratificacion.

En el caso del artículo 504, la convencion no queda formada sinó por la aceptacion del tercero: antes solo existe una oferta que puede ser retractada (arts. 504 y 1151 inc. 1°).

[122] Esta es la *doble remision*, de que habla la nota al artículo 877, y que tambien se denomina *distracto* (nota al art. 1495).

[123] *Anular ó rescindir*, ó pedir la anulacion, rescision ó resolucion, debió decir con mas propiedad. Sobre esta materia deben tenerse presente los artículos 1050 y 1056 y demas disposiciones del Título « De la nulidad... ».

La frase *por mútuo consentimiento* no es de Marcadé, carece de sentido y está demas en nuestro inciso.

[124] Otro tanto se dice de las convenciones al final de la nota al artículo 3942. Los artículos 510 y 1601 nº 1° son una aplicacion de este principio y deben entenderse con sujecion á él.

[125] Salva declaracion ó pacto en contrario (art. 1198). La cuestion de saber si la cosa es dada como *señal para asegurar el cumplimiento del contrato* ó solo como un anticipo del precio, es una cuestion no de derecho sinó de hecho, y para su solucion deben consultarse las juiciosas indicaciones de Aubry y Rau, § 349 nota 37, 4ª edicion. En la duda, la disposicion de este artículo debe prevalecer. En contra, Freitas 1916°. Una vez que se haya

cumplirlo perdiendo la señal. Puede tambien arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado que se encuentre. [126] Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debia darse, la señal se tendrá como parte del precio; [127] pero no si ella fuere de diferente especie, ó si la obligacion fuese de hacer ó de no hacer. *De Aubry*, § 349 *nota* 26, *y Freitas* 1910° *á* 1912°. [128]

1204. Art. 67. — Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes [129] se reservase la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, [130] el contrato solo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda. *Freitas* 1921° *y* 1922°. [Vé arts. 1376 á 1378, 2668, 3254 y nota al 3224]. [131]

Art. 66. — El Código Romano parece conforme con la disposicion de nuestro artículo, pero claramente el testo de la Instituta Proemio, Lib. 3°, Tít. 24, y la L. 17, Tít. 21, Lib. 4°, del Código, no hablan del contrato ya perfecto, sinó del principiado. La L. 2ª, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real, no permite arrepentirse al que recibió la señal, pero sí al que la dió, perdiéndola. La L. 7ª, Tít. 5°, Part. 5ª, es al parecer conforme con nuestro artículo. El Cód. Francés, art. 1590, copiado en todos los otros Códigos, habla solo del caso en que hubiese promesa del contrato, y no puede ser de otro modo, porque segun ese Código, por solo el contrato quedará ya adquirida la propiedad. [De Goyena 1376°]. Troplong, *De la Vente*, Tom. 1°, n° 135 y siguientes. Duranton, Tom. 16, n° 5° [léase 51], y Duvergier, *De la Vente*, Tom. 1°, n° 135 y siguientes, esponen, en largas disertaciones, teorías sobre las arras en los contratos que no presentan resultados claros, de las cuales nos hemos apartado. [De Aubry, allí].

---

empezado á dar cumplimiento al contrato, parece que no será lícito arrepentirse. Vé la nota siguiente. Freitas 1915° n° 5°.

Á pesar de lo que se dice en la nota del Dr. Velez, por Derecho Romano no es lícito separarse del contrato, perdiendo las arras ó devolviéndolas dobladas (Maynz, § 344 ó sea 259 de la 4ª edicion, al fin. Savigny, *Droit des Obligations*, § 79 pág. 417); y esto era lo único congruente con los artículos 1205 y 658.

[126] Con sujecion á lo dispuesto en el Título « De las obligaciones de dar », Capítulos 1° y 4° (arts. 571 á 600, y 616 á 621). Bastará que el cumplimiento sea parcial, pues la razon así lo persuade, y la ley no distingue.

Cuando el pago sea imposible ó haya desistimiento voluntario (art. 1201), la señal podrá repetirse por la *condictio sine causa* (art. 793).

[127] *O de la cosa debida*, agréguese.

[128] Cuando la obligacion del contrato fuere de hacer ó de no hacer, lo que un contrayente da al otro, en virtud del contrato, no se reputa dado por via de pago ó de comienzo de pago; y el renuente pierde la señal ó la devuelve doblada, si el contrario no opta por obligarle á cumplir el contrato. Freitas 1911° n° 3°, 1912° n°s 2° y 3° y 1913°. Pero aun en tal caso, si el contrato fuere cumplido, Freitas considera la señal como un anticipo del precio ó de la cosa debida, cuando es de la misma especie (art. 1912 n° 1°).

Esto es lo justo y razonable, y nuestro inciso último ha vertido mal el pensamiento del Codificador Brasilero.

[129] Esta condicion puede estipularse tambien á favor de una sola parte ó de algunas de estas, y la cláusula sería perfectamente lícita: artículo 1205.

[130] Creemos que, en general, no bastará un cumplimiento parcial (compara con la nota 126), á ménos que provenga de caso fortuito inculpable (art. 889, etc.).

[131] ¿Cuáles son los efectos del pacto comisorio? Siendo este una condicion resolutoria

1205. Art. 68. — Si no hubiere pacto espreso que autorice á una de las partes á disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato no podrá disolverse, y solo podrá pedirse su cumplimiento. *Austria* 919°; *Freitas* 1960° *inc.* 2°. [Arts. 1431, 1434, 2090; vé arts. 1581 y 4042].

1206. Art. 69. — Los contratos hechos, fuera del territorio de la República, serán juzgados, *en cuanto á su validez* ó *nulidad,* [132] su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados. [Vé arts. 6, 7, 8 y 950]. [133]

1207. Art. 70. — Esceptúanse del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso á los derechos, intereses ó conveniencias del Estado ó de sus habitantes. [Vé art. 14 n°s 1° y 2°, y art. 950]. [134]

1208. Art. 71. — Los contratos hechos en país estrangero para violar las leyes

Art. 68. — Código de Austria, art. 919. — Domat, *Obligat.*, Sec. 3ª, § 4°. — En contra, L. 58, Tít. 5°, Part. 5ª. — Código Francés, art. 1184. — De Luisiana, art. 2011. — De Nápoles, art. 1137. [De Goyena 1042°].

Art. 69. — Story, *Conflict of Laws,* § 242. — Kent, *Coment,* Lect. 37, pág. 394, y Lect. 39 pág. 458 hasta 469. [Vé L. 15, Tít. 14, Part. 3ª]. Por *la naturaleza del contrato* se entiende aquellas cualidades que propiamente le corresponden, y que por la ley ó costumbre siempre lo acompañan, ó son inherentes al contrato. Si un contrato, es ó no condicional, ó *absoluto* [*puro:* arts. 527 y 528], si es contrato principal ó accesorio; si es limitado ó general en sus efectos, todo esto pertenece *á la naturaleza del contrato,* y depende de la ley ó costumbre del lugar en que se ha hecho.

Por la ley de algunas naciones hay ciertos contratos mancomunados que obligan á cada parte *in solidum,* que en otras son simples mancomunidades que solo obligan á la correspondiente porcion. En tal caso, la ley del lugar del contrato rige la naturaleza del contrato [art. 8°], no habiendo estipulacion espresa. Pothier, en el *Tratado de las Obligaciones,* n° 7°, esplica estensamente y con diversos ejemplos lo que debe entenderse por *naturaleza de los contratos,* ó de las cosas que son naturales por el derecho en cada contrato, aunque no haya estipulacion sobre ellas.

Decimos tambien, que las leyes del lugar en que se ha celebrado el contrato, rigen las obligaciones que él produce. Suponed, como sucede en diversas naciones, un contrato sobre el pago de la obligacion de un tercero en un país donde la ley sujeta tales contratos á las condiciones tácitas, que: 1° el deudor y sus bienes han de ser ejecutados antes de ocurrir al garante de la obligacion, cuando en el país donde ha de ser ejecutado el contrato, hace solidario al fiador, como sucede en la República respecto de los créditos fiscales. En ninguna nacion sería el contrato ejecutado de otro modo que del que estaba prescrito por la ley del lugar en que se celebró. Así tambien, si una obligacion es meramente obligacion accesoria por la ley del lugar del contrato, en ninguna parte debe juzgarse como obligacion principal. (Story, desde el § 263 hasta 267 inclusive).

(art. 1376 inc. 1°), sus efectos en los contratos traslativos de propiedad, deben reglarse por los artículos 537, 538, 539, 543, 544 y 553 á 557 (vé el 2668), así como por los artículos 1373, 1377 y 1378. El plazo para ejercitar el pacto comisorio es el mismo de la accion principal que nazca del contrato, y generalmente será el del artículo 4025.

Los comentadores del artículo 1181 Francés deben ser consultados con gran discrecion y discernimiento. Vé la nota al artículo 3925.

[132] Para armonizar esto con los artículos 6, 8 y 949 á 951 y con los verdaderos principios de la ciencia, es forzoso restringirlo á los casos de los artículos 951 y 949, suponiendo que los contrayentes no estén domiciliados en la República; y dejarlo sin aplicacion en los casos previstos por los artículos 8 y 950. Vé los artículos 1210 y 1211.

[133] Este artículo quedará sin aplicacion en el caso previsto por el artículo 1210.

[134] Estos artículos son en el fondo meras aplicaciones de los artículos 14 n°s 1° y 2° y 950.

de la República, son de ningun valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado. [134]

1209. Art. 72. — Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nacion estrangera, no tendrán efecto alguno. [134]

1210. Art. 73. — Los contratos celebrados en la República ó fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados *en cuanto á su validez,* [135] naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales ó estrangeros. *De Freitas* 1962° *inc.* 1°.

1211. Art. 74. — Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, *en cuanto á su validez,* [135] su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del pais en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales ó estrangeros. *De Freitas* 1962° inc. 2°.

Arts. 70 y 71. — Estas escepciones resultan de la consideracion que la autoridad de los actos y contratos hechos en otros Estados, como tambien sus leyes por las cuales los contratos son regidos, no son de un estricto derecho, ni son eficaces fuera del territorio de cada Estado por un derecho propio sinó por atencion y consideracion debida á las naciones. Cada pueblo independiente debe juzgar por sí mismo hasta donde la urbanidad y la consideracion á otros pueblos le permiten dar ejecucion á las leyes de un país estrangero. Ciertamente que la limitacion mas justa es: que el reconocimiento de la autoridad de esas leyes no sea *perjudicial* á la nacion, ó á los habitantes de ella. Suponed, dice Story, que un ciudadano de los Estados Unidos, hallándose en país estrangero, recibe un documento á su favor por una cantidad de dinero, que debe pagarle un nacional de ese país; y que la ley de ese país hubiese declarado una liberacion de las deudas por la entrega de los bienes que posea el deudor, á los acreedores que estén en el Estado, sin necesidad de dar conocimiento á los acreedores que estén fuera del territorio. La obligacion del deudor sería ejecutada en los Estados Unidos, no obstante la liberacion obtenida bajo tal ley. Aunque deba presumirse que el acreedor conoce las leyes del lugar donde hace un contrato, esa presuncion, sin embargo, es fundada sobre otra, á saber: que esas leyes no sean evídentemente parciales, injustas y destinadas á proteger á los acreedores que se hallen dentro del Estado, á costa de los que están fuera del territorio. Tales leyes caen bajo la conocida regla de que las leyes que son admitidas en los Tribunales del país en que no han sido hechas, son aquellas que no son *injuriosas* al Estado, ó á los ciudadanos del Estado. (Story, *Foreign Contracts*, n°s 244 y 351).

Es una máxima de la moral y del derecho, que el respeto y consideracion á las leyes de una nacion estrangera no pueden comprender los casos en que se violen las leyes de la naturaleza, ó las leyes divinas. Los contratos, pues, que son en fraude de las leyes de su país, ó de los derechos ó deberes de sus nacionales: los contratos contrarios á la moral, ó á la religion: los contratos opuestos á la política ó instituciones, son nulos en todo país afectado por ellos, aunque pueden ser válidos por las leyes del lugar en que se han celebrado.

Art. 72. — Story, §§ 245 y 257, sostiene la resolucion del artículo como un principio de moral que debian reconocer todas las naciones. Desde el siglo pasado, Pothier (Seguros, n° 58) habia censurado como inconsistente con la moral y buena política, la práctica de algunas naciones, que daban efecto á los contratos hechos en su territorio para violar las leyes comerciales de otros paises, creyendo favorecer al comercio nacional. Ciertamente que una nacion no está obligada á cuidar del cumplimiento de las leyes de un pais estraño. No castigará sin duda á los que hubiesen formado sociedades para introducir contrabandos en un pueblo vecino; pero si ese contrato se lleva á juicio por alguna causa, ó si algun socio deja de cumplirlo, seria una resolucion estraña de un tribunal de justicia la que hiciese cumplir tales contratos. [Vé arts. 1658, 1661 y 1914].

Arts. 73 y 74. — Story, *Foreign Contracts*, números 212 y 280. — La Ley Romana decia: *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligaverit* (L. 21, Tít. 7°, Lib. 44, Dig.). — Story refiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un caso entónces reciente, así lo habia juzgado, estableciendo como un principio general, que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por las leyes del lugar de la ejecucion.

---

[134] Estos artículos son en el fondo meras aplicaciones de los artículos 14 n°s 1° y 2° y 950.

[135] Repetimos lo dicho en la nota 132: que estos artículos deben entenderse, por lo que

1212. Art. 75. — Los contratos hechos en pais estrangero para trasferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, *tendrán la misma fuerza* que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se trasfiriese el dominio de bienes raices, la tradicion de estos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por órden de un juez competente. [136]

1213. Art. 76. — El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, ó no lo indicare la naturaleza de la obligacion, es aquel en que el contrato fué hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque despues mudare de domicilio ó falleciere. *Freitas* 1983° *n*°^{s} 1° *y* 2°. [137]

Art. 75. — Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo, deben constar de instrumentos públicos, no se exige que precisamente sean hechos por notarios, ó escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fé pública, que imprimen autenticidad á los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras, como Austria, Prusia, etc., en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad á los actos, y los notarios se limitan á protestas de letras, ó á recibir los contratos de las personas que no saben escribir. Respecto de los contratos hechos en estas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público. [Lo están por el art. 980 n°^{s} 1° y 2°].

---

respecta á la validez ó nulidad de los contratos, con sujecion á los artículos 6 á 8, 12, 14 y 919 á 951. Se habla en el supuesto de que el caso caiga bajo el conocimiento de los Magistrados de la República, que son los únicos obligados á aplicar nuestras leyes.

Freitas no trata de la nulidad, sinó de los *efectos* de los contratos puramente; y adviértase que nuestro Capítulo VI se ocupa y no debiera ocuparse de otra materia. El artículo 1215 habla tambien de *efectos*.

Tampoco es posible armonizar estos artículos con el 8°, que señala como criterio el lugar de la celebracion del contrato y no el de su ejecucion.

Segun el artículo 1214 el lugar del cumplimiento puede variar con el domicilio del deudor, y es bastante para evidenciar cuan errada es la base de criterio que en aquel se adopta.

El artículo 1210 importa una escepcion al 1206 (nota 133), y el 1215 sirve de natural complemento á los presentes, por lo que debió figurar á su lado.

[136] Este artículo viene á complementar y modificar parcialmente los artículos 10 y 12, en lo que respecta á las formas y solemnidades del contrato; pero debe entenderse sin perjuicio de los artículos 10, 1210 y demas relativos á los otros motivos de nulidad y á la naturaleza y efectos del contrato; pues tales disposiciones deben con mayor razon comprender los bienes raices. La nota del Dr. Velez al artículo 3131, que trata de un caso comprendido en el presente, viene en apoyo de esta tésis.

La *legalizacion* del instrumento deberá hacerse por un agente diplomático ó consular de la República, si existiere en la misma ciudad ó nacion en que el instrumento fué otorgado; y en defecto, por el residente en otra ciudad ó nacion. Vé artículos 82, 83 y 104. Parece que podrá hacerse tambien por un Ministro ó Cónsul de una nacion amiga: argumento artículo 3639 § 1° al fin.

El artículo 1000 inciso 2° del Código Francés trae una disposicion análoga á nuestro inciso 2°; pero no existiendo entre nosotros un *Registro hipotecario ó conservatorio*, como le llama Freitas (vé la nota del Dr. Velez al art. 3205), no se percibe bien la razon ó necesidad de protocolar un instrumento público legalizado, y que la omision cause la importante restriccion de inhabilitar la adquisicion de la propiedad (arts. 577 y 3267). Vé el artículo 10.

[137] Es forzoso considerar estos artículos como que modifican la disposicion general del 747; pero deben ser complementados por los artículos 748 y 749. Sucederá muchas veces

1214. Art. 77. — Si el contrato fué hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debia ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenia en la época en que el contrato fué hecho, será el lugar en que debe cumplirse. *Freitas* 1963° *n°* 4°. [137]

1215. Art. 78. — Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, ó por medio de agentes, ó por correspondencia epistolar, *sus efectos,* [138] no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto á cada una de las partes, por las leyes de su domicilio. *Freitas* 1964°.

1216. Art. 79. — En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, ó *residiere* en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado. *Freitas* 1966°. [139]

1217. Art. 80. — Si el deudor tuviere su domicilio ó residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, ó ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí. *Freitas* 1967°. [139]

TITULO II

De la sociedad conyugal (*a*) [b]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

1218. Art. 1°. — *Antes* de la celebracion del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: — [Vé art. 1220].

Arts. 76 y 77. — Las citas al artículo 24 del Título *Del pago.*

Arts. 79 y 80. — Sobre los efectos de los contratos hechos fuera del Estado, para ser cumplidos en él, y sobre los efectos de los contratos hechos en el territorio de la República para ser ejecutados fuera de ella, como sobre todas las cuestiones incidentes en la materia, véase á Story, *Conflicts of Laws,* Cap. 8°.

(*a*) Casí en todas las materias que comprende este Título, nos separamos de los Códigos

---

que los contrayentes tengan que cumplir sus obligaciones respectivas en lugares distintos. Vé artículo 1215.

[138] Repetimos nuestra nota 132. El presente, con mas propiedad que los artículos 1206, 1210 y 1211, se limita á hablar de los *efectos* del contrato, ó sea de su naturaleza y de las obligaciones que engendra, callando sobre su validez ó nulidad. Ademas, respecto á la *forma* existe ya el artículo 1182.

Segun el presente, cuando las partes tengan domicilios diversos, los efectos del contrato serán juzgados por legislaciones distintas, resultado que no hemos considerado admisible en derecho (nota 7ª al art. 8°).

[139] Se trata en estos artículos no ya del lugar del cumplimiento, sinó del fuero de la causa ó competencia de las autoridades judiciales, que como observamos en el § 1° de nuestra nota al artículo 747, son cosas muy distintas.

En vez de la palabra *residiere* del artículo 1216, debe leerse *no residiere,* ó simplemente *residente,* como está en Freitas, y lo exigen los principios y el sentido mismo de la frase.

[b] El órden y método de tratar de los *quince* contratos, comprensivos de mas de *mil*

1° La designacion de los bienes que cada uno lleva al matromonio; [Vé arts. 1225 y 1272j.

antiguos y modernos. Las costumbres de nuestro país por una parte, y las funestas consecuencias por otra, de la legislacion sobre los bienes dotales, no nos permiten aceptar la legislacion de otros pueblos de costumbres muy diversas, y nos ponen en la necesidad de evitar los resultados de los privilegios dotales. Comenzaremos por el contrato del matrimonio.

En Europa no hay matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos, como sobre su administracion; derechos reservados á la mujer, limitaciones á la facultad del marido, renuncia ó modificaciones de los beneficios de la sociedad conyugal, etc., etc. Por la Legislacion Romana puede decirse que no tenia límites la facultad que se permitia á los esposos, para reglar entre ellos su estado futuro. *Quodcumque pactum sit,* dice el Digesto, *id valere manifestissimum est.* (L. 4ª [léase 48], Tít. 14, Lib. 2°, Dig.). — Podian contratar aun despues de celebrado el matrimonio —

---

artículos, era un punto muy interesante para facilitar una buena legislacion de ellos y su estudio, que es tan engorroso.

Nuestro Código se ocupa sin mayor órden de los contratos consensuales hasta el Título 11, intercala allí el contrato reàl de renta (Tít. 12), la eviccion y los vicios redhibitorios (Títs. 13 y 14), sigue con los contratos reales de depósito, mútuo y comodato (Títs. 15 á 17) y termina con la gestion de negocios. Tal método ninguna ventaja ofrece y deja ver sus gravísimos inconvenientes y errores.

Poca utilidad habria en estudiar los contratos gratuitos con separacion de los onerosos, ó los unilaterales de los bilaterales (arts. 1139 y 1140). El sistema mas científico y acertado consistiria en separar los contratos que importan *enajenacion* de la propiedad, de los que solo acuerdan el *uso* de ella ó su *mera tenencia*, aproximando los que presenten mayores semejanzas ó puntos de contacto entre sí; en seguida, el mandato (que es la manera de realizar un acto jurídico por intermedio de un tercero: art. 1871), la gestion de negocios, la sociedad y sociedad conyugal (la cual pudo tratarse con ventaja en el Título «Del matrimonio»), y la fianza, como contrato accesorio, y ambos por tener su complemento en el mandato. La eviccion, vicios redhibitorios y el empleo útil ó *versio in rem*, que son comunes á los contratos, debieran tener su natural colocacion en el Título precedente « De los contratos en general», reservándose las especialidades para el Título respectivo de cada contrato.

Los *quince* contratos quedarían así distribuidos:

DE ENAGENACION: Compra-venta; el primero por su importancia práctica.
— Permuta.
— Cesion onerosa de créditos (vé arts. 1437 á 1439).
— Mútuo.
— Depósito irregular (vé art. 2222 y notas).
— Renta vitalicia onerosa; variedad del mútuo oneroso. (Cód. Francés 1909°; Freitas 2207°).
— Contratos aleatorios; en que, á la manera de una venta aleatoria, se paga una esperanza (arts. 1406 á 1408).
— Donaciones.
— Cesion gratuita de crédito (vé art. 1793 n° 1°).

DE USO: Locacion (venta de uso).
— Comodato (donacion de uso).

DE MERA TENENCIA: Depósito regular (mandato de custodia ó guarda).

DE REPRESENTACION: Mandato.
— Gestion de negocios.
— Sociedades y fianza.

Consideramos este órden mejor que el que siguen Zachariæ, Aubry y el mismo Freitas.

2° La reserva á la mujer del derecho de administrar algun bien raiz de los que lleva al matrimonio, ó que adquiera despues por título propio; [Vé arts. 191, 1227 y 1258].

(L. 1ª, *id.*) [suprímase esta nota] y alterar el primero y ulteriores contratos. (LL. 1ª, Tít. 4ª, y 72 [§ 2°], Tít. 3°, Lib. 23, Dig.). [Goyena 1241°].

Las Leyes Españolas dejaban tambien á los esposos hacer las convenciones que quisieran, y esos pactos eran civilmente eficaces, «*El pleito que ellos* (los esposos), dicen las Leyes de Partida, *pusieron entre sí, debe valer en la manera que se avinieron ante que casasen ó quando casáron.*» — LL. 24 y 30, Tít. 11, Part. 4ª. [De Goyena 1236°].

Desde el primer momento debian sentirse las consecuencias de tales facultades, y vinieron muchísimas leyes á prohibir aquellas convenciones que deprimiesen el poder del marido, ó que versasen sobre el divorcio de los cónyuges, ó que alterasen los privilegios de las dotes, ó la sucesion hereditaria, ó las que dispusiesen sobre la tutela ó emancipacion de los hijos, leyes que fueron el orígen de pleitos que disolvieron los matrimonios y las familias.

Esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país; cuando por otra parte las leyes no alcanzarian á variarlas, y quedarian estas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora. La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones ó intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos solo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros.

Las donaciones antes del matrimonio, comunmente eran hechas entre los romanos por el esposo á la esposa, y no por esta al futuro marido. Esto está probado por la observacion consignada en la Ley 16, Tít. 3°, Lib. 5°, Cód. — Hablando de las donaciones de la esposa al esposo dice, *quod raro accidit.* Lo mismo el derecho español. *E si acaeciese,* dice la Ley 3ª, Tít. 11, Part. 4ª, *que la esposa hiciese don á su esposo, que es cosa que pocas vegadas aviene,* etc. — Desde que la mujer debe entregarle al marido todos sus bienes, ¿qué fin honorable puede tener una donacion de la esposa al esposo? Importaria solo comprar un marido. Verdaderamente, tal donacion no tiene por parte de la esposa que la hace, ni por parte del esposo que la recibe, un fin digno de ser amparado por las leyes. En nuestro proyecto, pues, solo se trata de las donaciones del esposo á la esposa. Las otras ventajas que los esposos pueden hacerse para despues de sus dias, son revocables contra él que de ellos diese causa á un divorcio, ó que no cumpliera con las obligaciones impuestas por el matrimonio.

Por el carácter que las leyes dán á las donaciones que con calidad de dote se ofrecen ó se hacen á la mujer, parece que suponen que los hombres se casan solo por el dote ofrecido, pues hacen de esas donaciones un título oneroso, como si el marido hubiese hecho por casarse algun servicio al que dió ó prometió la dote, ó como si el marido por haber contraido matrimonio, hubiese cargado con deberes estraordinarios, que no hubiera aceptado sin recibir una suma de dinero. Así sucedia, que el que daba alguna cosa en dote, debia sanearla de una eviccion, como si tuviese por orígen un título oneroso. En nuestro proyecto, esas donaciones ó promesas de dote deben estimarse como las simples donaciones gratuitas. [Art. 1249].

Nuestras mas importantes reformas, son, respecto á la *enajenabilidad* [*inalienabilidad*: vé art. 2339] de la dote y á las hipotecas y privilegios estraordinarios que las leyes le han dado, por una causa y un fin que no son de nuestros tiempos. La frecuencia y facilidad de los divorcios en Roma, habia constituido una verdadera poligamia sucesiva [parecida] á la polígamia simultánea del Oriente. Toda la legislacion romana, que rige las relaciones de los esposos, no ha sido calculada sinó en vista de las separaciones frecuentes, que hacian degenerar el matrimonio en una clase de prostitucion legal. Esta es la clave de las disposiciones ininteligentes y de las ideas del legislador sobre la dote de la mujer. Esas disposiciones no nacian sinó por el divorcio perpétuo, por la facilidad de disolver el matrimonio, repudiando á la mujer; y con el fin de que la mujer repudiada pudiese hallar otro marido. *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint.* — (L. 2ª, Tít. 3°, Lib. 23, Dig.). — La Ley habla de la dote de la mujer casada, y esa dote es la que procura salvar; pues no reconoce dote de las mujeres solteras, que son las que debia procurar que se casaran.

Lo que caracteriza el sistema dotal de los romanos y de las Leyes Españolas es la separacion permanente de los patrimonios respectivos de los esposos. La idea fundamental de este régimen es la inmutabilidad de la fortuna de la mujer, su conservacion durante el matrimonio, independiente de la prosperidad ó adversidad del marido, aunque ella quisiera unir á la suerte de su esposo sus fondos dotales. Esta idea no adquirió la fuerza de un principio, sinó en la época de la decadencia de la legislacion. Augusto fué el primero que introdujo la *enajenabilidad* [*inalienabilidad*] de la dote restringida á límites muy estre-

3° Las donaciones que el esposo hiciere á la esposa; [Vé art. 1232].

4° Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento. [Vé arts. 212, 1233 á 1241 y 1808].

chos. Cinco siglos despues, Justiniano le dió toda la estension que ha conservado hasta nosotros. Lo notable es, que el legislador tan dispuesto á favorecer la dote de las mujeres, hablase solo del fundo dotal, y olvidase que muchas veces los muebles valen mas que los bienes raices. Vino luego la doctrina á desvirtuar esas leyes y crear mayores dificultades, enseñándonos que cuando se hacia estimacion de los bienes dotales, sucedia una compra de ellos por el marido, como si no estuviera prohibido todo contrato entre marido y mujer [vé art. 1360]: ó como si tal acto, que puede tener varios objetos, pudiese causar la presuncion de derecho de un contrato celebrado.

Justiniano, que en las leyes del Código se muestra tan severamente católico, aceptó en el Digesto los fragmentos de los antiguos jurisconsultos que hablaban suponiendo la facilidad del divorcio perpétuo; y por otra parte quiso llevar adelante la ley *Papia* de Augusto contra el estado de viudedad, cuando en el mismo Código las segundas nupcias eran consideradas como una incontinencia *ilícita* [léase *ilícita*]. — *Matre jam secundis nuptiis funestata*, decia la Ley 3ª, Cód. *De secund. nupt.* [Tít. 9°, Lib. 5°].

Entre tanto, las Leyes Romanas y Españolas comprendian que sus disposiciones sobre los bienes de la mujer, no eran conformes al fin y naturaleza del matrimonio. La Ley Romana consideraba el matrimonio como un acto jurídico, que hacia comun entre marido y mujer lo que hay de mas sagrado é íntimo. Es la union, decia, del hombre y de la mujer en una suerte comun: es la comunicacion entre ellos del derecho divino y del derecho humano. — (L. 1ª, Tít. 2°, Lib. 22, Dig.). — Hablando de los bienes de la mujer, el Código reconocia un principio contrario á sus disposiciones. *Bonum erat*, dice, *mulierem quæ se ipsam marito commisit* [committit], *res etiam ejusdem pari* [léase *pati*] *arbitrio gubernari*. — (L. 9ª, Tít. 11 [léase 8ª, Tít. 11], Lib. 5°). — Lo mismo la Ley de Partida: *La muger que mete su cuerpo en poder de su marido non le debe desapoderar de su dote*. — (L. 29, Tít. 11, Part. 4ª). [Estas dos leyes son de Goyena, 1210°].

Decimos que el motivo y el fin de las leyes sobre las dotes no es ya de nuestros tiempos. Ha desaparecido la eventualidad del divorcio perpétuo; y está por el contrario reemplazado por la indisolubilidad del matrimonio. Lo que se hizo, pues, por un órden de cosas radicalmente diferente, conduce á resultados inaceptables. ¿Por qué no daríamos tambien privilegios iguales á los dotales, á los bienes de todas las mujeres solteras para que pudieran mas fácilmente casarse? Una jóven que está bajo de una tutela, no tiene otra garantía y privilegio para sus bienes, que una hipoteca tácita de los bienes del tutor; pero cásase, y entónces recien comienzan los privilegios estraordinarios.

Otro órden de cosas ha sobrevenido despues de esas leyes, que exige dejarlas sin efecto. Se comprende, dice Marcadé, que en una sociedad donde estén sacrificados los derechos de la mujer, la ley reconozca en su favor un privilegio estraordinario para compensar el poco derecho que le queda por la seguridad de la posesion. Se comprende tambien que donde la mujer en nada participe de la fortuna del marido, ó donde en virtud de una organizacion contraria al fin y á la esencia del matrimonio, su existencia material sea conservada en una esfera distinta; se comprende, decimos, que su haber inmueble conserve una existencia propia, y esté al abrigo de toda eventualidad desfavorable. Pero cuando la mujer, en lugar de encontrarse circunscrita á la mision de conservar, participe de la facultad de adquirir; cuando en lugar de estar separada de la comunion conyugal en lo que concierne al derecho de bienes, sea elevada al rango de compañera y socia del marido, entónces desaparece el límite ficticio, que divide la existencia de los esposos.

Goyena [léase Luzuriaga], sosteniendo estas mismas ideas, las concreta á la legislacion española y dice: « En España, el matrimonio es indisoluble, siendo los casos de nulidad tan raros que no merecen tomarse en cuenta; por consiguiente, con la hipoteca legal de la mujer se favorece únicamente los segundos y ulteriores matrimonios, que precisamente son mirados con poco favor, por ser los menos adecuados para el bien de las familias; falta por consiguiente el único fundamento que la Ley Romana tuvo para establecer aquel privilegio. Por otras consideraciones además se vé que no hubo la mayor discrecion en estenderlo á nuestro país, porque en Roma apenas se conocia otro régimen que el dotal para el matrimonio, y era razonable que entregando ella su dote al marido, y no participando del lucro de la sociedad, se procurase conservarle su capital, obligando á ello todos los bienes del marido. Pero en España el matrimonio es una verdadera sociedad de intereses; el marido es el gerente, la mujer está asociada en las ganancias; la dote de esta es el capital, que unido al de su marido sirve á este para todos los negocios; la equidad, pues, exigia que la mujer que participaba por mitad en las ganancias, participase tambien de las pérdidas, á lo menos respecto de terceras personas, y siempre le quedaria el privilegio de asegurar su dote sobre el capital que restase al marido ó sus herederos. No es la teoría sola la que así lo recomienda. En los paises donde está recibida la costumbre de la sociedad conyugal, puede la mujer vender sus bienes inmuebles, y obligarlos man-

1219. Art. 2°. — Toda convencion entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo á su matrimonio, [1] como toda renuncia del uno que resulte á favor del otro ó del derecho á los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningun valor. [2]

1220. Art. 3°. — Ningun contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, despues de la celebracion del matrimonio; ni el que se hubiere hecho ántes, podrá ser revocado, alterado ó modificado. *Freitas* 1251°; *Goyena* 1238° *inc.* 1°. [Vé Cód. Francés 1395° y 1394°]. [3]

comunadamente con su marido, de tal modo que no le queda ninguna accion contra tercero. Desconocido el carácter que tiene la mujer en el matrimonio, tal vez se le perjudica con el privilegio que se ha inventado para favorecerla, porque interesada en las ganancias sociales, lo está por consiguiente en que el marido tenga la libertad necesaria para contratar, y aquel privilegio es una traba permanente de su libre accion. » (Sobre el art. 1790 de su proyecto). [Tomo 4°, pág. 198].

En Inglaterra y en la mayoría de los Estados que forman la Confederacion del Norte, las mujeres no tienen hipoteca sobre los bienes de sus maridos, y solo se les reconoce el derecho de pedir que se prive á estos de la administracion de los bienes dotales, cuando los disiparen, ó fueren culpables en la administracion.

En los últimos tiempos, varios jurisconsultos como Wolowski, d'Hauthulle, Mitermayer, Troplong y otros, han escrito en el mismo sentido que Marcadé y Goyena.

Las prácticas de los tribunales respecto á las leyes sobre la dote de la mujer han aumentado las dificultades de esta materia, creando la incertidumbre sobre la eficacia de esas leyes. Regularmente, cuando la mujer y el marido enajenan ó hipotecan una finca dotal, el acto se tiene por válido si á juicio del tribunal no hay una causa que lo invalide. Todo queda así en lo arbitrario y lo mas comun es ver sentencias contrarias entre sí.

El sistema que adoptamos salva los intereses de la mujer, aunque le quitamos la *inajenabilidad* [inalienabilidad] á sus bienes, facilitamos el medio para que la dote pueda siempre conservarse y salvarse tambien, no por un privilegio sinó por el derecho comun reconocido á la propiedad. Y aún mas, la dejamos siempre á la mujer como acreedora personal del marido, para que en el caso de un concurso ó por muerte del marido, tenga derecho á pedir el pago total de su dote, pero sin privilegio alguno. Salvamos así la necesidad de las hipotecas tácitas condenadas por la experiencia. [Vé arts. 3117 y 4050].

---

[1] El artículo 199 ofrece una aplicacion del presente.

[2] Compara con los artículos 1388 y 1389 del Código Francés, y en contra sus artículos 1497 á 1525. Nuestro legislador, que en esta materia es mas original que en ninguna otra, no ha seguido sinó una docena de los doscientos artículos (desde el 1387 al 1581) que el Código Francés dedica al matrimonio.

Aquí seria el lugar propio del artículo 1232, cuya redaccion deberia modificarse en conformidad.

Nuestro artículo, aunque viene á limitar el artículo 161, no se opone á que sea aplicado en su caso.

[3] Pero no se prohibe alterarlos, modificarlos, adicionarlos ó dejarlos sin efecto, ántes de la celebracion del matrimonio, con tal que se haga en la forma del artículo 1221 (art. 1185 n°s 4 y 10) y con el concurso de las mismas personas que intervinieron en la anterior convencion. Freitas 1252°; Código Francés 1396°.

Sobre estas materias, Aubry y Rau, § 503 *bis*, 4ª edicion, y Troplong, sobre los artículos 1395 y 1396 franceses, traen detalles que no carecen de interés.

Es dudoso, si la contravencion á nuestro artículo produce una nulidad relativa ó absoluta. De todos modos, si, como creemos, la nulidad es relativa (nota 20 al art. 1048), solo despues de disuelto el matrimonio podria ser confirmada la convencion (vé art. 1061), y la accion de nulidad se prescribirá en los plazos del artículo 4025, que solo empezarán á contarse á partir del fallecimiento de uno de los dos esposos (art. 3971).

Es claro que no podria contravenirse á la prohibicion de nuestro artículo, ni por la via indirecta de una transaccion (art. 844).

1221. Art. 4°. — La validez de las convenciones matrimoniales hechas fuera de la República, será juzgada por las disposiciones de este Código respecto á los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la Nacion. *De Freitas* 1253°. [Vé arts. 161 y 949 á 951]. [4]

1222. Art. 5°. — Los contratos de matrimonio de personas que tengan impedimento para casarse son nulos, aunque el impedimento cesare despues, ó fuere dispensado y se celebrase el matrimonio. *Freitas* 1239°. [5]

1223. Art. 6°. — El menor que con arreglo á las leyes pueda casarse, puede tambien hacer convenciones matrimoniales sobre los objetos del artículo 1°, concurriendo á su otorgamiento las personas de cuyo prévio consentimiento necesita para contraer matrimonio. *Cód. Francés* 1398°; *Goyena* 1241°. [Vé arts. 169 á 175]. [6]

1224. Art. 7°. — Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, [7] so pena de nulidad [8] si el valor de los bienes pasare de mil pesos, ó si

---

[4] Resulta de aquí que las demás disposiciones de este Capítulo son aplicables solamente á las convenciones matrimoniales hechas en la República, y no á las celebradas en el estrangero; á menos que se trate de la incapacidad de hecho de personas domiciliadas en la Nacion (art. 949).

Freitas es mas claro y completo, cuando dice en su artículo 1253: «Para juzgar la validez ó nulidad de las convenciones matrimoniales, hechas en el Imperio ó fuera de él, se aplicarán las leyes de este Código ó las de otro país, segun las reglas generales establecidas en los artículos 819 á 852 y 857.»

Se vé, pues, que nuestro artículo es incompleto, su redaccion impropia, y que debió ser colocado al fin de este Capítulo. ¿La convencion nupcial que seria variable segun las leyes bajo cuyo imperio fué celebrado, lo seria igualmente en nuestro país?. Creemos que no; á menos que se hubiesen reservado tal facultad en el mismo pacto, ó que las modificaciones fuesen en el sentido de nuestras leyes.

[5] No hallamos esta disposicion jurídica ni conveniente en los casos de impedimentos dispensables, y tiene en contra suya la jurisprudencia y doctrina francesas (Aubry y Rau, § 502 nota 17, 4ª edicion, etc.). El mismo Freitas se contradice implícitamente en su artículo 1245 n° 4°.

El artículo 1239 exige tambien que se haga una escepcion en el caso de matrimonio putativo: vé artículos 230 n° 2° y 231 n° 2°.

[6] Su concurrencia personal al acto puede ser suplida válidamente por una autorizacion en instrumento auténtico ó en escritura pública, que contenga *in extenso* las convenciones y disposiciones á que entiende prestar su asentimiento. Cuídese la aplicacion del artículo 1004, en su caso. Vé el 1226.

La contravencion de nuestro artículo no puede ser opuesta por el cónyuge capaz: artículos 1050 y 1165.

Se vé que en el contrato nupcial no se exige la intervencion del tutor, juez y de la Defensoría, que es esencial en los demás contratos y enagenaciones. Vé el Código Chileno, artículo 1721.

El que es hábil para casarse, lo es para celebrar convenciones matrimoniales. Consúltese sobre esto el § 502 de Aubry y Rau, teniendo en cuenta las peculiaridades del Código Francés.

[7] El Código Francés 1391°, dice: «Todas las convenciones matrimoniales serán redactadas antes del matrimonio, en escritura pública.»

[8] Vé artículo 1186 y nota.

constituyeren derechos sobre bienes raices. [9] No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos testigos. [10] Si los bienes nó alcanzaren á la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos. *De Chile* 1716°; *Goyena* 1242° y 1244°. [11]

1225. Art. 8°. — Si no hubiese escritura pública ó privada de los bienes que los esposos llevan al matrimonio, se juzgará que este se contrae, haciéndose comunes los *bienes muebles* y las *cosas fungibles* de ambos, y disuelta la sociedad se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio. Lo mismo se juzgará si no hubiere prueba por escrito de *los muebles* y *cosas fungibles* que durante el matrimonio adquieran marido ó mujer, por herencia, legado ó donacion. [12]

1226. Art. 9°. — La escritura pública [13] del contrato de matrimonio debe espresar los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religion, su edad, su domicilio y su actual residencia, el grado de parentesco, si lo hubiere, la firma de los padres ó tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, ó la de un curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio y fuere suplido por el juez. *De Freitas* 1245°. [14]

1227. Art. 10. — La esposa no podrá reservarse la administracion de sus

Art. 7°. — Cód. de Chile, art. 1716.

---

[9] Artículos 1185 n°s 1° y 4° y 1812 n°s 1° y 4°. Parece que lo mismo será si se trata de donaciones para despues de la muerte (art. 1218 n° 4°).

[10] *A falta de escribano público*, dice con mas propiedad el artículo 1812, pues nada importa su existencia si se halla imposibilitado por cualquier causa.

A su vez si el juez territorial (ó *del lugar*, como dice el art. 1812 citado) no existe ó está inhabilitado, su reemplazante legal podrá autorizar la escritura: argumento *á fortiori* del artículo 3657.

Los testigos deben ser hábiles (vé art. 991), y en general, á esta escritura serán aplicables las disposiciones de los artículos 981 á 1012. Vé el 1226.

[11] Aunque sean remuneratorias ó con cargo, pues no distinguiendo nuestra ley y llenándose con la escritura privada el fin principal del artículo 1812, debemos considerar este último artículo modificado por el presente inciso y no *vice-versa*.

[12] Este artículo se halla aquí fuera de lugar, forma un todo con el 1272 y deben esplicarse el uno por el otro.

Es del todo impropio, en derecho, decir *bienes muebles* y *cosas fungibles*, enumerando un género y una de las especies de ese género (vé arts. 2320 y 2326). Debemos leer, *cosas muebles fungibles* (arts. 1321 inc. 1° y 2326 citado), ó bien *los muebles* y *las cosas fungibles*, como dice el inciso último de nuestro artículo.

Quedan, pues, esceptuados los bienes raices ó inmuebles y las cosas no fungibles. El artículo 1272 es mucho mas vago y deficiente.

[13] Y lo mismo la escritura privada en su caso (art. 1221 inc. último). Freitas no se refiere á ella, porque en ningun caso la permite, 1244°.

[14] Deberán llenarse tambien los demás requisitos comunes á las escrituras públicas: vé artículos 998 á 1006 y la nota 10. Así, el artícuto 1005 constituye la sancion á las omisiones.

El artículo 1221 debió recien colocarse aquí.

bienes, sea de los que lleve al matrimonio, ó sea de los que adquiera despues por título propio. Podrá solo reservarse la administracion de algun bien raiz, ó de los que el esposo le donare. [Vé art. 1218 n°s 2° y 3°]. [15]

1228. Art. 11. — Si la mujer despues de celebrado el matrimonio adquiriese bienes por donacion, herencia ó legado, los donantes y el testador pueden imponer la condicion de no ser recibidos y administrados por el marido, y la mujer podrá administrarlos con su licencia, ó con la del juez, si el marido no se la diere, ó no pudiere darla. *De Freitas* 1352° *n°* 13 *inc.* 2°. [Vé art. 3336]. [16]

1229. Art. 12. — Con relacion al marido y á sus herederos, [17] la confesion del recibo de la dote, en cualquier forma que sea hecha, probará la obligacion de restituirla á la mujer ó á sus herederos. *Freitas* 1352° *n°* 17; *Goyena* 1293°. [18]

1230. Art. 13. — En relacion á los acreedores del marido, la confesion del recibo de la dote no les perjudicará, sinó cuando constare esta de las convenciones nupciales ó de otra escritura pública, antes de la celebracion del matrimonio, ó cuando se probare por escritura pública, testamentos, [19] ó particiones, ó por instrumentos de igual autenticidad que la mujer adquirió los bienes cuyo recibo confiesa el marido. *De Freitas* 1352° *n°* 21; *Goyena* 1293°.

CAPÍTULO II

DE LAS DONACIONES Á LA MUJER

1231. Art. 14. — La donacion que el esposo hiciere á la esposa, será regida por

Art. 10. — Véase Cód. de Chile, art. 1720.

---

[15] No podrá, pues, reservarse la administracion de mas de un bien raiz, ni de este y de los bienes que el esposo le donare. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Vé artículo 191, al fin.

[16] El artículo 291 contiene una disposicion análoga, y en manera alguna obsta á la aplicacion del 3336

[17] Siempre y en cuanto quede salva la legítima de estos, si son forzosos: vé artículos 3600 á 3604.

[18] El artículo 1261 trae una disposicion análoga.

[19] El testamento no es una prueba, mucho mas en relacion á los acreedores, aunque pueda constituir á veces una fuerte presuncion. En su caso, solo probará que se reconoce y confiesa la deuda (art. 995: vé el 3790), pero no que la mujer adquirió realmente los bienes; á no ser que su título sea el mismo testamento. Goyena solo admite un título auténtico *de la adquisicion.*

De todos modos, los acreedores anteriores del marido ó de la sociedad conyugal gozan de la accion pauliana (arts. 962 á 973), y podrian, como los posteriores, argüir la simulacion y probarla por cualquier medio (art. 1192), así como ejercitar la facultad del artículo 1197.

En fin, este artículo y el anterior se hallan aquí fuera de lugar, y se encontrarian mejor colocados en el Capítulo 3°, en el 7° ó en el 8°.

las disposiciones del título *De las donaciones. De Cód. Francés* 1081° *inc.* 1°; *Goyena* 1243°. [Vé art. 1809 n° 1°]. [20]

1232. Art. 15. — La esposa no podrá hacer por el contrato de matrimonio donacion alguna al esposo, ni renuncia de ningun derecho que pueda resultarle de la sociedad conyugal. [21]

1233. Art. 16. — Para juzgarse inoficiosas las donaciones que los esposos hicieron de los bienes que dejaren á su fallecimiento, se observará lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del título *De las donaciones. De Cód. Francés* 1090° *y* 1527° *inc.* 2°. [Vé arts. 1832 y 1833]. [22]

1234. Art. 17. — Si las donaciones que los esposos hicieren de los bienes que quedaren al fallecimiento de alguno de ellos fuesen de bienes determinados, muebles ó inmuebles, no podrán estos ser enajenados durante el matrimonio, sinó con el consentimiento espreso de ambos cónyuges. [Vé arts. 1250 á 1258 y 1278]. [23]

1235. Art. 18. — Estas donaciones subsistirán aún en el caso que el donante sobreviva al donatario y este dejare hijos legítimos. Pero si no quedaren hijos legítimos del matrimonio ó de otro matrimonio precedente, el donante podrá revocarlas. Si no las revocare en vida ó por su testamento, la donacion pasará á los herederos del donatario. *De Goyena* 1254° *y* 1260°. [Vé arts. 1237 y 1241. Cód. Francés 1093° y 1089°]. [24]

---

[20] En cuanto no se halle especialmente determinado en este Capítulo, entiéndase: vé artículos 1235, 1236, 1239, 1240 y 1241.

Generalizando el presente, pudieron muy bien eliminarse el artículo 1233 y el inciso 1° del 1219.

Los artículos del presente Capítulo están colocados sin órden ni método: vé nuestra nota 26.

[21] Este inciso 2° es incompleto é innecesario en presencia del artículo 1219.

[22] Vé artículo 1231 y nota.

[23] Sin duda porque al hacerlas se habrá tenido en mira el beneficio de la posteridad (art. 1235). Compárese con Goyena 1253°. Del artículo resulta que si se ha dejado el todo ó una parte alícuota de la herencia, quedará sin efecto su disposicion.

Estas donaciones son de derecho escepcional (vé arts. 1791, 1802, etc.) y constituyen una limitacion al artículo 1176.

[24] La redaccion de nuestro artículo no es bastante propia y correcta, y pudo vertirse así: « Estas donaciones subsistirán aunque el donante sobreviva al donatario, si este deja hijos legítimos de cualquier matrimonio. En el caso contrario, el donante podrá revocarlas por acto entre vivos ó por testamento, y si no lo hiciere, la donacion pasará á los herederos del donatario ».

Quedando hijos legítimos á la muerte del donatario, el donante no gozará del derecho de revocar la donacion, aunque sobreviva á dichos hijos: argumento artículo 1846 inciso 3°.

La justicia habria exigido que la donacion fuera irrevocable desde que quedaran *descendientes* del donatario, aunque no fuesen *hijos*; y si basta que queden hijos *legítimos* de cualquier matrimonio, el rigorismo de los principios se habria contentado con la existencia de hijos *naturales*, ya que están equiparados y son casi de igual condicion á los legítimos.

Recuérdese que el principio es, que todas las donaciones por causa de matrimonio son irrevocables (arts. 1241 y 1337).

Puede dudarse con razon si el inciso 1° de nuestro artículo quedará sin efecto, cuando

1236. Art. 19. — La donacion que el esposo hiciere á la esposa, ó la que uno ú otro hiciere al cónyuge de los bienes que deje á su fallecimiento, no necesita para su validez ser aceptada por el donatario. *De Cód. Francés* 1087°; *Goyena* 1247°. [Vé arts. 1794, 1813 á 1816].

1237. Art. 20. — Las donaciones entre los esposos prometidas para despues del fallecimiento de alguno de ellos en las convenciones nupciales, no pueden ser revocadas, sinó por efecto del divorcio ó por haberse declarado nulo el matrimonio. *Freitas* 1327°. [Art. 212 y vé arts. 1235 y 1239 á 1241].

1238. Art. 21. — Si se hubiere estipulado en las convenciones nupciales una cláusula de usufructo de bienes á favor de uno de los cónyuges por fallecimiento del otro, sin limitarla al caso de no tener ascendientes ó descendientes, no perjudicará la legítima de estos y valdrá solo en la parte que podia disponer libremente el cónyuge fallecido. *De Freitas* 1350° § 1°. [Vé arts. 3605 y 3606].

1239. Art. 22. — Las donaciones hechas por el contrato de matrimonio, solo tendrán efecto si el matrimonio se celebrase y no fuere *disuelto,* [25] salvo lo dispuesto en el artículo 72, [26] Título 1°, Seccion 2ª del Libro 1°, respecto al matrimonio putativo. *De Freitas* 1247°.

---

se pacte lo contrario; pero como no se trata de una prescripcion de órden público (vé art. 21), creemos que es lícito pactar lo contrario.

La renuncia á la facultad de revocar la donacion que nuestro inciso 2° acuerda al donante, entendemos que está sujeta á los artículos 874 á 876. Que así puede tener lugar tácitamente; como seria si el donante, al hacer la particion, cómputase los bienes donados como herencia del donatario. ¿Cuál será la forma de la revocacion cuando no es hecha en testamento sinó por acto entre vivos? ¿Podrá hacerse tácitamente?

Segun el artículo 1185 n° 10 debemos decir que la donacion hecha en escritura pública (art. 1221) solo en esta forma podrá ser revocada; pero parece que no es indispensable que sea hecha espresamente, y que la revocacion resultaria suficientemente del hecho mismo de que el donante repitiese la misma donacion en el pacto nupcial que haga al casarse de nuevo.

[25] Y no fuere *anulado* debe leerse, en vez de *disuelto*, porque el matrimonio solo por la muerte se disuelve (art. 219). Así lo traen Freitas, Goyena al 1249°, Aubry y Rau, §§ 501 nota 7, y 737, etc.; y el caso mismo del matrimonio putativo, que se presenta como una escepcion al principio, pertenece al Capítulo XII «De la *nulidad* del matrimonio», y no al Capítulo XI, sobre *disolucion*.

El artículo 1241 dice tambien *anulado*. Vé el inciso último de nuestro artículo 1249 y el artículo 1088 francés.

[26] Y en el artículo 73 n° 2° (art. 231 n° 2°), debió agregar, y habria quedado sin objeto el artículo 1240, pues el caso del artículo 74 (art. 232 n° 2°) citado allí, no es de matrimonio putativo, y entra por tanto en la regla general.

Este artículo 1239 debió combinarse y formar un todo con los artículos 1241, 1237 y 1235, salvando las incoherencias que hoy presentan. Así, aqui se dice que las donaciones *quedan sin efecto*, y en los artículos 1237 y 1241 que *pueden ser revocadas*.

En presencia de tal desarmonía, que tambien existe en Freitas, nos inclinamos á dar preferencia al presente artículo 1239 (salvo el caso del art. 212), por considerar que su disposicion es mas jurídica y equitativa que la de los artículos 1237 y 1241; equitativa, porque la revocacion puede no ser posible por cualquier causa; jurídica, porque las condiciones producen su efecto de *pleno derecho* ó *ipso jure* (art. 543 y notas, vé el 2670), y porque los contratos nupciales y las donaciones hechas por causa de matrimonio, aunque sea

1240. Art. 23. — En cuanto á las donaciones hechas al cónyuge de buena ó mala fé, *disuelto* el matrimonio putativo, se estará á lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Título citado en el artículo anterior. [Arts. 231 nº 2º y 232 nº 2º]. [27]

1241. Art. 24.— Todas las donaciones por causa de matrimonio son irrevocables, y solo podrán revocarse si fuesen condicionales y la condicion no se cumpliere, ó si el matrimonio no llegare á celebrarse, ó si fuere *anulado* por sentencia pasada en cosa juzgada, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo. *Freitas* 1323º *inc.* 1º *y* 1324º. [Vé arts. 1239, 1237 y 1235]. [28]

1242. Art. 25. — La promesa de dote hecha al esposo por los padres de la esposa, sus parientes ó por otras personas, no puede ser probada sinó por escritura pública. *De Freitas* 1318º. [29]

1243. Art. 26. — El que promete dote para la mujer queda constituido en mora de entregarla desde el dia de la celebracion del matrimonio, si en la respectiva escritura no se hubiere designado plazo. *Freitas* 1320º. [Vé art. 1323 y nota 12 al 509]. [30]

CAPÍTULO III

DEL DOTE DE LA MUJER

1244. Art. 27. — El dote de la mujer lo forman todos los bienes y derechos [31] que lleva al matrimonio, y los que durante él adquiera por herencia, legado ó donacion. *Goyena* 1272º; *Chile* 1726º. [32]

---

fuera de aquel acto (art. 1249), tienen siempre en mira favorecer el matrimonio, y llevan la condicion implícita de que el matrimonio exista y subsista legalmente. Vé la nota al artículo 793.

[27] Vé la nota precedente.

[28] Freitas aplica este artículo á las donaciones entre esposos y á las hechas á estos por terceros, y así debe entenderse. Vé las notas 26 y 40. De nuestro artículo resulta que estas donaciones, á diferencia de las comunes (arts. 1860 á 1869), no son revocables por causa de ingratitud, á no ser por la vía indirecta del divorcio (art. 212); ménos por supernacencia de hijos (art. 1870), y ni aun por el no cumplimiento de los cargos (vé art. 1851, etc.), que solo dará accion á los daños y perjuicios.

[29] Para armonizar esto con los artículos 1185 nº 4º y 1224 es necesario circunscribirlo á la dote que pase de mil pesos, ó que constituya derechos sobre un bien raiz.

En los demas casos, bastará la escritura privada, si la dote es prometida en el contrato matrimonial, y siempre que su importe esceda de doscientos pesos se aplicará el artículo 1194. Vé artículos 1814 y 1815.

[30] Este es un caso de mora *ex lege*. Los artículos 1440 y 1548 del Código Francés hacen correr los intereses moratorios, aun cuando haya plazo para el pago de la dote, si no hay estipulacion en contrario. Puede verse á Goyena, 1274º.

Este artículo y el anterior pertenecen mas bien al *Capítulo* siguiente.

[31] Por el artículo 2314 inciso 1º, se vé que no habia necesidad de esta palabra *derechos*.

[32] El artículo 1543 del Código Francés no permite constituir ni aumentar la dote despues de celebrado el matrimonio.

Nuestro artículo debe complementarse con el 1225.

1245. Art. 28. — Los que hubiesen sido tutores de la mujer menor de edad, sus padres y en general los que por cualquiera causa tengan dineros de ella, no pueden entregarlos al marido; deben ponerlos en los depósitos públicos, [33] inscritos á nombre de la mujer. Si no lo hicieren así, quedan obligados á ella, como antes lo estaban. [Vé art. 425]. [34]

1246. Art. 29. — En los casos de herencias ó legados que correspondan á la mujer menor de edad, los dineros deben ser puestos por el juez en los depósitos públicos á nombre de ella. [35]

1247. Art. 30. — Los bienes raices que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiera, espresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece á la mujer. [36]

1248. Art. 31. — Corresponde tambien á la mujer lo que con su consentimiento

Arts. 30 y 31. — L. 11, Tít. 4°, Lib. 3°, Fuero Real. — L. 49, Tít. 5°, Part. 5ª. — Código Francés, art. 1559. [De Goyena 1273°] — Italiano, art. 1406.

---

[33] Es decir en los bancos. Habría sido mas jurídico (vé art. 1246) y prudente que el Juez determinase en qué establecimiento público y bajo qué condiciones habia de ser depositado el dinero, y creemos que esto debe hacerse si lo exige oportunamente el tenedor ó uno de los esposos.

El artículo habla de la mujer menor de edad: vé artículo 1253.

[34] Pero si el marido recibió el dinero, quedaría sujeto á la accion de repeticion, y ambos esposos á la *versio in rem*, pues nunca es permitido lucrar con perjuicio de otro: nota 44 antes del artículo 2308. Puede verse el artículo 1095 del Código de Vaud.

[35] Vé la nota 33.

[36] Si no se ha llenado alguna de estas condiciones, el inmueble comprado será gananCial (art. 1273, § 2°), el marido continuará siendo deudor del dinero dotal (vé art. 1322), y si consta que el dinero tenia tal carácter, la mujer gozará del privilegio que acuerda el artículo 3929. Vé artículos 1260 y 1261.

Desde que la dote es alienable y ningun privilegio existe para su reembolso (vé arts. 1253 y 1260), parece que bastaba que la mujer consintiera en que su dinero se invirtiese en la compra del inmueble, para que este se hiciese suyo. Puede verse en tal sentido á Goyena, 1273° n° 4°. Así nuestro artículo 1267 dice simplemente que el inmueble que se compre con dinero de alguno de los esposos, pertenece al dueño del dinero.

Otra cosa es en los Códigos que declaran inalienable y privilegiada la dote: vé Código Francés 1435° y 1553°.

La exigencia de que se esprese en la escritura cómo el dinero pertenece á la mujer puede llenarse aparentemente, y no la hallamos necesaria ni justificada para el solo objeto de garantir á los acreedores y á los herederos del marido, pues siempre tienen á salvo su accion por simulacion ó fraude, pueden exigir una prueba formal de quién sea el verdadero dueño del dinero, ó decir de nulidad por contravencion al artículo 1220.

Por último, en este artículo y en el 1267 se habla puramente de bienes raices, y no aparece bien porque no se comprenden tambien los bienes muebles de cierto valor, que como dice el Dr. Velez en la nota 1ª y en la relativa á la lesion enorme (al pié del art. 944), los hay que tienen mayor valor que los inmuebles.

Por lo demás, no es dudoso que los bienes muebles adquiridos con dinero de la esposa ó del esposo pertenecen á estos: artículos 1259 inc. 1°, vé arts. 1248, 1255, 1258, 1268 á 1270, 1273 § 2°, y 1274. Código Chileno 1727° n° 2°.

se cambiare con sus bienes propios, espresándose tambien el orígen de los bienes que ella diere en cambio. [Vé art. 1257]. [37]

1249. Art. 32. — Las donaciones prometidas ó hechas á la mujer por razon de matrimonio, ó como dote, son regidas por las disposiciones relativas á los *títulos gratuitos*, [38] y los que las prometan ó hagan, solo están obligados como los donantes á los donatarios en las simples donaciones. [39] Ellas llevan la condicion implícita de si el matrimonio se celebrare, ó se hubiere celebrado. *De Chile* 1789°, *y Goyena* 1270°. [40]

1250. Art. 33. — Mientras la mujer sea menor de edad, el marido necesita la autorizacion judicial para sacar de los depósitos públicos los dineros de la mujer: para enajenar las rentas inscritas á su nombre en la deuda pública nacional ó provincial, [41] para cambiar los bienes raices de ella, ó para enajenarlos, ó constituir sobre ellos derechos reales. [Vé arts. 2505 y 2842]. [42]

1251. Art. 34. — El juez solo podrá autorizarlo en caso de una necesidad ó conveniencia manifiesta para la mujer. *De Chile* 1754° *n°* 2°. [Vé art. 426].

1252. Art. 35. — La tasacion de los bienes de la mujer, sean raices ó muebles, y la entrega de ellos al marido, aunque se haga bajo su valor determinado, no le priva del dominio de ellos, ni los hace pertenecer á la sociedad ó al marido. *De Freitas* 1352° *n°* 3°. [43]

---

[37] Vé la nota precedente.

[38] O mas propiamente *las donaciones*: vé artículo 1201 y nota 4 al artículo 1110. Nuestro inciso se entiende sin perjuicio de los artículos 1241 á 1243. Vé la nota siguiente.

[39] Se refiere esto á la eviccion (vé arts. 2147 á 2156) puramente ó nuestro artículo hace tambien necesaria la aceptacion de la donataria (vé art. 1236)? Aunque los Códigos modernos (Francés 1083°, Holandés 232°, Luisiana 1733°, Goyena 1247°, Freitas 1323°) no exigen la aceptacion, por un favor especial al matrimonio, el testo de nuestro artículo combinado con el del 1236 nos obliga á adoptar la afirmativa. Vé artículos 1794 y 1813 á 1816.

El Código Francés 1440° y 1547°, y Freitas 1325°, obligan á la eviccion. En el sentido de nuestro artículo, Goyena 1270°. Puede verse Ley 22, Tít. 11, Part. 4ª.

[40] Este inciso, que es análogo al del artículo 1239, debe complementarse con la disposicion del artículo 1241. De la combinacion de ambos artículos no resulta claramente que la esposa de buena fé en el matrimonio putativo anulado tenga derecho á las donaciones, pero como ese matrimonio se considera válido en relacion al esposo de buena fé, dichos artículos y especialmente los n°s 2°s de los artículos 230 y 231 suministran un fuerte argumento en favor de la afirmativa, á la cual nos adherimos.

[41] El artículo 1452 exige el consentimiento de la mujer y el del Juez al propio tiempo, y esta disposicion que consulta acertadamente á la dueña, es la que debe prevalecer, á lo ménos en el caso de cesion ó enajenacion de rentas ó inscripciones de la deuda pública.

[42] De Freitas 1336° n° 3° y 1337°. La disposicion del artículo 426 es análoga á esta y en uno y otro caso hay nulidad absoluta (nota 9 al art. 1044, arg. del art. 1254).

Necesitará tambien licencia para transar sobre los objetos que nuestro artículo comprende; artículo 840. Pero creemos que el marido por sí solo podrá adquirir una servidumbre á favor del fundo dotal, pues debe serle permitido mejorarlo. Los artículos 3014 á 3018 apoyan indirectamente nuestra tésis.

[43] Puede compararse con los artículos 1551, 1552 y 1564 del Código Francés. Nuestro artículo 1319 es una consecuencia del presente.

1253. Art. 36. — Siendo la mujer mayor de edad, puede con licencia del marido, ó los dos juntos, enajenar sin autorizacion judicial, tanto sus bienes raices como sus rentas inscritas, y disponer libremente de los dineros existentes en los depósitos públicos. [Vé art. 1258]. [44]

1254. Art. 37. — Si el marido, sin autorizacion de la mujer, [45] enajenare bienes inmuebles de esta, ó impusiere en ellos derechos reales, [46] la mujer en el primer caso tendrá derecho á reivindicarlos, y en el segundo, á usar de las acciones que como propietaria le corresponden para librarlos de todo gravámen impuesto sin su consentimiento. *De Freitas* 1352° *n*°s 4 *y* 5. [Vé art. 3972].

1255. Art. 38. — El marido es deudor á la mujer del valor de *todos* los bienes de ella [47] que á la disolucion de la sociedad no se hallen invertidos en bienes raices escriturados por la mujer, en rentas nacionales ó provinciales, ó en los depósitos públicos inscritos á nombre de ella.

1256. Art. 39. — Los bienes que el marido llevó al matrimonio, y los que despues adquirió por donaciones, herencias ó legados, [48] pueden ser enajenados por él, sin dependencia del consentimiento de la mujer, ó de autorizacion judicial. *De Freitas* 1352° *n*° 22. [49]

1257. Art. 40. — Si durante el matrimonio se enajenaren bienes de la mujer que no estuviesen estimados, la responsabilidad del marido será por el valor de la enajenacion. *De Goyena* 1281°, § 2° *inc.* 2°.

1258. Art. 41. — El marido puede enajenar los bienes muebles dotales, [50] con escepcion de aquellos que la mujer quisiere reservarse. [51]

1259. Art. 42. — Habiendo concurso contra el marido, ó disuelto el matrimonio, habiendo concurso contra la sociedad conyugal, corresponden á la mujer,

---

[44] Disponen absolutamente como dueños y pueden indudablemente transar (art. 840), pero si el marido es menor de edad quedará este artículo sin efecto y deberán aplicarse los artículos 134 á 136, así como el 177, en su caso (art. 193).

Si no fuese posible recabar el consentimiento de la mujer ó la licencia del marido, ó alguno de los esposos se ha incapacitado (art. 476), ó rehusa sin motivo el consentimiento, se ocurrirá á la licencia supletoria del juez : artículos 193 y 194 y su argumento. Vé nuestra nota 93 y el artículo 1298.

[45] O la supletoria del juez, en su caso (art. 1250 y nuestra nota precedente).

[46] Las servidumbres, por ejemplo: nota del Dr. Velez al artículo 2981. En cuanto al usufructo, vé artículo 2842 y artículos 3244 con la nota 17 y 3245, en cuanto al anticresis.

[47] Salvo los bienes muebles que restituya en *natura* (arts. 1319, 1321 y 1322), los que sin culpa del marido hayan perecido (art. 889 y sig.), y los valores insumidos útilmente (art. 1276) por acuerdo de los cónyuges.

[48] Vienen á constituir el dote ó capital del marido : artículos 1244 y 1261.

[49] Sin perjuicio de la disposicion de los artículos 134 á 136 y 177, si es menor el marido.

[50] Repetimos la nota anterior.

[51] Para conciliar este inciso con el artículo 1227, es preciso limitarlo á los bienes muebles que le donó su esposo, y aun así no condice con el artículo 1218 n° 2° combinado con el 1220.

por accion de dominio, los bienes raices ó muebles que existan de los que introdujo al matrimonio, ó que adquirió despues por título propio, ó por cambio, ó por compra hecha con dinero suyo. Le corresponden tambien como propietaria las inscripciones de la deuda nacional ó provincial, y los dineros puestos en los depósitos públicos á nombre de ella. [52]

1260. Art. 43. — Por lo que el marido ó la sociedad adeudare á la mujer, ella solo tiene una accion personal, sin hipoteca ni privilegio alguno, cuando el marido no le hubiese constituido hipoteca espresa. [Vé art. 3117].

1261. Art. 44. — La mujer puede probar el crédito que tenga contra los bienes del marido ó de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, [53] con escepcion de la confesion del marido, cuando concurran otros acreedores. [Vé arts. 1229 y 1230].

CAPÍTULO IV

PRINCIPIO DE LA SOCIEDAD, CAPITAL DE LOS CÓNYUGES Y HABER DE LA SOCIEDAD

1262. Art. 45. — La sociedad principia desde la celebracion del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes ó despues. *Cód. Francés* 1399°; *Goyena* 1310°; *Chile* 1721° *inc.* 3°. [54]

1263. Art. 46. — La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan á lo que está espresamente determinado en este Título. *Goyena* 1313°; *en contra Freitas* 3086°.

1264. Art. 47. — El capital de la sociedad conyugal se compone de los bienes propios que constituye el dote de la mujer, y de los bienes que el marido introduce al matrimonio, ó que en adelante adquiera por donacion, herencia, ó legado. *De Goyena* 1314° § 1°. [55]

1265. Art. 48. — Los bienes donados, ó dejados en testamento á marido y mujer conjuntamente con designacion de partes determinadas, pertenecen á la mujer como dote, y al marido como capital propio en la proporcion determinada por el donador ó testador; y á falta de designacion, por mitad á cada uno de ellos. *Goyena* 1316°; *Chile* 1726° *inc.* 2°. [Vé art. 3723]. [56]

Art. 45. — Cód. Francés, art. 1399. — Napolitano, art. 1395. — Holandés, art. 202. [De Goyena, allí].

Art. 48. — L. 1ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. [De Goyena, allí]. — En algunos Códigos [Proyectos de Acevedo y Freitas], y en muchos escritores se dispone que los bienes dona-

---

[52] En una palabra puede revindicar (vé arts. 2761 á 2766, 2775 y 2787), como dueña que es, todas las cosas que constituyen su dote.

[53] Si la deuda proviene de contrato, se aplicarán los artículos 1191 á 1195, segun los casos.

[54] Tal estipulacion seria nula (art. 18).

[55] Vé la nota 48, y puede verse el Código Francés 1401° n° 1° y 1404° á 1406°. Respecto á lo adquirido por compra ó permuta, agrega el artículo 1267.

[56] Sin perjuicio de la aplicacion del artículo 1796, en su caso, y de los artículos 3812 á 3819.

1266. Art. 49. — Si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote y del capital del marido, ó solo de la dote cuando fuese donacion del esposo, el importe de las cargas que fuesen soportadas por la sociedad. *De Goyena* 1317°. [Vé art. 1275. [57]

1267. Art. 50. — Los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, ó el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, [58] y los aumentos materiales que acrecen á *cualquier especie* [59] de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvion, edificacion, plantacion, ú otra cualquier causa, [60] pertenecen al cónyuge permutante, ó de quien era el dinero, ó á quien correspondia la especie principal. *Chile* 1727°.

1268. Art. 51. — La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece á ella aunque se haya adquirido á título oneroso, cuando la causa ó título de adquisicion le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges. *Chile* 1736° *inc.* 1°. [61]

dos ó dejados en testamento al marido y mujer conjuntamente pertenecen á la sociedad. Bello, en una nota al Título 22 del Código de Chile, dice así: «No es lo mismo pertenecer una cosa á la sociedad, que pertenecer á los dos cónyuges en comun. Un ejemplo lo manifestará: Se lega una hacienda á ambos cónyuges. Mientras está *pro indiviso* la mujer tiene tan real y verdadero dominio en ella como el marido; el marido no puede enajenar la hacienda sin las formalidades necesarias para la enajenacion de los bienes raices de la mujer, al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el solo dominio de ella, que es como cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiese pertenecido *pro indiviso*, la division le habria dado el dominio esclusivo de la mitad de una cosa social, lo cual mientras dura la sociedad es contra derecho. La hacienda, como propiedad de ambos cónyuges, puede durante la sociedad dividirse entre ellos, si fuese haber social no podria dividirse.»

Véase Proyecto de Goyena, art. 1316.

Art. 50. — En cuanto á la permuta, L. 11, Tít. 4°, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1925°].

---

[57] Véase á Goyena, allí, que nos parece mas claro; y nuestros artículos 1828 á 1830.

[58] Por las razones aducidas al final de la nota 38, creemos que pertenecerán tambien al capital del cónyuge los bienes *muebles,* adquiridos por compra ú otro título oneroso, con dinero ó propiedades de ese cónyuge, con tal que estos estremos se prueben en debida forma. De otro modo podria el marido de esta manera indirecta donar el todo ó parte de su capital á su mujer, contraviniendo así á la prohibicion de los artículos 1219 y 1809 n° 1°.

[59] Estas palabras, y las *de otra cualquier causa* que se leen mas abajo, persuaden que la disposicion es tambien estensiva á la *adjuncion* (arts. 2596 á 2602) ó accesion de cosas muebles.

[60] Como la avulsion, la adjuncion y la siembra. Vé artículos 2573 á 2602. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Esto debe entenderse, sin perjuicio de la disposicion del artículo 1273.

[61] Son aplicaciones de este principio los tres artículos siguientes. Vé artículo 1271. *Cosa* es aquí sinónimo de *bienes*, como en el artículo 1171. Compara con el artículo 2314.

Si la indemnizacion ó pago se hizo parcialmente con dinero ó bienes de la sociedad ó del otro cónyuge, esa parte se descontará de los bienes del cónyuge adquirente (arg. del art. 1266), imputándose al haber de la sociedad ó del sócio que hizo las erogaciones.

La renta vitalicia, constituida antes del matrimonio, sobre capital propio de uno de los cónyuges, tiene mas semejanza á la permuta que al mútuo (vé arts. 2072 y 2085), acrecerá al capital propio de cada cónyuge, y como no es un fruto civil propiamente dicho, crec-

1269. Art. 52. — Tampoco le pertenecen los bienes que antes de la sociedad poseia alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal. *Chile* 1736 *n°* 2°. [62]

1270. Art. 53. — Los bienes que vuelven á uno de los cónyuges por nulidad ó resolucion de un contrato, [63] ó por haberse revocado una donacion. *Chile* 1736° *n°* 3°.

1271. Art. 54. — Ni el derecho de usufructo, que se consolida con la propiedad durante el matrimonio, ni los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio, [64] y pagados despues. *Chile* 1736° *n°s* 5° y 6°.

1272. Art. 55. — Pertenecen á la sociedad como gananciales, los bienes existentes á la disolucion de ella, [65] si no se prueba que pertenecian á alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, ó que los adquirió despues por herencia, legado ó donacion. *Acevedo* 1924°; *Goyena* 1328°; *Luisiana* 2374°. [Vé art. 1739 chileno]. [66]

1273. Art. 56. — Son *tambien* gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, ó ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donacion ó legado, como tambien los siguientes: *Acevedo* 1923° *n°* 1°; *Freitas* 1346°, § 1°.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra ú otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges. *Freitas, allí*, § 2°. [67]

Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc. *Freitas, allí*, § 3°; *Aubry*, § 522 *nota* 9. [68]

Art. 54. — Sobre los *cinco* [léase, cuatro] artículos anteriores. — Código de Chile, art. 1736.

Art. 55. — L. 4ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. y L. 203 del Estilo. [De Goyena, allí].

---

mos que no será considerado como ganancial: vé artículo 1273 § 4° y nota del Dr. Velez al 2331. Otra cosa seria en las rentas en que no hay enagenacion de capital.

El Código Chileno dice en su n° 6°: «Lo que se paga á un cónyuge por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá á ese cónyuge», doctrina que no podemos aprobar por su demasiada generalidad.

[62] Como la confirmacion, la transaccion y la misma prescripcion.

[63] O de otro acto jurídico: vé nota al artículo 945.

[64] Los devengados desde la celebracion del matrimonio son gananciales, como frutos civiles (vé art. 1273, § 4°).

[65] Aunque sean cosas no fungibles ó inmuebles; pero la propiedad de estos puede probarse por cualquier medio permitido, mientras que solo por escrito podrá justificarse el dominio de los demás bienes: artículo 1225, y vé el 1402 francés.

[66] O por compra, permuta (art. 1267) y demás casos de los artículos 1268 á 1271.

[67] *A costa del caudal comun*, dice Goyena 1319° n° 1°; y es indudable que los dos párrafos de nuestro artículo deben entenderse sin perjuicio de los artículos 1247, 1248 y 1267 á 1272.

[68] Y tambien por aluvion producido en inmuebles de la comunidad: argumento del artículo 1267 y nota 60. El tesoro hallado es ganancial: artículo 2562 con la nota 81; en contra la generalidad de los escritores franceses. Vé á Goyena en su artículo 1319 n° 3°.

Los frutos naturales ó civiles de los bienes comunes, ó de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, [69] ó pendientes al tiempo de concluirse la sociedad. *Freitas, allí,* § 6°. [70]

Los frutos civiles de la profesion, trabajo ó industria de ambos cónyuges, ó de cada uno de ellos. *Freitas, allí,* § 7°. [71]

Lo que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio. *De Goyena* 1322°, § 2° *inc.* 2°. [72]

Las mejoras que durante el matrimonio hayan dado mas valor á los bienes propios de cada uno de los cónyuges. *Freitas, allí,* § 5°. [73]

Lo que se hubiese gastado en la redencion de servidumbres, ó en cualquiera otro objeto de que solo uno de los cónyuges obtenga ventajas. [74]

1274. Art. 57. — Se reputan adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sinó despues de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, ó por haberse embarazado injustamente su adquisicion ó goce. *Chile* 1737°, § 1°. [75]

1275. Art. 58. — Las donaciones remuneratorias hechas á uno de los cónyuges, ó á ambos por servicios que no daban accion contra el que las hace, no corresponden al haber social, pero las que se hicieren por servicios que hubiesen dado accion contra el donante, corresponden á la sociedad, [76] salvo que dichos servicios se hubieran prestado antes de la sociedad conyugal, pues en tal caso la

Art. 56. — LL. 1ª, 2ª y 5ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. — Sobre la última parte, véanse LL. 3ª y 9ª, Tít. 4°, Lib. 3°, Fuero Real. [De Goyena 1319° y 1325°].

Art. 57. — Código de Chile, art. 1737.

---

[69] Pero los frutos civiles de los bienes propios de uno de los cónyuges, que se devengaren antes del matrimonio, pertenecerán al cónyuge acreedor y no serán gananciales: artículo 1271 inciso 2° y su argumento. El Código Francés 1401° n° 2°, y Goyena 1319° n° 3° no distinguen. Respecto á la renta vitalicia, vé nuestra nota 61.

[70] El Código Francés 1571° y Goyena 1323° establecen el prorateo de los frutos pendientes; y es cierto que nuestro inciso no armoniza con el artículo 2866. El artículo 2426 define los frutos naturales y los civiles.

[71] En el mismo sentido Goyena 1319° n° 2° y 1320°.

[72] Debe esto limitarse al usufructo del padre (vé art. 287), porque la madre binuba pierde la patria potestad (art. 303), y por tanto, el usufructo (art. 304).
El artículo 1276 n° 1° suministra la razon de nuestro inciso.

[73] El edificio hecho en terreno de uno de los cónyuges será tambien ganancial, pues el artículo 1267 solo es aplicable á lo edificado ó plantado por un tercero (vé nota 60); pero no siendo lícito el derecho de superficie (art. 2505 y nota), el cónyuge que quede con toda la propiedad deberá abonar la indemnizacion correspondiente.

[74] No comprendemos cómo puede llamarse ganancias á los gastos, ni el alcance y conveniencia de esta disposicion. Vé art. 1276 n° 2°.

[75] Este artículo es la contraposicion del 1268.

[76] Debió seguir este artículo al 1266, y en los artículos 1824 á 1827 tiene su esplicacion y complemento.

donacion remuneratoria no corresponde á la sociedad, sinó al cónyuge que prestó el servicio. *Chile* 1738°. [77]

CAPÍTULO V

CARGAS DE LA SOCIEDAD

1276. Art. 59. — Son á cargo de la sociedad conyugal: —

1° La manutencion de la familia y de los hijos comunes; y tambien de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; [78] los alimentos que uno de los cónyuges está obligado á dar á sus ascendientes; *Goyena* 1329° *n°* 5°, *y Chile* 1740° *n°* 5°, § 2°. [79]

2° Los reparos y conservacion en buen estado de los bienes particulares del marido ó de la mujer; *De Goyena, allí, n°* 3°. [80]

3° Todas las deudas y obligaciones contraidas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse; *De Goyena, allí, n°* 1°. [81]

4° Lo que se diere ó se gastare en la colocacion de los hijos del matrimonio; *De Goyena* 1330°.

5° Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc. *De Goyena* 1332°. [82]

CAPÍTULO VI

ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD

1277. Art. 60. — El marido [83] es el administrador legítimo de todos los bienes

Art. 59. — Véanse Ley 5ª y siguientes, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. — Ley 207 del Estilo. — Cód. Francés, art. 1409. — Respecto al n° 5 en contra. — L. 59, Tít. 2°, Lib. 17, Dig. [De Goyena, allí, y Acevedo 1928°].

---

[77] El caso cae entonces bajo la disposicion del artículo 1268.

[78] Vé la nota 10 al artículo 287.

[79] Igual ó mayor razon existe para comprender á los nietos y demás descendientes legítimos, como establece el Código de Chile; pero no á los hijos naturales, porque sus padres no tienen el usufructo legal (art. 336).

La obligacion alimenticia entre hermanos, y entre suegros y yernos, pesará únicamente sobre el cónyuge deudor de ella.

[80] Armoniza con el artículo 1273, § 7°, pero condice poco con el párrafo último del mismo artículo.

[81] Sobre esto último, vé los artículos 188 á 196, y especialmente el 197, que contiene una modificacion importante á este inciso.

Resulta de este número que las deudas anteriores al matrimonio no son á cargo de la comunidad, y que si se abonan con bienes gananciales (arts. 1281 y 1281), esta recompensa se debe á la sociedad.

[82] Condice con el artículo 1273, § 3°. Aunque la enumeracion que de las cargas sociales hace nuestro artículo no es del todo completa, parece que es taxativa y que con mucha dificultad deberán comprenderse otros casos fuera de los espresados en los cinco números. Puede verse á Zachariæ, § 611, y á Aubry y Rau, § 508.

[83] Siendo mayor de edad (vé arts. 134 y 135), y sin perjuicio de la disposicion del artículo 177.

del matrimonio, [84] sean dotales ó adquiridos despues de formada la sociedad, con las limitaciones espresadas en este Título, [85] y con escepcion de los casos en que la administracion se da á la mujer de todo el capital social, [86] ó de los bienes de ella. [Vé arts. 1227 y 1228].

1278. Art. 61. — Puede enajenar y obligar á título oneroso los bienes adquiridos durante el matrimonio, [87] salvo los derechos de la mujer, cuando la enajenacion fuere en fraude de ella. [88] Puede tambien hacer donaciones de los bienes suyos y de los ganados durante la sociedad, con arreglo á lo dispuesto en el título *De las Donaciones*. [Vé art. 3755]. [89]

1279. Art. 62. — El marido no puede dar en arrendamiento los prédios rústicos de la mujer por mas de ocho años, ni los urbanos por mas de cinco. [90] Ella y sus herederos, [91] disuelta la sociedad, están obligados á cumplir el contrato por el tiempo que no esceda los límites señalados. *Chile* 1757°, § 1°. [92]

1280. Art. 63. — El arrendamiento podrá durar por mas tiempo, si se hubiese hecho por el marido y la mujer, siendo esta mayor de edad, ó con licencia del juez cuando ella fuere de menor edad. *Chile, allí,* § 2°. [93]

1281. Art. 64. — El marido responde de las obligaciones contraidas por él, ántes ó despues de celebrado el matrimonio, sin perjuicio de los abonos que deba hacer á la sociedad ó la sociedad al marido. *De Chile* 1750°, § 1°. [94]

Art. 60. — Véase L. 5ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. [L. 7ª, Tít. 11, Part. 4ª]. — Código Francés, art. 1421 [inc. 1° y 1549]. — Napolitano, art. 1396. — De Luisiana, art. 2373. [De Goyena 1333°].

Art. 61. — LL. 205 del Estilo, y 5ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. [De Acevedo 1932°].

---

[84] Artículo 186.

[85] Vé artículos 1250 á 1258.

[86] Vé artículos 1285 á 1291 y 1310.

[87] Y por lo tanto, transar sobre ellos: artículo 840.

[88] De Goyena 1331° y 1337°. El fraude se presumirá mas fácilmente en las donaciones inmoderadas. Vé artículos 962 á 973 y 1299.

[89] Es decir, con las limitaciones del artículo 1809 n°s 1° y 2° y con sujecion á los artículos 1832 á 1834. La salvedad hecha en el inciso anterior tiene lugar aquí con mayor razon: vé nuestra nota precedente.

[90] Esta diferencia no se mantiene en los artículos 443 n° 11 y 1883 n° 10, ni existe uniformidad en los plazos. El artículo 1507 viene tambien á reducir mucho la importancia de esta prescripcion.

Como dispone el artículo 1280, ambos esposos pueden estender el arrendamiento hasta el *maximum* legal de diez años (art. 1507).

[91] Vé artículo 1498.

[92] Hasta dichos límites es, pues, obligatorio el arrendamiento para ambas partes y sus herederos. Puede verse á Goyena en su artículo 1289.

[93] Si los esposos de consuno pueden enagenar, con mas razon podrán arrendar por cualquier término. Vé artículos 1253, 1507 y 1298, así como el § 2° de la nota 44.

[94] Este artículo pudo y debió ser mas claro, y tal como se halla redactado parece demasiado obvio.

Los abonos ó recompensas solo tendrán lugar por obligaciones posteriores al matrimo-

1282. Art. 65. — El responde de las obligaciones contraidas por la mujer con poder general ó especial, ó con su autorizacion espresa ó tácita, y los acreedores podrán exigirle el pago con los bienes sociales y con los suyos propios. *De Chile* 1751°, § 1°. [95]

1283. Art. 66. — La mujer que ejecuta actos de administracion, autorizada por el juez, por impedimento accidental del marido, obliga á este como si el acto hubiese sido hecho por él. *De Zachariæ, allí.* [96]

1284. Art. 67. — Los acreedores de la mujer por obligaciones de ella, anteriores al matrimonio, pueden exigir el pago con los bienes adquiridos durante el matrimonio, si la mujer no tuviese bienes propios. [97]

1285. Art. 68. — La administracion de los bienes de la sociedad conyugal se trasfiere á la mujer, cuando sea nombrada [98] curadora del marido. Ella tiene en tal caso las mismas facultades y responsabilidades del marido. *De Goyena* 1363°, *n°* 1° *y* 1364°.

1286. Art. 69. — No podrá, sin autorizacion especial del juez, enajenar los bienes raices del marido, de ella y los adquiridos durante el matrimonio, [99] ni aceptar sin beneficio de inventario una herencia deferida á su marido. Todo acto en contravencion á estas restricciones la hará responsable con sus bienes de la misma manera que el marido lo seria con los suyos, cuando abusase de sus facultades administrativas. *De Chile* 1759°, §§ 2° *y* 3°, *y Goyena* 1366°.

Art. 66. — Zachariæ, § 642. — Cód. Francés, art. 1427.

---

nio, que son llenadas con fondos ó bienes de la sociedad ó del marido, ó que no son á cargo de aquella (art. 1276) sinó del marido esclusivamente.

[95] Y aun con los propios de la mujer, por la *versio in rem*, hasta concurrencia de lo que ella utilizó: argumento artículo 197.

[96] Cuando la mujer hubiese obrado sin consentimiento alguno, ó con autorizacion judicial contra la voluntad del marido, se aplicará el artículo 197.

El presente artículo está contradicho por el 1426 francés, de que el 1427 es una escepcion. Vé á Duranton, XIV, 302; Marcadé, sobre dichos artículos; Demolombe, IV, 319; Massé y Vergé, notas 42 y 47 al § 642 de Zachariæ; Aubry y Rau, § 509 nota 38; Goyena 1338°; Freitas 1311°. Pero Troplong, *Contrat de mariage*, n° 961, y el Código Chileno 146°, siguen el parecer de Zachariæ, que consideramos el menos jurídico. Así, el mismo artículo chileno exige que el caso sea urgente y el consentimiento del marido presumible. Pueden verse las Leyes 57 y 59 de Toro.

Hay peligro y ofensa á la ámplia facultad de administracion del marido (arts. 1277 y 1278), en obligarle por los actos no urgentes celebrados por su mujer con autorizacion judicial, por hallarse el marido *accidentalmente impedido* para obrar por sí mismo ó para autorizar á su mujer.

La frase *actos de administracion* de nuestro artículo parece que comprende tambien *los de enajenacion*: vé artículo 1882 inciso 1° con nuestra nota.

[97] O si estos no bastasen á cubrir la deuda. Vé la nota 81 § 2°; y compara este artículo con el 1756 (vé el art. 1263 y la nota 9 al 2679).

[98] Vé artículo 476.

[99] Y por tanto, para transar sobre ellos necesitará licencia judicial: artículo 840. Vé la nota siguiente.

1287. Art. 70. — Todos los actos y contratos de la mujer administradora, que no le estuvieren vedados por el artículo precedente, se consideran como actos del marido, y obligan á la sociedad y al marido. *Chile* 1760°. [100]

1288. Art. 71. — La mujer administradora podrá arrendar los bienes raices propios del marido, en los mismos términos que este puede arrendar los bienes de ella. *Chile* 1761°, § 1°. [Vé art. 1279]. [101]

1289. Art. 72. — Cesando las causas que dieron la administracion á la mujer, recobrará el marido sus facultades administrativas. *Chile* 1763°. [102]

1290. Art. 73. — Si por incapacidad ó escusa de la mujer, [103] se encargare á otra persona la curaduría del marido ó de los bienes, el curador tendrá la administracion de todos los bienes de la sociedad conyugal, con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido. *De Chile* 1758°, § 2°. [104]

1291. Art. 74. — Si la mujer no quisiere someter á esa administracion los bienes de la sociedad, podrá pedir la separacion de ellos. *De Chile* 463°, § 2°.

---

[100] Podrá, pues, imponer toda clase de derechos reales (vé art. 1250), sin que le alcancen las limitaciones impuestas al tutor y al curador (vé arts. 434, 435, 437, 443 y 450).

Tan ámplias é ilimitadas facultades no podrian justificarse ni como convenientes y sin peligro, ni como jurídicas, pues son mas ámplias que las del marido mismo, y se trata de intereses de un incapaz.

Se vé, por esto, que la curatela de los esposos es especial y anómala, y que la administracion de ellos se gobierna, no por las leyes generales de los tutores y curadores, sinó por una legislacion particular; y como los frutos son para sostener las cargas del matrimonio y deben repartirse por mitad entre los esposos (art. 1273, §§ 4° y 5° combinado con el art. 1316), somos tambien de parecer que estos curadores no tienen derecho á la décima (art. 451).

Creemos asímismo que las únicas causas de incapacidad y de remocion serán la incapacidad ó inhabilidad absoluta para administrar, una administracion fraudulenta ó el mal tratamiento de la persona del cónyuge incapaz (arts. 398 n°s 2, 3, 16, y 457 n° 3°: vé art. 1290, al principio), y que las demás causales no son aplicables á la curatela de los cónyuges. Vé artículos 398 y 457 citados.

Parece que la ley, haciendo gran confianza de la afeccion y comunidad de intereses de los esposos, al declararles curadores recíprocos (art. 476), mas bien que modificar la condicion y facultades de los socios, ha tenido por principal objeto escluir á los estraños de la curatela. La sociedad conyugal es precisamente para mútuo auxilio y proteccion. Vé nuestra nota al artículo 476 citado.

[101] Si quiere arrendarlos por mas tiempo, necesitará licencia judicial. Este artículo debió preceder al anterior.

[102] Con sujecion al artículo 484: *prévio decreto judicial*, dice el Código Chileno. Vé la nota 100, §§ 4 y 5.

[103] Vé nuestras notas á los artículos 476 y 1287.

[104] Y con los deberes y las limitaciones impuestas á los tutores y curadores: compara con lo dicho en la nota 100. En el silencio del artículo sobre las *facultades* que correspondan al curador de los esposos, deben ellas regirse por las leyes comunes sobre la materia.

CAPÍTULO VII

DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

1292. Art. 75. — La sociedad conyugal se disuelve por la separacion judicial [105] de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges. *De Freitas* 1342°; *Goyena* 1339°; *Chile* 1764°. [106]

1293. Art. 76. — Durante la union de marido y mujer, [107] solo esta y no el marido, tendrá el derecho para pedir la separacion de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entónces. *De Cód. Francés* 1443°.

1294. Art. 77. — La mujer menor de edad no podrá pedir la separacion de bienes sin tener un curador especial y la asistencia del Defensor de Menores. *De Freitas* 1407°; *Chile* 154°. [Vé arts. 59 á 61 y 206].

1295. Art. 78. — El derecho para pedir la separacion de los bienes solo compete á la mujer, cuando la *mala* administracion [108] del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, [109] ó cuando hubiese hecho concurso de acreedores. *De Freitas* 1403° *n*os 1° *y* 3°. [110]

1296. Art. 79. — Entablada la accion de separacion de bienes y aún ántes de

Art. 76. — Zachariæ, § 649.

Art. 78. — LL. 1ª, Tít. 9°, Part. 3ª, y 29, Tít. 11, Part. 4ª. — L. 24, Tít. 3°, Lib. 21 [léase 24], Dig. — Novela 97, Cap. 6°. — Cód Francés, art. 1443 [y 1563]. — De Luisiana, art. 2399. — Holandés, art. 241 [De Goyena 1294°].

---

[105] La separacion voluntaria es nula. Código Francés 1443° inciso 2°; Freitas 1380°; Goyena 1354°.

Los únicos casos de separacion de bienes son los de los artículos 1291, 1295 y 1308, y la facultad solo á la mujer corresponde (art. 1293), salvo en el caso del artículo 1307, en que pertenece al cónyuge inocente.

[106] Si no se efectúa de hecho la separacion, la sociedad continuará (art. 3528). En contra, Acevedo 1953°, § 1°.

[107] Porque el marido que no dió causa al divorcio puede pedirla: artículo 1307.

[108] Aunque la conducta del marido no sea *mala*, la administracion lo es, cuando el desórden y la ineptitud con que los negocios son conducidos (argumento artículo 301), traiga un peligro real para la conservacion de los bienes propios de la mujer. La separacion de los bienes es un acto conservatorio, acordado no en mira de punir la mala conducta del marido, sinó de proteger la dote.

[109] El abuso ó la dilapidacion de los gananciales no autorizaria la separacion (vé artículos 1278 y 1276 n° 5°), y la mujer solo tendria la accion pauliana y demas recursos del derecho comun. En contra, Aubry y Rau, § 516 notas 10 y 14, y demás escritores franceses.

Pero la separacion podría solicitarse, aunque los bienes en peligro fuesen puramente muebles (vé arts. 1258 y 1296), con tal que sean de alguna importancia. Esto deben los Jueces apreciarlo, tomando en cuenta todas las circunstancias de cada caso.

[110] En el silencio de nuestro Código, y en homenaje al reposo del hogar, creemos que los acreedores de la mujer no pueden pedir la separacion. Nuestra nota 116 al artículo 1197. Goyena, en sus artículos 1294 y 1360. Puede verse el artículo 1446 francés y sus espositores.

ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, [111] y la no enajenacion de los bienes de este ó de la sociedad. [112] Puede tambien pedir que se le dé lo necesario para los gastos que exige el juicio. [Arts. 185 inc. 2°, 203 y 205].

1297. Art. 80. — El marido puede oponerse á la separacion de bienes, dando fianzas ó hipotecas que aseguren los bienes de la mujer. *Freitas* 1409° *inc.* 1°. [113]

1298. Art. 81. — Repútase simulado y fraudulento, cualquier arrendamiento que hubiese hecho el marido despues de la demanda puesta por la mujer sobre la separacion de bienes, si no fuese con consentimiento de ella, ó con autorizacion judicial. [114] Repútase tambien simulado y fraudulento todo recibo anticipado de rentas ó alquileres. *De Freitas* 1412° *n°* 10. [115]

1299. Art. 82. — La mujer podrá argüir de fraude cualquier acto ó contrato del marido anterior [116] á la demanda de separacion de bienes, en conformidad con lo que está dispuesto respecto á los hechos en fraude de los acreedores. *De Freitas, allí, n°* 9 *inc.* 2°. [Vé arts. 963 á 973].

1300. Art. 83. — Decretada la separacion de bienes, queda estinguida la so-

---

[111] Porque estos, y no los raices, podría enajenar: artículos 1250 y 1258. Este inciso es tomado de Freitas 1408° inciso 1°.

[112] Esto no armoniza, como debiera, con el artículo 211 inciso 1°. El Juez no deberá acceder á tales medidas, cuando sean claramente inconducentes para asegurar los derechos de la mujer; v.g. si no tiene sinó bienes muebles, y los gananciales están garantidos. El artículo 156 chileno libra á la prudencia judicial esas medidas de seguridad. Vé la nota siguiente.

[113] El Juez podrá tambien aceptar prendas (art. 2002). Dadas esas seguridades, deben dejarse sin efecto, si estuviesen ya dictadas, las medidas del inciso 1° del artículo anterior: vé artículo 211 inciso 1°.

Este último artículo dice *los bienes* (del matrimonio) y aquí se habla de *bienes de la mujer*. El Código Chileno 155° inciso 1° dice *intereses de la mujer*. Las garantías deben ser por el importe de la dote y la mitad de gananciales (vé nota 109), que son los bienes que por medio de la separacion se trata de salvar (art. 1293).

[114] Consideramos esto inconveniente y poco jurídico: inconveniente, porque entorpecerá un arrendamiento cualquiera, por corto que fuese (Freitas se refiere al que escede el plazo de tres años); poco jurídico, porque la demanda de separacion no suspende la facultad administrativa, y no importa otra cosa, privarle hasta de la facultad de hacer un simple arrendamiento.

Debemos, entónces, decir, refiriendo este artículo al 1279, que no se trata sinó del arrendamiento de bienes dotales ó acaso tambien de los gananciales, pues no es justo que el marido no pueda arrendar siquiera sus bienes propios. Vé el artículo 1296 inciso 1°. Suponemos que el marido conocía la demanda de separacion.

La presuncion de nuestro artículo debe, pues, admitir prueba en contrario. Vé la nota siguiente.

[115] Freitas dice que la locacion se reputará simulada, por corto que sea el plazo, si hay anticipo de alquileres. Como la demanda de separacion no es pública, el arrendatario podrá repetir lo que realmente entregó, si procedió de buena fé (vé arts. 969 y 970) y ejercitar la *versio in rem* por la cantidad utilizada. Vé nuestra nota precedente.

[116] Y los posteriores con mas razon. Vé artículo 1278 inciso 1° y nuestra nota 89.

ciedad conyugal. [117] La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad. *Goyena* 1356°, § 1°, *y Chile* 158°, § 1°.

1301. Art. 84. — Durante la separacion el marido y la mujer deben contribuir á su propio mantenimiento y á los alimentos y educacion de los hijos, en proporcion á sus respectivos bienes. *Goyena* 1356°, § 2°; *Chile* 160°, § 1°; *Cód. Francés* 1448°. [118]

1302. Art. 85. — Despues de la separacion de bienes la mujer no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido, ni este en lo que ella ganare. *De Chile* 158°, § 2°. [Vé art. 1300 inc. 1°]. [119]

1303. Art. 86. — La mujer separada de bienes no necesita de la autorizacion del marido para los actos y contratos relativos á la administracion, [120] ni para enajenar sus bienes muebles; [121] pero le es necesaria autorizacion judicial para enajenar los bienes inmuebles ó constituir sobre ellos derechos reales. *Chile* 158°, §§ 1° *y* 2°, *y Freitas* 1412° *n°* 3° *inc.* 2°. [121]

Art. 84. — Zachariæ, § 649 y notas 39 y 40.

---

[117] Artículo 1292. El 1302 es un corolario del presente.

[118] De la disposicion de este artículo y de la consideracion que la separacion de bienes no provoca separacion de los hijos como el divorcio (art. 213), resulta que la frase *separacion judicial de bienes* del artículo 271 carece de sentido.

Sobre nuestro artículo puede verse á Aubry y Rau, § 516 notas 60 á 67, 4ª edicion.

[119] Pero sus derechos sucesorios permanecen intactos: vé artículos 3576 y 3577.

[120] Los actos de administracion se oponen á los de enajenacion: vé artículos 1882, 2672 inciso 2°, 3390, etc. Freitas quita motivos de duda, cuando dice: « La mujer se hace capaz para los actos de la vida civil sin dependencia de la autorizacion del marido ó del Juez; escepto para... ». Vé la nota siguiente y el artículo 210.

[121] Podrá, pues, transar sobre bienes muebles, pero no sobre bienes raices: artículo 840. Parece que otro tanto debemos decir respecto á la facultad de estar en juicio, pues nuestro artículo á diferencia del 210, no se lo prohibe. Código Francés 215°; Chile, allí, § 3°, y Freitas. Vé nuestra nota á dicho artículo.

Podrá tambien dar en usufructo los bienes muebles, pero no los inmuebles (vé artículos 2833 y 2834), adquirir servidumbres á favor de estos últimos (arg. arts. 3011, 3015 y 3017), sin perjuicio del artículo 3016; pero no gravarlos con ellas (inc. último del presente art. y el 2981 combinado con el 2833), ni con hipotecas (art. 3121), ni darlos en anticresis (arts. 3213 y 3246). Vé Código Francés 1449°.

Para tales actos necesita autorizacion judicial, en defecto y como supletoria, se entiende, de la del marido.

Creemos tambien que la mujer por si no podrá dividir los inmuebles que tenga con otro en condominio, ya porque exigiría muchas veces su enajenacion, ya porque guarda semejanza con esta y está equiparada en un caso análogo por el artículo 435.

En cuanto á la constitucion de una renta vitalicia: vé el artículo 2075.

La incapacidad jurídica de la mujer causa una nulidad relativa (vé art. 1044 y nota), y el acto prohibido puede ser confirmado por el marido (no por el Juez: vé art. 196), ó por la mujer, muerto el marido ó divorciada de él (vé arts. 210 y 1061), es decir, desde que recobre su plena capacidad.

1304. Art. 87. — Los acreedores de la mujer separada de bienes, por actos ó contratos que legítimamente ha podido celebrar, tendrán accion contra los bienes de ella. *Chile* 161°, § 1°. [122]

1305. Art. 88. — La separacion judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, ó si el juez lo decretase á pedimento de ámbos. Cesando la separacion judicial de bienes, estos se restituyen al estado anterior á la separacion, como si esta no hubiese existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer durante el intérvalo de la separacion, [123] como si hubiesen sido autorizados por el marido. *Freitas* 1414° *inc.* 1° *y* 1415°. [124]

1306. Art. 89. — Para salvar su responsabilidad futura, podrá el marido exigir que se haga inventario judicial de los bienes de la mujer [125] que entrasen en su nueva administracion, ó podrá determinarse la existencia de los bienes por escritura pública firmada por él y la mujer. *Freitas* 1416°. [Vé á Goyena 1361°, y Chile 165°, § 2°].

1307. Art. 90. — En el caso de divorcio, el cónyuge inocente [126] tendrá derecho para pedir la separacion judicial de bienes, y en cuanto á estos, los efectos del divorcio respecto á los cónyuges y á terceros serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores y por las del Capítulo 10, Título 1°, Seccion 2ª, Libro 1°. *De Freitas* 1401°. [Arts. 208 á 218]. [127]

Si el marido es menor, la autorizacion será acordada por el Juez, pero con audiencia de aquel y de la Defensoría.

Si, al contrario, la mujer separada de bienes es menor de edad, quedará sujeta á las prescripciones de los artículos 134 á 136.

[122] Aubry y Rau, § 516 nota 78, 4ª edicion, etc.

[123] Porque los contratos no pueden perjudicar á terceros (art. 1196 inc. últ., etc.), y así el efecto retroactivo de un acto jurídico nunca les daña: artículos 195, 1066 inciso 2°, y 1938 inciso 2°.

[124] Segun estas palabras, los acreedores se hallarán garantidos con todos los bienes del matrimonio (vé el art. 1304). En el sentido de nuestro artículo, Código Francés 1451°; Goyena 1361°, §§1°, y Código Chileno 161° y 165°, § 1°, que sigue á Pothier, *Communauté,* páginas 524 y 525.

Las esposas no quedan cohibidas de solicitar segunda ó mas veces la separacion de sus bienes, y aun pueden hacer valer en apoyo de su nueva demanda los hechos que motivaron la admision de la primera.

[125] Porque los gananciales que devuelve se confunden en el fondo comun con los del marido, y no aumentan la dote: artículo 1305 inciso 1°, 1ª parte.

[126] Esto viene á fijar y modificar el sentido del inciso 2° del artículo 111.

[127] No pudiendo conciliarse el artículo 1303 con el 210, es forzoso optar por este último; y así los únicos *artículos anteriores* aplicables *á los efectos del divorcio* (no dice, los efectos *de la demanda* de divorcio) serán el 1300 (sin perjuicio del 212), 1302, 1304 y 1305; pues el 1300 no es referente á los bienes, los artículos 1296 y 1297 tienen su correlativo en el 205; y el 1298 no es un efecto de la separacion sinó de la demanda, ni debe estenderse su disposicion por ser de derecho escepcional.

En cuanto al artículo 1299, su prescripcion es aplicable en todo tiempo y á todo acreedor, y la mujer gozaria de la accion pauliana, aun cuando ese artículo no hubiese figurado en el Código.

En fin, el artículo 1306 se aplicará tambien.

1308. Art. 91. — Si en conformidad á lo dispuesto en los artículos [116 y 117] 7° y 8°, Tít. 8°, Sec. 1ª, Lib. 1°, el juez hubiere fijado el dia presuntivo del fallecimiento del marido ausente, la mujer [128] tiene opcion ó para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, [129] ó para exigir la division judicial de los bienes. *Freitas* 1426° *n°* 1°; *Cód. Francés* 124° *inc.* 1°.

1309. Art. 92. — Este derecho puede ejercerlo, aunque ella misma hubiese pedido la declaracion judicial del dia presuntivo del fallecimiento de su marido y aunque ya hubiese optado por la continuacion de la sociedad conyugal; pero si hubiese optado por la disolucion de la sociedad, no podrá retractar su opcion despues de aceptada por las partes interesadas. *Freitas, allí, n°* 2°. [Vé Cód. Francés 124° inc. 3°].

1310. Art. 93. — Si la mujer optare por la continuacion de la sociedad, administrará todos los bienes del matrimonio; [130] pero no podrá optar por la continuacion de la sociedad, si hubiese luego, por el tiempo trascurrido, de decretarse la sucesion definitiva del marido. *Freitas, allí, n°s* 3° *y* 4°. [Vé art. 122].

1311. Art. 94. — La continuacion de la sociedad conyugal no durará sinó hasta el dia en que se decretare la sucesion definitiva. *Freitas, allí, n°* 5° *inc.* 1°. [é art. 122]. [131]

1312. Art. 95. — Si la mujer optare por la disolucion de la sociedad conyugal, serán separados sus bienes propios y divididos los comunes, observándose lo dispuesto en el Libro 4° de este Código, sobre la sucesion provisoria. *Freitas, allí, n°* 6°. [132]

1313. Art. 96. — Si el matrimonio se anulase, se observará en cuanto á la disolucion de la sociedad, lo que está dispuesto en los artículos 72 y siguientes, Lib. 1°, Sec. 2ª, Tít. 1°, Cap. 12. [Arts. 230 á 235].

1314. Art. 97. — Disuelta la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y division de los bienes como se dispone en el Libro 4° de este Código, para la division de las herencias. *De Freitas* 1425°. [Vé Cód. Francés 1476°]. [133]

---

[128] El Codificador no esplica por qué, á diferencia de Freitas y demás Códigos, no acuerda tambien al marido esta opcion.

[129] Optando por la continuacion de la sociedad: vé arts. 1309 á 1311.

[130] En el silencio de nuestro Código, pensamos que á esta administracion debe aplicarse por analogía los artículos 1286 á 1288.

[131] Salvo que antes fallezca la mujer ó se pruebe la muerte efectiva del marido, como lo dicen Freitas y todos los escritores de derecho.

[132] Todo lo que al respecto trae el Código es el artículo 3166.

[133] La redaccion es diminuta. Se ha querido asimilar, como hacen los artículos 1790 y 2700 y todos los Códigos (vé los citados en el texto, Goyena 1350°, y Chile 1765° y 1776°) la particion de la sociedad á la de las herencias (vé arts. 3454 á 3477), no solo en lo relativo á la capacidad para exigirla y á la manera de proceder, sinó tambien en los efectos jurídicos del acto. Sobre eviccion, vé los artículos 2142 á 2146 y 3507 á 3515, así como los artículos 3930 y 3931.

1315. Art. 98. — Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidacion de dos ó mas sociedades conyugales contraidas [134] por una misma persona, se admitirá toda clase de prueba, á falta de inventarios para determinar el interés de cada una; y en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporcion al tiempo de su duracion y á los bienes propios de cada uno de los socios. *Goyena* 1353°.

1316. Art. 99. — Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer ó sus herederos, sin consideracion alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado á la sociedad bienes algunos. [Vé arts. 1273 á 1275 y 1780 á 1787]. [135]

1317. Art. 100. — Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente, la mujer ha sido de buena fé, la esposa legítima tiene derecho á la mitad de los ganánciales adquiridos hasta la disolucion del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bígamo, y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo. [136]

Art. 99. — L. 3ª, Tít. 4°, Lib. 10, Nov. Rec. [Cód. Francés 1474° ; de Goyena 1309° y 1318°].

Art. 100. — El caso del artículo, muy comum hoy en América y en Europa, ha dividido á los jurisconsultos. — Toullier, Tom. 1°, n° 665. — Duranton, Tom. 2°, n° 373, y Vazeille, Tom. 1°, n° 85 [léase 285], juzgan que el partido mas racional es considerar las adquisiones hechas durante la cohabitacion con cada mujer, como el resultado de una sociedad tal, que hubiese podido existir entre personas estrañas, y dividir las ganancias, no segun las reglas de la sociedad conyugal, sinó segun las reglas generales del contrato de sociedad.

La comunidad de la primera mujer abraza toda la duracion del matrimonio, y continúa hasta la muerte del marido, no obstante la union indebida contraida por él; por consiguiente, todos los bienes adquiridos despues del segundo matrimonio, son para ella como los adquiridos antes: su derecho no puede disminuirse, ni por el crímen del marido, ni por el error de la segunda mujer.

Es verdad que el matrimonio putativo produce los efectos civiles respecto al esposo de buena fé [art. 231], pero no á costa de los efectos de un matrimonio legítimo. *La segunda mujer tendrá sus gananciales, pero salvados que sean los de la primera y legítima esposa.* [136]

Tratar la bigamia, cuando ha habido buena fé por parte de uno de los cónyuges, como una sociedad particular que el marido hubiese contraido como administrador de los bienes del matrimonio legítimo, es una idea contraria á todo derecho. El marido tiene facultad para contratar una sociedad con terceros; él entonces hace un contrato lícito, y los terceros con los que contrata, saben que forman una sociedad cuyas cláusulas y condiciones conocen. Pero en el caso del artículo, no hay esta sociedad especial con la segunda mujer, y el bígamo sabe que comete un crímen, que forma una sociedad ilícita, cuya causa es contraria á las leyes y á las buenas costumbres. Coin Delisle ha tratado estensamente la materia en una disertacion que se encuentra en la *Revista Crítica de Legislacion*, Tom. 5° pág. 216. — Lo mismo, Marcadé, sobre el artículo del Cód. Francés 202 n° 5 [léase IV]. — Demolombe, Tom. 3°, n° 377. — Aubry y Rau, § 460. Estos autores enseñan lo que dispone el artículo. [Demolombe es el único que se aproxima á nuestro artículo].

---

[134] Legítimamente : de lo contrario se aplicará el artículo 1317.

[135] Esta es una diferencia capital de las sociedades comunes ó convencionales.

[136] Esta solucion de Coin Delisle es la mas jurídica y racional.

En el caso rarísimo de una tercera esposa de buena fé, siendo de igual derecho las dos últimas, juzgariamos equitativo dividir los gananciales entre ellas en proporcion al tiempo de la duracion de los matrimonios putativos y al valor de las dotes: vé el inciso último del artículo 1315.

CAPÍTULO VIII

DE LA RESTITUCION DE LOS BIENES DOTALES

[Vé arts. 3971 y 3972].

1318. Art. 101. — Tendrá lugar la restitucion de los bienes dotales en los mismos casos en que cesa la comunidad de los adquiridos durante el matrimonio, y en el caso de separacion judicial de bienes, sin divorcio. *Freitas* 1352° *n°* 19. [137]

1319. Art. 102. — Deben restituirse á la mujer los bienes de ella que existan, en el estado en que se hallen, [138] hayan sido ó no apreciados. [Vé arts. 1252 y 2273]. [139]

1320. Art. 103. — Si la dote comprende créditos ó derechos que se han perdido sin culpa del marido, este cumplirá su obligacion entregando los títulos ó los documentos respectivos. *Acevedo* 2035°; *Cód. Francés* 1577°. [140]

1321. Art. 104. — Los inmuebles dotales y los muebles no fungibles de la dote, existentes en posesion del marido, ó en su testamentaría, deben ser restituidos á la mujer dentro de treinta dias, despues que se decretase el divorcio [141] ó la separacion judicial de bienes sin divorcio, ó despues del dia de la disolucion del matrimonio, [142] ó del dia de la sentencia pasada en cosa juzgada que hubiese declarado nulo el matrimonio. *Freitas* 1352° *n°* 20 § 1°.

Art. 102. — Véase L. 15, Tít. 11, Part. 4ª. [De Goyena 1277°].

---

[137] O mejor dicho: «en los casos en que se disuelve la sociedad conyugal». Así armoniza con los artículos 1292, 1291, 1302 y 1307: vé el 1312.

[138] Salva la responsabilidad del marido en razon de las destrucciones y de los deterioros acaecidos por su dolo, culpa grave (vé art. 512) ó abandono: argumento de los artículos 1320 y 1255; Código Francés 1565° inciso 1°; Goyena 1277° y 1347°; Acevedo 2032° § 1°; Chile 1771° § 1°; Freitas 1352° n° 18 § 2°, y nota al 1543°. No es creible que nuestro Legislador se haya apartado de un principio de justicia y de derecho comun, sin prevenirlo y justificarlo.

[139] Parece que el marido tendrá derecho á las impensas ó mejoras hechas en los bienes dotales (vé arts. 1273 § 7, 1276 n° 2° y 1281 inc. 2°), con tal que justifique debidamente que fueron hechas con dinero suyo propio. Y en general, los artículos 575 á 592 sobre obligaciones de dar cosas ciertas, y en nuestra opinion tambien el 2948, serán aplicables á la restitucion.

Es mas dudoso si tendrá el derecho de retencion (vé á Aubry y Rau, § 540 notas 26 y 27, 4ª edicion), pero nosotros resolvemos que tendrá, pues no debe ser de peor condicion que el poseedor de mala fé (vé arts. 2442 y 2443); sin que obste el artículo 2876, aunque al marido se equipare á un usufructuario, por ser una disposicion de derecho escepcional que no debe estenderse. Vé la nota 138 á ese último artículo.

[140] Como un usufructuario cualquiera (art. 2909), pues en tal carácter es mirado por los códigos el marido con relacion á la dote.

[141] Habria bastado decir: «despues que se decretase la separacion judicial de bienes», pues el decreto de divorcio no importa siempre y necesariamente la separacion de bienes: artículos 211 inciso 2° y 1307.

[142] O sea, desde la muerte del marido: artículos 219, 1292 y 1314.

1322. Art. 105. — El dinero y los bienes fungibles de la dote, ó el valor de los bienes que no existiesen en posesion del marido ó en su testamentaría, deberán ser restituidos en el plazo de seis meses contados del mismo modo. *Freitas, allí,* § 2°. [Vé arts. 1255 y 1257].

1323. Art. 106. — Vencidos los plazos designados, el marido ó sus herederos que no restituyesen los bienes dotales, quedarán constituidos en mora para todos los efectos legales. *Freitas, allí,* § 3°. [Vé arts. 2924 y 2946, y notas á los arts. 509 n° 1° y 1243].

—

TÍTULO III

Del contrato de compra y venta [1]

[Vé art. 1437].

1324. Art. 1°. — Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue á trasferir á la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue á recibirla y á pagar por ella un precio cierto en dinero. *Freitas* 1971°; *Aubry,* § 349, *y Goyena* 1367°. [Vé art. 1358]. [2]

1325. Art. 2°. — Nadie puede ser obligado á vender, sinó cuando se encuentre sometido á una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguientes: —

1° Cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por espropiacion, por causa de utilidad pública; [Vé arts. 2513 y 2612].

2° Cuando por una convencion, ó por un testamento se imponga al propietario la obligacion de vender una cosa á una persona determinada;

Art. 1°. — LL. 1ª y 9ª, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 1582 y 1591. — Italiano, art. 1447. — De Nápoles, arts. 1427 y 1436. — Instit., §§ 1° y 2°, Tít. 24, Lib. 3°. [De Goyena, allí].

Habiéndose publicado el Código Italiano en 1865, dejamos las concordancias con el Código Sardo, y las harémos con el nuevo Código de Italia, continuando sin embargo siempre con el de Nápoles.

---

[1] Grande es la importancia de este contrato, no solo por su uso constante, sinó porque es el tipo de los contratos á título oneroso: vé el artículo 1110 y artículos 1441 y 2182.

[2] Preferimos la siguiente definicion: «Habrá compra-venta, cuando una de las partes se obligue á entregar una cosa (art. 2313: vé nuestra nota 9) con el fin de trasferir su dominio, y la otra parte á pagarle por ella un precio cierto en dinero». — Porque la obligacion del comprador de recibir la cosa es secundaria (vé arts. 764 á 766), como es la de de recibir el precio (art. 1113); y porque si Zachariæ y Aubry y Rau, á quienes nuestro artículo cópia en esta parte, se refieren á la obligacion de trasferir la propiedad, es porque el Código Francés la declara trasferida por la sola fuerza del título y sin necesidad de tradicion: vé artículo 577 y la nota del Dr. Velez.

El vendedor solo se obliga á poner al comprador en posesion de la cosa y á defenderle contra todos los que despues quisieran hacérsela dejar ó reclamaren algun derecho sobre ella.

Se sabe que pueden venderse cosas litigiosas y cosas futuras: artículo 1328.

3° Cuando la cosa fuese indivisible, y perteneciese á varios individuos, y alguno de ellos exigiese la licitacion ó remate; [Vé arts. 2694, 3454 y 3469]. [3]

4° Cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecucion judicial;

5° Cuando la ley impone al administrador de bienes ajenos, la obligacion de realizar todo ó parte de las cosas que estén bajo su administracion. *Aubry*, § 350, *y Freitas* 1972°. [Arts. 440, 3543 y 3546 combinados, y vé el 439]. [4]

1326. Art. 3°. — Cuando las cosas se entregan en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. [5] El que *la* entrega está sujeto á las consecuencias de la eviccion, de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; [6] mas la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del Título *Del pago*. *Freitas* 1974°, *y Troplong*, « *Vente* », *n° 7 al fin.*

1327. Art. 4°. — El contrato no será juzgado como de compra y venta, aunque

Art. 2°, n° 1°. — Cód. Francés, art. 545. — Italiano, art. 438. — Holandés, art. 541 [léase 625]. — De Luisiana, art. 489. — De Vaud, art. 316. — L. 3ª, Tít. 5°, Part. 5ª, L. 11, Tít. 38, Lib. 4°, Cód. Romano. La Ley de Partida permite la espropiacion forzada «para alguna cosa que fuese á pro comunal dándole ante, buen cambio á bien vista de homes buenos, de manera que finque pagado.» — LL. 2ª, Tít. 1°, Part. 2ª, y 31, Tít. 18. Part. 3ª. Por las Leyes Romanas tambien era permitida la espropiacion por causa de utilidad pública. (LL. 13, Tít. 4°, Lib. 8ª, y 12. Tít. 7°, Lib. 11, Dig.) [De Goyena 392° y 1378°]. La espropiacion por causa de utilidad pública tiene lugar no solo respecto de los inmuebles, sinó aun de los muebles de primera necesidad, por ejemplo, los granos, aceite, etc. (Tít. 37 [léase 27. Vé nota al art. 2513], Lib. 10, Cód. Romano). La ley especial fijará todas las condiciones de la espropiacion, para determinar y pagar el precio, como tambien lo que ha de espropiarse. En este último punto las leyes son muy diversas en las naciones. En los Estados Unidos, solo hay tres causas para espropiacion forzada, que son: calles y caminos públicos, canales de navegacion y caminos de hierro.

N° 2°. Pothier, *Vente*, n° 510. — Aubry y Rau, § 350.

N° 3°. Véase LL. 1ª y 2ª, Tít. 15, Part. 6ª. — L. 5ª, Tít. 37, Lib. 3°, Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 1686. [Vélo].

Art. 3°. — L. 4ª, Tít. 45, Lib. 8ª, Cód. Romano. Aunque la *dacion en pago* parece tener una completa analogía con la venta, cuando la cosa se da en pago de una deuda de una suma de dinero; sin embargo se diferencian en el fin, pues el que da la cosa trata solo de su liberacion y no la entrega como vendedor. Uno de los efectos que de esto resulta, es que si el que da la cosa en pago prueba despues que ha pagado por un error, puede repetir, no el precio por el que la cosa aparece enajenada, sinó la cosa misma [art. 784], pues que el tenedor de ella no la ha recibido sinó á título de acreedor, cuando en el caso supuesto no lo era en verdad, y el pago habia sido indebido. En estas consideraciones se funda la resolucion de la última parte del artículo. — Véase Troplong, *Vente*, n° 7°. — Pothier, *Vente*, n°s 603 y 607. — Marcadé, sobre el art. 1583 del Código Francés. [De su n° IV es traducida esta nota].

---

[3] En general, cuando un condómino no quiere seguir en comunidad, y no admitiendo la cosa cómoda division, exige la enajenacion de ella (vé arts. 2695 y 2700): argumento del artículo 439. Código Francés 1686°; Goyena 1455°.

[4] Este artículo es meramente doctrinario, y en rigor pudo prescindirse de él.

[5] En este caso puede haber en realidad una venta, una permuta ó una cesion de derechos (vé arts. 780, 781, 1437, 1438 y 2158), y solo en el caso del artículo 781 citado debe tener nuestro inciso exacta aplicacion.

[6] Es una consecuencia del inciso anterior, tomada de Troplong: artículos 1416, 2105 á 2107, 2116, 2182, y vé los artículos 2517 y 2518, combinando sus disposiciones con lo que dijimos en la nota anterior.

las partes así lo estipulen, si para ser tal le faltase algun requisito esencial. *Freitas* 1978° § 2°. [7]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA COSA VENDIDA

1328. Art. 5°. — Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, [8] aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenacion no sea prohibida. *Freitas* 1990° *inc.* 1°, *y Cód. Francés* 1598°. [Vé arts. 1168 á 1180, 2339 y 2340].

1329. Art. 6°. — Si la cosa hubiese dejado de existir al formarse el contrato, queda este sin efecto alguno. [9] Si solo una parte de la cosa hubiese perecido, el comprador puede dejar sin efecto el contrato, ó demandar la parte que existiese, reduciéndose el precio en proporcion de esta parte á la cosa entera. *Goyena* 1382° § 1°, *y Aubry*, § 349 *n°* 2° *inc.* 3°. [10]

Art. 5°. — LL. 20, 21 y siguientes, Tít. 11, Part. 5.

La palabra *cosa* se toma en el sentido mas estenso, abrazando todo lo que pueda ser parte de un patrimonio, cosas corporales ó derechos, [8] con tal que sean susceptibles de enajenacion y de ser *trasferidas* [léase *cedidos*]. El derecho de hipoteca puede así ser vendido [vé nota 46 al art. 3122]; pero solamente con el crédito del cual es accesorio. Una consideracion análoga se aplica á las servidumbres prediales que no pueden cederse sinó con el predio á que son inherentes [vé art. 3008]. Las servidumbres personales no son enajenables, porque son inherentes á la individualidad del titular; mas el usufructuario puede ceder el ejercicio de su derecho, y si lo hace por un precio, esta cesion constituye una verdadera venta [art. 2872]. Lo mismo decimos de la convencion por la cual se constituye una servidumbre cualquiera por un precio en dinero. [De Maynz, § 294 notas 3 á 10].

La venta de las cosas futuras, como los frutos que nacerán, ó los productos de una fábrica, es una venta condicional, si los frutos llegan á nacer [vé art. 1171], y entonces ella produce un efecto retroactivo al dia del contrato. (Pothier, *Vente*, n° 5°. — L. 8ª [Tít. 1°, Lib. 18], Dig. *De cont. empt.*) [De Troplong, *Vente*, n° 204].

Art. 6°. — Véase L. 14, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1601. — Italiano, art. 1456 [léase 1461]. — Troplong, *Vente*, n° 254. — Aubry y Rau, § 349. [De Goyena y Aubry].

---

[7] *Sermo rei non res sermoni subjicitur:* vé nuestra nota 9 bajo el artículo 1144 y las notas á los artículos 3609 § 2° y 3718.

Nuestro artículo debió generalizarse, estendiéndolo á todos los actos jurídicos, puesto que cualquier acto es absolutamente nulo ó pierde su carácter particular para degenerar en otro acto diferente, desde que le falte algun requisito esencial: vé las notas del Dr. Velez á los artículos 1495, 2072 y 2184 y los artículos 1652 á 1655.

[8] Pero la enajenacion de los derechos ó cosas *incorporales* constituye precisamente la *cesion de créditos* (derechos personales: vé arts. 1436 á 1439 y 1446) ó *cesion* y *constitucion de derechos reales.*

La cosa debe tener un valor por sí, y no ser simplemente representativa de valor, como son los créditos (art. 496) y derechos reales ó los instrumentos que los constatan.

La nota del Dr. Velez, sacada de Maynz, involucra la venta con la cesion.

[9] Este inciso no es mas que un caso particular del artículo 1173, y debe entenderse con entera sujecion á él. Se trata de una *especie* ó cosa cierta, porque las cosas inciertas y un *género* nunca perecen (art. 604). *Genus nunquam perit.*

[10] Si la pérdida total ó la parcial ó el deterioro tuvo lugar despues de formado el contrato, se aplican las disposiciones sobre las obligaciones de dar (art. 574, etc.) y las sobre la eviccion, en su caso (arts. 2091 á 2129).

1330. Art. 7°. — Las cosas ajenas no pueden venderse. [11] El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fé, [12] debe satisfacer al comprador las pérdidas é intereses que le resultasen de la anulacion del contrato, si este hubiese ignorado que la cosa era ajena. [13] El vendedor despues que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, [14] ni la restitucion de la cosa. [15] Si el comprador sabia que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitucion del precio.

1331. Art. 8°. — La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificacion que de ella hiciere el propietario. [17] Queda tambien cubierta, cuando

Art. 7°. — Véase L. 19, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 6ª, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1675°]. — Marcadé sobre el artículo 1599 discute largamente la parte del artículo que niega al vendedor toda accion para demandar la nulidad de la venta. — Duvergier, *Vente*, n° 220, enseña que puede hacerlo, cuando ha vendido de buena fé. — Zachariæ, [§§ 346, 616 y 680], Tomo 2°, pág. 501, decide que prescindiendo de la buena ó mala fé del vendedor, puede oponer la nulidad, como escepcion; pero nunca como accion. — Troplong (*Vente*, n° 238) enseña que no lo puede en ningun caso. Marcadé agrega en el lugar citado, que puede oponer la nulidad del contrato antes de entregar la cosa; pero no despues de haberla entregado.

Si el comprador pretesta una pérdida sin importancia con relacion al todo, parece justo que no se acceda á la rescision de la venta: argumento del artículo 2127.

Cuando se venden varias cosas por un solo precio ó por distintos precios, hay tantas ventas como precios (vé art. 1177 y notas) y una sola venta, si es uno solo el precio.

Con esta clave se aplicará con acierto nuestro artículo. Compara con el artículo 2128 y con Troplong n° 254 citado por el Dr. Velez; Aubry y Rau, en la nota 20, 4ª edicion, etc.

Por último, en el caso del artículo 1408 el presente deja de tener aplicacion: vé el 1409.

[11] Freitas, armonizando con el artículo 1178, permite su venta. Podrá siempre prometerse la enajenacion de la cosa ajena, para cuando se adquiera su propiedad (arg. art. 1331 inc. 2°), ó que el propietario la enajenará (art. 1164).

[12] *Nemo ex alterius facto prærogari debet:* vé artículos 1057 y 1173 inciso 2°. Pero sin mala fé no hay estelionato: vé artículo 1179 y nota 71. Nuestro inciso, como un caso de eviccion, debe complementarse por los artículos 2091 á 2119 y especialmente por los artículos 2120 á 2125.

El inciso 2° del artículo 1332 trae una disposicion análoga á la presente: vé nuestra nota 20.

[13] Vé Código Francés 1599°. Si no lo ignoraba, pierde el derecho á la eviccion y aun á la restitucion del precio: artículo 2108 é inciso 4° del presente; § 2° de la nota 71 al artículo 1179. Vé el inciso último de este artículo 1330.

[14] No es fácil armonizar esto con el inciso 2° del artículo 1048.

[15] Lo que precede es de Aubry, § 351 notas 35 á 40 (notas 43 á 48 de la 4ª edicion), y en él y en la nota del Dr. Velez al artículo 738 se hallará la razon de este inciso.

Hallamos completamente injusto y en contradiccion con los artículos 795 y 2102 que no se puede repetir salvo si el vendedor fué tambien de mala fé ([dicho art. 795 y] nota 71 al art. 1179): vé artículos 2108 y 2150. No puede permitirse que el comprador se enriquezca con daño del vendedor (notas á los arts. 2263 y 2308).

[17] Con efecto retroactivo al dia de la venta, y sin perjuicio de tercero: artículos 1066, 1163 y 1938. En contra, Marcadé, allí, n° VI; etc.

el vendedor ulteriormente hubiese venido á ser sucesor universal ó singular del propietario de la cosa vendida. [18]

1332. Art. 9°. — La venta hecha por uno de los co-propietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningun efecto aun respecto á la porcion del vendedor; [19] pero este debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era comun con otros, los perjuicios é intereses que le resulten de la anulacion del contrato. [20]

1333. Art. 10. — Cuando se venden cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegáran á existir en su totalidad, ó en cualquier cantidad, ó cuando se venden cosas existentes, pero sujetas á algun riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria. [21] En ambos casos, el vendedor tendrá derecho al precio, en proporcion de lo que entregase; pero si la cosa no llegara enteramente á existir, el contrato no tendrá efecto, y el vendedor debe restituir el precio, si lo hubiese recibido. [22]

1334. Art. 11. — La venta aleatoria puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo á que la cosa estaba sujeta. *De Freitas* 2112°. [23]

Art. 8°. — Marcadé, sobre el art. 1599 n° 5°. — Duranton, Tom. 16, n° 179. — Troplong, *Vente*, n° 236 y siguiente. En contra Aubry y Rau, § 217 [léase, § 351, Tom. 3°, pág. 217, 3ª edicion].

Art. 9°. — En el caso del artículo no hay precio convenido por la porcion del vendedor. En contra Aubry y Rau, § 351, y Troplong, *Vente*, n° 207. Este último autor da sin embargo accion al comprador para anular la venta. [La edicion de 1834 nada dice].

Art. 10. — L. 11, Tít. 5°, Part. 5ª.

Art. 11. — La cita anterior.

---

[18] Esta redaccion es equívoca y mala. Es preciso que la cosa vendida exista y que el vendedor haya adquirido la propiedad: artículo 2506 y su argumento, del cual el presente es una aplicacion. Aubry y Rau, de quienes se ha traducido el artículo, vertiéndolo afirmativamente, dicen: « que el vendedor haya llegado á ser posteriormente dueño de la cosa vendida, como sucesor particular ó como universal »: lo cual es completamente distinto de lo que nuestro inciso establece. Vé el artículo 1819 chileno.

Hallamos conforme á los principios que la venta se valide siempre que las calidades de vendedor y de propietario de la cosa lleguen á reunirse en la persona de uno de ellos. La venta se validará tambien, si antes de decretarse su nulidad, el comprador prescribiese la cosa. Vé artículos 4015 y 4018.

Nuestro inciso quedaría sin aplicacion, si la venta hubiese sido hecha en violacion del artículo 1176, ó si el contrato estaba ya anulado antes de la adquisicion de la propiedad.

[19] Pero con mayor razon se aplicará aquí la disposicion del artículo anterior y lo dicho en las notas 17 y 18. El artículo 2685 está en desarmonía con este inciso.

El presente artículo no es estensivo á las donaciones ni á los legados (vé art. 3755).

[20] Aunque el vendedor haya procedido de buena fé: argumento artículo 1330 inciso 2°. Nuestra nota 12 tiene aquí completa aplicacion.

[21] Este inciso, que es el artículo 2017 de Freitas, debió preceder inmediatamente al artículo 1406. En la venta aleatoria no hay derecho á la eviccion: artículo 2103 n° 5°.

[22] Esto es completamente insostenible y en abierta contradiccion con los artículos 1406 á 1408; pero tiene exacta aplicacion á la venta de cosas futuras, que legisla el artículo 1174: vé el § 2° de la nota del Dr. Velez al artículo 1328.

[23] Este artículo es inexacto por su generalidad, y el 1409 lo hace completamente supérfluo.

1335. Art. 12. — No habrá cosa vendida cuando las partes no la determinasen, ó no estableciesen datos para *examinarla.* [24] La cosa es determinada cuando es cosa cierta, y cuando fuese cosa incierta, si su especie y cantidad hubiesen sido *determinadas. Freitas* 1989° *n°* 2° *y* 1991° *n°s* 1° *y* 2°. [25]

1336. Art. 13. — Se juzgará indeterminable la cosa vendida, cuando se vendiesen [26] todos los bienes presentes ó futuros, ó una parte de ellos. *Freitas* 1993° § 1°. [27]

1337. Art. 14. — Será sin embargo válida la venta de una especie de bienes designados, aunque en la venta se comprenda todo lo que el vendedor posee. *De Freitas, allí,* § 2°. [Vé arts. 1653 inc. 2° y 1802].

1338. Art. 15. — La venta hecha con sujecion á ensayo ó prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, [28] se presumen hechas bajo la condicion suspensiva, de si fuesen del agrado personal del comprador. *Goyena* 1375°. [Vé arts. 1367 y 1379 á 1381].

1339. Art. 16. — Si el comprador fuese moroso [29] en gustar ó probar la cosa, la degustacion se tendrá por hecha, y la venta queda concluida.

1340. Art. 17. — Cuando las cosas se vendiesen como de una calidad determinada, y no al gusto personal del comprador, no dependerá del arbitrio de este rehusar la cosa vendida. El vendedor, probando que la cosa es de la calidad contratada, puede pedir el pago del precio.

1341. Art. 18. — La venta puede ser hecha por junto, ó por cuenta, peso ó medida. Es hecha por junto, cuando las cosas son vendidas en masa, formando un solo todo y por un solo precio. *Marcadé, allí, n°* II.

1342. Art. 19. — La venta es á peso, cuenta ó medida, cuando las cosas no se venden en masa ó por un solo precio; ó aunque el precio sea uno, no hubiese unidad en el objeto; ó cuando no hay unidad en el precio, aunque las cosas sean indicadas en masa. *Marcadé, allí, n°* I.

Art. 12. — L. 1ª, Tít. 11, Part. 5ª. [De Acevedo 1326°].

Art. 15. — L. 24, Tit. 5°, Part. 5ª. — L. 1ª [léase 4ª], Tít. 6° [y 34, § 5°, Tít. 1°], Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, arts. 1587 y 1588. — Italiano, art. 1452. — Holandés, art. 1499. [De Goyena, allí, y Acevedo 1654°].

Art. 16. — L. 24, Tít. 5°, Part. 5ª [citada bajo el art. 606].

Art. 18. — L. 25, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 2ª, Tít. 48, Lib. 4°, Cód. Romano [citadas bajo el art. 606].

Artículos 18 hasta el 22. — Marcadé trata estensamente la materia de estos artículos en el comentario al artículo 1586 del Código-Francés, ejemplificando todos los casos que contienen.

---

[24] Por error de cópia ó de tipografía se ha puesto *examinarla* en vez de *determinarla*, que es como está en Freitas y lo exige el sentido de la disposicion.

[25] O si la cantidad fuese *determinable:* vé artículos 1171 y 1172.

[26] Indeterminadamente (vé art. 1337); porque daria márgen á dudas y cuestiones.

[27] Tampoco pueden donarse ni ser objeto de sociedad: vé artículos 1653 y 1802.

[28] Porque recibidas, existe la presuncion del artículo 2391 inciso último.

[29] El artículo 509 es el único que puede servirnos de guia al respecto. Vé el artículo 1380.

1343. Art. 20. — En la venta hecha por junto, el contrato es perfecto, desde que las partes estén convenidas en el precio y en la cosa. [30]

1344. Art. 21. — En las ventas hechas al peso, cuenta ó medida, la venta no es perfecta, hasta que las cosas no estén contadas, pesadas ó medidas. [30]

1345. Art. 22. — El comprador puede sin embargo obligar al vendedor, á que pese, mida, ó cuente y le entregue la cosa vendida; y el vendedor puede obligar al comprador á que reciba la cosa contada, medida ó pesada, y satisfaga el precio de ella. *Marcadé, allí, n°* IV.

1346. Art. 23. — La venta de un inmueble determinado puede hacerse: —

1° Sin indicacion de su área, y por un solo precio; [31]

2° Sin indicacion del área, pero á razon de un precio la medida; [32]

3° Con indicacion del área, pero bajo un cierto número de medidas, que se tomarán en un terreno mas grande; [32]

4° Con indicacion del área, por un precio cada medida, haya ó no indicacion del precio total; [33]

5° Con indicacion del área, pero por un precio único, y no á tanto la medida; [34]

6° O de muchos inmuebles, con indicacion del área, pero bajo la convencion de que no se garantiza el contenido, y que la diferencia, sea mas sea menos, no producirá en el contrato efecto alguno. *Marcadé, allí, n°* I. [35]

Art. 23. — Marcadé esplica todos estos casos en el comentario al artículo 1616 [á 1623], — y véase Código Francés, arts. 1617 y 1618. — Goyena, arts. 1392, 1393 y 1394.

---

[30] Estas disposiciones tienen poquísima ó ninguna importancia en nuestro Código, desde que á diferencia del derecho francés, en todos los casos la propiedad y los riesgos de la cosa vendida solo por la tradicion pasan al comprador (arts. 577, 1373 n° 2°, 3267 y 1418), y la individualizacion (arts. 609, 2401 y arg. del 2391) debe precederla. Por esto, sin duda, tales disposiciones no existen en Freitas.

Vé el artículo 2391 al fin, así como los artículos 1585 y 1586 del Código Napoleon.

El artículo 1345 argüiría tambien que la venta es perfecta en el caso del artículo 1344, lo mismo que en el del 1343; á no ser que digamos con Marcadé, que en el caso del artículo 1345 solo se trata de una obligacion de hacer, que se resuelve en daños y perjuicios; lo que nos parece una sutileza, poco conforme con el principio establecido en el inciso 1° del artículo 629, y con el mismo artículo 538, si hemos de considerar el acto como una venta condicional.

Por último, nuestros artículos, á diferencia de los del Código Francés que solo se refieren á la venta de *mercaderías* (Goyena 1374°, *á cosas fungibles)*, son genéricos y absolutos, y aplicables por tanto á la venta de bienes muebles é inmuebles.

De manera que en los casos de los números 2, 3 y 4 habrá una venta *á medida* (arts. 1342 á 1344), y una venta *por junto (ad mensuram; ad corpus)* en los tres números restantes, aplicándose el artículo 1343.

[31] Este caso no se halla previsto en los artículos siguientes (1347 á 1350) y ningun interés ni dificultad presenta.

[32] Lo dicho en la nota precedente.

[33] Este caso se halla legislado por el artículo 1347 y siguiente.

[34] Los artículos 1348 y 1349 legislan el caso de este número.

[35] Este número, lo mismo que los números 1 y 2, no condice ni armoniza con el 1350, y

1347. Art. 24. — Si la venta del inmueble se ha hecho con indicacion de la superficie que contiene, fijándose el precio por la medida, el vendedor debe dar la cantidad indicada. Si resultare una superficie mayor, el comprador tiene derecho á tomar el esceso, abonando su valor al precio estipulado. Si resultare menor, tiene derecho á que se le devuelva la parte proporcional al precio. En ambos casos, si el esceso ó la diferencia fuese de un vigésimo del área total designada por el vendedor, puede el comprador dejar sin efecto el contrato. *De Cód. Francés* 1617° *y* 1618°. [36]

1348. Art. 25. — En todos los demás casos, [37] la espresion de la medida no da lugar á suplemento de precio á favor del vendedor por el esceso del área, ni [38] respecto del comprador por resultar menor el área, sinó cuando la diferencia entre el área real y la espresada en el contrato, fuese de un vigésimo, con relacion al área total de la cosa vendida. *De Cód. Francés* 1619°. [39]

1349. Art. 26. — En los casos del artículo anterior, cuando hay aumento del precio, el comprador puede elegir la disolucion del contrato. *Cód. Francés* 1620° *inc.* 1°. [40]

1350. Art. 27. — Si la venta ha sido de dos ó mas inmuebles por un solo precio, con designacion del área de cada uno de ellos, y se encuentra menos área en uno y mas en otro, se compensarán las diferencias hasta la cantidad concurrente, y la accion del comprador y del vendedor solo tendrá lugar segun las reglas establecidas. *Cód. Francés* 1623°. [41]

Art. 27. — Artículos 21, 25, 26 y 27. — Código Francés, artículos 1616 hasta 1621 [léase 1617 á 1623]. — Y Marcadé sobre ellos.

---

habria sido preferible que se hubiese eliminado esta enumeracion puramente teórica, que viene á producir duda y confusion en esta materia.

Además, la disposicion de este número 6, combinada con el artículo 1348, viene á dejar sin efecto la voluntad esplícita de los contrayentes, doctrina cuya falsedad es patentizada por Marcadé, Troplong, n° 341, etc.

[36] Nuestro artículo, que es mejor redactado que los del Código Francés, hace una modificacion á la disposicion general del artículo 928 que es de utilidad práctica.

Es claro, por lo demás, que puede ser renunciado por los contrayentes (art. 19). Vé nuestras notas 30, 33 y 40.

[37] « Aunque la venta sea de un fundo cierto ó de fundos distintos, ó que se anuncie la medida antes ó despues de la designacion del objeto vendido: en estos casos la espresion de la medida, etc. », dice el artículo francés. Ve nuestras notas 30 á 35.

[38] *Ni* á disminucion de precio respecto al comprador, debe entenderse, como lo dice el artículo francés, con mas propiedad.

[39] El cómputo sobre la cabida ó superficie del terreno es mas simple y preferible al del valor, seguido por el artículo francés.

[40] El artículo 1622 francés señala un año, contado desde el contrato, para que el adquirente ejercite la opcion. En la necesidad de suplir el olvido sensible de nuestro Código, nosotros le aplicarémos el término de tres meses que tiene la accion redhibitoria (art. 4043), con la que este derecho de opcion guarda gran analogía; pero no computamos tal plazo sinó desde que la superficie vendida quedó determinada por la mensura. Puede verse el artículo 1395 de Goyena.

[41] Porque no hay sinó una sola venta, que puede ser *por junto ó por medida* (arts. 1347 y 1348). Los números I y II del comentario de Marcadé al artículo francés son interesantes.

CAPÍTULO II

DEL PRECIO

1351. Art. 28. — El precio será cierto : cuando las partes lo determinaren en una suma que el comprador debe pagar ; cuando se deje su designacion al arbitrio de una persona determinada ; ó cuando lo sea con referencia á otra cosa cierta. *Freitas* 2001°, *y Goyena* 1369° § 1°. [42]

1352. Art. 29. — Cuando la persona ó personas determinadas para señalar el precio, no quisieren ó no llegaren á determinarlo, la venta quedará sin efecto. *Freitas* 2003° *inc.* 1° ; *Cód. Francés* 1592° *inc.* 2°. [43]

1353. Art. 30. — La estimacion que hicieren la persona ó personas designadas para señalar el precio, es irrevocable, y no hay recurso alguno para variarlo. *De Freitas* 2005° § 1° ; *Goyena al* 1369°. [44]

1354. Art. 31. — Fijado el precio por la persona que deba designarlo, los efectos del contrato se retrotraen al tiempo en que se celebró. *Aubry* § 349 *en la nota* 21. [45]

1355. Art. 32. — El precio se tendrá por cierto, cuando no siendo inmueble la

Art. 28. — LL. 9ª y 10, Tít. 5°, Part. 5ª. — Instit., § 1°, Tít. 24, Lib. 3°. — L. 7ª, Tít. 1°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, arts. 1591 y 1592. — Italiano, art. 1450. — De Nápoles, art. 1437. [De Goyena, allí].

Art. 29. — Las citas del artículo anterior.

Art. 31. — Aubry y Rau, § 349. — Troplong, *Vente*, n° 153 [léase, n° 160]. — Duranton, Tom. 16, n° 109. [Este autor nada dice. Son citas de Aubry].

---

[42] Existe precio *determinado* (cierto) ó determinable con relacion á otra cosa cierta, cuando se vende por lo que costó al enajenante (al costo), ó por el dinero existente en una arca ú otra vasija ; y si no se hallara dinero alguno, no habria venta por falta de precio, como no la habria si, en el primer caso, apareciese que el vendedor hubo la cosa por otro título que no era el de venta. Esto dice la Ley 10, Título 5°, Partida 5ª, á que Goyena se refiere en su comentario al artículo 1369 citado, y tales doctrinas son de perfecta exactitud.

El precio puede establecerse tambien con relacion al *corriente* en cierto lugar, mercado ó tiempo, ó por el precio corriente, aumentado ó disminuido en una cantidad dada ó en un tanto por ciento. Freitas 2002° números 2 y 3. Nuestro artículo 1355 limita esto á los bienes muebles, que son los que por lo regular tienen un precio corriente.

[43] Este artículo no guarda completa armonía y consecuencia con el 1172.

[44] Lo dicho en la nota 61 al artículo 1172. Las mas imponentes autoridades antiguas y moderna. (vé á Aubry y Rauy, § 349 nota 20 ; Troplong, n° 158) conceden un recurso contra la apreciacion que sea de una iniquidad manifiesta, y la falta del recurso por lesion mas bien exige que condena tal solucion. Ni Duranton (XVI, 116) ni Troplong se pronuncian categóricamente, y ninguno de ellos ejecutaria, como juez, una estimacion tan exagerada é inícua que dejase en la miseria á un comprador millonario.

Sostenemos, pues, como razonable y jurídica la solucion que presentamos en la citada nota 61.

[45] Es el efecto del cumplimiento de una condicion : artículo 543.

Respecto de terceros regirán los artículos 549 á 552 y 592 á 596.

cosa vendida, [46] las partes se refiriesen á lo que la cosa valga en el dia al corriente de plaza, ó un tanto mas ó menos que este. El precio será entonces determinado por certificados de corredores, ó por testigos en los lugares donde no haya corredores. *De Freitas* 2002° *n°* 3°, *y* 2007° § 1°. [47]

1356. Art. 33. — Si la cosa se hubiere entregado al comprador sin determinacion de precio, ó hubiere duda sobre el precio determinado, se presume [48] que las partes se sujetaron al precio corriente del dia, en el lugar de la entrega de la cosa. *Freitas* 2008° § 1°.

1357. Art. 34. — Si el precio fuere indeterminado, ó si la cosa se vendiere por lo que fuese su justo precio, ó por lo que otro ofreciera por ella, ó si el precio se dejare al arbitrio de uno de los contratantes, el contrato será nulo. *Aubry*, § 349 *nota* 24, *y Goyena* 1374°. [Vé arts. 542 y 1636].

1358. Art. 35. — Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato será de permuta ó cambio si es mayor el valor de la cosa, y de venta en el caso contrario. *Chile* 1794°. [49]

CAPÍTULO III

DE LOS QUE PUEDEN COMPRAR Y VENDER

1359. Art. 36. — Toda persona capaz de disponer de sus bienes, puede vender cada una de las cosas de que es propietaria; y toda persona capaz de obligarse, puede comprar toda clase de cosas [50] de cualquiera persona capaz de vender,

Art. 34. — L. 9ª, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 13, Tít. 38, Lib. 4°, Código Romano. — L. 17, Tít. 1°, Lib. 45, Dig. [De Goyena 979°].

Art. 35. — L. 6ª, Tít. 1°, Lib. 19, Dig. [De Goyena 1368°]. — Aubry y Rau, § 349. — Troplong, *Vente*, n° 152. — Duranton, Tom. 16, n° 106.

---

[46] Esta escepcion, que Goyena es el único que trae, 1370°, viene á restringir la libertad de los contrayentes. Verdad es que los edificios no tienen sinó rara vez precio *corriente*, pero le tienen los terrenos y campos (prédios rústicos).

Además, en el artículo siguiente no se hace diferencia entre las cosas muebles y las inmuebles.

[47] Cuando el precio corriente haya tenido variaciones en el mismo dia, la razon y la práctica exigen que se tome el término medio. Código Comercial, 523° inciso 2°; Freitas, allí.

[48] A falta de prueba, ó salva prueba en contrario. La presuncion no es absoluta ó *juris et de jure* en este caso, sinó en el primero; es decir, cuando se entregó la cosa sin determinacion de su precio. Vé la nota 46.

[49] Se atiende al momento de la celebracion del acto *(initium est espectandum)* y si *ex intervallo* convienen las partes en sustituir el precio en dinero por otra prestacion, la venta mantendrá su carácter originario. Maynz, § 294 nota 23. Pothier, *Vente*, n° 618. Marcadé II, pág. 414.

Vé la nota del Dr. Velez al artículo 1487; y puede leerse á Duranton, XVI, 118; Troplong, números 147 y 148; Aubry y Rau, § 349 notas 23 á 25, 4ª edicion, Marcadé, allí, pág. 413, y Goyena 1368°.

[50] Pueden verse los artículos 1328 á 1330, 1336 y 1337.

con las escepciones de los artículos siguientes. *Aubry*, § 351 *n°* 2°, *letras* a *y* b. [51].

1360. Art. 37. — El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, aunque hubiese separacion judicial de los bienes de ellos. *De Freitas* 1982° § 1°. [52]

1361. Art. 38. — Los tutores, curadores y los padres no pueden, bajo ninguna forma, vender [53] bienes suyos á los que están bajo su guarda ó patria potestad.

1362. Art. 39. — Los menores emancipados no pueden vender sin licencia judicial los bienes raices suyos, ni los de sus mujeres ó hijos. [Vé arts. 135 § 1°, y 1442]. [54]

1363. Art. 40. — Es prohibida la compra, [55] aunque sea en remate público, por sí ó por interpuesta persona : —

Art. 36. — L. 2ª, Tít. 5°, Part. 5ª. [Cód. Francés 1594°; de Goyena 1379°].

Art. 37. — Véase Código Francés, art. 1595, que pone varias escepciones. La prohibicion es absoluta por el Código de Vaud, art. 1125. — Aunque por las Leyes de Partida no existe esta prohibicion, debe entenderse que la hay por la L. 11, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. [De Goyena 1380°].

---

[51] Con mas concision y propiedad: « Puede comprar y vender todo el que tenga capacidad para contratar, á ménos que una Ley se lo prohiba espresamente ». Compara el presente con el artículo 1161.

Es entendido que se compra lo ajeno, y que se vende lo suyo (arts. 1330 á 1332), lo que se cree suyo (arts. 1175 y 1408) ó lo que se espera adquirir (arts. 1174, 1328, 1406 y 1407).

La definicion del artículo es difusa y bien poco ilustrativa. Plantea las cuestiones sin resolverlas, ni aun implícitamente.

[52] En proteccion de la mujer y de los acreedores de ambos cónyuges, y para que la prohibicion de los artículos 1220 y 1809 número 1° no se burle. Aunque las razones de la Ley no militan con igual fuerza, el artículo será aplicable á los esposos, aunque no estén divorciados. *Lex non distinguit.* En contra Goyena 1380° y Código Chileno 1796°.

La nulidad en nuestro caso es absoluta (nota 9 al art. 1011), como resulta del mismo testo.

Vé artículos 1413 y 1492. La dacion en pago es equiparada á la venta: artículo 1326 (vé el 1437). En general, parece que los cónyuges no podrán celebrar cualquier otro contrato [arg. art. 189. Goyena, allí], á no ser el arrendamiento ó préstamo gratuito, ó la fianza, en determinadas circunstancias: vé la nota 41 al artículo 2013.

El artículo 1260 autoriza la hipoteca del marido á favor de la mujer.

[53] Comprar ó celebrar cualquier otro contrato: vé artículos 279, 450 números 1° y 3°, 1443 y 1492. La nulidad de nuestro artículo es absoluta (nota 9 al art. 1044). Vé la nota 92 al artículo 2860; así como la 58 al 1364.

[54] Lo que se dice del padre menor es aplicable á los padres mayores de edad: artículo 297.

[55] Y parece que lo mismo debiera decirse de cualquiera otra forma de adquisicion: vé artículos 1443, 1492, 1494, 1515, etc. En cuanto á los padres, tutores y curadores no hay cuestion posible: artículos 279, 297, 450 números 1° á 3° y 475.

El acto seria igualmente nulo, aunque fuese celebrado por intermedio de personas interpuestas, pero las presunciones de interposicion de personas establecidas por los artículos 3713 y 1809 número 1° no pueden constituir en nuestro caso sinó presunciones *de hecho* de mas ó ménos peso, que habrán de tomarse en cuenta con las demás circunstancias del caso, pero nunca una presuncion legal ó *de derecho*.

1° A los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad; *Freitas* 1983° *n°* 1°. [Arts. 279 y 297].

2° A los tutores y curadores, de los bienes de las personas que estén á su cargo, *ni* comprar bienes para estas, sinó en los casos y por el modo ordenado por las leyes; *De Freitas, n°s* 2° *y* 3°. [Arts. 450 n° 1°, y 443 n° 7°].

3° A los albaceas, de los bienes de las testamentarías que estuviesen á su cargo; *Freitas, n°* 4° *inc.* 1°.

4° A los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes; *Aubry*, § 351 *n°* 11; *Cód. Francés* 1596° *inc.* 3°. [Vé art. 1920].

5° A los empleados públicos, de los bienes del Estado, ó de las municipalidades, de cuya administracion ó venta estuviesen encargados; *Goyena* 1381° *n°* 4°. [Vé n° 7°].

6° A los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, de los bienes que estuviesen *en litigio* ante el juzgado ó tribunal ante el cual ejerciesen, ó hubiesen ejercido su respectivo ministerio; *De Goyena, n°* 5°, *y Freitas, n°* 10.-[56]

7° A los Ministros de Gobierno, de los bienes nacionales ó de cualquier establecimiento público, ó corporacion civil ó religiosa, y á los Ministros Secretarios de los Gobiernos de Provincia, de los bienes provinciales ó municipales, ó de las corporaciones civiles ó religiosas de las Provincias. *De Freitas, n°s* 8 *y* 9. [57]

1364. Art. 41. — La nulidad de las compras y ventas prohibidas en el artículo anterior, no puede ser deducida ni alegada por las personas á las cuales comprenda la prohibicion. *Aubry, allí, nota* 15. [58]

Art. 40. — L. 1ª, Tít. 12, Lib. 10, Nov. Rec.— L. [1ª y] 5ª, Tít. 5°, Part. 5ª. [L. 4ª, Tit. 14, Lib. 5°, Nov. Rec.]. — Cód. Francés, arts. 1595 y 1596.

Art. 41. — Troplong, *Vente*, n° 191. — Duranton, Tom. 16, n° 139 [citados por]. — Aubry y Rau, § 351. [Zachariæ, § 679 nota 14. Vé nuestra nota 58].

---

[56] Hay impropiedad en la redaccion: 1° porque las palabras *en litigio* abrazan los asuntos de jurisdiccion *contenciosa*, mas no los de jurisdiccion voluntaria, en que existe la misma razon de la ley; 2° porque un empleado judicial podria adquirir lícitamente un bien cuestionado en asunto en que nunca hubiera intervenido, especialmente un abogado. procurador ó tasador. Vé Código de procedimientos francés 711°; Freitas 1983° número 6°.

Tampoco consideramos inconveniente que en determinados casos, y siempre que se demuestre la inocencia del acto y la conformidad de los interesados, un ex-funcionario público pueda comprar un bien en litigio; porque las prohibiciones del artículo dictadas en el intéres de los dueños, no pueden convertirse en su perjuicio, y estos pueden ratificar la venta ó renunciar á alegar su nulidad: vé el artículo 1361 siguiente.

[57] Este número y el 5°, en que juzgamos comprendido al Presidente de la República y á los Gobernadores de Provincia, debieron encontrarse reunidos. Los diputados de la nacion ó de una Provincia, caerán tambien en su caso bajo la prohibicion del número 5°, amen de las penas que puedan aplicarles los cuerpos de que formen parte.

[58] ¿Hay aquí una nulidad relativa ó absoluta? La circunstancia de no poder alegarla una de las partes, no es bastante decisiva (vé art. 1049), pues por los artículos 1048 inciso 2° y 1050 inciso 1° se vé que no siempre puede la nulidad absoluta ser alegada por ambas partes. Segun el artículo 1041 y nota 9, la nulidad debiera ser absoluta, pero en la duda debemos resolver que es relativa (final de la nota 20 al art. 1048 citado).

Los escritores franceses están muy divididos, y presentan una solucion distinta para el

CAPÍTULO IV

DE LAS CLÁUSULAS QUE PUEDEN SER AGREGADAS AL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA

1365. Art. 42. — Las partes que *contratan* la compra y venta de alguna cosa, [59] pueden, por medio de cláusulas especiales, subordinar á condiciones, ó modificar como lo juzguen conveniente las obligaciones que nacen del contrato. *Aubry*, § 352. [Vé nota al art. 2665].

1366. Art. 43. — Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida á persona alguna; mas no á una persona determinada. *De Freitas* 2010°. [Vé arts. 2614 á 2616].

1367. Art. 44. — *Venta á satisfaccion del comprador*, es la que se hace con la cláusula de no haber venta, ó de quedar deshecha la venta, si la cosa vendida no agradase al comprador. *Freitas* 2011°. [60]

1368. Art. 45. — *Venta con pacto de retroventa*, es la que se hace con cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo á este el precio recibido, con esceso ó disminucion. *Freitas* 2012°. [Vé arts. 1382 á 1392]. [61]

1369. Art. 46. — *Pacto de reventa*, es la estipulacion de poder el comprador restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiese pagado, con esceso ó disminucion. *Freitas* 2013°. [Vé art. 1393]. [62]

1370. Art. 47. — *Pacto de preferencia*, es la estipulacion de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo á cualquier otro por el tanto, [63] en caso de querer el comprador venderla. *Freitas* 2014°. [Vé arts. 1394 á 1398].

1371. Art. 48. — *Pacto de mejor comprador*, es la estipulacion de quedar deshecha la venta, si se presentase otro comprador que ofreciese un precio mas ventajoso. *De Freitas* 2015°. [Vé arts. 1399 á 1405].

Art. 42. — [Vé] Cód. Francés, art. 1584, y sobre él Troplong. — Italiano, art. 1449.

Art. 43. — L. 43, Tít. 5°, Part. 5ª. [Vé á Maynz, § 249, n° 6°, 4ª edicion].

Art. 45. — Sobre el pacto de retroventa, L. 42, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo 1731°, Cód. Francés 1658° á 1673°].

Art. 48. — L. 40, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo 1722°].

---

caso del número 5° del presente artículo. Vé á los anotadores de Zachariæ y á Demolombe, XXIX, 69 y 70 : en contra, Marcadé, al artículo 1596 número III y al 1597 número III, etc.

[59] Es un galicismo y una impropiedad jurídica á la vez : nota 2 hácia el artículo 495.

[60] Aquí la condicion es espresa y verdadera : en el artículo 1338 es legalmente presunta : vé artículos 1379 á 1381.

[61] O exactamente el precio recibido.

[62] Lo dicho en la nota anterior.

[63] O mas claramente, teniendo el comprador preferencia sobre cualquier otro, por el tanto.

1372. Art. 49. — La compra y venta condicional tendrá los efectos siguientes, cuando la condicion fuere suspensiva: —

1° Mientras pendiese la condicion, ni el vendedor tiene obligacion de entregar la cosa vendida, ni el comprador de pagar el precio, y solo tendrá derecho para exigir las medidas conservatorias; [Vé art. 545].

2° Si antes de cumplida la condicion, el vendedor hubiese entregado la cosa vendida al comprador, este no adquiere el dominio de ella, y será considerado como administrador de cosa ajena; [64]

3° Si el comprador, sin embargo, hubiese pagado el precio, y la condicion no se cumpliese, se hará restitucion recíproca de la cosa y del precio, compensándose los intereses de este con los frutos de aquella. *Freitas* 2066°. [Vé arts. 1054 inc. 2°, y 1385]. [64]

1373. Art. 50. — Cuando la condicion fuese resolutoria, la compra y venta tendrá los efectos siguientes: —

1° El vendedor y comprador quedarán obligados como si la venta no fuese condicional, y si se hubiere entregado la cosa vendida, el vendedor, pendiente la condicion, solo tendrá derecho á pedir las medidas conservatorias de la cosa; *De Freitas* 2067° *n°* 1°. [65]

2° Si la condicion se cumple, se observará lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas á sus dueños; [66] mas el vendedor no volverá á adquirir el dominio de la cosa sinó cuando el comprador le haga tradicion de ella. *Freitas, allí, n°* 2°. [Art. 577, etc.].

1374. Art. 51. — En caso de duda, la venta condicional se reputará hecha bajo una condicion resolutoria, siempre que antes del cumplimiento de la condicion, el vendedor hubiese hecho tradicion de la cosa al comprador. *Freitas* 2068°, 1ª *parte.* [Vé arts. 1375, 1376 y 1399].

1375. Art. 52. — La venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa [67] hecha bajo una condicion resolutoria, [68] aunque el vendedor no hubiese hecho tradicion de la cosa al comprador. Habiendo habido tradicion, ó habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, [69] la *cláusula de arrepentimiento*

Art. 49. — Troplong, sobre el art. 1584, n°s 54 y siguientes.

Art. 50. — Troplong, lugar citado, números 59 y siguientes.

Art. 51. — Sobre las ventas condicionales, véase LL. 12 y siguientes, Tít. 11, Part. 5ª.

---

[64] Vé el artículo 518 al fin, y nuestra nota á él, así como el artículo 3127; y recuérdese el artículo 513. Es, pues, el comprador, pendiente la condicion, un mero tenedor y no un verdadero poseedor (arts. 2353, 2161 n° 2° y vé el 4016).

El poseedor y dueño es el vendedor.

[65] Pueden verse los artículos 553 á 557, y lo allí dicho.

[66] Es decir, los artículos 575, 581 á 591, 555 y 557.

[67] Esto es, *se presume*, salva la prueba en forma de que se convino en darle el carácter de una condicion suspensiva. Vé los artículos 1371, 1376 y 1399.

[68] Aplicándose en consecuencia el artículo 1373. Vé la nota siguiente.

[69] Para los casos contrarios, habria sido conveniente fijar un plazo *maximum* al ejercicio

tendrá los efectos de la venta bajo pacto de *retroventa*, si fuese estipulada en favor del vendedor; ó tendrá los efectos del pacto de *reventa*, si fuese estipulada en favor del comprador. *Freitas* 2070° *y* 2071°. [Vé arts. 1368, 1369, etc.].

1376. Art. 53. — Si la venta fuese *con pacto comisorio*, se reputará [71] hecha bajo una condicion resolutoria. [72] Es prohibido ese pacto en la venta de cosas muebles. *Freitas* 2072°. [Vé arts. 1382 y 1402 inc. 1°].

1377. Art. 54. — La venta con pacto comisorio tendrá los efectos siguientes: —

1° Si hubo plazo determinado para el pago del precio, el vendedor podrá demandar la resolucion del contrato, desde el dia del vencimiento del plazo, si en ese dia no fuese pagado el precio; [73]

2° Si no hubiese plazo, el comprador no quedará constituido en mora de pago del precio, sinó despues de la interpelacion judicial; [74]

3° Puede el vendedor á su arbitrio demandar la resolucion de la venta, ó exigir el pago del precio. Si prefiriese este último espediente, no podrá en adelante demandar la resolucion del contrato; [75]

4° Si vencido el plazo del pago, el vendedor recibiese solamente una parte del precio, sin reserva del derecho á resolver la venta, se juzgará que ha renunciado este derecho. *Freitas* 2073°. [76]

1378. Art. 55. — La venta con pacto comisorio equivale á la que se hiciere con

Art. 54. — L. 38, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo 1728°].

---

del derecho de arrepentimiento (vé arts. 1383 y 1393); y no debe ser permitido dejar inciertas indefinidamente las obligaciones y las propiedades sobre que recaen, pues importaria una contravencion indirecta del artículo 1366. Freitas 1919°, anula la cláusula de arrepentimiento contraida indefinidamente y sin término. Zachariæ, § 681 nota 6, y Aubry y Rau, § 352 nota 4, estienden el plazo de la retroventa (art. 1383) al *pactum displicentiæ*, que es del que nuestro artículo se ocupa; y tal asimilacion está autorizada por el presente inciso 2°.

[71] Vé la nota 67 y los artículos 1374, 1375 y 1399.

[72] Ley 1ª, Tít. 3, Lib. 18, Dig.; Maynz, § 334 nota 14. Vé artículo 1204 y citas.

[73] Este número, lo mismo que el siguiente, armoniza con el artículo 1071 de Freitas, mas no con nuestro artículo 509, segun el cual el deudor del precio no incurre en mora mientras no sea interpelado (vé el art. 2668); pues el número siguiente no permite decir que el pacto comisorio obra el efecto particular de modificar la regla del espresado artículo 509. Vé nuestra nota siguiente.

[74] O estrajudicial, debió agregar para ser consecuente con el artículo 509. Freitas solo habla de la interpelacion judicial, porque es la única que admite: 1071° número 2°.

[75] El Derecho Romano (Leyes 4ª, §§ 2° y 7°, Tít. 3°, Lib. 18, Dig.) en favor, y los escritores franceses, en contra. Aubry y Rau, § 356 nota 50, 4ª edicion. El inciso parece autorizar la proposicion contraria, es decir, que demandada la resolucion, puede optarse todavía por exigirse el cumplimiento del contrato, á pesar de la máxima *electa una via non datur egressus ad alteram*. Vé arts. 875, 1098, 2177, y á Aubry, n° 323 nota 13.

[76] Leyes 38, proemio, Tít. 4°, Lib. 4°; 6ª, § 2°, Tít. 3°, Lib. 18, Dig. y Ley 4ª, Tít. 54, Lib. 4°, Cód. Maynz, § 334 nota 23. Sobre el pacto comisorio, vé el artículo 1204 con sus citas y notas.

la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio. *De Freitas* 2074° § 1°. [77]

1379. Art. 56. — La venta á satisfaccion del comprador, se reputa hecha bajo una condicion suspensiva, y el comprador será considerado como un comodatario, mientras no declare espresa ó tácitamente que la cosa le agrada. *Freitas* 2075° § 1° *inc.* 1°, *y* 2076°.

1380. Art. 57. — Habrá declaracion tácita del comprador de que la cosa le agrada, si pagase el precio de ella, sin hacer reserva alguna, ó si, habiendo plazo señalado para la declaracion, el plazo terminase sin haber hecho declaracion alguna. *Freitas* 2077°. [Vé art. 1339].

1381. Art. 58. — No habiendo plazo señalado para la declaracion del comprador, el vendedor podrá intimarle judicialmente que la haga en un término improrogable, [78] con conminacion de quedar estinguido el derecho de resolver la compra. *De Freitas* 2079°. [79]

1382. Art. 59. — Las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa. *Freitas* 2081° *inc.* 1°. [Vé arts. 1376 inc. 1°, y 1402° § 1°]. [80]

1383. Art. 60. — El mayor plazo para la retroventa no puede esceder de tres años, desde el dia del contrato. *Freitas, allí, inc.* 3°. [81]

1384. Art. 61. — El plazo de tres años corre contra toda clase de persona, aunque sean incapaces, y pasado este término, se estingue el derecho del vendedor para

Arts. 53, 54 y 55. — Troplong, sobre el artículo 1656.

Art. 59. — Respecto á la venta con pacto de retroventa, y á la definicion que hemos dado de esta cláusula, L. 42, Tít. 5°, Part. 5°. — LL. 2ª y 7ª, Tít. 54, Lib. 4°, Cód. Romano. — Cód. Francés, art. 1659. — Italiano, art. 1515. — Napolitano, art. 1505. — De Luisiana, art. 2545. — El Código de Vaud, art. 1117, declara nula toda venta de inmuebles, hecha bajo condicion suspensiva ó resolutoria, ó con pacto de retroventa. [De Goyena 1436°]. — Troplong, sobre el artículo 1559 [léase 1659].

Art. 60. — La Ley citada de Partida 42, Tít. 5°, Part. 5ª, dice que *cuando quier*, lo que deja bajo una condicion perpétua resolutoria el dominio de las cosas. Cinco años por el Cód. Francés, art. 1660. — Holandés, art. 1556 [léase 1503]. — De Nápoles, art. 1507. — Diez años por el de Luisiana. — Tiempo indefinido por el Cód. de Roma, L. 2ª, Tít. 54, Lib. 4°, Cód. Romano. — Véase Pothier, *Vente*, n° 438. — Troplong, *Vente*, n° 712. — Hemos reducido estos términos, por las malas consecuencias económicas, que trae la incertidumbre de la propiedad. [De Goyena 1437°].

---

[77] Freitas dice con mas propiedad: « La venta que se hiciere con la cláusula de *dominio reservado* ó *propiedad* reservada, hasta el pago del precio, equivale á una venta con pacto comisorio ». Así se marcha de lo conocido á lo desconocido, mientras que nuestro artículo sigue el camino inverso.

[78] Al Juez toca fijarlo: vé artículo 576 y sus referencias.

[79] Cuando se ha dado á la cláusula el carácter de condicion *resolutoria*. En los demás casos (vé art. 1379), el efecto de la mora es solo el de tenerse por cumplida la condicion *suspensiva*, convirtiéndose la obligacion condicional en pura (arts. 527 y 543).

[80] El pacto de retroventa se llama tambien *retracto convencional*.

[81] Y no desde el dia de la entrega de la cosa vendida.

Si se guardó silencio respecto al plazo (arg. art. 2824), ó si se pactó mayor plazo, este queda siempre reducido al de la ley (art. 1660 francés, inc. 2°). Vé nuestras notas á los artículos 2695 y 2696, y la 42 al artículo 2830, respecto á prorogacion del término, y compáralas con las doctrinas de Troplong, n° 711, y Aubry, § 337 notas 5 y 6, que no aprobamos.

resolver la venta, y el comprador queda propietario irrevocable. *Freitas* 2083°, *y Cód. Francés* 1663° *y* 1662°. [Vé art. 3968].

1385. Art. 62. — Recuperando el vendedor la cosa vendida, los frutos [82] de esta serán compensados con los intereses del precio de la venta. *Freitas* 2084°. [Vé arts. 1054 inc. 2°, y 1372 n° 3°].

1386. Art. 63. — El vendedor queda obligado á reembolsar al comprador, no solo el precio de la venta, sinó los gastos hechos por ocasion de la *entrega* de la cosa vendida, [83] los gastos del contrato, [84] como tambien las *mejoras* en la cosa que no sean voluntarias; [85] y no puede entrar en posesion de la cosa, sinó despues de haber satisfecho estas obligaciones. [86]

Art. 61. — Cód. Francés, art. 1662. — Italiano, art. 1518 [léase 1519]. — Napolitano, art. 1508. — Holandés, art. 1558. [De Goyena 1438°]. — Troplong, *Vente*, n° 713.

Art. 62. — Véase Goyena, art. 1448. — El no admite [admite !] la compensacion de los frutos con los intereses. Y en cuanto á los frutos pendientes, las disposiciones respecto al poseedor de buena fé.

Art. 63. — Cód. Francés, art. 1673. — Italiano, art. 1528. — Holandés, art. 1568. — Na-

---

[82] Ninguna duda respecto á los frutos *percibidos* (arts. 557, 590 inc. 1°, y 2425); los que al hacerse la tradicion estén *pendientes* se regirán por el artículo 2428, segun el Dr. Velez: pertenecen al propietario *(fructus augent hœreditatem*, arts. 2524, 2522 y 2331), que abonará los gastos de produccion al poseedor.

El comprador es aquí el propietario hasta el momento de la tradicion al vendedor (art. 1373 n° 2°), pues la condicion de retroventa es resolutoria (art. 1374, Aubry y Rau, § 357 nota 1ª, y demas escritores franceses; Goyena en sus arts. 1436, 1439 y 1440; Freitas 2068°, 2ª parte). Ademas, se trata de una obligacion *de dar* ó restituir (art. 1387 y su arg.) y es por tanto aplicable el artículo 577.

Los frutos *naturales pendientes* en el momento de ejercitarse la retroventa deben, pues, pertenecer al vendedor (art. 583 y arg. arts. 2428 y 2866 inc. 1°); pero en adelante se aplicarán las disposiciones relativas á los poseedores de mala fé (arts. 2440 á 2443). Vé artículos 590 y nota 9, 1373 n° 2° inc. 1°, nota al artículo 124 y artículos 2435 y 2672.

En cuando á los frutos *civiles*, creemos que el presente artículo autoriza á atribuirlos al comprador hasta el momento en que se ejercita la retroventa, aunque no los haya percibido (vé art. 2427 inc. 2°): argumento del artículo 2867.

El tesoro, aunque no es fruto (nota 115 al art. 2870), aumenta la heredad como un accesorio suyo, y el retrayente puede exigirlo por la *condictio sine causa*. Vé nota 68, al artículo 2552 y la 79 al 2558.

Hasta que no se pague el precio, los frutos se compensarán con los intereses.

[83] Freitas 2085° n° 1. Mas propio habria sido decir los gastos *del recibo*, que paga el comprador (art. 1426 inc. último), y los de *la entrega*, el vendedor (art. 1417).

[84] Goyena 1447° n° 1° inc. 1°; Cód. Francés 1673°. Se supone que los haya pagado el comprador: vé artículo 1426 inciso 4°.

[85] De Aubry y Rau § 357 nota 12. Es conforme con el artículo 589, vé el 591. Aubry autoriza al comprador á llevarse las mejoras voluntarias, pudiendo hacerse sin detrimento de la cosa vendida (vé arts. 1622, 1623 y 2876 inc. 2°) y nuestro artículo 2413 inciso 3° suministra un argumento *a fortiori*, quitando toda duda al respecto.

Los gastos se regirán por los artículos 2429 á 2432, 2442, etc.: vé la nota del Dr. Velez al artículo 3942.

[86] Esto importa atribuir al comprador el derecho de retencion: artículos 3942 y nota, 2430 y 2442.

1387. Art. 64. — El comprador está obligado á restituir la cosa con todos sus accesorios, [87] y á responder de la pérdida de la cosa y de su deterioro *causado* por su culpa. *De Freitas* 2086°. [88]

1388. Art. 65. — El derecho del vendedor puede ser cedido, y pasa á sus herederos. Los acreedores del vendedor pueden ejercerlo en lugar del deudor. *Freitas* 2087° § 1°, *y Troplong* n° 703. [Vé arts. 1399 y 1197].

1389. Art. 66. — Si el derecho pasare á dos ó mas herederos del vendedor, ó si la venta hubiese sido hecha por dos ó mas co-propietarios de la cosa vendida, será necesario el consentimiento de todos los interesados para recuperarla. *Freitas* 2087° § 2°. [89]

1390. Art. 67. — La obligacion de sufrir la retroventa pasa á los herederos del comprador, aunque sean menores de edad, [90] y pasa tambien á los terceros adquirentes de la cosa, aunque *en la venta* [91] que se les hubiese hecho, no se hubiere espresado que la cosa vendida estaba sujeta á un pacto de retroventa. [92]

1391. Art. 68. — Si cada uno de los condóminos de una finca indivisa, ha ven-

politano, art. 1519. [De Goyena 1447°].— Pothier, *Vente*, n° 412.—Troplong, *Vente*, n°s 759 y siguientes. — Aubry y Rau, § 357.

Art. 64. — Véase Cód. Francés, art. 1136, y lo establecido respecto á los que tienen la obligacion de dar alguna cosa. — Aubry y Rau, § 357.

Art. 65. — Troplong, *Vente*, n°s 224 y siguientes, y n° 702.

Art. 66. — Cód. Francés, art. 1670. — Italiano, art. 1525. — Napolitano, art. 1516. [De Goyena 1414°]. — Troplong, *Vente*, n° 748.

Art. 67. — Cód. Francés, art. 1664. [De Goyena]. — Italiano, art. 1520. — Troplong, n° 723. — Goyena, art. 1139, espone las razones de la resolucion del artículo.

---

[87] Art. 575 etc. Los artículos 2671 y 2672 tienen aqui aplicacion.

[88] Con sujecion á los artículos 578 á 583, y como se trata de una obligacion *de dar* ó restituir, los artículos 576, 577 y 592 á 596 serán tambien aplicables: vé nuestra nota 82.

[89] El crédito es tan indivisible como su obligacion correlativa: art. 679 y arg. del 667 inc. 2°. Puede compararse con los artículos 1615 y 2682; Cód. Francés 1668° á 1670°, y Goyena 1442° á 1445°. Nuestro artículo 1391 debió figurar á continuacion del presente.

[90] Esta circunstancia nunca es un obstáculo á la trasmision de las obligaciones (art. 1196 inc. 1°). Vé el artículo 3968.

[91] *En el contrato*, debió decir con Goyena, ya que los adquirentes pueden serlo por otro título que el de venta.

En la nota al artículo 1500 se establece, siguiendo el artículo 1673 inciso 2° del Código Francés, que con la retroventa desaparecen las servidumbres é hipotecas (vé arts. 3127 y 3196), lo cual es conforme con la disposicion de los artículos 2671 y 2672.

La accion parece personal *in rem scripta*: vé los artículos 577, 1373 n° 2°, 2505, 2758 y nota al 4025, y Aubry y Rau § 746 notas 14 y 15, 4ª edicion. Compara con Maynz, § 334 notas 8, 24, 38 y 53, § 249 de la 4ª edicion.

[92] Debiendo constar en escritura pública la enajenacion de un inmueble (vé art. 1382) así como los actos jurídicos que le sean accesorios (art. 1185 n°s 1 y 10), como es el pacto de retroventa; regularmente la existencia de este pacto aparecerá en la misma escritura de propiedad.

dido separadamente su parte, [93] puede ejercer su accion con la misma separacion, por su porcion respectiva, y el comprador no puede obligarle á tomar la totalidad de la finca. *Goyena* 1445°; *Cód. Francés, allí.* [Vé arts. 1389 y 2678].

1392. Art. 69. — Si el comprador ha dejado muchos herederos, la accion del vendedor no puede ejercerse contra cada uno, sinó por su parte respectiva, bien se halle indivisa la cosa vendida, ó bien se haya distribuido entre los herederos. Pero si se ha dividido la herencia, y la cosa vendida se ha adjudicado á uno de los herederos, la accion del vendedor puede intentarse contra él por la cosa entera. *Cód. Francés, allí; Goyena* 1446°. [94]

1393. Art. 70. — Las disposiciones establecidas respecto al vendedor, son en todo aplicables á la retroventa cuando fuere estipulada á favor del comprador. *Freitas* 2089°. [Vé art. 1369].

1394. Art. 71. — La venta con *pacto de preferencia* no da derecho al vendedor para recuperar la cosa vendida, sinó cuando el comprador quisiere venderla ó darla en pago, y no cuando la enajenase por otros contratos, ó constituyese sobre ella derechos reales. *Freitas* 2090°. [Vé arts. 1405 y 1370]. [95]

1395. Art. 72. — El vendedor está obligado á ejercer su derecho de preferencia dentro de tres dias, si la cosa fuere mueble, despues que el comprador le hubiese hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en ese tiempo no lo ejerciese. Si fuere cosa inmueble, despues de diez dias bajo la misma pena. En ambos casos está obligado á pagar el precio que el comprador hubiere encontrado, ó mas ó menos si hubieren pactado algo sobre el precio. Está obligado tambien á satisfacer cualesquiera otras ventajas que el comprador hubiere encontrado, y si no las pudiese satisfacer, queda sin efecto el pacto de preferencia. *Freitas* 2091°.

1396. Art. 73.— El comprador queda obligado á hacer saber al vendedor el precio y las ventajas que se le ofrezcan por la cosa, pudiendo al efecto hacer la intimacion judicial; y si la vendiese sin avisarle al vendedor, la venta sera válida; pero debe indemnizar á este todo perjuicio que le resultare. *De Freitas* 2092°. [96]

1397. Art. 74. — 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 á ser notificado sobre el dia y lugar en que se ha de hacer

Art. 68. — Cód. Francés, art. 1671. — Italiano, art. 1526. — Holandés, art. 1567. — De Luisiana, art. 2561. — El comprador no puede decir que ha comprado un cuerpo indivisible, pues que él mismo entró voluntariamente en la comunion de la cosa. [De Goyena, allí].

Art. 69. — Cód Francés, art. 1672. — Holandés, art. 1568. — De Luisiana, art. 2562. [De Goyena, allí].

---

[93] Hay entónces no una sola venta como en el caso del artículo 1389, sinó tantas cómo partes enajenantes y precios distintos (nuestra nota 10).

[94] Vé los artículos 3487, 3492 y 3500.

[95] Este es el *pactum protimiseos* de los Romanos. El artículo 1405 trae una disposicion análoga á la presente.

[96] Zachariæ, § 681 nota 3; Aubry y Rau, § 352 nota 5, 4ª edicion. La validez de la venta debió juzgarse por los artículos 592 á 596. Vé nota 102.

el remate [De Freitas 2093°]. Si no se le hiciese saber por el vendedor, ó de otro modo, debe ser indemnizado del perjuicio que le resulte.

1398. Art. 75. — El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse ni pasa á los herederos del vendedor. *Freitas* 2094°. [Art. 1455]. [97]

1399. Art. 76. — El *pacto de mejor comprador* [98] puede ser cedido y pasa á los herederos del vendedor. Los acreedores del vendedor pueden tambien ejercer ese derecho *en caso de concurso*. *Freitas* 2104°. [Vé arts. 1371 y 1388]. [99]

1400. Art. 77. — El pacto de mejor comprador se reputa hecho bajo una condicion resolutoria, si no se hubiere pactado espresamente que tuviese el carácter de condicion suspensiva. *Freitas* 2095°. [100]

1401. Art. 78. — El mayor precio ó la mejora ofrecida debe ser por la cosa como estaba cuando se vendió, sin los aumentos ó mejoras ulteriores. *Acevedo* 1723° § 2°.

1402. Art. 79. — Si la cosa vendida fuere mueble, el pacto de mejor comprador no puede tener lugar. *De Freitas* 2097° § 1°. [Vé arts. 1376 inc. 2° y 1382].

Si fuère cosa inmueble, no podrá esceder del término de tres meses. *De Freitas, allí,* § 2°. [101]

1403. Art. 80. — El vendedor debe hacer saber al comprador [102] quién sea el mejor comprador y qué mayores ventajas le ofrece. Si el comprador propusiese iguales ventajas, tendrá derecho de preferencia; si no, *podrá* el vendedor disponer de la cosa á favor del nuevo comprador. *Acevedo* 1724°. [103]

Art. 76. — Véase L. 40, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo 1722°].

Art. 80. — L. 40, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo, allí].

---

[97] Luego tampoco podrán ejercerlo sus acreedores: vé el artículo 1197 con la nota 116 y compara con los artículos 1388 y 1399.

[98] Este es el pacto *addictionis in diem* ó *in diem addictio* del Digesto romano (Tít. 2°, Lib. 18).

[99] Esta limitacion del derecho de los acreedores al *caso de concurso* no armoniza con el espíritu del artículo 1197, que no es aceptado por Freitas.

[100] Leyes 2ª y 4ª, § 5°, Título 2°, Lib. 18, y 2ª, § 4°, Tít. 4°, Lib. 41, Dig.; Maynz, § 334 (§ 249 de la 4ª edicion), nota 28.

Los artículos 1374 á 1376 traen disposiciones análogas.

[101] Contados desde el dia del contrato: argumento artículo 1383.

[102] Si el vendedor dispone sin aviso á favor de un tercero, será nula la venta si el comprador poseia el inmueble (art. 1330 inc. 1°), en caso contrario la enajenacion se regirá por los artículos 594 á 596. En ambos casos aplica Freitas el artículo 1396, sin advertir que allí el dueño es el comprador. Vé nuestras notas 96 y 103.

[103] Los efectos de la resolucion se regirán por los artículos 1385 á 1387, que son disposiciones de derecho comun.

Si el vendedor no enajena al segundo comprador, á pesar de la interpelacion del primero (art. 509), el pacto de mejor comprador quedará sin efecto, aunque no hayan trascurrido los tres meses del artículo 1402.

Los pactos de los artículos 1367 á 1371 suscitarán siempre gravísimas cuestiones de derecho y debieron por tanto ser prolijamente legislados. Vé la nota anterior, y pueden verse las demas que siguen á la 63.

1404. Art. 81. — Cuando la venta sea hecha por dos ó mas vendedores en comun, ó á dos ó mas compradores en comun, ninguno de ellos podrá ser nuevo comprador. *Freitas* 2101°. [104]

1405. Art. 82. — No habrá mejora por parte del nuevo comprador, que dé lugar al pacto *de preferencia,* [105] sinó cuando hubiese de comprar la cosa, ó recibirla en pago, y no cuando se propusiese adquirirla por culquier otro contrato. *Freitas* 2102°.

1406. Art. 83. — Si la venta fuese *aleatoria,* [106] por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen á existir, [107] el vendedor tendrá derecho á todo el precio aunque la cosa no llegue á existir, si de su parte no hubiese habido culpa. *Freitas* 2109°. [Vé art. 1333].

1407. Art. 84. — Si la venta fuese aleatoria por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen á existir en cualquiera cantidad, [107] el vendedor tendrá tambien derecho á todo el precio, aunque la cosa llegue á existir en una cantidad inferior á la *espresada;* mas si la cosa no llegase á existir, no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio, si lo hubiese recibido. *Freitas* 2110°.

1408. Art. 85. — Si fuese aleatoria por haberse vendido cosas existentes, sujetas á algun riesgo, tomando el comprador ese riesgo, [107] el vendedor tendrá igualmente derecho á todo el precio, aunque la cosa hubiese dejado de existir en todo, ó en parte en el dia del contrato. *Freitas* 2111°. [Vé art. 2103 n° 2°].

1409. Art. 86. — La venta aleatoria del artículo anterior, puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo á que la cosa estaba sujeta. *Freitas* 2112°. [Vé arts. 1334 y 2067].

CAPÍTULO V

DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

1410. Art. 87. — El vendedor no puede cambiar el estado de la cosa vendida, y

---

[104] Esto se establece en odio al condominio (vé la 2ª parte de la nota 43 al art. 2694).

[105] Esta inadvertencia no existe en Freitas : ha debido decir *pacto de mejor comprador,* que es del que ahora tratamos, lo que se comprueba por el artículo 1394.

[106] Sobre esta materia los escritores franceses son deficientes : Toullier, VI, 104 y 503 ; Troplong, nos 204 y 205 ; Demolombe, XXIV, 305 á 307 ; Zachariæ, § 680 y nota 2 ; Maynz, § 294 notas 16 á 19 (§ 209 notas 16 á 20, 4ª edicion).

[107] Si el contrato calla al respecto, la naturaleza del acto (vé art. 1174) debe determinarse por el precio, la costumbre y demás circunstancias, para deducir que se ha vendido la esperanza ó solamente la cosa que existirá.

En la duda, la cuestion debe resolverse contra el enajenante, que pudo y debió esplicarse con claridad, segun Demolombe, XXIV, 306, y demás escritores franceses, que aplican la disposicion escepcional del artículo 1602 del Código Napoleon ; pero nosotros debemos resolver la duda en favor del obligado ó sea del vendedor (art. 1162 del mismo Código ; vé á Demolombe, XXV, 23 á 29), tanto mas que se trata de un contrato esencialmente *conmutativo* ú oneroso, como observa Maynz (§ 294 despues de la nota 19 ; § 209, 4ª edicion).

En el artículo 1407 léase *esperada* en vez de *espresada.* Así está en Freitas y tal espresion es mas apropiada al caso.

está obligado á conservarla tal como se hallaba el dia del contrato, [108] hasta que la entregue al comprador. *Aubry,* § 354 *n*ª 15, *y Freitas* 2033° *n*° 1°.

1411. Art. 88. — El vendedor debe entregar la cosa vendida, [109] libre de toda otra posesion, [110] y con todos sus accesorios [111] en el dia convenido, y si no hubiese dia convenido, el dia en que el comprador lo exija. *Freitas, allí, n*° 2°, *inc.* 1°; *Maynz* § 289 *notas* 1ª *y* 14, *y Aubry, allí, nota* 17. [112]

1412. Art. 89. — La entrega debe hacerse en el lugar convenido, y si no hubiese lugar designado, en el lugar en que se encontraba la cosa vendida, en la época del contrato. *Aubry, hácia nota* 11; *Cód. Francés* 1609°. [Art. 747 inc. 2°].[113]

1413. Art. 90. — El vendedor está obligado tambien á recibir el precio en el lugar convenido, y si no hubiese convenio sobre la materia, en el lugar y tiempo de la entrega de la cosa, si la venta *fuese* [114] á crédito. *De Freitas* 2023° n° 4°.

1414. Art. 91. — Si el vendedor no entrega la cosa al tiempo fijado en el contrato, el comprador puede pedir la resolucion de la venta ó la entrega de la cosa. *Cód. Francés* 1610°. [115]

Art. 87. — Cód. Francés, art. 1136.—Italiano, art. 1219.—Aubry y Rau, § 354.—Las obligaciones del vendedor están en su mayor parte establecidas en el Título *De las obligaciones de dar.* [Art. 574, etc. Vé arts. 1411, 1412 y 1418].

Art. 88. — L. 28, Tít. 5°, Part. 5ª. — Troplong, *Vente,* Núm. 723 [léase 323 y 324. De Acevedo 1689°, y Aubry].

Art. 89. — LL. 28, Tít. 5°, Part. 5ª; y 15, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1685°].

Art. 91. — L. 27, Tít. 5°, Part. 5ª; y L. 5ª, Tít. 6°, Part. 5ª. [De Acevedo 1686°].

---

[108] Pero los frutos le pertenecen, salvo pacto contrario, y puede percibirlos: vé artículos 583 y 1418.

Este artículo, á semejanza del francés, debió generalizarse y ser colocado en el Título «De las obligaciones de dar», hácia el artículo 575: vé la nota del Dr. Velez.

[109] Vé artículos 1420 á 1125.

[110] Vé el artículo 1500 con nuestra nota á él.

[111] El artículo 1428 debió colocarse aquí. Agrega el presente al 575. Colocando bajo un solo capítulo los derechos y las obligaciones de vendedor y comprador, el método y la claridad habrian ganado mucho.

[112] Debe complementarse esto con el artículo 1429. Si la exigencia del comprador es perentoria y demasiado angustiosa, el Juez debe fijar el término para la entrega (art. 576).

El inciso se entiende sin perjuicio de la disposicion del artículo 1202. Vé nuestra nota 125.

Si la cosa vendida es indeterminada, se aplicará el artículo 747 inciso 3°.

Nuestro artículo suministraba materia para artículos é incisos distintos.

[113] Tambien esto debe complementarse por el artículo 576, que consideramos de mas natural aplicacion que el artículo 747 inciso 3°.

[114] Debe leerse, *no fuese;* pues cuando la venta es á crédito, la entrega de la cosa antecede naturalmente al pago del precio.

[115] Esto guarda armonía con el artículo 1148 Francés, de que es una aplicacion; pero no coincide con nuestro artículo 1205, ni es congruente con los artículos 1423, 1424 y 1431 á 1434 y con la nota del Dr. Velez á este último, y solo con el artículo 1422 armoniza.

1415. Art. 92. — Si el vendedor se hallare imposibilitado para entregar la cosa, el comprador puede exigir que inmediatamente se le devuelva el precio que hubiese dado, sin estar obligado á esperar que cese la imposibilidad del vendedor. *Acevedo* 1686° § 2°. [116]

1416. Art. 93. — Debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la eviccion al comprador, cuando fuese vencido en juicio por una accion de reivindicacion ú otra accion real. Debe tambien responder de los vicios redhibitorios de la cosa vendida. *Freitas* 2023° *n*°s 5° *y* 6°. [Vé arts. 2091 á 2129 y 2166 á 2183].

1417. Art. 94. — El vendedor debe satisfacer los gastos de la entrega de la cosa vendida, [117] si no hubiese pacto en contrario. *Cód. Francés, allí.* [118]

1418. Art. 95. — Mientras el vendedor no hiciese tradicion de la cosa vendida, los peligros de la cosa como sus frutos ó accesiones, serán juzgadas por el Título *De las Obligaciones de dar,* [119] sea la cosa vendida cierta ó incierta. *De Freitas* 2024° y 2025°.

1419. Art. 96. — Lo que *en adelante* se dispone sobre la tradicion en general de las cosas, es aplicable á la tradicion de las cosas vendidas. *Freitas* 2026° § 1°; *Acevedo* 1684°. [Vé arts. 2380 á 2391].

Art. 93. — LL. 32, 63 y siguientes, Tít. 5°, Part 5ª. — Cód. Francés, art. 1603 [y 1625]. Italiano, art. 1462. — De Nápoles, art. 1419. [De Goyena 1383° y 1397°. Chile 1837°].

Art. 91. — Se infiere de la L. 32, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1608. — Italiano, art. 1461 [cita errada]. — De Nápoles, art. 1454. [De Goyena 1388°].

---

[116] En contra, Aubry y Rau, § 354 nota 14. Este artículo incurre en la misma crítica de nuestra nota precedente; y parece que se refiere á la incapacidad relativa y transitoria ó á la absoluta culpable, pues si esta última es inculpable, deberán regir los artículos 889 á 896.

[117] Porque la tradicion en las obligaciones de dar constituye el pago, y los costos ó gastos del pago son de cuenta del deudor. Vé la nota al artículo 749.

[118] Parece que en defecto de pacto, debe atenderse al uso: artículo 1199. Troplong, número 288; Freitas 2023° número 7°. Compara con Demolombe, XXVII, 291.

[119] Artículos 578 á 583, 604 y 610 á 612. La redaccion de nuestro artículo es impropia, ya haya querido limitarse á decir que los peligros, frutos y accesiones corresponden al comprador *(casum sentit dominus:* nuestra nota 5 hácia el art. 578), ya estender especialmente á la venta la prescripcion de los artículos citados.

La mora del comprador en recibir la cosa no basta para quebrar la regla, como establece Freitas en su artículo 2024 citado, ni la intimacion judicial de los artículos 764 y 766 (vé el 759 con la nota 33), puede producir el efecto de pasar al comprador los peligros y aumento de la cosa vendida, pues el deudor continúa siendo dueño (Pothier, *Obligations,* n° 570; etc.), y mientras no sea aceptada, puede retirarla (art. 761) y aprovechar de sus frutos y accesiones; aunque esto último puede tambien hacerlo el acreedor con su aceptacion.

Solo por la via indirecta de los daños y perjuicios el deudor moroso (vé arts. 509, 510 y 1422 á 1425) vendrá en la mayor parte de los casos (vé arts. 513 y 893) á sufrir la pérdida ó el deterioro de la cosa. Compara con la nota del Dr. Velez al artículo 578; Duranton, XII, números 222, 226 y 229; Aubry y Rau, § 322 nota 24; Freitas 1082° y á Maynz, § 265 (180 de la 4ª edicion), notas 4 y 6 y en seguida de la 10ª. Vé tambien la nota del Dr. Velez al artículo 1527.

1420. Art. 97. — El vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiese pagado el precio. *Cód. Francés* 1612°. [120]

1421. Art. 98. — Tampoco está obligado á entregar la cosa, cuando hubiese concedido un término para el pago, si despues de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzase de pagar en el plazo convenido. *Goyena* 1390°. [121]

1422. Art. 99. — Si la cosa vendida fuese mueble, y el vendedor no hiciese tradicion de ella, el comprador, si hubiese ya pagado el todo ó parte del precio ó hubiese comprado á credito, tendrá derecho para disolver el contrato, exigiendo la restitucion de lo que hubiese pagado, con los intereses de la *demora* é indemnizacion de perjuicios; ó para demandar la entrega de la cosa y el pago de los perjuicios. *Freitas* 2027° n° 1°. [122]

1423. Art. 100. — Si la cosa fuese fungible, ó consistiese en cantidades *que el vendedor hubiese vendido á otro,* [123] tendrá derecho para exigir una cantidad cor-

Art. 97. — « L. 27, Tít. 5°, Part. 5ª, y véase L. 46, Tít. 28, Part. 3ª. — Instit. § 41, Tít. 1°, Lib. 2°. » [Acevedo 1688°, y Goyena 1389°; Alvarez n° 921; Mackeldey, § 386 inc. 1°].

Art. 98. — Cód. Francés, art. 1613. — De Nápoles, art. 1459. — Holandés, art. 1515. [De Goyena, allí].

Art. 99. — Cód. Francés, art. 1610. [Esta cita corresponde á nuestro art. 1411].

---

[120] Las entregas respectivas de la cosa y del precio en las ventas que no son á crédito, deben ser casi simultáneas, salvo convencion en contrario (art. 1426 inc. 2° y su arg. y arg. del 510); pero segun nuestro artículo, si el vendedor lo exige, la entrega del precio debe preceder al ménos un instante de razon, lo cual es muy justo y razonable. Vé nuestras notas 122 y 126, y el artículo 1430.

La disposicion del artículo 1638 sobre arrendamiento ó locacion de servicio, es casi idéntica.

[121] El deudor insolvente pierde el beneficio del término: artículos 572, 573. Es aqui aplicable el art. 2002 y en su caso el 1996. El fiador no corre el riesgo de los artículos 572 y 573.

El artículo 1427 acuerda al comprador un derecho correlativo.

[122] En la venta de bienes *muebles* no fungibles (vé art. 1423) se hace una escepcion al principio consignado en el artículo 1205, y la escepcion confirma la regla para los casos no esceptuados *(Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis)*: artículos 1423 y 1424. Compara con el artículo 1414 y la nota 115.

Optando el comprador por la resolucion, podrá pedir la entrega de la cosa, y *vice-versa*. Demolombe, XXV, 530 á 532. Lo que no está prohibido, está permitido. En contra, Freitas 2029°.

Cuando la venta no fué á crédito, mientras el precio no esté pago totalmente, el vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida, lo que viene á servirle á manera de prenda: artículo 1420. Ley 13, § 8°, Tít. 1°, Lib. 19, *Dig. de act. empti et venditi.*

Este artículo, al acordar la facultad de la cláusula comisoria (art. 1205) al comprador que solo ha pagado parte del precio, contiene por tanto otra escepcion difícil de armonizar con el artículo 1420 citado. Vé artículos 510, 742 y 744. Verdad es que Freitas no adopta el artículo 1612 del Código Francés.

En el artículo debe leerse *mora*, en vez de *demora*: artículos 509, 1425, etc.

Los artículos 592 y 593, lo mismo que el 1389, se aplicarán en su caso.

[123] Estas palabras, agregadas al testo de Freitas, están de mas, pues la circunstancia de

respondiente de la misma especie y calidad, [124] y la indemnizacion de perjuicios. *Freitas* 2027° *n°* 4°.

1424. Art. 101. — Si la cosa vendida fuese inmueble, comprada á crédito sin plazo, ó estando ya vencido el plazo para el pago, [125] el comprador solo tendrá derecho para demandar la entrega del inmueble, haciendo depósito judicial del precio. *De Freitas* 2028° *n°* 1°. [126]

1425. Art. 102. — Lo dispuesto sobre la *mora* y sus efectos en el cumplimiento de las obligaciones, es aplicable al comprador y vendedor, cuando no cumpliesen á tiempo las obligaciones del contrato ó las que especialmente hubiesen estipulado. [Arts. 508 á 510, 513 al fin y 893].

CAPÍTULO VI

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

1426. Art. 103. — El comprador debe pagar el precio de la cosa comprada, en el lugar y en la época *determinada* en el contrato. Si no hubiese convenio sobre la materia, debe hacer el pago en el tiempo y lugar en que se *haga* [127] la entrega de la cosa. Si la venta ha sido á crédito, ó si el uso del país concede algun término para el pago, el precio debe abonarse en el domicilio del comprador. [128] Este debe

---

la venta ni es la única, como que cualquier acto jurídico traslativo de dominio seria lo mismo, ni es decisiva (vé los artículos 592 y 593, que rigen las cosas fungibles cuando por la individualizacion pierden su carácter: art. 609), y nuestros artículos solo toman en cuenta la renuncia ó la mora del deudor. Si, como parece, el artículo trata de cosas fungibles *no individualizadas*, la impropiedad es mas resaltante aun. Vé la nota siguiente.

No percibimos la razon por qué no se acuerda al comprador de cosas fungibles la misma opcion que el artículo anterior atribuye al de cosas muebles no fungibles, y el artículo 610 parece suministrar un argumento de analogía en favor de la opcion.

No es dudoso, por los demás, que los artículos 610 á 612 se aplicarán en su caso: artículo 1418.

[124] O de un modo mas claro y completo: «El *comprador solo* tendrá derecho para exigir *otro individuo de la especie* (vé art. 2326) ó una cantidad correspondiente de la misma especie y calidad (como ya se dispone en el art. 607), y la indemnizacion de perjuicios, *que la mora del vendedor en entregar la cosa* (en tiempo propio) *le haya causado*»: vé artículo 1425.

[125] El artículo no regirá, si el plazo no está vencido: la nota siguiente. No encuentro razon para que tambien en este caso se exija consignacion del precio, como lo hace Freitas.

[126] Este artículo y los dos anteriores legislan en el supuesto de que el vendedor no haya hecho entrega, y en tal caso el comprador no puede constituirlo en mora (arts. 510 y 1420), mientras no pague el precio al vendedor ó lo consigne en su defecto (arts. 756 y 757). Hasta entónces, ni tiene derecho á los frutos (vé nuestra nota 119), ni á los perjuicios que haya podido sufrir (arts: 1120 y 1420 combinados), y mas bien habrá de pagarlos el comprador moroso (art. 1434). Al establecer Freitas otra cosa, se separa de los principios del derecho.

El presente no condice con el artículo 1414: vé nuestras notas 115 y 122.

[127] O *deba hacerse:* vé el artículo 1420 y su nota.

[128] Es deudor del precio (arts. 747 inc. 3°, y 618 inc. 3°). Estos dos incisos del presente artículo, armonizan con el 749 y le sirven de complemento.

pagar tambien el instrumento de la venta, [129] y los costos del recibo de la cosa comprada. *Aubry, allí; Cód. Francés* 1650°, 1651°, 1593° y 1608°; *Freitas* 2044° *n*°s 2° *y* 3°. [130]

1427. Art. 104. — Si el comprador tuviese motivos fundados de ser molestado por reivindicacion de la cosa ó por cualquier accion real, puede suspender el pago del precio, á menos que el vendedor le afiance su restitucion. *Cód. Francés, allí.* [131]

1428. Art. 105. — El comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor no le entregase exactamente lo que espresa el contrato. Puede tambien rehusar el pago del precio, si el vendedor quisiese entregar la cosa vendida sin sus dependencias ó accesorios, ó cosas de especie ó calidad diversa de la del contrato; ó si quisiese entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado. *De Freitas* 2059° § 1° *y* 2058°. [132]

1429. Art. 106. — El comprador está obligado á recibir la cosa vendida en el término fijado en el contrato, ó en el que fuese de uso local. A falta de un término convenido ó de uso, inmediatamente despues de la compra. *Aubry* § 356 *n*° 1°; *Freitas* 2044° *n*° 1°. [Vé art. 1411].

1430. Art. 107. — Si el comprador á dinero de contado, no pagase el precio de la venta, el vendedor puede negar la entrega de la cosa mueble vendida. *Freitas* 2053°. [133]

1431. Art. 108. — Si el comprador no pagase el precio de la cosa mueble comprada á crédito, el vendedor solo tendrá derecho para *cobrar los intereses de la*

Art. 103. — L. 28, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 1650 y 1651. — Italiano, arts. 1472 y 1473 [léase 1507 y 1508]. — Toullier, Tom. 7°, n° 92. — Duranton, Tom. 16, n° 331. — Aubry y Rau, § 356 n° 2. [De Aubry, allí, y de Goyena 1429°].

Art. 104. — L. 18, Tít. 6°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, art. 1653. — Italiano, art. 1510. — Napolitano, art. 1499. — Holandés, art. 1552. [De Goyena 1431°].

Art. 105. — Véase L. 28, Tít. 5°, Part. 5ª [citada bajo los arts. 1411, 1412 y 1426].

---

[129] Le interesa para prueba y garantía de su adquisicion: ve artículo 1194.

[130] Porque tiene la obligacion de recibir la cosa (art. 1429), y en caso contrario paga los gastos del depósito ó intimacion judicial (arts. 757 n° 1°, 760 inc. 1°, y 764).

[131] Aquí debió colocarse el artículo 1435, que sirve á este de complemento. Compara con el artículo 1421 y su nota, y vé el 1489. Como esplicacion del presente artículo vé á Aubry y Rau, § 356 notas 10 á 19, 4ª edicion; Goyena á su artículo 1431, y Troplong al artículo 1653 francés; advirtiendo que el comprador no debe intereses, sinó despues de ser moroso (arts. 509, 510, 622, 1431 y 1434), y que no es exacto que ninguna diferencia exista entre la consignacion y el pago, como dice Troplong, número 611, página 101. Vé nuestras notas 119 y 144.

[132] Este artículo no es mas que una aplicacion de los principios consignados en los artículos 740, 742 y 745. Respecto á los accesorios, vé nuestra nota 111, y respecto al órden de colocacion de estos artículos, vé la nota siguiente.

[133] En presencia de la disposicion general del artículo 1420, el presente es no solo supérfluo sinó perjudicial. Este artículo, el siguiente y el 1434 tenían su natural colocacion despues del 1428, y el 1429 habría entónces precedido al 1432.

demora, [134] y no para pedir la resolucion de la venta. *Freitas* 2056°. [Vé arts. 3895 á 3897].

1432. Art. 109. — Si el comprador de una cosa mueble deja de recibirla, el vendedor, despues de constituido [135] en mora, tiene derecho á cobrarle los costos de la conservacion [136] y las pérdidas é intereses; y puede hacerse autorizar por el juez para depositar la cosa vendida en un lugar determinado, [137] y demandar el pago del precio ó bien la resolucion de la venta. *Aubry, allí.* [138]

1433. Art. 110. — Si la venta hubiese sido de cosa inmueble, y el vendedor hubiese recibido el todo ó parte del precio, ó si la venta se hubiese hecho á crédito y no estuviere vencido el plazo para el pago, y el comprador se negase á recibir el inmueble, el vendedor tiene derecho á pedirle los costos de la conservacion é indemnizacion de perjuicios y á poner la cosa en depósito judicial por cuenta y riesgo del comprador. *Freitas* 2046° *n°* 1°. [139]

1434. Art. 111. — Si el comprador no pagase el precio del inmueble comprado á crédito, [140] el vendedor solo tendrá derecho para cobrar los intereses de la *demora,* [141] y nó para pedir la resolucion de la venta, á no ser que en el contrato estuviese espresado el pacto comisorio. *Freitas* 2057°. [Vé arts. 1205 y 3926 á 3928]. [142]

Art. 109. — « Pothier, *Vente,* n°s 291 y siguientes. — Duranton, Tom. 16, n° 333. — Troplong, *Vente,* n° 675. — [Citas de] Aubry y Rau, § 356.

Art. 111. — Véase Código de Austria, art. 919. — En contra L. 58, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1184. — De Luisiana, art. 2041. — De Nápoles, art. 1137. [Citas del art. 1205].

En el artículo 68 del Título *De los contratos en general,* hemos establecido que la condicion resolutoria puede estipularse en los contratos, reservándose cada una de las partes la facultad de no cumplirlo, si la otra no lo cumpliese. Es decir, que si el pacto comisorio

---

[134] Debe leerse, « para *cobrarlo* (el precio) *con* los intereses de la *mora* », como trae Freitas y lo exige la razon. Vé nuestra nota 115, así como el final del artículo 3897.

[135] Léase: despues de constituido *aquel,* ó despues de *haberlo* constituido.

[136] Se dice á mayor abundamiento, pues están comprendidos en las pérdidas é intereses.

[137] Debe esto modificarse y complementarse por los artículos 764 á 766.

[138] Con los intereses moratorios, en el primer caso (arts. 622 y 1431); y con las pérdidas é intereses, en el segundo: artículo 508.

Si el comprador hubiese ya pagado el precio de la cosa mueble, ó comprado á crédito, el vendedor no tendrá derecho á pedir la resolucion de la venta: argumento *á fortiori* de los artículos 1431 y 1433. La estabilidad de las convenciones así lo exige.

[139] Vé nuestras notas 136 y 137. Aquí el depósito judicial de la cosa es *por cuenta* y *riesgo* del comprador (vé la nota 119), y le pertenecerán, en consecuencia, los frutos y las accesiones (vé art. 1418), salvo si el depósito es juzgado ilegal. El vendedor no podrá regularmente sacarla del depósito: compara esto con el artículo 761 inciso 1°.

[140] Si no dió término para el pago, se aplica el artículo 3925. Esto es, sin perjuicio del privilegio que goza en todos los casos (art. 3926, etc.).

[141] Lo dicho en la nota 134. En caso de concurso ó falencia del comprador, se aplicarán los artículos 3926 á 3928.

[142] Compárese con el artículo 1414 y la nota 115.

1435. Art. 112. — El comprador no puede negarse á pagar el precio del inmueble comprado por aparecer hipotecado, siempre que la hipoteca pueda ser redimida inmediatamente por él ó por el vendedor. *De Freitas* 2064°. [Vé arts. 757 n° 7°, 3179, 3180 y 2107]. [144]

TÍTULO IV

De la cesion de créditos [1]

1436. Art. 1°. — Habrá cesion de crédito, cuando una de las partes se obligue á trasferir á la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, [2] entregándole el título del crédito, si existiese. *Freitas* 2177°. [Vé arts. 769, 817 y nota al 1495]. [3]

1437. Art. 2°. — Si el derecho creditorio fuése cedido por un precio en dinero, ó rematado, ó dado en pago, ó adjudicado en virtud de ejecucion de una sentencia, la cesion será juzgada por las disposiciones sobre el contrato de compra y venta,

no fuese espreso, no es entendido en los contratos bilaterales, y cada una de las partes solo tendrá derecho á pedir la ejecucion del contrato. El Código Francés, en el artículo citado, dispone lo contrario: que la condicion resolutoria es siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso que uno de los contratantes no cumpliese su obligacion. Esta resolucion del Código Francés es aceptada por los Códigos tambien citados. Pero el Código de Austria, art. 919, dispone lo siguiente: « Cuando una de las partes no cumpliese el contrato, la otra no puede pedir su resolucion sinó únicamente compelerle á su cumplimiento. » Nosotros seguimos en esta parte al Código de Austria. En las Leyes Romanas no hay disposicion espresa sobre la materia. La Ley de Partida parece, en efecto, disponer lo mismo que el Código Francés, dice así: *Muévense los ommes á las vegadas á vender sus cosas por pleitos que les facen ante en las vendidas, ó por cosas que les prometen, de modo que si esto no les prometiesen de otra guiza non las querrian vender. E por ende decimos que cuando alguno vendiere su cosa sobre tal pleito, que conviniere* [léase conviene] *de todas guizas que el pleito sea guardado. Ca si no lo guardasen de la manera que fué puesto, desfazerse y ha por ende la vendida.* [De Goyena 1042°]. [143]

Las condiciones resolutorias tácitas no nacen de los contratos. Los que compran y venden, aplazando el pago del precio, y no ponen la cláusula ó la condicion resolutoria del pacto de la ley comisoria, nada estipulan respecto á la resolucion del contrato; no hay en este caso una ley especial del contrato que en el hecho de faltar á ella una de las partes, lo deje sin efecto. Solo hay, pues, lugar á la accion que da el contrato con los daños é intereses que debe satisfacer el que no lo cumpliese.

---

[143] Este pasage de la Ley de Partida está trascrito con muchos errores de lenguage, que sería prolijo enumerar.

[144] Los artículos 3179 y 3180 esplican y modifican el presente. Ve nuestra nota 131 y el artículo 757 n° 7°. Si el comprador conocia la existencia de la hipoteca (art. 2108), ó el vendedor se la hubiese anunciado (art. 2107), no podrá retardar ó escusar el pago del precio: argumento de estos artículos y doctrinas de estos autores citados en la nota 131.

[1] Es una clase de enagenacion de derechos *personales*: vé artículos 1436 y 1446. El artículo 496 define lo que es un *crédito*.

Las notas de los artículos 1328 y 1417, tomadas de Maynz, se ocupan tambien de la cesion de derechos *reales* (art. 2505).

[2] Vé el artículo 1446.

[3] Vé el artículo 1459, combinándolo con la definicion de la compra-venta (art. 1324).

que no fuesen modificadas en este Título. *Freitas* 2178° § 1°. [Vé arts. 1326 y 1441].

1438. Art. 3°. — Si el crédito fuese cedido por otra cosa con valor en sí, ó por otro derecho creditorio, la cesion será juzgada por las disposiciones sobre el contrato de permutacion, que no fueren modificadas en este Título. *Freitas* 2178° § 2°. [Vé art. 2158].

1439. Art. 4°. — Si el crédito fuese cedido gratuitamente, [4] la cesion será juzgada por las disposiciones del contrato de donacion, que igualmente no fuesen modificadas en este Título. *Freitas, allí,* § 3°.

1440. Art. 5°. — Las disposiciones de este Título no se aplicarán á las letras de cambio, pagarés á la órden, acciones al portador, ni á acciones y derechos que en su constitucion tengan designado un modo especial de trasferencia. [é arts. 827, 1457 y 1458]. [5]

1441. Art. 6°. — Los que pueden comprar y vender, pueden adquirir y enajenar créditos por título oneroso, no habiendo ley que espresamente lo prohiba. *Freitas* 2181° § 1°. [Vé art. 1437]. [6]

1442. Art. 7°. — Esceptúanse los menores emancipados, que no pueden, sin espresa autorizacion judicial, *ceder* inscripciones de la deuda pública nacional ó provincial, acciones de compañía de comercio ó industria, [7] y créditos que pasen de quinientos pesos. *Freitas, allí,* § 2°. [8]

1443. Art. 8°. — No puede haber cesion de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta. *De Freitas* 2182°. [Arts. 1360 y 1361].

1444. Art. 9°. — Tampoco puede haber cesion [9] á los administradores de establecimientos públicos, de corporaciones civiles ó religiosas, de créditos *contra*

Art. 2°. — Aubry y Rau, § 359 [nota 20. Solo hablan de la cesion por un precio en dinero].

---

[4] O para remunerar servicios, ó con cargos. *Eadem est ratio,* sin que obste el artículo 1793 n° 1°. Vé nuestra nota 9 hácia el artículo 1444.

[5] Pensamos que las disposiciones de este Título serán siempre supletorias de las de la Ley Comercial, que es el rol de la legislacion comun. Vé á Zachariæ, § 691 nota 6. Lo demuestran los artículos 1441 á 1445, 1452 á 1454 y 1457 á 1460. Parece, pues, que la prescripcion de nuestro artículo debe circunscribirse al *modo de transferencia* de tales papeles y acciones, legislado por el artículo 2392.

[6] Porque la compra-venta es el tipo de los contratos onerosos, como la donacion lo es de los gratuitos (art. 1439) : nota 4ª al artículo 1140.

Los que no pueden vender, no pueden ceder: artículo 1454.

[7] Es, con distintas palabras, la misma disposicion del artículo 135 § 2°; donde se usa impropiamente de la palabra *vender*, en vez de *ceder* ó *enajenar*.

[8] Esto viene á salvar la omision del artículo 135.

[9] Respecto á los padres, vé el artículo 297, y respecto á los tutores y curadores (art. 175), el artículo 450 n°s 2° y 3°. El artículo 1361 es aquí aplicable : artículo 1437 y su argumento.

esos establecimientos; [10] ni á los administradores particulares ó *comisionados*, [11] de créditos de sus mandantes ó comitentes; ni se puede hacer cesion á los abogados ó procuradores judiciales de acciones de cualquier naturaleza, [12] deducidas en los procesos en que ejerciesen ó hubiesen ejercido sus oficios; ni á los demás funcionarios de la administracion de justicia, de acciones judiciales de cualquier naturaleza, [12] que fuesen de la competencia del juzgado ó tribunal en que sirviesen. *Freitas* 2183° *n*°s 3, 5, 4 *y* 8. [13]

1445. Art. 10. — Es prohibida toda cesion á los Ministros del Estado, Gobernadores de Provincia, *empleados en las municipalidades*, de créditos contra la Nacion, ó contra cualquier establecimiento público, corporacion civil ó religiosa; y de créditos contra la Provincia en que los Gobernadores funcionaren, ó de créditos contra las municipalidades ó los empleados en ellas. [Vé á Freitas 2183° n°s 6, 7 y 9; Código Francés 1597°]. [14]

1446. Art. 11. — Todo objeto incorporal, todo derecho y toda accion [15] sobre una cosa que se encuentra en el comercio, *puede ser cedido*, á menos que la *causa* [16] no sea contraria á alguna prohibicion espresa ó implícita de la ley, ó al título mismo del crédito. *Aubry y Zachariæ, allí*. [Vé art. 1328].

1447. Art. 12. — Las acciones fundadas sobre derechos inherentes á las perso-

Art. 11. — Aubry y Rau, § 359. — Zachariæ, § 691.

---

[10] Sean ó no personas jurídicas (arts. 45 y 46): el inciso siguiente combinado con el artículo 37.

Freitas tampoco permite que se constituyan cesionarios de los créditos á favor de esos establecimientos; y esto es generalmente materia de especial reglamentacion de los estatutos de la corporacion ó asociacion, que ó prohiben absolutamente tales cesiones, ó les ponen algunas trabas, ó adoptan ciertas precauciones y garantías.

[11] Es decir, *mandatarios* y *comisionistas* (vé art. 1492), por oposicion á *mandantes* y *comitentes* (art. 1363 n° 4°). Mandatarios *é commissarios*, dice Freitas. El mandante puede autorizar de antemano la cesion ó confirmarla *ex post facto* (art. 1059). Freitas, allí. Vé nuestra nota 13.

[12] Adviértase que solo tratamos de la cesion de *créditos*.

[13] La redaccion de este artículo debió armonizarse con la del artículo 1363 números 4° á 6°, que legislan los mismos casos, y que deben ser esplicados los unos por los otros. Los artículos 1452 y 1453 debieron colocarse en este lugar.

[14] A este artículo tan confusamente redactado son aplicables nuestras notas precedentes, desde la 9ª.

En vez de *ó los empleados*, debe leerse *á* los empleados; y las palabras *empleados en las municipalidades* parecen deslizadas por inadvertencia y deben suprimirse. ¿Cómo podrá prohibirse á un empleado municipal, sin sueldo, el ser cesionario de tanta variedad de créditos?

[15] Pero aquí no tratamos de la cesion de cosas ú objetos *incorporales (inmateriales*: art. 2314 inc. 1°), como lo hacen Aubry y Rau; sinó de la cesion de *créditos*, de que esos autores tratan en el § 359 *bis*. Así, de la cesion de herencias no se trata en este Título: vé la nota (*a*) del Dr. Velez al artículo 1183.

[16] Léase *cesion*, en vez de *causa*, como está en Zachariæ y en Aubry, y el sentido mismo lo exige. Los artículos 1118 á 1150 son esplanaciones del presente.

nas, [17] ó que comprendan hechos de igual naturaleza, [18] no pueden ser *cedidos*. [19]

1448. Art. 13. — Los créditos condicionales, ó eventuales, [25] como los créditos

Art. 12. — Las acciones fundadas sobre *derechos personales* [20] no son *cedidas* [léase *cesibles*], por la razon de que el ejercicio de esos derechos es inseparable de la individualidad de la persona. En el antiguo derecho habia casos en que el tutor podia ceder su derecho de tutela. Pero es cesible toda accion resultante de los *derechos de obligacion*, [20] cualquiera que sea el orígen de la obligacion, bien provenga de convencion, de delitos, ó de cualquiera otra causa, y sin distincion entre obligaciones puras, condicionales, á término, *inciertas* [21] ó alternativas. Puede tambien cederse la accion que tenga por fundamento una obligacion natural: pero en tal caso el cesionario no puede hacer valer sinó las escepciones propias de esta clase de obligaciones, y las acciones resultantes de derechos accesorios relativos á ella, como la fianza. [Art. 518].

A la doctrina que es cesible toda accion resultante de los derechos de obligacion, se ha opuesto que no podemos ceder derechos respecto de los cuales hay obligaciones inherentes. Es verdad que nosotros no podemos ceder á otro las relaciones obligatorias que nacen, por ejemplo, de un contrato de sociedad, mas esto depende de que esas relaciones comprenden casi siempre prestaciones inseparables de la individualidad de las personas interesadas. Pero si tal particularidad no se encontrase en un caso dado, si la accion *pro socio* no tuviese ó no pudiese tener otro resultado que obtener una suma de dinero sin prestacion recíproca, ella seria perfectamente cesible, aunque comprendiese todas las relaciones sociales existentes. Nadie contestaria la cesion de la accion del comprador de una cosa, para que ella se le entregase, aunque no hubiese pagado el precio, porque el pago puede hacerlo tanto el cesionario como el mismo comprador. (Véase Maynz, § 274).

En cuanto á los *derechos reales*, [22] dirémos que la reivindicacion fundada sobre el derecho de propiedad es cesible, que tambien lo es la accion negatoria, aunque es imposible ceder la parte principal y esencial, es decir la comprobacion de la propiedad libre; pero el propietario puede constituirse en [23] *procurator in rem suam*, á efecto de recibir el importe de los daños é intereses, á que la parte contraria puede ser condenada. La accion confesoria tambien es cesible, no en su elemento principal, el reconocimiento del derecho, sinó en la parte pecuniaria de la condenacion, que se refiera á los daños é intereses, á los frutos que han podido ser percibidos, etc., etc. La accion hipotecaria es cesible, mas ella es inseparable de la hipoteca, la cual es un accesorio del crédito que tiene por objeto garantir. [24]

---

[17] De Freitas 2187°. En la nota 116 al artículo 1197 esplicamos cuales son derechos inherentes á las personas (art. 498).

[18] No vemos cuales sean las acciones que comprenden hechos inherentes á las personas; ni puede esto referirse al artículo 626, ya que no tratamos de la trasmision de obligaciones ó deudas, sinó de créditos ó derechos (art. 496).

[19] Léase *cedidas* (las acciones). Este artículo debió seguir al 1450.

[20] Maynz llama *derechos de obligacion* á lo que se denomina generalmente *derechos personales en las relaciones civiles ó concernientes á bienes*, y reserva el nombre de derechos personales para los que lo son por excelencia, para los *personales en las relaciones de familia*, que son casi siempre intrasmisibles (nota 116 al art. 1197).

[21] Es decir, cuyo objeto son cosas *inciertas*, ú obligaciones de dar cosas inciertas (arts 601 á 605).

[22] Aquí tratamos puramente de la cesion de *créditos* (art. 496). La de derechos reales solo en Freitas se halla legislada. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 1328.

[23] Léase *constituir un*. En la nota al artículo 1676 se define él *procurator in rem suam* de los romanos.

[24] Nota 10 al artículo 812. Esta larga nota del Dr. Velez es traducida de varios pasages del § 275 de Maynz (§ 190 de la 4ª edicion). Vé la nota del Codificador al artículo 1676.

[25] Esta palabra es innecesaria; pues ¿qué otros *créditos eventuales* pueden existir fuera

exigibles, los aleatorios, á plazo, ó litigiosos, pueden ser el objeto de una cesion. *Aubry* § 359, *y Freitas* 2187°. [Vé arts. 1175 y 1180].

1449. Art. 14. — Los derechos sobre cosas futuras, como los frutos naturales ó civiles de un inmueble, pueden igualmente ser cedidos con anticipacion. *Aubry, allí, nota* 4ª. [Vé art. 1169]. [26]

1450. Art. 15. — Pueden tambien cederse los créditos que podrian resultar de convenciones aun no concluidas, [27] como tambien los que resultaren de convenciones ya concluidas. *Aubry, allí, nota* 5ª. [28]

1451. Art. 16. — Es prohibida la cesion de los derechos de uso y habitacion, [28 bis] las esperanzas de sucesion, los montepios, las pensiones militares ó civiles, ó las que resulten de reformas civiles ó militares, con la sola escepcion de aquella parte que por disposicion de la ley, pueda ser embargada para satisfacer obligaciones. *Aubry, allí, notas* 8 *á* 12. [Vé arts. 2961, 2965 á 2967 y nota 66 al 1176].

1452. Art. 17. — Es prohibido al marido ceder las inscripciones de la deuda pública nacional ó provincial, inscrita á nombre de la mujer, sin consentimiento espreso de ella si fuese mayor de edad, y sin consentimiento de ella y del juez del lugar si fuese menor. [Vé nota 41 al art. 1250].

Art. 13. — Para impedir á los especuladores comprar créditos á vil precio, é impedir las vejaciones que por este tráfico se causaban á los deudores, el emperador Anastasio estableció que el cesionario no pudiese en ningun caso exigir del deudor mas de lo que hubiese pagado para adquirir el crédito, comprendiendo los intereses del crédito. La Ley Anastasiana fué confirmada por Justiniano. (L. 23, Tít. 35, Lib. 4°, Cód.).

El Derecho Romano prohibia la enajenacion de las cosas litigiosas, y por consiguiente una accion no era cesible desde que estaba intentada. (L. 2ª, Tít. 37, Lib. 8°, Cód.). [De Maynz, § 275 notas 21, 25 y 4].

Art. 15. — Aubry y Rau, § 359 y nota 5ª.

Art. 16. — Aubry y Rau, párrafo citado.

---

de los condicionales, á plazo, aleatorios, litigiosos y los derechos sobre cosas futuras (art. 1449)?

Otra cosa sería, si hablasemos de *derechos* eventuales, que son los que aun no existen, pero que pueden llegar á existir *ex post facto*. Compara con la nota 11 al artículo 3111.

[26] Cuando la enajenacion es hecha por el dueño, hay solo una *venta* de cosas futuras (art. 1328 y nota del Dr. Velez, al fin); y la *cesion* no existe sinó cuando el acreedor, que es el comprador, trasmite su *crédito* (ó derecho á los frutos) á un tercero.

[27] Una convencion no perfecta ó concluida es una oferta (propuesta ó promesa; arts. 1145, 1149, etc.). Por esto, sin duda, Aubry y Rau, se limitan á decir en su 4ª edicion, nota 1ª: « Así es que el beneficio de una promesa de venta, aunque sea unilateral, es susceptible de ser cedido ». Con mas razon una renuncia gratuita aun no aceptada ofrecerá un provecho cesible (vé art. 876).

¿Constituye esto la cesion de un crédito futuro (art. 1449), una comision ó un contrato innominado semejante á estos?

[28] Estos artículos, desde el 1448, constituyen la aplicacion y desenvolvimiento del 1446, y debieran seguirle naturalmente.

[28 bis] Tratamos de la cesion de créditos (vé art. 496), y el uso y la habitacion no son créditos, sinó derechos reales (art. 2505 nº 3°).

1453. Art. 18. — Es tambien prohibido á los padres ceder esas inscripciones [29] que estén á nombre de los hijos que se hallen bajo su poder, sin espresa autorizacion del juez del territorio. *De Freitas* 2184° *n°* 2°.

1454. Art. 19. — En todos los casos en que se les prohibe vender á los tutores, curadores ó administradores, albaceas y mandatarios, les es prohibido hacer cesiones. *Freitas, alli, n°* 3°. [Vé arts. 434, 440, 443 n° 1°, 475, 488, 1882, 1883 n° 15, 1889, 3853 y 3858]. [30]

1455. Art. 20. — No puede cederse el derecho á alimentos futuros, ni el derecho adquirido por pacto de preferencia en la compra venta. *Freitas* 2187° *n°s* 1° *y* 2°. [Vé arts. 374 y 1398]. [31]

1456. Art. 21. — Toda cesion debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, y aunque él no conste de instrumento público ó privado. *De Freitas* 2189° *y* 2188°. [32]

1457. Art. 22. — Esceptúanse las cesiones de acciones litigiosas que no pueden hacerse bajo pena de nulidad, sinó por escritura pública, ó por acta judicial hecha en el respectivo espediente; [33] y los títulos al portador por la tradicion de ellos. *De Freitas* 2191°. [34]

1458. Art. 23. — Cuando la cesion fuere hecha por instrumento particular, podrá tener la forma de un endoso; mas no tendrá los efectos especiales designados en el Código de Comercio, si los títulos del crédito no fuesen pagaderos á la órden. *Freitas* 2190°. [Vé art. 2392 inc. 3°].

1459. Art. 24. — La propiedad de un crédito pasa al cesionario [35] por el efecto de la cesion, [36] con la entrega del título si existiere. *De Aubry, alli, nota* 32.

Art. 24. — Aubry y Rau, § 359 bis.

---

[29] El artículo 297 se refiere solamente á « las rentas constituidas sobre la deuda *nacional* »: los artículos 1250 y 1452 se refieren tambien á la provincial.

[30] O en otras palabras: los que no pueden vender no pueden ceder. Esto viene á ser una aplicacion y complemento del principio sentado en el artículo 1441, que debió insertarse en él.

Nuestro artículo no tiene disposiciones correlativas que con él armonicen perfectamente, como sucede en los artículos de Freitas.

[31] En la nota 17 nos hemos referido á otros derechos incesibles.

[32] El artículo alude al 1194, y debe complementarse con el 1189, y en su caso con los números 1°, 6° y 9° del artículo 1185.

[33] Nuestra nota anterior es aquí aplicable.

[34] La tradicion es la forma ordinaria y facultativa y no la única de trasferir los títulos al portador. Vé el artículo 731 número 6° y la nota del Dr. Velez, y complementa el presente con el artículo 2392.

[35] En sus relaciones con el cedente; pero con respecto á terceros solo pasa por los medios indicados en el artículo 1161. El artículo 1472 revela que debemos desconfiar de la verdad de la proposicion con la restriccion misma.

[36] Esto que en derecho francés es cierto, es inexacto en el nuestro, segun los artículos 577, 2393 y 3267 con sus notas.

1460. Art. 25. — La cesion comprende por sí la fuerza ejecutiva del acto que lo comprueba si este la tuviere, [37] aunque la cesion estuviese bajo firma privada, [38] y todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, [39] con la facultad de ejercer, que nace del crédito que existia. *Aubry, Goyena y Marcadé.*

1461. Art. 26. — Respecto de terceros que tengan un interés legítimo en contestar la cesion para conservar derechos adquiridos despues de ella, [40] la propiedad del crédito no es trasmisible al cesionario, sinó por la notificacion del traspaso al deudor cedido, ó por la aceptacion de la trasferencia de parte de este. *Aubry* § 359 *bis*, *nota* 2ª.

Art. 25. — LL. 6ª y 23, Tít. 4º, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, art. 1692. — Italiano, art. 1541. — Napolitano, art. 1578 [léase 1538]. — Holandés, art. 1569. — Marcadé, sobre el art. 1692. [De Goyena 1459º].

Art. 26. — Cód. Francés, art. 1690. — Italiano, art. 1539. — Napolitano, art. 1536. —

Puede verse á Troplong, *Vente*, nº 881 ; Aubry y Rau, § 359 nota 23, 4ª edicion ; y agrega lo que respecto al artículo 1472 hemos dicho en la nota anterior.

Es verdad que el contrato de cesion queda perfecto como tal por el consentimiento escriturado (art. 1456), y el cedente obligado hácia el cesionario, sin dependencia de la entrega del título (art. 1469) ; pero la cuestion de acreedor preferente ó de propiedad, es muy distinta del vínculo ó vínculos obligatorios del cedente para con uno ó mas cesionarios, y aquí solo tratamos de la trasmision de un derecho personal, como es un crédito : compara con el artículo 592.

[37] Redactado así, esto no es inteligible. Quiere decirse, que la fuerza ejecutiva del acto ó instrumento que prueba el crédito cedido se trasmite con este, y el cesionario puede hacerla valer.

[38] Segun el artículo 1185 número 9º, si el crédito constaba en escritura pública, esto no podrá tener lugar.

[39] El artículo 3879 no hace esta distincion, porque entre los privilegios, propiamente llamados tales, no hay ninguno meramente personal.

¿Nuestro artículo comprende tambien la suspension de la prescripcion? Vé los artículos 3968 á 3977 y 3983, y á Aubry, notas 47 y 48, 4ª edicion. El cesionario, como todo sucesor, no puede adquirir con el crédito el privilegio personalísimo de que no corra contra él la prescripcion (art. 3983 citado) ; pero puede alegar y utilizar la suspension sucedida en la persona de su cedente.

Respecto al beneficio de competencia no puede haber cuestion, porque es un privilegio del deudor (arts. 799 y 800) y no del acreedor ; y en cuanto á la accion rescisoria (art. 1422, etc.) opino con Marcadé, VI, páginas 338 y 339.

Respecto al derecho de alegar las nulidades, vé notas 22 y 23 al artículo 1048, nota 26 al 1049 y nota 44 al artículo 1165. Las demás cuestiones sobre trasmision de derechos ú obligaciones se resuelven por los artículos 3269 y 3270, de que el presente no es en su mayor parte mas que una aplicacion.

[40] Vé nuestra nota 35 y la del Dr. Velez al artículo 3211. Zachariæ llama *terceros* á otros cesionarios del mismo crédito (arts. 1469, 1472 y 1467), á los acreedores del cedente (art. 1473) y al mismo deudor cedido. Agrega nuestros artículos 736 y 822, y vé á Aubry, allí, notas 3ª á 5ª, 4ª edicion.

El verdadero alcance de nuestro artículo es fijado por las disposiciones siguientes hasta el artículo 1475.

1462. Art. 27. — La notificacion de la cesion será válida, aunque no sea del instrumento de la cesion, si se le hiciere saber al deudor la convencion misma de la cesion, ó la sustancia de ella. *De Aubry, allí.*

1463. Art. 28. — El conocimiento que el deudor cedido hubiere adquirido indirectamente de la cesion, no equivale á la notificacion de ella, ó á su aceptacion, y no le impide escepcionar el defecto del cumplimiento de las formalidades prescritas. *Aubry, allí, notas* 10 *y* 11.

1464. Art. 29. — Si los hechos y las circunstancias del caso demostrasen de parte del deudor una *colision en* el cedente, [42] ó una imprudencia grave, el traspaso del crédito, aunque no estuviese notificado ni aceptado, surtirá respecto de él todos sus efectos. *Aubry, allí, nota* 11. [Compara con el art. 592].

1465. Art. 30. — La disposicion anterior es aplicable á un segundo cesionario culpable de mala fé, ó de una imprudencia grave, y la cesion aunque no estuviese notificada ó aceptada, podria oponérsele por el solo conocimiento que de ella hubiese adquirido. *Aubry, allí, nota* 12.

1466. Art. 31. — En caso de quiebra del cedente, la notificacion de la cesion, ó la aceptacion de ella, puede hacerse despues de la cesacion de pagos; [43] pero seria sin efecto respecto á los acreedores de la masa fallida, si se hiciese despues *del juicio de la declaracion* [44] de quiebra. *Aubry, allí, nota* 15.

1467. Art. 32. — La notificacion ó aceptacion de la cesion será sin efecto, cuando haya un embargo hecho sobre el crédito cedido; pero la notificacion ten-

Aubry y Rau, nota 2ª al § 359 bis. Zachariæ, respecto á la resolucion del artículo, dice: « Mientras que el cesionario no haya *embargado, ó héchose propietario* [41] del crédito, el cedente mismo puede exigir el pago, sin que el deudor cedido pueda oponerle la cesion que ha hecho. Por la misma razon, mientras que el cesionario no ha hecho notificar la cesion, los acreedores del cedente pueden embargar el crédito cedido [art. 1473], y los otros cesionarios del crédito pueden adquirir sobre dicho crédito [art. 1472], por la notificacion que hicieran, un derecho de propiedad, que producirá su efecto aun contra el primer cesionario que no hubiese notificado la cesion al deudor. » (§ 691 y nota 13).

Art. 27. — Aubry y Rau, § 359 bis, nota 7ª. — « Troplong, nº 902. — Duvergier, Tom. 2º, nº 183. »

Arts. 29 y 30. — El segundo cesionario, á pesar del conocimiento de la primera cesion, debia ser considerado como un contratante de buena fé, si hubiese tenido razones suficientes para creer que esa cesion no era síncera. Es entendido que no se podria jamás *prevalecer* [léase *prevaler*] contra los acreedores que hubiesen embargado el crédito del conocimiento que ellos hubiesen tenido antes del embargo, de la existencia de una trasmision no notificada, ni aceptada. Véase Aubry y Rau, nota 12 [léase 13] al § 359 bis [de quienes esta nota es tomada. Vé art. 1467].

Art. 31. — Aubry y Rau, § 359 bis.

---

[41] No haya *posesionádose (saisi)* del crédito, dice Zachariæ.

[42] Es un error de copia ó tipografía, y debe leerse « una *colusion con* el cedente » como traen Aubry y Rau. Vé nota 31 al artículo 3887.

[43] Con tal que se haya hecho en instrumento público, ó en instrumento privado con fecha cierta (art. 1036) y anterior al auto declaratorio de quiebra.

[44] Auto ó sentencia declaratoria *(jugement déclaratif*, dicen Aubry y Rau), es su denominacion propia en derecho.

drá efecto respecto de otros acreedores del cedente, ó de otros cesionarios que no hubiesen pedido el embargo. *De Massé y Aubry, allí, nota* 16. [Vé art. 1473].

1468. Art. 33. — Si se hubiesen hecho muchas notificaciones de una cesion en el mismo dia, los diferentes cesionarios quedan en igual línea, aunque las cesiones se hubiesen hecho en diversas horas.

1469. Art. 34. — La notificacion [46] y aceptacion de la trasferencia, causa el embargo del crédito á favor del cesionario, *independiente* de la entrega del título constitutivo del crédito, y aunque un cesionario anterior hubiese estado en posesion del título; [47] pero no es eficaz respecto de otros interesados, si no *es notificado* por un acto público. *De Aubry, allí, notas* 19 *y* 9. [48]

1470. Art. 35. — El deudor cedido queda libre de la obligacion, [49] por el pago

Art. 32. — Sobre la resolucion de este artículo, hay una gran cuestion entre los jurisconsultos. ¿El cesionario en este caso adquiere la propiedad del crédito respecto á los que despues de la notificacion del traspaso lo quisieran tambien embargar? Por la afirmativa, y en conformidad con nuestro artículo, Zachariæ, § 691. — Troplong, nº 926. — Duranton, Tom. 16, nºs 500 y siguientes. — Duvergier, Tom. 2º, nºs 201 y siguientes. En contra, Mourlon, *Revista de Derecho*, 1848, pág. 161. — Marcadé, sobre el art. 1691, y otros muchos. Zachariæ, [léase Massé y Vergé], en el párrafo citado, nota 16, discute estensamente las diversas opiniones, sosteniendo la resolucion que damos en el artículo. [No es exacto]. Así, la cesion no tendrá efecto respecto al que hubiese hecho embargar el crédito; pero pagado éste, lo restante no entra en concurso, sinó que pertenece al cesionario. [De Zachariæ, y sus anotadores, allí].

Art. 33. — Por el art. 2º, Tít. 2º, Lib. 1º, el tiempo no se cuenta por horas. [45] — Marcade, sobre los artículos 1689 y siguientes, nº 1º.

---

[45] La razon satisface bien poco (vé arts. 109, 3143 y 3936 inc. 2º); ¿y por qué no se habria establecido en esta materia lo que respecto á las hipotecas se halla estatuido por el artículo 3138? Troplong, *Vente*, nº 903, Marcadé, allí, nº I, y demás autores franceses están en contra de nuestro artículo; pero la diferencia de horas solo por escritura pública podria probarse (vé art. 1036), como se establece en el artículo siguiente: vé nuestra nota 48. El artículo 1472 debió preceder al presente.

[46] Nuestros artículos 1461 á 1476 y Aubry y Rau se contentan con una ú otra formalidad; y así, bastará la notificacion ó la aceptacion, que no requiere notificacion, aunque presuponga necesariamente conocimiento (vé art. 1463).

El verbo en singular rechaza lo copulacion de los sugetos.

La notificacion se hace por escribano á la persona del deudor cedido y en su domicilio general (art. 102) y no en el *electo* (art. 103). Troplong, *Vente*, nº 902. Aubry y Rau, allí, nota 7, 4ª edicion.

[47] Los artículos 592 y 593 no tienen aquí aplicacion.

En vez de *independiente*, léase *independientemente*.

[48] Aubry y Rau dicen: « *la aceptacion* de la trasferencia no es eficaz respecto de otros interesados (que no sean el deudor cedido), si no está *constatada* por un acto auténtico » (instrumento público ó escritura pública). Y esta es la única inteligencia razonable y gramatical á la par que verdadera, como lo prueba el artículo 1472; pues ni se trata de embargo para poder decir *es notificado*, y es absurdo suponer que la notificacion pueda ser *notificada* en otra forma que *por acto público* (nota 46, al fin).

[49] Salvo el caso del artículo 736.

hecho al cedente antes de la notificacion ó aceptacion del traspaso. *Aubry, allí, nota* 23; *Cód. Francés, etc.* [50]

1471. Art. 36. — El puede igualmente oponer al cesionario cualquiera otra causa de estincion de la obligacion, y toda presuncion, ó deliberacion [51] contra el cedente, *antes* del cumplimiento de una ú otra formalidad, [52] como tambien las mismas escepciones y defensas que podia oponer al cedente. *Aubry, allí, nota* 24. [53]

1472. Art. 37. — En el concurso de dos cesionarios sucesivos del mismo crédito, la preferencia corresponde al primero [54] que ha notificado la cesion al deudor, ó ha obtenido su *aceptacion auténtica*, [55] aunque su traspaso sea posterior en fecha. *Aubry, allí, nota* 25. [56]

1473. Art. 38. — Los acreedores del cedente pueden, hasta la notificacion del traspaso del crédito, hacer embargar el crédito cedido; [57] pero una notificacion, ó aceptacion despues del embargo, importa oposicion *del* que ha pedido el embargo. *Aubry, allí, nota* 27. [58]

Art. 35. — Cód. Francés, art. 1691. — Italiano, art. 1540. — Napolitano, art. 1577 [léase 1537]. — Holandés, art. 1576. [De Goyena 1458°].

Art. 37. — Marcadé, sobre los artículos citados del Código Francés. — Aubry y Rau, § 359 bis, letra B. [Pothier, n° 558; Zachariæ, § 691 y nota 13].

Art. 38. — Marcadé trata estensamente esta materia en el n° 3°. — Véase la larga nota n° 29 de Aubry y Rau, al párrafo 359 bis. — Troplong, Tom. 2°, n° 926. — Duvergier, Tom. 2°, n° 201. — Duranton, Tom. 16, n° 500. — Toullier, Tom. 7°, n° 285. [Son las citas del art. 1467].

---

[50] Los recibos simples dados por el cedente (salvo el caso del art. 1185 n° 11) pueden oponerse al cesionario, y los artículos 1035 y 1036 no le son aplicables; pero queda librada á los Jueces la apreciacion de la sinceridad de los pagos y sus respectivas fechas. En este sentido, Aubry, allí, nota 29, 4ª edicion.

[51] Es un error de cópia ó tipografía: debe leerse « y toda presuncion *de liberacion* », como traen Aubry y Rau, y lo exige el mismo sentido gramatical. El artículo 724 enumera las causas de estincion de una deuda.

[52] *Despues* de la notificacion ó aceptacion rige el artículo 1476.

[53] Esta última parte es de Freitas 2205°: solo puede referirse á las escepciones de forma ó de mero procedimiento, como la de la cosa juzgada, de que Aubry trata en la citada nota (que es la 30 en la 4ª edicion). *Todas las escepciones*, dice con mas concision y propiedad el artículo 1476.

[54] Sin perjuicio de lo que dispone el artículo 1468: vé nuestra nota 45.

[55] Esto apoya lo dicho en la nota 48.

[56] Los artículos 1464 y 1465 forman una escepcion al presente.

[57] Suponiendo que no se halle estinguido por hechos ó actos realizados entre el deudor y el cedente ó el cesionario. Vé nuestra nota 59.

[58] Es decir, importa una tercería de *oposicion* (vé arts. 557 á 561 del Cód. de Procedimiento francés) coadyuvante respecto *al* (no *del*) que obtuvo el embargo: así ambos créditos debian pagarse á prorata y sin ninguna preferencia (vé art. 3878); mientas que segun el artículo 1467 inciso 1° el cesionario solo tendrá derecho al sobrante; debiendo advertirse que Aubry y Rau siguen un sistema diverso del de Zachariæ, Massé y Vergé, porque optó parcialmente el legislador en la nota al artículo 1467.

1474. Art. 39. — Aunque no esté hecha la notificacion ó aceptacion del traspaso del crédito, el cesionario puede ejecutar todos los actos conservatorios, [59] respecto de tercero, del crédito cedido. *Aubry, nota* 30. [Vé art. 1484].

1475. Art. 40. — El cedente conserva hasta la notificacion, ó aceptacion de la cesion, el derecho de hacer, tanto respecto de terceros, como respecto del mismo deudor, todos los actos conservatorios del crédito. *Aubry, allí, nota* 33. [60]

1476. Art. 41. — El deudor puede oponer al cesionario, todas las escepciones que podia hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna al ser notificado de la cesion, ó aunque la hubiese aceptado pura y simplemente, con solo la escepcion de la compensacion. *Aubry, allí, y Cód. Francés* 1295° *inc.* 1°. [Vé arts. 826 y 827].

1477. Art. 42. — El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, [61] á no ser que este le haya acordado espresamente la prioridad, ó le haya de otra manera garantizado el cobro de su crédito. *Aubry, allí, nota* 44.

1478. Art. 43. — El cedente de buena fé responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesion, á no ser que lo haya cedido como dudoso; [62] pero no responde de la solvencia del deudor ó de sus fiadores, á no ser que la insolvencia fuese anterior y pública. *Goyena* 1460° § 1°, *y de Freitas* 2192°; *Cód. Francés* 1693° *y* 1694°. [63]

Art. 39. — Troplong, Tom. 2°, n° 891. — Marcadé, lugar citado. — Duvergier, Tom. 2°, n° 201. [De Aubry, allí].

Art. 40. — Marcadé, lugar citado, n° 2°.

Art. 41. — Aubry y Rau, § 359 bis, y nota 40.

---

[59] Sobre actos ó medidas conservatorias, vé nuestra nota al artículo 546.

El deudor cedido deberá tambien pagar al cesionario que le demuestre ser tal, y Aubry y Rau agregan que puede aceptar á este como acreedor y pagarle ó novar la obligacion: argumento del artículo 1461.

[60] Podrá, pues, cobrar al deudor; si bien este tendrá derecho á requerir la citacion al juicio del cesionario para evitar toda responsabilidad.

[61] Y recíprocamente, ambos serán pagos sin preferencia entre ellos y en proporcion á sus créditos. Ninguna razon habria para hacer la condicion del uno mejor que la del otro: artículo 772 y sus citas.

Lo mismo debe decirse de dos ó mas cesionarios sucesivos y de fechas distintas, si se hallan en el caso del artículo 1468 ó mientras no deba aplicarse el 1472.

[62] El cedente de mala fé aun en este caso es responsable: artículos 1482, 2101, 2164 y su argumento. Si la cesion fué gratuita regirá el artículo 1486, complementado por los artículos 2147 á 2150 (nota 72).

[63] ¿Responderá tambien de la insolvencia de los fiadores, cuando es anterior ó pública? No, pues tal cosa fuera escepcional en el derecho (arg. del art. 816), y los escritores se refieren puramente á la insolvencia del deudor cedido.

Nuestro inciso no guarda armonía con la disposicion análoga del artículo 816 citado, ni con el artículo 2108, y tal desarmonía no existe en Goyena ni en Freitas.

Muchas dificultades é incoherencias resultarán de haber legislado esta materia aquí y en el Título « De la eviccion » (arts. 2091 á 2165).

Debe esplicarse y complementarse un tratado por otro.

1479. Art. 44. — Si el crédito no existia al tiempo de la cesion, el cesionario tendrá derecho á la restitucion del precio pagado, con indemnizacion de pérdidas é intereses, mas no tendrá derecho para exigir [64] la diferencia entre el valor nominal del crédito cedido, y el precio de la cesion. *Freitas* 2194° § 1°. [Vé arts. 2160 y 2123]. [65]

1480. Art. 45. — Del cedente de mala fé, podrá el cesionario exigir la diferencia del valor nominal del crédito cédido, y el precio de la cesion. *Freitas, allí,* § 2°. [65]

1481. Art. 46. — Si la deuda existia y no hubiese sido pagada en tiempo, la responsabilidad del cedente se limita á la restitucion del precio recibido, y al pago de los gastos hechos con ocasion del contrato. *De Freitas* 2199° § 1°.

1482. Art. 47. — Si el cedente fuese de mala fé, sabiendo que la deuda era incobrable, será responsable de todos los perjuicios que hubiese causado el cesionario. *De Freitas, allí,* § 2°. [Vé arts. 2101 y 2164].

1483. Art. 48. — El cesionario no puede recurrir contra el cedente en los casos espresados, sinó despues de haber *discutido* los bienes del deudor, las fianzas ó hipotecas establecidas para seguridad del crédito. *Freitas* 2200° 1ª *parte, y Aubry,* § 359 *bis, nota* 56. [66]

1484. Art. 49. — El cesionario pierde todo derecho á la garantía de la solvencia actual ó futura del deudor, [67] cuando por falta de las medidas conservatorias, [68] ó *de* otra culpa suya, hubiese perecido el crédito, ó las seguridades que lo garantizaban. *Aubry, allí, nota* 58. [69]

1485. Art. 50. — La simple próroga del término *acordado* [70] al deudor por el cesionario, no le priva de sus derechos contra el cedente, á menos que *no* conste

Art. 44. — Duranton, Tom. 16, n° 312 [léase 512]. — Troplong, Tom. 2°, n° 943 [léase 945]. — Duvergier, Tom. 2°, n° 263. [De Aubry, § 359 *bis*, nota 49].

Art. 47. — Sobre los cinco artículos anteriores. — Código Francés, arts. 1693 á 1695. — Italiano, arts. 1542 á 1544. — Napolitano, arts. 1579 á 1581 [léase 1539 á 1541]. — Holandés, arts. 1570 á 1572. [De Goyena 1460°].

Art. 49. — Troplong, Tom. 2°, n° 941. — Duvergier, Tom. 2°, n°s 275 y siguientes. — [Citados por] Aubry y Rau, § 359 bis.

---

[64] Del cedente de buena fé: artículo 1480.

[65] Aubry y Rau y los autores citados por estos no hacen distincion entre cedentes de buena y mala fé.

[66] Debe decirse lo mismo de la prenda ú otras garantías. *Eadem est ratio.*

Nuestra disposicion es análoga á la de los artículos 2014 y 2021, y esas prescripciones sobre fianza podrán utilizarse en esta materia (art. 16).

Discutido, en vez de *excutido*, es un galicismo copiado de Aubry.

[67] Garantía á que el cedente puede comprometerse, y que solo mediante estipulacion especial puede estenderse á la *futura.* Código Francés 1694° y 1695.

[68] Sobre ellas, vé nota 59.

[69] Esto guarda analogía con el artículo 2045 y constituye una aplicacion del 3227.

Léase, *por otra culpa*, en vez de *de otra culpa.*

[70] Léase *acordada*, en concordancia con *próroga.*

que el deudor era solvente al tiempo de la exigibilidad del crédito. *Aubry, allí, nota* 59. [71]

1486. Art. 51. — Si la cesion fuese gratuita, el cedente no será responsable para con el cesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor. (*a*) *Freitas* 2201°. [Vé arts. 1478 y 1481]. [72]

—

TITULO V

De la permutacion

[Vé art. 1438]

1487. Art. 1°. — El contrato de trueque ó permutacion tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue á trasferir á otro la propiedad de una cosa, con tal que el *otro* le dé la propiedad de otra cosa. *Aubry*, § 360 nota 1ª. [1]

(*a*) Regularmente los Códigos y escritores tratan en este Título de la cesion de las herencias, método que juzgamos impropio, y reservamos esta materia para el Libro 4°, en que se tratará de las sucesiones. [73]

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 6°, Part. 5ª. — Instit., § 2°, Tít. 24, Lib. 3°. — L. 1ª, Tít. 4° [y 5ª, Tít. 5°], Lib. 19, Dig. — Cód. Francés, art. 1702. — Italiano, art. 1549. — Napolitano, art. 1548. — Holandés, art. 1577. [De Goyena 1469°]. — Zachariæ, § 695. — Marcadé sobre el art. 1702.

La convencion por la cual las partes se prometiesen el uso de una cosa, por el uso de otra, ó servicios por otros servicios, no constituiria un cambio. Para la permutacion es ne-

---

[71] Vé nota 68 al artículo 1177. El artículo 2018 exigia una solucion distinta, puesto que la obligacion del cedente no puede ser mas rigurosa que la de un fiador.

Aubry y Rau, que en la 4ª edicion han variado de opinion, establecen la verdadera doctrina cuando, no obstante el artículo 2039 francés, distinto de nuestro artículo 2048, dicen que la próroga hace perder al cesionario su recurso, contra el cedente, á no ser que resulte (ó se pruebe) que á la época de la exigibilidad del crédito el deudor era ya insolvente.

Aquí la prueba de la insolvencia corresponderia al cedente, que demanda y afirma, mientras que nuestro artículo echa la carga de la prueba de la insolvencia sobre el cesionario, que es el demandado, violándose así el principio fundamental en materia de prueba de que *al actor incumbe la prueba*.

[72] El artículo 2159 y especialmente el 1439 exigen que el presente sea complementado con sujecion á los artículos 2147 á 2150. Vé nuestras notas 62 y 63.

[73] Sin embargo, las únicas disposiciones que nuestro Código trae sobre esta materia están en este mismo Libro 3° y son los artículos 2162 á 2165. Vé la nota 62 al primero de estos artículos. Freitas no pudo ser utilizado, pues no alcanzó á proyectar nada sobre herencias ó sucesiones, dejando su obra trunca á la altura de nuestro artículo 3109.

[1] Léase *que este*, en vez de *que el otro*.

Se puede trocar dinero por dinero; pero si una sola de las cosas es dinero, habrá una venta ó una cesion, segun que la otra cosa tenga ó no valor por sí: vé artículos 1437 y 1438, la nota 8 al artículo 1328 y la que sigue á la presente.

En la definicion de nuestro artículo queda, por tanto, comprendida indebidamente la compra-venta, defecto que no se advierte en el modelo. La definicion de Freitas 2113°, es mejor.

1488. Art. 2°. — Si una de las partes ha recibido la cosa que se le prometia en permuta, y tiene justos motivos para creer que no era propia del que la dió, no puede ser obligado á entregar la que él ofrecio, [4] y puede pedir la nulidad del contrato, aunque no fuese molestado en la posesion de la cosa recibida. [Vé art. 1330].

1489. Art. 3°. — La anulacion del contrato de permutacion tiene efecto contra los terceros poseedores de la cosa inmueble entregada á la parte contra la cual la nulidad se hubiese pronunciado. *Aubry, allí, notas* 8 *y* 9. [Vé art. 1054]. [5]

1490. Art. 4°. — El co-permutante que hubiese enajenado la cosa que se le dió en cambio, sabiendo que ella no pertenecia á la parte de quien la recibió, no podrá anular el contrato, miéntras que el poseedor á quien hubiese pasado la cosa no demandase contra él la nulidad de su contrato de adquisicion. *Aubry, allí.* [Vé art. 1330].

1491. Art. 5°. — El co-permutante vencido en la propiedad de la cosa que ha recibido en cambio, puede reclamar á su eleccion la restitucion de su propia cosa, ó el valor de la que se le hubiese dado en cambio, con pago de los daños é intereses. *Aubry, allí.* [Vé arts. 2130 á 2133]. [6]

1492. Art. 6°. — No pueden permutar los que no pueden comprar y vender. *Acevedo* 1771°; Chile 1889° inc. 2°.

1493. Art. 7°. — No pueden permutarse, las cosas que no pueden venderse. *Acevedo* 1772°; *Chile* 1889° *inc.* 1°.

cesaria la trasmision de la propiedad de un cuerpo cierto. [2] La obligacion accesoria que puede ser impuesta á una de las partes, de bonificar á la otra con la adicion de una suma de dinero para igualar los valores de las cosas cambiadas, no desnaturaliza el contrato, cuando la suma dada sea menor ó igual al valor de la cosa. [3] Si fuese mayor el contrato seria de venta. Véase Aubry y Rau, § 360. — Troplong, *Echange*, n°s 8° y 9° [léase n° 5°].

Art. 2°. — L. 1ª, Tít. 4°, Lib. 19, Dig. — Cód. Francés, art. 1704. — Italiano, art. 1551. — Napolitano, art. 1750 [léase 1550]. — Holandés, art. 1579. — Troplong, n° 20. — Zachariæ, § 695. [De Goyena 1470°].

Art. 3°. — Aubry y Rau, § 360. — Merlin, *Rép. Verb. Echange,* n° 2. — Duranton, Tom. 16, n° 546. — Duvergier, Tom. 1°, n° 417. [De Aubry, allí].

Art. 4°. — Aubry y Rau, § 360 [despues de la nota 4°].

Art. 5°. — Aubry y Rau, § citado. — Troplong, n° 24. — Cód. Francés, art. 1705. — Italiano, art. 1552. — Napolitano, art. 1751 [léase 1551]. — Holandés, art. 1580. [De Goyena 1471°].

Art. 6°. — L. 2ª, Tít. 6°, Part 5ª. [De Acevedo, allí].

Art. 7°. — Ley citada y 6ª, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo, allí].

---

[2] O mas propiamente: la *promesa* de trasmitir la propiedad de un cuerpo cierto ó *incierto*. Las cosas futuras y las inciertas pueden ser objeto de una permutacion: artículos 1493 y 1494. Código de Comercio, artículo 573 § 2° y argumento del 576.

[3] El artículo 1358 parece establecer que hay venta y no permuta, cuando la suma dada es igual al valor de la cosa.

[4] El artículo 1427 es análogo á este inciso.

[5] No es mas que una aplicacion del artículo 1052 y se entiende sin perjuicio de la prescripcion del inmueble. Vé el artículo 2132.

[6] Los artículos 2103, 2108 y demás se aplicarán tambien en su caso: vé nuestras notas 24 y 25 al artículo 2130.

1494. Art. 8°. — En todo lo que no se haya determinado especialmente en este Título, la permutacion se rige por las disposiciones concernientes á la venta. *Goyena* 1472°. [7]

—

TÍTULO VI

De la locacion

1495. Art. 1°. — Habrá locacion cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una á conceder el uso ó goce de una cosa, [1] ó á ejecutar una obra ó prestar un servicio; [2] y la otra á pagar por este uso, goce, obra ó servicio un precio determinado en dinero. *Chile, alli.* [Art. 1625 inc. 2°].

El que paga el precio, se llama en este Código *locatario, arrendatario* ó *inquilino*, y el que lo recibe *locador* ó *arrendador*. [De Goyena 1475°, y Marcadé, allí]. El precio se llama tambien *arrendamiento* ó *alquiler*. [Vé art. 3885].

Art. 8°. — Cód. Francés, art. 1707. — Italiano, art 1555. — Napolitano, art. 1753 [léase 1553]. — De Luisiana, art. 2637. — Sobre la afinidad del cambio con el contrato de venta, Troplong, n°s 30 y siguientes, y sobre las diferencias. — L. 1ª, Tít. 4°, Lib. 19, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 1°. — Código de Chile, art. 1915. — Cód. Francés, arts. 1709 y 1710. — Italiano, arts. 1569 y 1570. — Napolitano, arts. 1555 y 1556. — LL. 1ª y 6ª [cita inoportuna], Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 2ª, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. y Proemio, § 2°, Tít. 25, Lib. 3°, Instit. [De Goyena 1473°]. — Maynz, *Derecho Romano*, § 298 [ó § 300. Freitas 2282° y 2692°. Aubry y Rau, § 361].

Marcadé, en el comentario al artículo 1708 del Código Francés, trata estensamente de la denominacion en el contrato de *locador* y *locatario*, la única, dice, que evita todos los equívocos en las leyes, y las falsas doctrinas de los escritores sobre la materia.

La definicion que forma este artículo, evita la confusion que regularmente se hace de la locacion con otros contratos nominados ó innominados.

« Si una de las partes trasfiere á la otra por título oneroso [ó lucrativo: art. 2814], el uso ó goce temporario de una cosa, con derecho real, el contrato será de usufructo. [De Freitas 2281°]. [3]

« No será locacion la entrega de bienes al acreedor, para que use ó goce de ellos por un tiempo determinado en pago de su crédito. Una deuda que se pagase de esa manera, debia regirse por las reglas relativas al pago. [Freitas 2281°]. [4]

« Si el usufructuario, locatario, ó sub-locatario del usufructo tratasen con el propietario de la cosa, la trasferencia del uso ó goce de ella por tiempo igual al del usufructo, aunque el precio fuera pagadero en prestaciones periódicas, y aunque en el contrato se espresase

---

[7] Pero el inciso último del artículo 1426 no puede tener aquí aplicacion; y el instrumento del trueque deberá ser abonado á medias por ambos contratantes. Freitas 2118°; Troplong, n° 43, etc.

[1] Sin derecho real: de lo contrario habrá un usufructo, ó la constitucion ó cesion de otro derecho real. Vé la nota del Dr. Velez.

Esta clase de locacion constituye una obligacion *de dar*: artículo 600 inciso 1°. Vé artículos 1516, etc. y 1625 inciso 3°.

[2] En este caso la locacion es una obligacion *de hacer* y no *de dar*: artículo 1625 inciso 3°. Vé la nota precedente.

[3] O de constitucion ó cesion de otro derecho real, si por tal pudiese valer (nota 1ª).

[4] Art. 1326. Pero los efectos del contrato innominado se juzgarán conforme á lo que hemos establecido en la nota 9 hácia el artículo 1144, ó por la compra-venta.

1496. Art. 2°. [12] — El contrato de locacion queda concluido por el mútuo consentimiento de las partes. [Art. 1625 inc. 1°].

Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y *demas requisitos esenciales* de la compra-venta, es aplicable al contrato de locacion. [13]

que el usufructuario arrendaba la cosa al propietario, no seria un contrato de locacion, sino *de* consolidacion del usufructo. [5] Puede tambien haber un distracto de locacion [art. 1201], bajo todas las apariencias de arrendamiento; pero no por eso el contrato sería de locacion. [Freitas 2291° y 2292°].

« El contrato por el cual una de las partes trasfiriese á otra por un precio cierto, y en prestaciones sucesivas, y por tiempo determinado, los frutos ó productos de un bien raiz, no será locacion, sinó venta de frutos. [De Freitas 2298°].

« El contrato por el cual una de las partes trasfiriese por un precio en dinero, el derecho de percibir temporalmente rentas ó cualesquiera prestaciones periódicas, aunque las partes lo llamen arrendamiento, como lo llaman las leyes de España, [6] no sería en realidad sinó una cesion de créditos. [7] Se hallan en este caso los contratos de los particulares con los gobiernos para percibir algunas rentas públicas. Lo mismo decimos que sería una cesion judicial de crédito, el remate ó adjudicacion, en virtud de una sentencia, del derecho á percibir alquileres, rentas ó cualesquiera otras prestaciones. [Freitas 2299° y 2300°].

« Si el precio en un contrato de arrendamiento consistiera en una cantidad de frutos de la cosa, no sería locacion sinó un contrato innominado. [8] Si la cantidad de frutos fuese una cuota proporcional, respecto al todo que produzca la cosa, sería un contrato de sociedad, aunque las partes lo llamaran arrendamiento. [Freitas 2303°]. [9]

« Si una de las partes trasfiriese el uso ó goce temporal de una cosa, y la otra parte le trasfiriese el uso ó goce de otra cosa, sería un contrato innominado. [Freitas 2301° § 1°*i*] [10]

« Si una de las partes trasfiriese el uso ó goce de una cosa, trasfiriéndole la otra el dominio de otra cosa, sería tambien un contrato innominado. [Freitas, allí, § 2°.] [11]

« Si la trasferencia del uso ó goce que hiciera una de las partes, fuese porque la otra se obligara á prestarle un servicio, ó por un servicio que le hubiese prestado, tambien sería un contrato innominado. [Freitas, allí, § 3°]. [11]

« Si la trasferencia del uso ó goce temporario de una cosa, se hiciese, no obligándose la otra parte á pagarle un precio, ni á entregarle cosa alguna, ni á prestarle un servicio, el contrato sería un comodato ». [Freitas 2305°]. [11]

Art. 2°. — L. 2ª, Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 2ª, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Instit. Proemio, Tít. 25, Lib. 3°. — Pothier, *Louage*, n° 2°. — Aubry y Rau, §§ 362 y 363. [De Aubry y Acevedo 1779°].

---

[5] La *consolidacion* no es contrato, sinó un hecho, una manera especial de estinguirse el usufructo: artículo 2930.

[6] Adicion al testo de Freitas. No conocemos esas leyes.

[7] Legislada por el artículo 1437.

[8] Que será juzgado conforme á lo dicho en la nota 9 hácia el artículo 1144. Compara con Maynz, § 215 nota 6, 4ª edicion.

[9] Es una *aparceria*: Goyena, á su artículo 1473; Aubry y Rau, § 371; Maynz, § 215 nota 7. Vé nuestro artículo 1650.

[10] Si hay trasferencia de derecho real, existirá un usufructo ó dos, ó una constitucion de derecho real: artículo 2815 y nuestra nota 3 *supra*.

[11] Suponiendo siempre que no haya constitucion de derecho real (notas 3 y 10). Respecto á contratos innominados, lo dicho en la nota 8.

[12] El artículo 1501 debió seguir á la definicion del contrato (art. 1495), como sucede con los artículos 1440 y 1872.

[13] Es muy absoluto, y debe entenderse en lo que fuere aplicable y mientras no exista en el presente Título disposicion en contrario. Freitas 2289° § 1°; Maynz, § 300 (215 de la 4ª edicion), nota 2.

Adviértase que los requisitos esenciales de la compra-venta son tres únicamente: *consentimiento* (esencial siempre á todo contrato), *cosa* y *precio*.

1497. Art. 3°. — Se compreden en el contrato, á no haberse hecho espresa reserva, todas las servidumbres activas del inmueble arrendado, [14] y los frutos ó productos ordinarios; pero no se comprenden los frutos ó productos extraordinarios, [15] ni los terrenos acrecidos por aluvion, si el locatario no hiciere un *acrecentamiento* proporcional del alquiler [16] ó renta. *Freitas* 2407° *y* 2408°.

1498. Art. 4°. — Los derechos y obligaciones que nacen del contrato de locacion, pasan á los herederos del locador y del locatario. [17]

1499. Art. 5°. — El locador no puede rescindir el contrato por necesitar la cosa para su propio uso, ó el de su familia. *De Goyena* 1486°; *Freitas* 2499° *n°* 10. [Vé art. 2286].

1500. Art. 6°. — Enajenada la finca [18] arrendada, por cualquier acto jurídico que sea, la locacion subsiste durante el tiempo convenido. [19]

Art. 4°. — L. 2ª, Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 7ª, Tít. 17, Lib. 3°, Fuero Real. — Inst., § 6°, Tít. 25, Lib. 3°. — Cód. Francés, art. 1742. — Italiano, art. 1596. — Napolitano, art. 1588. En contra Cód. de Vaud, art. 1237; de Baviera, art. 11, Lib. 4°, Cap. 6°. El Código de Prusia, arts. 365 y 371, Tít. 21, Parte 1ª, exime de la continuacion del contrato por mas de un año á los herederos del arrendador, en los prédios rústicos; y á los del arrendatario por mas de seis meses en los urbanos. [De Goyena 1500°. La ley del Fuero es cita de Acevedo 1787°].

Art. 5°. — Cód. Francés, art. 1761. — Italiano, art. 1612. — Napolitano [1607. — Vaud], art. 1253. Estos tres Códigos se contraen solo á los *alquileres* de las casas. El Código Holandés, arts. 1615 y 1616, y el de Luisiana, art. 2703, hablan de toda clase de prédios. En contra del artículo, L. 6ª, Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 3ª, Tít. 65, Lib. 4°, Código Romano. [De Goyena, allí].

Art. 6°. — Cód. Francés, art. 1713. — Napolitano, art. 1589. — Holandés, art. 1617

---

[14] Son *accesorios* de él, y se trata de una obligacion de dar: artículos 575, 1516 y argumento del 1411. Esceptúase el terreno de aluvion, aunque accesorio del inmueble (art. 2333); y los frutos quedan comprendidos, aunque los naturales no sean cosas accesorias (art. 2331).

[15] Así, no tiene parte en un tesoro que se encuentre (arg. de los arts. 2568, 2870 y 2446), salvo el derecho de inventor (arts. 2558 y 2561).

[16] Esta cláusula debe limitarse á los terrenos de aluvion, como traen Freitas en su n° 2°, Aubry, § 365 nota 1ª, etc. y lo exigen los principios. Esto armoniza con el artículo 1523. Así, aunque el locatario se allane á un aumento proporcional del alquiler, no tendrá derecho á los frutos estraordinarios.

En las notas á los artículos 2331, 2446 y 2865 se distinguen los *frutos* propiamente dichos de los *productos*, distincion que no se guarda en el presente artículo.

[17] Los *derechos* pasan siempre á todo sucesor universal ó singular del locador: artículos 503 y 1500 y su argumento, y artículos 1196 y 1583.

Las *obligaciones* pasan á los sucesores por título universal; y á los cesionarios y subarrendatarios solo hasta cierto punto: artículos 1585, 1591, 1601 número 2° y 1603 número 2°.

En la locacion de servicios rige el artículo 1612.

[18] Parece que debe hacerse estensivo á cualquier cosa arrendada (art. 1501): *eadem est ratio*, artículo 1200 y argumento del 1198. En contra, Prudhon, *Usufruit*, III, n° 1217; Troplong n° 508.

[19] Esto debe entenderse con sujecion á los artículos 1035 y 1194. El valor del arrendamiento se determina por la suma de los alquileres hasta vencerse el plazo. Troplong, n° 116, etc. El enajenante responderá de la evicion y de su dolo, si calló la existencia del arrendamiento al adquirente y este no la conocia: artículos 1068, 1110, 2093 al fin, 2101, 2106 y 2108, y su argumento. Vé nota al artículo 3278.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL CONTRATO DE LOCACION

1501. Art. 7°. — Las cosas muebles no fungibles, [20] y las raices sin escepcion pueden ser objeto de la locacion. *Freitas* 2297°. [Vé art. 2872].

[léase 1612]. — Italiano, art. 1597. — De Luisiana, art. 2704. En contra, L. 19, Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 69, [léase 9], Tít. 65, Lib. 4°, Cód. Romano. [De Goyena 1502°]. — L. 25, [§ 1°] Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Aubry y Rau, en el § 369, nota 18, sostienen perfectamente nuestro artículo, que es el mismo que el del Código Francés. Pero lo que mejor se ha escrito á favor de la doctrina del artículo y contra la ley citada de Partida, se halla en la Revista de Cárdenas, Tom. 11, § 45.

De la resolucion del artículo citado del Código Francés, deduce Troplong, que la locacion crea un derecho real para el locatario. « El derecho conferido al locatario por el locador, dice, sobrevive á la calidad de propietario del locador; tiene su existencia independiente, y se ejerce por todo el tiempo del contrato contra todo propietario del inmueble. Si pues el nuevo propietario del inmueble está obligado á respetar el derecho del locatario, sin haber contratado con él ninguna obligacion, es sin duda porque el derecho del locatario afecta á la cosa, porque existe contra esa cosa, y no contra la persona, porque es un derecho real, y no como era ántes un derecho personal, que tenia por correlativo la obligacion personal del locador. En una palabra, el adquirente de un inmueble sometido á un arrendamiento, está obligado á respetar este arrendamiento; y solo puede serlo por una de dos causas, ó por una obligacion personal, ó por un derecho real que afecte á la cosa que ha adquirido; y pues que el adquirente nada ha prometido, ni ha contraido obligacion alguna, la obligacion de respetar el arrendamiento, procede de que existe sobre la cosa un derecho real, un *jus in re* á favor del locatario ».

Troplong olvida que el contrato esplícito no es la única causa de las obligaciones, y que estas nacen de varias otras causas: el contrato tácito [vé art. 1146], el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito y la ley [art. 499]. Sin duda, el que compra un inmueble que está arrendado contrae formalmente la obligacion de respetar el arrendamiento, pues debe saber que por la ley no puede desalojar al locatario.

Consiente implícitamente en mantenerlo en el goce de la cosa. [21] La existencia del derecho real es imposible, pues que no hay sinó un crédito por una parte, y una obligacion por la otra. El usufructuario tiene por sí el derecho de gozar de la cosa, y el arrendatario tiene derecho de hacer ejecutar por el propietario su obligacion personal de hacerlo gozar [art. 1517]. El propietario está obligado á entregar la cosa en buen estado, á mantenerla en ese estado, á hacer todas las reparaciones mayores, á pagar las contribuciones impuestas á la cosa; mientras que respecto al locatario, ni aún sombra de un derecho real aparece en los efectos del contrato. Si el inmueble alquilado sé ha enajenado con pacto de retroventa, llegado el caso, desaparecen las servidumbres é hipotecas, todo los derechos reales constituidos sobre el inmueble, [22] y solo queda firme el arrendamiento que hubiera hecho el que adquirió la cosa con pacto de retroventa, porque él no es uno de los elementos del dominio, y reposa sobre la obligacion tácitamente aceptada por el nuevo propietario. [Vé *Revista de Legislacion,* etc., tomo 6°, entrega 1ª, Buenos Aires, Set. 1870].

---

[20] Las fungibles (art. 2326, etc.) y las consumibles (art. 2327) no pueden arrendarse ó ser objeto de comodato (art. 2257), aunque puedan ser vendidas ó dadas en mútuo (arts. 2242 y 2213); salvo si se arriendan como no fungibles, es decir, para mera ostentacion y con cargo de ser restituidas idénticamente: argumento artículo 2262. Troplong no distingue bien las cosas fungibles de las consumibles (vé nota al art. 2213), como se vé al final de la nota al artículo 1503. Goyena dice con mayor impropiedad aun *cosas fungibles que se consumen por el uso.*

[21] Suponiendo siempre que el comprador conoce el arrendamiento. ¿Y si lo ignora?

[22] Artículos 2671 y 2672, y Código Francés 1673° inciso 2°.

1502. Art. 8°. — Pueden ser objeto del contrato de locacion aún las cosas indeterminadas. *De Pothier, allí.* [23]

1503. Art. 9°. — Las cosas que estén fuera del comercio, y que no pueden ser enajenadas, ó que no pueden enajenarse sin prévia licencia ó autorizacion, pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público, ú ofensivas á la moral y buenas costumbres. *Freitas* 2301°. [Vé arts. 2339 y 2340].

1504. Art. 10. — Los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales ó municipales, ó bienes de corporaciones, ó de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo ó por las que les sean peculiares. Solo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código. *Freitas* 2287°; *Chile* 1923°; *Francés* 1712°.

1505. Art. 11. — El uso para el cual una cosa sea alquilada ó arrendada, debe ser un uso honesto, y que no sea contrario á las buenas costumbres. De otra manera el contrato es de ningun valor. *Pothier, allí.* [Vé arts. 954, 1168 y 2263]. [25]

Art. 8°. — A diferencia de los otros contratos, [24] puede alquilarse un coche, un caballo, sin determinarse precisamente cual sea. (Pothier, n° 8°. — Troplong, *Louage*, n° 96).

Art. 9°. — Pothier, n° 10. — Marcadé, sobre el artículo 1713 n° 2°.

« Hay cosas que no son susceptibles del contrato de venta, y que lo son del de locacion, por ejemplo, algunos bienes del dominio público. No se puede, sin duda, alquilar las cosas que están en el dominio público, como las plazas, los caminos, etc.; pero sucede muchas veces que los pueblos alquilan provisoriamente algunos lugares necesarios para objetos útiles á los viajeros ó transeuntes que se estacionan sobre la vía pública; mas estas concesiones deben siempre hacerse de modo que no impidan el uso libre del camino, ó de la plaza. Una iglesia, miéntras está consagrada al culto, no es susceptible de locacion; sin embargo, se pueden alquilar en ella, bancos, sillas, etc., porque el destino principal del lugar no se encuentra afectado. Pueden alquilarse ciertos accesorios, ciertas desmembraciones de las cosas que están fuera del comercio, porque el fundo queda con afectacion y destino público.

« Así tambien hay cosas que aunque puedan venderse, no pueden alquilarse, como son las cosas *que se consumen con el uso.* [27] (L. 3ª, § 6°, Tít. 6°, Lib. 13, Dig.). [De Troplong, n°s 86, 90, 91 y 93].

Aun podemos alquilar nuestras cosas, cuando por la ley, por contrato ó por sentencia judicial, estamos privados del uso, ó usufructo de ellas. (L. 26, [léase 29. Es cita de Maynz, § 301 nota 3], Tít. 4°, Lib. 7°, Dig. — Véase Troplong, sobre el art. 1713).

Art. 10. — Cód. Francés, art. 1712. — Marcadé, sobre dicho artículo. — Troplong, *Louage*, n°s 69 y siguientes. — Merlin, *Verb. Bail*, §§ 17 y 18.

Art. 11. — Pothier, n° 24. [Freitas 2310°].

---

[23] *Individualmente.* Esto tiene lugar en toda obligacion de dar cosas inciertas (arts. 601, 602 y 745). Así, vendido un caballo (discurso francés, n° 59) el deudor puede elegir entre los del mismo género, siendo leales y de recibo (Goyena á su art. 996); sin que esto importe una escepcion al artículo 1171, porque aunque el objeto del contrato no esté aun *individualizado*, se halla determinado en cuanto á su especie.

[24] Esta inexactitud no se encuentra en Pothier ni en Troplong, y se demuestra en la nota precedente.

[25] Suponiendo que el fin ilícito sea conocido del arrendador y solo desde ese momento. De lo contrario, el arrendatario no podria alegar la nulidad (art. 1018 inc. 2°) para sustraerse al pago de los alquileres vencidos y aun de los daños y perjuicios (art. 1057), pues se enriqueceria con daño de otro. Compara con el artículo 1561. Pothier, n° 25, solo al Ministerio Público permite la prueba de que el propietario conocia el fin ilícito, y no al arrendatario para escusarse del pago de alquileres. Los artículos 2566 § 2° al fin y 2695 de Freitas armonizan poco entre sí.

[27] Con el *primer* uso: artículo 2327. Vé el 1501 con nuestra nota.

1506. Art. 12. — Cuando el uso que debe hacerse de la cosa estuviere espresado en el contrato, el locatario no puede servirse de la cosa para otro uso. Si no estuviese espresado el goce que deba hacerse de la cosa, será el que por su naturaleza está destinado á prestar, ó el que la costumbre del lugar le hace servir. El locador puede impedir al locatario que haga servir la cosa para otro uso. *Pothier, allí.* [26]

CAPÍTULO II

DEL TIEMPO EN LA LOCACION

1507. Art. 13. — El contrato de locacion no puede hacerse por mayor tiempo que el de diez años. El que se hiciere por mayor tiempo quedará concluido á los diez años. [Vé arts. 1279, 1280, 2615, 2616 y 3199].

1508. Art. 14. — Si el arrendamiento fuere de una heredad, cuyos frutos se recojan cada año, y no estuviese determinado el tiempo en el contrato, se reputará hecho por el término de un año [vé art. 1612 nº 4º]. Cuando el arrendamiento sea de una heredad, cuyos frutos no se recojan sinó despues de algunos años, el arrendamiento se juzga hecho por todo el tiempo que sea necesario para que el arrendatario pueda percibir los frutos. *Pothier, nº* 28. [28]

1509. Art. 15. — El arrendamiento de casas, ó de piezas amuebladas, si no estuviese estipulado el tiempo, pero *que su* precio se hubiese fijado por años, meses, semanas, ó dias, se juzgará hecho por el tiempo fijado al precio. *Pothier, allí.* [29]

Art. 12. — Pothier, nºs 22 y 23 [y nº 189. Cód. Francés 1728º nº 1º; Goyena 1473º § 2º].

Art. 13. — En casi todos los Códigos se permiten los arrendamientos hasta 99 años, ó por determinadas vidas. Los principios sociales de las monarquías europeas podian permitirlo como permitian la prohibicion de vender, cuando el testador ó el contrato la imponian. Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de treinta, cuarenta, ó noventa años, seria sumamente embarazoso para la enajenacion de las cosas, y para su division entre los diversos comuneros, que por sucesion viniesen á ser propietarios de la cosa. Tanto por una razon de economía social, como por no impedir la trasferencia ó enajenacion de las cosas, ó por no embarazar la division en las herencias, hemos juzgado que no debian permitirse los arrendamientos que pasen de diez años. El Derecho Romano y Español daban al arrendamiento de mas de diez años el carácter de usufructo, y así en verdad venia á ser por la necesidad de dar al arrendatario un derecho real, desde que debia suponerse que los dueños de la cosa arrendada serian muchísimas personas, en los arrendamientos de treinta ó cuarenta años.

Art. 14. — Véase L. 20, Tít. 8º, Part. 5ª. [Esta cita, tomada de Acevedo, 1783º, se repite bajo el art. 1624]. — Pothier, nº 28, pone algunos ejemplos del caso del artículo. Si se arrendó un estanque, en el cual no es costumbre pescar sinó cada tres años, el arrendamiento, cuando el tiempo no esté determinado, será de tres años. Cuando se arrienda una heredad de bosque de corte, dividiendo los cortes por años, haciéndose un corte cada año, si el arrendamiento no tiene tiempo determinado, se juzga hecho por tantos años, cuantos son los cortes. [Vé art. 2875].

Art. 15. — Pothier, nº 30 [tomo VI. Cód. Francés 1758º; Goyena 1520º].

---

[26] Este artículo debió ocupar el lugar del 1556, que queda casi sin objeto. Compáralo con el 1641.

[28] Código Francés 1774º, Goyena 1512º. Aunque los frutos se den á plazos mas cortos que un año. *Eadem est ratio.* Ley 7ª, §§ 6º á 8º, Tít. 3º, Lib. 24, Dig. Se obedece aquí al pensamiento del artículo 1510.

[29] Vé Código Francés 1758º; Goyena 1520º. — Léase, *cuyo* precio.

1510. Art. 16. — Cuando el arrendamiento tenga un objeto espresado, se juzgará hecho por el tiempo necesario para llenar el objeto del contrato. *Chile* 1951° *inc.* 1° *y* 1954°.

1511. Art. 17. — En los arrendamientos de fincas urbanas, si no hubiere tiempo señalado, el arrendador puede desalojar al inquilino en cualquier tiempo; pero este tendrá cuarenta dias para el desalojo, contados desde el dia en que se le intime el desahucio, por el juez competente para conocer de la demanda. [Vé art. 1612 n° 2°]. [30]

CAPÍTULO III

DE LA CAPACIDAD PARA DAR Ó TOMAR COSAS EN ARRENDAMIENTO

1512. Art. 18. — Los que tengan la administracion de sus bienes pueden arrendar sus cosas, y tomar las ajenas en arrendamiento, [31] salvo las limitaciones que las leyes especiales hubiesen puesto á su derecho.

1513. Art. 19. — Pueden arrendar los administradores de bienes ajenos, [32] salvo tambien las limitaciones puestas por la ley á su derecho. *De Aubry* § 364, nota 2]. [33]

1514. Art. 20. — El co-propietario de una cosa indivisa, no puede arrendarla, ni aún en la parte que le pertenece, sin consentimiento de los demás partícipes. *Aubry, allí, nota* 5. [Vé arts. 2684 inc. 2° y 2685].

1515. Art. 21. — Los que están privados de ser adjudicatarios de ciertos bienes, no pueden ser locatarios de ellos, ni con autorizacion judicial, ni pueden serlo tampoco los administradores de bienes ajenos sin un consentimiento espreso del dueño de la cosa. *Aubry, allí, nota* 6, *y Freitas* 2296° *n°* 6°. [34]

Art. 18. — Como las que se han puesto á los menores emancipados por el artículo 10, [art. 135 § 4°], Tít. 9° del Lib. 1°. Sobre todo este Capítulo. — Troplong, *Louage,* sobre el artículo 1718. [32]

Art. 19. — Como la del art. 37, Tít. 3°, Sec. 2ª del Lib. 1°, puesta á los padres en los arrendamientos de los bienes de sus hijos, y como la del art. 35, Tít. 10, Sec. 2ª, Lib. 1°, puesta á los tutores, sobre el arrendamiento de los bienes de los menores.

Art. 20. — Troplong, *Louage,* n° 100. — Duranton, Tom. 17, n° 35. — [Citados por] Aubry y Rau, § 364.

Art. 21. — Aubry y Rau, § 361. — Por consiguiente, los tutores y curadores [art. 475]

---

[30] Es visto que el presente debió formar parte del artículo 1612, citado en el testo.

[31] Porque el acto de dar y tomar en arrendamiento, no es de disposicion sinó de mera administracion: vé el artículo 1882 con sus notas, así como el 2672 inciso 2°.

[32] El comentario de Troplong al artículo 1718 presenta bien poco interés y ninguna utilidad nos ofrece y opinamos en contra de su número 98: argumento artículos 1529 y 1533: vé la nota 33 siguiente.

[33] Vé los articulos 300, 443 número 11, 475, 119, 488, 1279, 1280, 1883 número 10, 2872, 2961, 2965, 2967, 3390 y 3543 inciso 2°. Aquí *arrendar* significa *dar* en arrendamiento (art. 1512). Respecto á *tomar* en arriendo, vé artículo 1515.

[34] O con la autorizacion ó consentimiento supletorio de quien por la ley pueda otorgarlo. Vé artículos 119, 488, 1883 número 12, 3390, 3543 inciso 2° y nuestra nota al 1360. El artículo 1363 habla en sus números 3° y 4° de los mandatarios y albaceas.

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL LOCADOR

[Vé art. 3277]

1516. Art. 22. — El locador está obligado á entregar la cosa al locatario con todos los accesorios que dependan de ella al tiempo del contrato, [35] en buen estado de reparacion para ser propia al uso para el cual ha sido contratada, salvo si conviniesen *en entregarla* en el estado en que se halle. Este convenio se presume, cuando se arriendan edificios arruinados, y cuando se entra en posesion de la cosa sin exigir reparaciones en ella. *Aubry* § 366 *n°* 1°; *Freitas* 2328°, *y Troplong, n°* 166.

1517. Art. 23. — Despues que el locador entregue la cosa, está obligado á conservarla en buen estado y á mantener al locatario en el goce pacífico de ella por todo el tiempo de la locacion, haciendo todos los actos necesarios á su objeto, y absteniéndose de impedir, minorar, ó crear embarazos al goce del locatario. *Freitas* 2324° *n°* 4°, *y Marcadé al* 1719° *n°* III. [37]

1518. Art. 24. — La obligacion de mantener la cosa en buen estado, consiste en hacer las reparaciones que exigiere el deterioro de la cosa, por caso fortuito ó de fuerza mayor, [38] ó el que se causare por la calidad propia de la cosa, vicio ó defecto de ella, cualquiera que fuese, ó el que proviniere del efecto natural del

no pueden serlo de los bienes de los menores ni con licencia judicial, como ya está dispuesto, art. 42, Tít. 10, Sec. 2ª del Lib. 1° [art. 450 n° 1°], ni los empleados de las municipalidades, de los bienes municipales, ni los jueces y empleados públicos de bienes en que ejerzan su ministerio, ni los administradores de establecimientos de utilidad pública, de bienes pertenecientes á esas personas jurídicas, ni los administradores de bienes ajenos, de los que están bajo su administracion [de Freitas 2296°], pues á todos estos, en el Título *De Compra-venta,* les está prohibido ser adjudicatarios de los bienes sobre que ejercen su ministerio [art. 1363].

Art. 22. — LL. 1ª, 2ª y 19 [léase LL. 15, §§ 1° y 2°, y 19 § 2°], Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Cód. Francés, art. 1719 [n° 1° y 1720 inc. 1°]. — Italiano, art. 1575. — Napolitano, art. 1565. — Holandés, art. 1586 [de Goyena 1477°]. — Troplong, n° 166.

Art. 23. — Cód. Francés, art. 1720 [léase 1719]. Marcadé dice: « El que me alquila piezas en una casa, no podrá despues poner en ella una casa de juego ó de prostitucion, ni de ninguna profesion que me haga incómodas y poco convenientes las piezas alquiladas ».

El locador responde, dicen los jurisconsultos Aubry y Rau, de los impedimentos puestos al goce de la cosa alquilada, sea por actos de fuerza mayor, sea por actos de terceros, ejecutados en el límite de su derecho. [36] Si pues yo he alquilado un teatro, y la autoridad pública manda cerrar los teatros por algun tiempo, la ejecucion del contrato, el pago del arrendamiento, debe tambien suspenderse, § 866 [léase 366 n° 3°], letra D. — Lo mismo Troplong, n°s 185 y siguientes.

---

[35] Aquí debió colocarse el artículo 1497. Vé este artículo.

[36] Esto constituye literalmente el artículo 1528, y es así inoportuno.

[37] O mas propiamente « *de impedir, minorar* (el goce) ó *embarazar* (obstaculizar ó estorbar) el goce del locatario ».

[38] A no ser que segun lo dispuesto en el artículo 513 sea responsable de ellas el locatario: nuestra nota 40.

uso ó goce estipulado, ó el que sucediere por culpa del locador, sus ajentes ó dependientes. *Freitas* 2332°. [Vé art. 1575]. [39]

1519. Art. 25. — Es caso fortuito, á cargo del locador, el deterioro de la cosa causado por hechos de terceros, aunque sea por motivos de enemistad ó de odio al locatario. *Freitas* 2336° § 1°. [40]

1520. Art. 26. — Cuando el locador no hiciere, ó retardare ejecutar las reparaciones ó los trabajos que le incumben hacer, el locatario está autorizado á retener la parte del precio correspondiente al costo de las reparaciones ó trabajos, [41] y si estos fuesen urgentes, puede ejecutarlos de cuenta del locador. [Vé art. 3941]. [42]

1521. Art. 27. — Si el locador se dispusiese á hacer las reparaciones que son de su cargo, y ellas interrumpiesen el uso ó goce estipulado, en todo ó en parte, ó fuesen muy incómodas al locatario, podrá este exigir, segun las circunstancias, ó la cesacion del arrendamiento, ó una baja proporcional al tiempo que duren las reparaciones. Si el locador no conviniere en la cesacion del pago del precio, ó en la baja de él, podrá el locatario devolver la cosa, quedando disuelto el contrato. *Freitas* 2333° *n*os 1° *y* 2°.

1522. Art. 28. — El locatario tendrá los mismos derechos del artículo anterior, cuando el locador fuese obligado á tolerar trabajo del propietario vecino, en las paredes divisorias, ó hacer estas de nuevo, inutilizando por algun tiempo parte de la cosa arrendada. [Vé arts. 2728 y 2735]. [43]

Art. 25. — En contra, L. 7ª, Tít. 8°, Part. 5ª. Véase [léase Vers.] *Eso mismo*. [De Acevedo 1801°].

Art. 26. — Véase L. 2ª, Tít. 17, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1794° n° 3°]. — Aubry y Rau, § 366. — Pothier. *Louage*, nos 129 y siguientes. — Duranton, Tom. 4°, n° 381. — Troplong, *Louage*, n° 354 [léase 351. Citas de la nota 8 de Aubry].

Arts. 27 y 28. — Por el Código Francés, art. 1721, seguido por todos los Códigos de Eu-

---

[39] Vé artículos 1114 y 1123.

[40] Salvo si hubo culpa por parte del locatario: artículos 513, 1563, 1112 y su argumento. Vé nuestra nota 38.

Los artículos 1530 y 1531, que con el presente deben combinarse, justifican esta doctrina. Vé nuestra nota 17 al artículo 514.

[41] En términos mas claros: el locatario puede ejecutarlas á cuenta de alquileres: compara con el artículo 1548. Porque, si no ha ejecutado las reparaciones ¿cómo puede concedérsele el derecho de deducir su valor? Aubry y Rau, § 366 n° 1° nota 6, de quienes la disposicion es tomada, solo autorizan una disminucion del alquiler, proporcional al demérito de la cosa arrendada, causado por la falta de esas reparaciones, lo cual es congruente con el artículo 1523 inciso 2°.

Si el costo de las reparaciones escede á los alquileres vencidos, es indudable que tendrá accion á cobrar el saldo, y parece que gozará del derecho de retencion, con arreglo al artículo 1620: artículo 1549 y argumento de ellos.

[42] Esto no condice con la primera parte del artículo, tal como nosotros la entendemos (vé la nota anterior), y además se halla legislado por el artículo 1541 número 3°, en su lugar oportuno. Vé artículos 2289 al fin.

[43] Quedan al dueño los derechos que los artículos 2629 y 3079 le acuerdan. Vé el artículo 1528.

1523. Art. 29. — Si durante el contrato la cosa arrendada fuere destruida en su totalidad por caso fortuito, el contrato queda rescindido. [44] Si lo fuere solo en parte, puede el locatario pedir la *indemnizacion* del precio, [45] ó la rescision del contrato, segun fuese la importancia de la parte destruida. [46] Si la cosa estuviere solamente deteriorada, el contrato subsistirá, pero el locador está obligado á reparar el deterioro, hasta poner la cosa en buen estado. *Goyena* 1487°, *y Marcadé, n°* 1° § 4°, *allí*; *Cód. Francés* 1722°. [48]

1524. Art. 30. — Si por un caso fortuito ó de fuerza mayor, el locatario es obligado á no usar ó gozar de la cosa, [49] ó esta no puede servir para el *objeto de la convencion*, [50] puede pedir la rescision del contrato, ó la cesacion del pago del precio, por el tiempo que no pueda usar ó gozar de la cosa. [51] Pero si el caso fortuito no afecta á la cosa misma, [52] sus obligaciones continuarán como antes. *Marcadé, allí, n°* II.

ropa [y por Goyena 1488°], el locatario debe sufrir las reparaciones que se hagan, aunque le priven de una parte de la cosa, sin tener derecho á la disminucion del precio, si la obra no durase mas de cuarenta dias; pero para tal disposicion no se presenta razon alguna, pues la obligacion no naceria de actos suyos, ni por razon de cosas de su propiedad.

Art. 29. — LL. 8ª y 22, [47] Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 15, § 7°, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Código Francés, art. 1722. — Italiano, art. 1578. — Napolitano, art. 1568. [De Goyena, allí]. — Marcadé, sobre el art. 1722.

Art. 30. — Véase L. 2ª, Tít. 17, Lib. 5°, Fuero Real, y 21, Tít. 8°, Part. 5ª. — LL. 13, 15, 33 y 31, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Código de Prusia, art. 383, Tít. 21, Parte 1ª. [De Goyena 1483°]. — Marcadé, sobre el art. 1722, dice: «Cuando en tiempo de guerra, el locatario es obligado á dejar su habitacion, ó si en tiempo de *paz* [léase *peste*], no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, segun las circunstancias, podrá, ó hacer rescindir el contrato, ú obtener una disminucion del precio, ó la cesacion momentánea del pago del alquiler. Pero otra cosa seria, si el acontecimiento no fuera verdaderamente un caso fortuito, como si llegase á fallar el agua que haga moler [mover] un molino, y este suceso se hubiese reproducido por intérvalos mas ó menos dilatados, ó si el caso fortuito no afectase á la cosa misma, como si en tiempo de guerra ó de peste el locatario cesase de ocupar la cosa por su voluntad, y solo por precaucion, y no por órden de la autoridad.» — Véase Troplong, n° 227.

---

[44] Artículo 1606 número 3°. Es la aplicacion de los artículos 889, 891 y 896. Compara con la nota 275 al artículo 2936.

[45] Léase, *disminucion*, en vez de *indemnizacion*, que es error de cópia ó tipografía.

[46] Parece que el alcance de esta frase, que no es de Goyena ni del Código Francés, está determinado por la disposicion análoga del artículo 1533. Vé artículo 2127.

[47] Esta Ley de Partida habla de destruccion de los frutos ó cosechas, caso legislado por los artículos 1524 inciso 2° y 1559.

[48] Este inciso no es mas que la repeticion de lo establecido en el artículo 1518.

[49] O mas propiamente, «cuando por fuerza mayor *hay imposibilidad absoluta* y *momentánea* de servirse de la cosa arrendada», como dice el mismo Marcadé. En apoyo de esta inteligencia viene el artículo 1559. Troplong n°s 225 á 233, etc. Vé nuestra nota 52.

[50] Con mas exactitud, «para el *destino convenido*». Vé artículos 1606 número 1°, y 2936 con sus notas.

[51] Disposicion análoga á la de los artículos 1521 y 1522.

[52] Como si solo menoscaba sus ventajas ó provechos, ó los frutos (art. 1559). Vé nuestra nota 49.

1525. Art. 31. — El locador no puede cambiar la forma de la cosa arrendada, [53] aunque los cambios que hiciere no causaren perjuicio alguno al locatario; pero puede hacerlos en los accesorios de ella, con tal que no cause perjuicio al locatario. *Aubry, allí, letra* b.

1526. Art. 32. — Si el locador quisiere hacer en la cosa arrendada, innovaciones ú obras que no sean reparaciones, ó si las hubiese hecho contra la voluntad del locatario, puede este oponerse á que las haga, ó demandar la demolicion de ellas, [54] ó restituir la cosa y pedir indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 2343°.

1527. Art. 33. — El locador responde de los vicios ó defectos graves [55] de la cosa arrendada que impidieran el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido, [56] ó hubiesen sobrevenido en el curso de la locacion, y el locatario puede pedir la disminucion del precio, ó la rescision del contrato, salvo si hubiese conocido los vicios ó defectos de la cosa. *De Aubry, allí, letra* c. [Vé arts. 1607 y 2172°].

1528. Art. 34. — El locador responde igualmente de los impedimentos que se opongan al locatario para el uso ó goce de la cosa arrendada, aunque sean por fuerza mayor, ó por acciones de terceros, en los límites de sus derechos. *De Aubry, allí, letra* d. [58]

Art. 31. — Código Francés, art. 1723. — Italiano, art. 1579. — Napolitano, art. 1759 [léase 1569]. — Holandés, art. 1590. — Aubry y Rau, § 366, n° 3° letra C. — Marcadé, sobre el art. 1723. — Duranton, Tom. 17, n° 66. — Duvergier, Tom. 1°, n° 307. [De Goyena 1488°, y Marcadé].

Art. 33. — L. 14, Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 19, § 5° [léase 1°, Tít. 2°, Lib. 19], Dig. *Locoti conducti.* — Cód. Italiano, art. 1577. — Cód. Francés, art. 1721, y sobre él Marcadé. — Aubry y Rau, § 366, n° 3° letra C. — Duranton, Tom. 7° [léase 17], n° 63. — Troplong, *Louage*, n° 194. [Citas de Goyena 1481°, de Troplong y de Aubry]. — En la venta, el vendedor no está obligado, sinó por los vicios existentes al tiempo del contrato. En el arrendamiento, el locador es garante de los que sobrevienen despues, porque en la venta, siendo trasferida la propiedad, los peligros son del comprador, [57] mientras que en el arrendamiento, el objeto esencial es el goce de la cosa, y por consiguiente, el propietario debe hacer cesar todas las causas anteriores ó posteriores que impidan este goce. Si yo, por una necesidad de mi oficio, he alquilado una casa bien alumbrada, y el propietario vecino hace un trabajo en la suya que me priva de mucha parte de la luz, tengo derecho para rescindir el contrato. — L. 25, [§ 2°, Tít. 2°, Lib. 19], Dig. *Locati conducti.* — Pothier, *Louage*, n°s 112 y 113. — Troplong, n° 199 [de quien esta nota es tomada].

Art. 34. — L. 21, Tít. 8°, Part. 5ª. — Pothier, *Louage*, n° 113. — Aubry y Rau, § 366, n° 3° letra D. [De Acevedo 1801°, y Aubry].

---

[53] Pero no es dudoso que puede hacerlo con consentimiento, aunque sea verbal, del locatario (arg. del art. 2914). No obsta el artículo 1191.

El alcance del presente artículo se fija por su combinacion con el siguiente.

[54] Por aplicacion del artículo 2172. Guarda analogía con los artículos 2501 y 2502.

[55] Este adjetivo, que no traen Aubry y Rau, parece inútil, puesto que será siempre *grave* el vicio que impida el uso de la cosa. Verdad es que los pequeños defectos no constituyen vicios redhibitorios: nota al artículo 2166.

[56] Si los conoció, responderá de los daños y perjuicios: artículos 904, 1110 y argumento de los artículos 935 y 2178.

[57] Esto solo en Derecho Francés es cierto. Vé el artículo 1418 y la nota del Dr. Velez al artículo 578.

[58] El artículo 1522 no es mas que una aplicacion del presente.

En cuanto á los impedimentos por fuerza mayor, la disposicion viene á ser complemen-

1529. Art. 35. — El locador está obligado á defender, y en su caso á indemnizar al locatario, cuando este sea demandado por terceros que reclamen, sobre la cosa arrendada, derechos de propiedad ó de servidumbre ó de uso ó goce de la cosa. *Aubry, allí, letra* e. [Vé arts. 1530 á 1534 y 2784].

1530. Art. 36. — El locador no está obligado á garantir al locatario de las vías de hecho de terceros, que no pretendan la propiedad, servidumbre, uso ó goce de la cosa. El locatario no tiene accion sinó contra los autores de los hechos, y aunque estos fuesen insolventes, no tendrá accion contra el locador. *Aubry, allí, nota* 22. [Vé art. 2093 y nota].

1531. Art. 37. — Si las vías de hecho de terceros tomasen el carácter de fuerza mayor, como devastaciones de la guerra, bandos armados, etc., entónces regirá lo dispuesto en el artículo 25. *Marcadé, allí, n°* I § 3°. [59]

1532. Art. 38. — El locatario está obligado á poner en conocimiento del locador, en el mas breve tiempo posible, toda usurpacion, ó novedad dañosa á su derecho, como toda accion que se dirija sobre la propiedad, uso ó goce de la cosa, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios, y de ser privado de toda garantía por parte del locador. *Goyena, allí; Troplong, n°s* 689 *á* 691, *y Aubry.* [61]

1533. Art. 39. — Si el locador fuese vencido en juicio sobre una parte de la cosa arrendada, puede el locatario reclamar una disminucion del precio, ó la rescision del contrato, si la parte de que se le priva fuese una parte principal de la cosa, ó del objeto del arrendamiento, y los daños y perjuicios que le sobreviniesen. [62]

Art. 35. — L. 21, Tít. 8°, Part. 5ª. [De Acevedo 1801°]. — Cód. Francés, arts. 1726 y 1727. — Italiano, arts. 1700 y 1701 [léase 1581]. — Aubry y Rau, § 366 letra C.

Art. 36. — L. 21, Tít. 8°, Part. 5ª. [60] — Cód. Francés, art. 1725, y Marcadé sobre dicho artículo. — Aubry y Rau, § 366 letra C. — En cuanto á la última parte, en contra, Pothier, n° 81.

Art. 37. — Marcadé, sobre el art. 1725 y siguientes. [Troplong, n° 261].

Art. 38. — L. 2ª, Tít. 19, Lib. 3°, Cód. Romano. — L. 11, § 2°, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Es espreso en la materia el Código de Prusia, art. 1444 [léase 444], Tít. 21, Parte 1ª. — Aubry y Rau, § 366 letra C, y véase Cód. Francés, art. 1768. — Holandés, art. 1627. — Napolitano, art. 1614. [De Goyena 1490°].

Art. 39. — Véase L. 22, Tít. 8°, Part. 5ª. [De Acevedo 1806°]. — Aubry y Rau, lugar citado, y Cód. Francés, art. 1726.

---

taria de la del artículo 1524; advirtiendo que Aubry y Rau, en su 4ª edicion, no hablan ya de fuerza mayor; cuya doctrina, parece mas jurídica, mas congruente con el artículo 1524 citado y con el 1559, y quita un motivo de cuestiones entre los contrayentes. Vé nuestra nota 36, así como el artículo 2096.

[59] Y tambien lo dispuesto por el artículo 1523, en su caso. Vé la nota 17 al artículo 514.

[60] Esta Ley, tomada de Acevedo 1801°, es citada por la quinta vez, y no siempre con oportunidad.

[61] Vé artículos 2466, 2784 y 2882. El locatario mantendrá su derecho á la garantía de eviccion y no será pasible de daños y perjuicios, si demostrare que era inútil la denuncia de la perturbacion por no existir medio alguno de hacerla cesar: artículo 2113 y su argumento.

Si el locador obtiene plena reparacion, parece que el locatario quedará tambien eximido de responder de los daños y perjuicios.

[62] Esta disposicion debe estenderse y generalizarse de conformidad á los artículos 2127 y 2095 combinados: artículo 2118.

1534. Art. 40. — El derecho del locatario para pedir pérdidas é intereses, en el caso del artículo anterior, no tiene lugar, si al hacer el contrato hubiese conocido el peligro de la eviccion. [63]

1535. Art. 41. — No habiendo prohibicion en el contrato, el locatario, sin necesidad de autorizacion especial del locador, puede hacer en la cosa arrendada, con tal que no altere su forma ó que no haya sido citado para la restitucion de la cosa, las mejoras que tuviere á bien para su utilidad ó comodidad. Despues de hecho el contrato, el locador no puede prohibir al locatario que haga mejoras. *Freitas* 2340°. [Vé arts. sigts.].

1536. Art. 42. — En las casas y predios urbanos, y en los edificios de los predios rústicos, no podrá el inquilino hacer obras que perjudiquen la solidez del edificio, ó causen algun inconveniente, como el rompimiento de paredes maestras para abrir puertas ó ventanas. [64] Puede, sin embargo, quitar ó mudar divisiones internas, abrir en esas divisiones puertas ó ventanas, ú obras análogas, con tal que desocupada la casa, la restituya en el estado en que se obligó á restituirla ó en que la recibió, si así lo exigiese el locador. *Freitas* 2541° *y* 2549°. [Vé art. 1617].

1537. Art. 43. — Si la locacion fuese de terrenos en las ciudades ó pueblos de campaña, entiéndese que ha sido hecha con autorizacion al locatario de poder edificar en ellos, siendo de cuenta del locador las mejoras necesarias ó útiles. *Freitas* 2554° *y* 2556°. [Vé art. 591].

1538. Art. 44. — Si la locacion ha sido de terrenos incultos, entiéndese tambien que ha sido hecha con autorizacion al locatario de poder hacer en ellos cualquier trabajo de cultivo, ó cualesquiera mejoras rústicas. *Freitas* 2555°. [65]

1539. Art. 45. — El locatario no puede hacer mejoras que alteren la forma de la cosa, [66] si no fué espresamente autorizado por el contrato para hacerlas, ó si el locador no lo hubiere autorizado posteriormente. *Freitas* 2341°. [Vé arts. 1567 y 2876 inc. 1°].

1540. Art. 46. — Habiendo en el contrato prohibicion general de hacer mejoras, ó prohibicion de hacer mejoras determinadas, el locatario no puede en el primer

Art. 40. — Marcadé, sobre el art. 1725 y siguientes.

Art. 45. — Sobre las mejoras que haga el locatario. — L. 24, Tít. 8°, Part. 5ª. [De Acevedo 1796°].

---

[63] Este artículo no es mas que una aplicacion del 2108, y su disposicion se estiende naturalmente al caso de eviccion *total*.

Advertimos tambien que esta materia tiene su esplanacion y complemento en el Título «De la eviccion», y que los artículos 2093, 2095, 2096 y 2099 á 2109 son especialmente aplicables.

[64] Este ejemplo demuestra que el inconveniente debe ser de alguna consideracion é importancia. Toca al magistrado apreciarlo en cada caso.

[65] Corresponderá tambien al locador pagar las mejoras necesarias ó útiles: argumento del artículo 1537. *Eadem est ratio*.

[66] Artículo 1535. Sin perjuicio, se entiende, de lo dispuesto en los tres artículos precedentes. Vé el artículo 1568.

caso hacer *mejoras algunas*, [67] y en el segundo, no podrá hacer las mejoras prohibidas, si el locador no lo hubiere autorizado posteriormente. *Freitas* 2342°. [Vé art. 1198].

1541. Art. 47. — Solo es á cargo del locador pagar las mejoras y gastos hechos por el locatario : —

1° Si en el contrato ó posteriormente, lo autorizó para hacerlas y se obligó á pagarlas, obligándose ó nó el locatario á hacerlas;

2° Si lo autorizó [68] para hacerlas, y despues de hechas se obligó á pagarlas;

3° Si fuesen reparaciones ó gastos á su cargo, que el locatario hiciese en *caso de urgencia;* [Art. 1520 : vé art. 1546 y nota al 589].

4° Si no se obligó á pagarlas, ni lo autorizó para hacerlas, si fuesen necesarias ó útiles, y sin culpa del locatario se resolviese el contrato : [69]

5° Si fuesen mejoras voluntarias, si por su culpa se resolviese la locacion ; [Vé art. 1553].

6° Si la locacion fuese por tiempo indeterminado, si lo autorizó para hacerlas y exigió la restitucion de la cosa, no habiendo el locatario disfrutado de ellas. *Freitas* 2532°. [Art. 1579].

1542. Art. 48. — No basta para que el locador deba pagar las mejoras ó gastos hechos por el locatario, el haberle autorizado para hacerlos, si á mas de esto no constase espresamente que se obligó á pagarlos, salvo los casos del artículo anterior números 4°, 5° y 6°.

Esta disposicion comprende el premio pagado por el locatario como seguro de la cosa arrendada, si no constase espresamente que se obligó á asegurarla por cuenta del locador. *Freitas* 2353°.

1543. Art. 49. — Si en el contrato ó posteriormente, el locador hubiere autorizado al locatario para hacer mejoras, sin otra declaracion, entiéndase que tal autorizacion se refiere únicamente á las mejoras que el locatario tiene derecho á hacer sin depender de autorizacion especial. *Freitas* 2354° [Art. 1535].

1544. Art. 50. -- Autorizándose mejoras que el locatario no tiene derecho para hacer sin autorizacion espresa, debe designarse espresamente cuáles sean. Autorizándose mejoras que el locador se obliga á pagar, debe designarse el máximum que el locatario puede gastar, y los alquileres ó rentas que deban aplicarse á ese objeto. [Vé arts. 1539 y 1540].

No observándose las disposiciones anteriores, la autorizacion se reputará no escrita, si fué estipulada en el contrato, y será nula si fué estipulada por separado. *Freitas* 2355°.

1545. Art. 51. — Las autorizaciones para hacer mejoras, con obligacion de pagarlas el locador, y con obligacion de hacerlas el locatario, ó sin ella, no pueden ser probadas sinó por escrito. *De Freitas* 2356°. [Vé arts. 1453 y 1586]. [70]

---

[67] Léase, *mejora alguna*, como exige la propiedad del lenguaje. Vé artículo 1567.

[68] Si *no* lo autorizó. La omision del copista ó tipógrafo es evidente.

[69] El locador se enriqueceria á espensas de este : argumento de los artículos 2440, 2442 y 2443.

[70] Y tambien por confesion ó juramento judicial. Vé nuestra nota al artículo 1194.

1546. Art. 52. — Las reparaciones ó gastos á cargo del locador, se reputarán hechas por el locatario en *caso de urgencia*, cuando, sin daño de la cosa arrendada, no podian ser demoradas, y le era imposible al locatario avisar al locador para que las hiciera ó lo autorizase para hacerlas. Tambien se reputan gastos de esta clase los que el locatario hubiese hecho, como pago de impuestos á que la cosa arrendada estaba sujeta. *Freitas* 2357°. [Vé arts. 1520, 1541 n° 3° y 1555].

1547. Art. 53. — Todas las mejoras hechas en caso de urgencia, y todas las de los casos del artículo 47 números 5° y 6°, deberán ser pagadas por el locador, no obstante que en el contrato se hubiesen estipulado que las mejoras cediesen á beneficio de la cosa arrendada, ó de no poder el locatario exigir por ellas indemnizacion alguna. *Freitas* 2358°.

1548. Art. 54. — En los casos del artículo 47 números 1°, 2° y 3°, *si la locacion hubiese de continuar*, el valor de las mejoras y gastos, se compensará hasta la concurrente cantidad con los alquileres ó rentas ya vencidas, *ó* [71] que el locatario debiese, y sucesivamente con los alquileres ó rentas que se fueren venciendo, sin perjuicio del derecho del locatario para pedir el pago inmediato.

1549. Art. 55. — En los mismos casos del artículo 47 números 1°, 2° y 3°, *si la locacion hubiese de continuar,* [72] y tambien en los casos del mismo artículo, números 4°, 5° y 6°, compete al locatario el derecho de retener la cosa arrendada, hasta que sea pagado del valor de las mejoras y gastos. *Freitas* 2360°; *Maynz,* § 301 *nota* 34. [73]

1550. Art. 56. — En los [74] casos del artículo 47, las mejoras, existan ó nó, serán pagadas por lo que hubieren costado, [75] y no probándose el costo, serán pagadas por arbitramiento judicial.

El pago en los casos del artículo 47 número 2°, [76] no escederá el máximum

Art. 55. — El *derecho de retencion*, es el derecho de rehusar la entrega de una cosa que poseemos por otro, hasta ser pagados por aquel á quien la cosa pertenece ó le es debida, de una obligacion de que nos es deudor, por razon de esa misma cosa [art. 3941, etc.]. La posesion actual es el antecedente indispensable para el derecho de retencion; pero es preciso que esa posesion se funde en otro título que el solo hecho de la posesion. El derecho de retencion es de una naturaleza particular, pues no se puede hacer valer en juicio, sinó por vía de escepcion. Cuando se ha perdido el hecho de la retencion, cuando ya no se tiene la cosa, no se puede *reivindicar* por vía de accion [vé art. 3946], porque entónces el derecho está confundido con el hecho.

Respecto á este derecho, se puede decir que nuestro dinero, nuestra propiedad se confunde con la cosa de otro, y que reteniendo esta, no hacemos sinó retener nuestra propia cosa, con un derecho igual al que autoriza á nuestro adversario á retirar la suya.

---

[71] Esta conjuncion está demás.

[72] Es el caso legislado por el artículo anterior; así que debe leerse « si la locacion *no* hubiese de continuar», como trae Freitas y lo exige la razon.

[73] El artículo 2168 solo habla de mejoras *necesarias*. El locador recobrará la cosa arrendada, si afianza el pago de las mejoras ó deposita su valor: artículo 1620.

[74] Léase, *en los mismos casos,* como está en Freitas y lo requieren el párrafo y artículo siguientes.

[75] Existan ó no: artículos 2311, 1551 y su argumento.

[76] Existe igual razon para decir lo mismo de los casos del número 1°. Vé artículo 1544.

designado en el contrato, aunque el locatario pruebe haber gastado mas, ó el costo de las mejoras se arbitre en mayor suma. *Freitas* 2362°.

1551. Art. 57. — En los casos del artículo 47 números 4°, [77] 5° y 6°, serán pagadas solamente las mejoras que existiesen por el precio de su avaluacion, sea cual fuere el valor de su costo. *Freitas* 2363°.

1552. Art. 58. — Resolviéndose la locacion sin culpa del locador, no incumbe á éste pagar: —

1° Las mejoras del artículo 47 número 4° si estipuló que las mejoras habian de ceder á beneficio de la cosa arrendada, ó de no poder el locatario exigir indemnizaciones por ellas;

2° Las mejoras que el locatario hizo, por haberse obligado á hacerlas, aunque no conste haber para ello recibido alguna cantidad ú obtenido una baja en el precio de la locacion;

3° Las mejoras voluntarias que no se obligó á pagar, aunque autorizase al locatario para hacerlas. *Freitas* 2364°. [Vé art. 591].

1553. Art. 59. — Resolviéndose la locacion por culpa del locador, incumbe á este pagar todas las mejoras y gastos, con escepcion únicamente de las que el locatario hubiese hecho, sin tener derecho para hacerlas. *Freitas* 2365°. [Vé arts. 1539 y 1540].

1554. Art. 60. — Resolviéndose la locacion por culpa del locatario, no incumbe al locador pagar sinó las mejoras y gastos á cuyo pago se obligó, y las hechas por el locatario en *caso de urgencia*. *Freitas* 2366°. [Vé art. 1546.]

1555. Art. 61. — El locador está obligado á pagar las cargas y contribuciones que graviten sobre la cosa arrendada. *Acevedo* 1797°. [78]

CAPITULO V

DE LAS OBLIGACIONES DEL LOCATARIO

1556. Art. 62. — El locatario está obligado á limitarse al uso ó goce estipulado, de la cosa arrendada, y en falta de convenio, al que la cosa ha servido antes ó al que regularmente sirven cosas semejantes. [Vé arts. 1506, 2270, 2880, 2881 inc. 1°, y á Freitas 2410°].

Art. 62. — LL. 1ª y 6ª, Tít. 17, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1802°]. — L. 25, § 3°, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. — Cód. Francés, art. 1728. — Italiano, art. 1583. — Napolitano, art. 1574. — Holandés, art. 1596. [De Goyena 1478°]. — No es preciso que un propietario se pronuncie espresamente sobre el destino que la cosa debe conservar; este destino está suficientemente espresado por el estado de los lugares, por el uso al cual la cosa habia servido hasta el momento del arrendamiento, y por la calidad del locatario [79] con quien

---

[77] Preciso es convenir que en el caso de este número la disposicion de nuestro artículo no guarda bastante armonía con la de los artículos 2308 y 2311 combinados.

[78] Y si una ley provincial obliga al arrendatario á pagarlas, será el caso del artículo 1546 inciso 2°. Pero pueden las partes convenir otra cosa, aunque sea verbalmente.

[79] Todos reconocen que la ocupacion ú oficio del arrendatario es una de las principales circunstancias que, en defecto de convenio, deben ser tomadas en consideracion por el Juez, espécialmente si esa ocupacion ú oficio eran conocidos del locador, pues hay entónces un consentimiento tácito respecto al destino que á la cosa arrendada debe darse. Vé á Goyena. Freitas, Código Francés, etc. en los lugares citados.

1557. Art. 63. — El locatario no se limitará al uso ó goce estipulado, usando de la cosa arrendada para diverso destino del convenido, aunque la mudanza del destino no traiga perjuicio alguno al locador. *Freitas* 2384° *n°* 3°. [Vé art. 2894 inc. 3°].

1558. Art. 64. — El locatario está obligado tambien á pagar el precio al locador *ó á quien pertenezca la cosa* [80] en los plazos convenidos, y á falta de convencion, segun los usos del lugar, á conservar la cosa en buen estado, [81] y á restituir la misma cosa al locador ó á quien perteneciese acabada la locacion. *De Aubry* § 367 *n°s* 2° *y* 5°, *y Freitas* 3267° *n°s* 2°, 4° *y* 5°. [81]

1559. Art. 65. — En los arrendamientos de prédios *rústicos* [82] no podrá exigir el locatario remision total ó parcial de las rentas, alegando casos fortuitos ordinarios ó estraordinarios, [83] que destruyan ó deterioren las cosechas. [84]

1560. Art. 66. — El locador, para seguridad del pago del precio, puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que *la* haya amueblado, guarnecido ó provisto, y que pertenezcan al locatario. [85] Se juzgará que le pertenecen los que existen en el predio arrendado, si no se probare lo contrario. *Chile, allí.*

1561. Art. 67. — Si el locatario emplea la cosa arrendada en otro uso que al que esté destinada por su naturaleza ó por el contrato, ó si por un goce abusivo causa perjuicio al locador, este puede demandar las pérdidas é intereses, y segun las circunstancias la supresion de las causas del perjuicio, ó la rescision del arrendamiento. *Aubry, allí, nota* 2; *Goyena* 1479°; *Freitas* 2411°. [86]

se ha hecho. — Duvergier, Tom. 1°, n° 396. — Cuando un local es alquilado á un individuo que ejerce una industria del género de las que han acreditado el local, por ejemplo, una posada, no conservaria el destino de la casa, sinó teniéndola de posada durante el arrendamiento. Si le daba otro destino, le haria perder sus parroquianos, y el propietario no podria en adelante obtener un alquiler ventajoso. Pothier, *Louage*, n° 189. — Troplong, n° 308. — Marcadé, sobre el art. 1729. [De Troplong, n°s 308 y 309].

Art. 64. — LL. 4ª y 18, Tít. 8°, Part. 5ª y cita anterior. [De Acevedo 1802°. Vé Cód. Francés 1728° n° 2°].

Art. 66. — L. 5ª, Tít. 8°, Part. 5ª. — Véase L. 6ª, Tít. 11, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 9ª, Tít. 17, Lib. 3° del Fuero Real. [De Acevedo 1805°]. — Cód. de Chile, art. 1942.

Art. 67. — Las citas al art. 62. — Cód. Francés, art. 1729. — Italiano, art. 1584. — Napolitano, art. 1775 [léase 1575]. — L. 3ª, Tít. 65, Lib. 4°, Cód. Romano. — Pothier, n° 189. — Troplong, n° 309 y siguientes. — Aubry y Rau, § 367. [Citas de Goyena, y Aubry, allí].

---

[80] Esto solo podrá hacerlo, si así se ha convenido, pues el derecho de cobrar los alquileres corresponde al locador únicamente, y entre el dueño y el arrendatario ningun vínculo jurídico existe: argumento de los artículos 2469 y 3885 inciso 1°.

[81] Vé artículos 1563, 1611, 1612, 1617, 2467 y 2469.

[82] Y tambien en los urbanos que tengan plantaciones ó quintas. La razon es la misma, aunque el artículo solo trate de lo que pasa regularmente: *de eo quod fit plerumque.*

[83] Sobre esta division de los casos fortuitos, puede verse la nota al artículo 514.

[84] Las Leyes romanas, españolas y francesas disponen otra cosa: vé nuestra nota 52 y á Goyena 1509°.

[85] Vé la nota 23 al artículo 3885. El artículo chileno concede tambien la retencion en garantía de las indemnizaciones que sean debidas.

[86] Vé el artículo 2270 inciso 2°. La disposicion del artículo 1601 es análoga á la presente.

1562. Art. 68. — Será un goce abusivo en los prédios rústicos, arrancar árboles, hacer cortes de montes, salvo si lo hiciera para sacar madera necesaria para los trabajos del cultivo de la tierra, ó mejora del prédio, ó á fin de proveerse de leña ó carbon para el gasto de su casa. *Freitas* 2550° *n°* 2°. [Vé art. 1538].

1563. Art. 69. — Debe conservar la cosa en buen estado y responder de todo daño ó deterioro que se causare por su culpa ó por el hecho de las personas de su familia que habiten con él, de sus domésticos, trabajadores, huéspedes ó subarrendatarios. *Aubry, allí.* [Vé art. 1114]. [87]

1564. Art. 70. — El locatario no conservará la cosa arrendada en buen estado :—

1° Deteriorándose ella por su culpa ó la de las personas designadas en el artículo anterior, ó abandonándola sin dejar persona que la conserve en buen estado, aunque lo haga por motivos de una necesidad personal, mas no si lo hiciese por motivos derivados de la misma cosa ó del lugar en que ella se encuentra ;

2° Haciendo obras nocivas á la cosa arrendada ó que muden su destino, ó haciendo, sin autorizacion, mejoras que alteren su forma, ó que fuesen prohibidas en el contrato ;

3° Dejando de hacer las mejoras á que se obligó. *Freitas* 2374° *n°s* 1°, 2°, 3° *y* 7°.

1565. Art. 71. — Deteriorándose la cosa arrendada por culpa del locatario ó de las personas designadas en el artículo 69, puede el locador exigir que haga las reparaciones necesarias ó disolver el contrato. *Freitas* 2375° § 1°. [Vé arts. 587 y 2269].

1566. Art. 72. — Abandonando el locatario la cosa arrendada sin dejar persona que haga sus veces, el locador tendrá derecho *para tomar cuenta del estado de ella,* [88] requiriendo las correspondientes diligencias judiciales que fueren necesarias, quedando desde entonces disuelto el contrato. *Freitas* 2376°.

1567. Art. 73. — Haciendo el locatario sin autorizacion del locador, mejoras que alteren la forma de la cosa arrendada, ó fueren prohibidas en el contrato, el locador podrá impedirlas ; y si ya estuvieren acabadas, podrá demandar su demolicion, ó exigir al fin de la locacion, que el locatario restituya la cosa en el estado en que la recibió. *Freitas* 2377°.

1568. Art. 74. — Haciendo el locatario obras nocivas á la cosa arrendada, ó que muden su destino, puede el locador ejercer los mismos derechos del artículo anterior ó demandar la resolucion del contrato. *Freitas* 2378°.

Art. 69. — LL. 8ª y 18, Tít. 8°, Part. 5ª. — 1ª y 6ª, Tít. 11 [léase 17], Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1813°]. — Cód. Francés, art. 1732 [léase 1728 y 1735]. — Italiano, art. 1698 [léase 1585 y 1588]. — Aubry y Rau, § 367 n° 3°. — Por el Derecho Romano, el locatario no es responsable de los deterioros que causen las personas de la casa. — Pothier, n° 193. [Cita de Aubry].

---

[87] Compara con el artículo 2268. Debemos decir lo mismo de los dependientes, comodatarios y cesionarios de la locacion, por existir la misma razon: artículo 1573 y su argumento. El artículo 1114 habria tambien de aplicarse en todas sus partes. Vé el artículo 1519 con la nota 40.

La culpa del locatario se presume, salvo prueba contraria: artículo 1572.

[88] Para tomarla ó retomarla desde luego: *para logo tomar conta della,* dice el testo portugués.

1569. Art. 75. — Dejando el locatario de hacer las mejoras prometidas, sin haber por ello recibido cantidad alguna del locador ú otra ventaja, este podrá demandar que las haga en un plazo designado, con conminacion de resolver el contrato ; y si hubiere recibido alguna cantidad para hacerlas, [89] conminándolo á volver la suma recibida con los intereses, ó el pago del alquiler *disminuido*. *Freitas* 2382° *y* 2383° § 1°. [90]

1570. Art. 76. — No habrá culpa por parte del locatario si la pérdida total ó parcial de la cosa arrendada, ó su deterioro, ó la imposibilidad de su destino, fué motivada por caso fortuito ó fuerza mayor. *Freitas* 2505°. [Vé arts. 1523, 1617, 2171; y Cód. Francés 1730° y 1732°].

1571. Art. 77. — Tampoco habrá culpa por parte del locatario por la pérdida ó deterioro de la cosa arrendada, si fué motivada por su propia calidad, vicio, ó defecto, [91] ó cuando fué destinada á estinguirse progresivamente por la estraccion de sus productos. *Freitas* 2506° *n°* 1°. [Vé arts. 1518 y 2874.]

1572. Art. 78. — No siendo notorio el accidente de fuerza mayor que motivó la pérdida ó deterioro de la cosa arrendada, la prueba del caso fortuito incumbe al locatario. A falta de prueba, la pérdida ó deterioro le es imputable. *Freitas* 2507° §§ 1° *y* 3°.

1573. Art. 79. — Siendo notorio el accidente de fuerza mayor, ó probado este accidente, la prueba de que hubo culpa, por parte del locatario, sus agentes, dependientes, cesionarios, sub-arrendatarios, comodatarios ó huéspedes, corresponde al locador. *Freitas* 2508° § 1°. [Vé arts. 1563 y 2874]. [92]

1574. Art. 80. — Lo dispuesto en los artículos anteriores, es aplicable al caso de incendiarse la cosa arrendada. El incendio será reputado caso fortuito, hasta que el locador ó el que fuere perjudicado, pruebe haber habido culpa por parte de las personas designadas en el artículo anterior. *Freitas* 2544°.

1575. Art. 81. — El locatario debe hacer las reparaciones de aquellos deterioros menores, que regularmente son causados por las personas que habitan el edificio. [93]

Art. 80. — Cód. de Luisiana, art. 2693. — Cód. de Vaud, art. 1229. — Voet, Lib. 9°, Tít. 2°, n° 20, trata estensamente la materia, y enseña lo mismo que disponen los Códigos de Vaud y de Luisiana. — Las LL. 8ª, Tít. 8°, y 3ª, Tít. 2°, Part. 5ª dejan indeciso este punto. [De Goyena 1518°]. El Código Francés [art. 1733] y sus comentadores hacen una derogacion al derecho comun, cargando con la prueba al demandado, y *por* [léase *para*] esto crean una presuncion de derecho, que el incendio siempre es producido por culpa de los que habitan la casa, presuncion desmentida mil veces por los hechos, pues lo mas comun es que sea por algun accidente inculpable á las personas que en ella se hallan.

---

[89] *U obtenido disminucion del alquiler*, agréguese, como trae Freitas y lo exige el propio sentido de nuestro artículo.

[90] Alquiler disminuido ; es decir, á pagar las rebajas que obtuvo del aquiler; y esto con los intereses respectivos desde los plazos á que debió pagar los alquileres íntegros, por via de daños y perjuicios. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 622. Freitas 2383° § 1°.

[91] O si el deterioro es por efecto natural del uso ó goce estipulado: artículos 1518, 2272 y su argumento.

[92] La segunda parte del artículo 513 seria aplicable, en su caso.

[93] Vé el artículo 1518 y el Código Francés 1720°, 1754° y 1755°.

1576. Art. 82. — Aunque en el contrato esté espresado el tiempo en que el locatario deba hacer los pagos, ó cuando la costumbre lo determinase por la clase de la cosa arrendada, él puede oponer á terceros *que estén obligados á respetar la locacion,* [94] los recibos de alquileres ó rentas que tenga pagados adelantados, [95] salvo el derecho del perjudicado, si tal pago no fué de buena fé. *De Freitas* 2426°.

1577. Art. 83. — Presúmese que el pago adelantado no fué de buena fé, aunque alegue el locatario la cláusula de su contrato, [96] por la cual se obligaba á hacerlo: — *Freitas* 2427° *inc.* 1°.

1° Cuando los pagos fuesen hechos por arrendamientos de mayor tiempo que el que el arrendador podia contratar; [97]

2° Si el locatario, no obstante la prohibicion del contrato de no poder subarrendar, hubiese subarrendado la cosa, y recibido pagos adelantados; [98]

3° En relacion á los acreedores del locador, si hizo pagos adelantados despues de publicada su falencia; *Freitas* 2427° *n°* 3°, *y* 2421°. [99]

4° En relacion á los acreedores hipotecarios del locador, ó rematadores y adjudicatarios del inmueble arrendado, [100] si fuesen hechos sin estar obligado por el contrato; *De Freitas* 2428°. [101]

5° En relacion á los acreedores quirografarios del locador, si hizo los pagos despues [102] de estar embargadas las rentas ó alquileres; *Freitas* 2429° *n°* 1° *y* 2422° *n°* 1°. [Vé art. 736].

6° Cuando no siendo obligado por el contrato, [103] y sabiendo la insolvencia del

---

[94] En virtud del artículo 1500, esta frase solo puede referirse á los que ejerciten la accion pauliana (art. 962), aunque en los artículos 2180 á 2484 de Freitas tenga muy distinto alcance.

[95] A condicion de que hayan adquirido fecha cierta: artículo 1035. Freitas 2420°, no requiere fecha cierta en los recibos de alquileres *vencidos*, para poderse oponer á terceros, lo que parece muy razonable.

[96] Por esta cláusula se vé que los números 4 y 6 debieron figurar en artículos separados.

[97] Vé los artículos 443 número 11 inciso 1°, 475, 119, 488, 1279 inciso 1° y 1883 número 10. Compara con el 1298.

[98] Lo mismo pudo decirse, generalizando la disposicion, del que arrienda sin facultad para ello; pero tales casos no han menester ser legislados aquí, pues se hallan regidos por otros principios, como son las leyes sobre la nulidad: artículos 1041 y 1162, etc. Freitas en su artículo 2127 número 2° se limita á referirse á nuestro artículo 1603 número 3° y no trae disposicion semejante á la nuestra, que consideramos fuera de lugar ó anti-jurídica y sin objeto.

[99] Publicada la falencia, ha conocido ó debido conocer su incapacidad: artículos 735 y 930 combinados.

[100] Del inmueble sugeto á una hipoteca registrada (arts. 3137 inc. 1° y 3151). El locatario ha tenido razon para conocer la existencia de la hipoteca; conocimiento que hace legalmente presumible la mala fé, como en los demás números de este artículo: vé los números 3, 5, 6 y 7.

[101] Vé la nota 96 *supra.*

[102] Si el embargo fué intimado al locatario, habria la presuncion *judicial* (ya que no *legal)* de mala fé de su parte.

[103] Vé la nota 96 *supra.*

locador, le hizo pagos anticipados; *De Freitas* 2429° *n°* 2°. [Vé arts. 969 y 970]. [104]

7° En relacion á los adquirentes de la cosa arrendada por enajenaciones voluntarias del locador, y á los cesionarios de la locacion ó de los alquileres ó rentas, por cesiones voluntarias del locador, probándose que el locatario *las* hizo sabiendo ó teniendo razon de saber la enajenacion ó la cesion. *Freitas* 2423° § 1°. [105]

1578. Art. 84. — Los acreedores del locatario insolvente, ó los administradores de la masa fallida del locatario, no tendrán derecho, á pretesto de fraude, para anular los pagos anticipados de alquileres ó rentas. Solo pueden exigir la restitucion de esos pagos [106] en el caso de rescindirse el contrato. *Freitas* 2431°.

1579. Art. 85. — Si la locacion fué por tiempo indeterminado, y se intimare el desalojo al locatario, podrá este pedir indemnizaciones de las mejoras que fué autorizado á hacer, y que aún no habia disfrutado. *Freitas* 2434° *inc.* 2°. [Art. 1541 n° 6°].

1580. Art. 86. — Si la cosa arrendada fuese inmueble, compete al locador, aunque la locacion esté afianzada, accion ejecutiva para el cobro de los alquileres ó rentas, [107] requiriendo mandamiento de embargo sobre los bienes sujetos al privilegio concedido por este Código al crédito del locador. *Freitas* 2436°. [Vé arts. 3885 á 3887].

1581. Art. 87. — No pagando el locatario dos períodos consecutivos de alquileres ó renta, el locador podrá demandar la resolucion del contrato, con indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 2439°. [108]

---

[104] Compara con lo que decimos en la nota al artículo 969.

[105] Esto no armoniza con los principios establecidos en los artículos 1463 y 1470: vé el 1464.

En vez de *las hizo*, debe leerse *los hizo* (los pagos).

[106] De los anticipados: los alquileres vencidos es claro que no podrán repetirse: vé los artículos 1051 y 1054.

[107] Es una exagerada proteccion al propietario de bienes raices arrendados, darle privilegio (art. 3885) y derecho de retencion (art. 1560) á la vez, y concederle además accion ejecutiva.

Por otra parte, esta prescripcion daria márgen, por su deficiencia á un completo arbitrario, si para hacer lugar á la via ejecutiva se atiende á la palabra del ejecutante puramente, sin exigirle la prueba escrita del contrato de locacion y del precio ajustado, ó jurando este último, y las deudas derivadas de la locacion; precaucion que el mismo Freitas adopta en su artículo 2137 inciso 1°: vé su inciso 2° y el artículo 2138.

Tratándose de un contrato que establece varias obligaciones entre las partes, no podemos aprobar que nuestro Código haya adoptado la disposicion escepcional de Freitas. Agréguese lo que decimos en la nota 110.

Por lo demás, la accion ejecutiva que nuestro artículo concede al locador para el cobro de los alquileres, pasa del mismo modo que cualquier otra accion derivada del contrato (vé dicha nota 110), á sus herederos, sucesores (vé nuestra nota 17) y representantes (art. 1498); y puede ser dirijida contra los herederos, sucesores y representantes del locatario (dicho art.), y en su caso contra el subarrendatario (arts. 1595 y 1603 n° 2°), sus herederos, sucesores y representantes. Vé nuestro artículo 1583.

[108] Vé la Ley 6ª, Tít. 8°, Part. 5ª. Nuestro artículo constituye una escepcion al principio consignado en el 1205.

1582. Art. 88. — El locatario no será condenado á pagar alquileres ó rentas, si tuviese que compensar mejoras ó gastos, aunque el valor cierto de ellos dependa de la liquidacion. *De Freitas* 2442° § 2°. [109]

1583. Art. 89. — La accion ejecutiva del locatario por cobro de alquileres ó rentas, como *por* [110] cualquier otra deuda derivada de la locacion, compete igualmente á sus herederos, sucesores, ó representantes, contra el sub-arrendatario, sus herederos, sucesores, [111] ó representantes, sin dependencia de autorizacion del locador. *De Freitas* 2443° *n°* 2° *y* 2444° *inc.* 2°.

1584. Art. 90. — Las fianzas ó cauciones de la locacion ó sublocacion, obligan á los que las prestaron, no solo al pago de los alquileres ó rentas, sinó á todas las demás obligaciones del contrato, si no se hubiese espresamente limitado al pago de los alquileres ó rentas. *Freitas* 2449°. [112]

CAPÍTULO VI

DE LA CESION DEL ARRENDAMIENTO Y DE LA SUBLOCACION

1585. Art. 91. — El locatario puede subarrendar en todo ó en parte, ó prestar ó ceder á otro la cosa arrendada, si no le fuese prohibido por el contrato ó por la ley; [113] y este derecho pasa á sus herederos, sucesores ó representantes. *Freitas* 2385° *y* 2386° *inc.* 1°.

Art. 91. — Cód. Francés, art. 1717. — Italiano, art. 1573. — Cód. de Austria, art. 1098. — L. 6ª, Tít. 65, Lib. 4°, Código Romano. — Las Leyes Españolas nada dicen sobre la materia, y solo hay una ley para las casas de Madrid. — El Cód. de Vaud [1214°] no permite

---

[109] Es una escepcion á los artículos 754 y 819 inciso 2°, que no sabríamos esplicar satisfactoriamente. Freitas solo exime de pagar todo el alquiler ó el alquiler convenido.

Claro es, por lo demás, que el artículo 716 se aplicará en su caso.

Freitas 2442° § 1°, dice que tambien en este el locatario no debe ser condenado á pagar el alquiler ajustado.

[110] La accion ejecutiva pasa á los sucesores y contra los sucesores (arts. 1498, 3434 y nuestra nota 107) del sublocador y sublocatario, por aplicacion del artículo 1587. Así, la preposicion *por*, que no existe en Freitas, debe ser eliminada, pues vendria á conceder al subarrendador un privilegio exorbitante, que no está concedido al locador originario: vé la primera parte de dicha nota 107. La palabra *locatario* debió ser reemplazada con la de *sublocador*.

[111] Vé nuestra nota 17 y los artículos allí citados.

[112] Esta es una escepcion al principio recibido (vé la nota del Dr. Velez al art. 1999) de que la fianza debe interpretarse restrictivamente. Respecto á la hipoteca: vé el artículo 3111 inciso 2°.

La palabra *caucion* comprende no solo la fianza, sinó tambien la hipoteca, prenda, anticresis y la garantía del artículo 1164. L. 10, Tít. 33, Part. 7ª y Greg. Lopez en la glosa 10; Escriche, verbo *Caucion;* y vé Chile 46° y nuestros artículos 2001 y 2002.

Apoyan nuestro artículo Pothier, número 404; Pont, número 107 (vé n° 104); Troplong, *Du cautionnement,* número 159 y Aubry, § 426 nota 5ª, 4ª edicion, consecuentes con el artículo 2016 francés, como lo es Freitas con su artículo 3301, que difiere de nuestro artículo 1999 citado.

[113] Vé los artículos 1599 y 1600, que debieron seguir al presente.

1586. Art. 92. — La cesion consistirá únicamente en la trasmision de los derechos y obligaciones del locatario, y á ella son aplicables las leyes sobre la cesion de derechos. *Aubry,* § 368, *nota* 15ª. [Arts. 1436 á 1486].

1587. Art. 93. — El subarriendo constituye una nueva locacion, y será regido por las leyes sobre el contrato de locacion. *Aubry, allí, nº* 4º. [114]

1588. Art. 94. — El cedente no tiene goce por el precio de la cesion de los derechos y privilegios del arrendador, sobre todas las cosas introducidas en el predio arrendado. *Aubry, allí, nº* 1º. [Vé arts. 3878 y 3885 á 3887].

1589. Art. 95. — El cesionario no puede exigir que el cedente le entregue la cosa en buen estado. Está obligado á recibirla en el estado en que se encuentre al momento de la cesion. *Aubry, allí, nº* 2º. [Vé art. 1516].

1590. Art. 96. — El cesionario ó subarrendatario, no podrá negarse á recibir la cosa arrendada, alegando la prohibicion de ceder ó subarrendar, impuesta al locatario, si contrataron sabiendo esa prohibicion. En tal caso la cesion ó sublocacion, producen sus efectos, si el locador no se opusiese ó hasta que él se oponga. *Freitas 2393º.* [Vé arts. 1043, 1047 y 1049].

1591. Art. 97. — El cesionario tiene una accion directa contra el arrendador

el subarriendo, sinó cuando se estipulare. — Lo mismo el de Holanda, art. 1925 [léase 1595]. — El de Prusia, art. 309, Tít. 21, Parte 1ª, — y el de Chile, art. 1916. [De Goyena 1181º]. La cesion ó subarrendamiento de la cosa arrendada, es las mas veces, el medio que tiene el locatario para salvarse de una ruina, que vendria á perjudicar al locador, ó á concluir el contrato. « La posicion del locador no se empeora por el subarriendo, léjos de eso, se mejora, pues le da dos personas obligadas en lugar de una, porque él puede, si su locatario no le paga, obrar contra el tercero, deudor de su deudor. Para que de otra manera fuese, seria preciso que el locatario primitivo quedase desobligado, lo que solo puede tener lugar consintiéndolo el locador. » — Marcadé, sobre el art. 1717. — Aubry y Rau, § 368; Zachariæ, § 703, y Pothier 280, tratan todas las doctrinas que fundan los artículos de este capítulo.

Art. 94. — La cesion de un arrendamiento es diferente del subarriendo. — (Troplong, *Louage,* tom. 1º, Núm. 126 [léase 129]). — La prohibicion de subarrendar comprende la de no ceder el arrendamiento. El propietario que ha privado la facultad de subarrendar, ha privado, con mayor razon, la de ceder el arrendamiento, que para él es mas grave. — Troplong, lugar citado, nº 133. — Duvergier, tom. 1º, nº 375. — Igualmente la prohibicion de ceder el arrendamiento, importa no poder subarrendar. Sobre este punto ha habido opiniones diversas entre los jurisconsultos. Lo que interesa al que ha privado la cesion del arrendamiento, es no ver ocupado el lugar arrendado por otro que no sea el locatario de su eleccion. Esta intencion debe siempre ser respetada, Troplong, nº 134. Duvergier, lugar citado [nº 376. De Troplong, nºs citados. Vé art. 1599].

« Decimos que la cesion es diferente del subarriendo, porque por la cesion, el tercero es puesto en lugar del locatario cedente, él adquiere exactamente los derechos que este tenia, ni mas ni ménos, y el título del uno viene á ser el título del otro, de manera que si las cláusulas particulares del arrendamiento estienden ó restringen los derechos ordinarios de todo locatario, el segundo locatario gozará de la estension ó sufrirá la restriccion de esos derechos. En la sublocacion, al contrario, el tercero no viene á ser locatario del propietario, sinó locatario del locatario. Sus derechos respecto de este, son los que la ley da á todo locatario, de manera que él no está obligado á sufrir las restricciones al derecho comun que el locatario hubiese aceptado, como tampoco podria invocar las estensiones que este hubiese estipulado con el propietario. » — Marcadé, sobre el art. 1717. [Vé art. 1602].

---

[114] Los artículos 1583, 1602 y 1610 no son sinó el desenvolvimiento de este, y la disposicion del artículo 1930 es análoga. No obsta al presente el artículo 3879. Sin embargo, el artículo 1197 se aplicará en su caso; y debemos reconocer que el presente no guarda congruencia con los artículos 1591 y 1601 número 1º (tomado de Freitas), y que está contradicho por la nota del Dr. Velez.

para obligarlo al cumplimiento de todas las obligaciones que él habia contraido con el locatario; y está directamente obligado, respecto al arrendador, por las obligaciones que resulten del contrato de locacion. *Aubry*, § 368 *n°* 4° [115].

1592. Art. 98. — El sublocador tiene goce, por el precio del subarriendo, de los derechos y privilegios del arrendador, sobre todas las cosas introducidas en el predio arrendado, y el *arrendatario* [116] puede demandar al sublocador que le entregue la cosa en buen estado. *Aubry, allí, n°s* 1° *y* 2°. [Vé arts. 3885 á 3887]. [117]

1593. Art. 99. — El subarrendatario puede exigir directamente del arrendador el cumplimiento de las obligaciones que este hubiese contraido con el locatario. *Aubry, allí, hácia la nota* 16. [118]

1594. Art. 100. — El arrendador originario, recíprocamente, tiene accion directa contra el subarrendatario *por* el cumplimiento de las obligaciones, resultantes de la sublocacion. *Aubry, allí, nota* 16. [119]

1595. Art. 101. — El locador originario tiene derecho y privilegio sobre las cosas introducidas en el prédio por el subarrendatario; pero solo puede ejercerlo hasta donde alcanzaren las obligaciones que incumben á este. *Aubry, allí.* [Vé arts. 1560, 1580, 1592 y 3885 inc. 1°].

1596. Art. 102. — El locador originario debe admitir los pagos hechos al locatario por el subarrendatario, por los alquileres vencidos. *Aubry, allí, nota* 18. [Art. 1603 n° 2°]. [120].

1597. Art. 103. — El subarrendatario no puede oponer al locador originario los pagos anticipados que hubiese hecho, á no ser que ellos hubiesen tenido lugar por una cláusula de la sublocacion, ó fuesen conformes al uso de los lugares. *Aubry, allí; Cód. Francés* 1753° *inc.* 2°. [Vé arts. 1577 n° 2° y 1603 n° 2°].

1598. Art. 104. — El locatario que subarrienda, ó cede el arrendamiento, no puede por cláusula alguna, librarse de sus obligaciones respecto al locador, sin el consentimiento de este. *Aubry, allí.* [121]

1599. Art. 105. — La prohibicion de subarrendar importa la de ceder el arren-

---

[115] Este artículo es supérfluo, pues el 1601 lo reemplaza con ventaja. Vé el artículo 3269.

[116] Debe leerse *subarrendatario ó sublocatario*, como está en Aubry y Rau.

[117] A diferencia del cesionario: artículos 1588 y 1589. Vé los artículos 1560, 1580 y 1583, así como los artículos 3885 á 3887, en que se establecen los derechos y privilegios del locador sobre la cosa arrendada.

[118] Esto se halla en completa contradiccion con el artículo 1603 número 1° inciso último, que es tomado de Freitas.

[119] En tanto que la garantía de sus derechos de locador y propietario lo requiera, y en cuanto lo consientan las obligaciones que incumben al subarrendatario: artículos 1595, 1596, 1603 y su argumento. Estas disposiciones vienen á corregir y fijar el alcance de la presente, que es demasiado vaga y comprensiva. Compara con los artículos 1928 y 1929.
En vez de *por*, léase *para*, en el artículo, como trae Aubry.

[120] Vé nuestra nota 95.

[121] Esto se repite con distintas palabras en los artículos 1601 número 2°, al fin, y 160 número 1°.

damiento, y recíprocamente la prohibicion de ceder el arrendamiento, importa prohibir el subarriendo. *Freitas* 2389° § 6°. [122]

1600. Art. 106. — La cláusula de que el locatario no pueda ceder el arrendamiento, ó subarrendar *sin consentimiento del locador* [123], no impedirá al locatario ceder ó subarrendar, si el cesionario ó sublocatario propuesto ofreciese todas las condiciones de solvencia y buen crédito.

1601. Art. 107. — Los efectos de la cesion de la locacion por parte del locatario, y en relacion al locador, son: — [Vé art. 1591].

1° Pasar al cesionario todos los derechos del locatario contra el locador, ó solamente la parte [124] correspondiente á la cesion; pero siempre con la calidad que, demandando el cesionario al *locatario,* [125] debe probar que su cedente se halla exonerado de sus obligaciones como locatario, ú ofrecerse él mismo á cumplirlas; [126]

2° Pasarán tambien al cesionario todas las obligaciones del locatario para con el locador, ó solamente la parte correspondiente á la cesion, sin que el cedente quede exonerado de sus obligaciones de locatario. *Freitas* 2397°. [Art. 1598].

1602. Art. 108. — El locatario, en relacion al subarrendatario, contrae las obligaciones y adquiere los derechos de locador; y los efectos del subarriendo serán juzgados solo por lo que el locatario y subarrendatario hubiesen convenido entre ellos, y no por el contrato entre el locador y locatario. *Freitas* 2398° § 2° *y* 2399° *inc.* 1°. [127]

1603. Art. 109. — En relacion al locador, los efectos del subarriendo son: —

1° Continuarán del mismo modo las obligaciones del locador para con el locatario, y las del locatario para con el locador, [128] sin que este quede constituido en obligacion alguna directa con el subarrendatario; [Vé arts. 1593, 1928 y 1929]; [129]

2° Queda constituido el *subarrendador* [130] en la obligacion directa de pagar los

Art. 105. — La nota al art. 94. — Aubry y Rau, § 368 [nota 3ª]. — Marcadé, sobre el art. 1717 [n° II]. — Duranton, Tom. 17, n° 92 [y 93].

Art. 106. — Aubry y Rau, § 368 [y Freitas 2390° inc. 1°, establecen lo contrario].

---

[122] Pero el comodato será siempre permitido: artículo 1585. Marcadé, allí; Freitas, allí, § 2°, cuyo artículo no carece de interés.

[123] Aubry y Rau y Freitas establecen la disposicion de nuestro artículo para el caso en que se haya estipulado que la cesion ó subarriendo solo pueda hacerse á personas del agrado ó aprobacion del locador.

[124] O mas propiamente, *en la parte.*

[125] Léase, *locador*, como está en Freitas, y lo exigen nuestro artículo y el contesto mismo de la disposicion de este número.

La palabra *locatario* es un puro error de copia ó tipografía.

[126] Por aplicacion del artículo 1202.

[127] Vé el artículo 1587, y la segunda parte de la nota del Dr. Velez al 1588.

[128] Artículo 1598.

[129] Así piensa tambien Maynz (§ 301 nota 32, § 216 de la 4ª edicion); pero los testos romanos no son favorables á su opinion.

[130] Léase, *subarrendatario*, como está en Freitas, y lo exigen el sentido de este número y la redaccion misma del número 4°.

alquileres ó rentas, que el locatario dejare de pagar, y cuyo pago fuese demandado; pero solo hasta la cantidad que estuviere debiendo al locatario; *Cód. Francés* 1753° *inc.* 1°.

3° No poder el subarrendatario oponer al locador los pagos adelantados de alquileres ó rentas que hubiese hecho al locatario, sinó cuando los hubiese hecho en virtud de cláusula de su contrato; [131]

4° Queda tambien el subarrendatario constituido en la obligacion directa de indemnizar el daño que causare al locador en el uso ó goce de la cosa, ó de la parte, que le fué arrendada. *Freitas* 2400° *n*os 1° *á* 4°. [Arts. 1110, 1111, 1096 y 1563]. [132]

1604. Art. 110. — Si el locatario, no obstante la prohibicion impuesta en el contrato de no poder subarrendar, sustituyese á otro en el uso ó goce de la cosa, puede el locador hacer cesar ese uso ó goce con indemnizacion del daño causado, ó demandar la rescision del contrato, con indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 2403°. [Art. 1561].

1605. Art. 111. — El subarriendo, y la cesion de la locacion por parte del locatario, se juzgarán siempre hechos bajo la cláusula implícita de que el cesionario y subarrendatario usarán y gozarán de la cosa conforme al destino para que ella se entregó por el contrato entre locador y locatario, aunque este *no lo hubiere estipulado* [133] en su contrato con el cesionario ó subarrendatario. *Freitas* 2401°.

CAPÍTULO VII

DE LA CONCLUSION DE LA LOCACION

1606. Art. 112. — La locacion concluye: —

1° Si fuese contratada por tiempo determinado, acabado ese tiempo; *Freitas* 2471° *n*° 1°; *Goyena* 1496°. [Vé Cód. Francés 1737°].

2° Si fuese contratada por tiempo indeterminado, cuando cualquiera de las partes lo quisiere; *Freitas, allí, n*° 2°. [Vé arts. 1769 y 2228 n° 1°].

3° Por la pérdida de la cosa arrendada; *Cód. Francés* 1741° *inc.* 1°. [Vé art. 1523]. [134]

Art. 109. — Véase Marcadé sobre el art. 1753.

Art. 110. — Cód. Francés, [argumento del] art. 1741. — Italiano, art. 1595 [inc. 2°]. — Marcadé, sobre el art. 1717, n° 3°. — Zachariæ, § 703, nota 3ª [citando á] Duranton, Tom. 17, n° 85. — Troplong, n° 139.

---

[131] El artículo 1597, mas completo que este número, le deja sin objeto. Vé el artículo 1577 número 2° y nota 98.

[132] Este número 4°, lo mismo que el 1°, no es mas que la repeticion y desenvolvimiento del artículo 1594 combinado con el 1563.

[133] O lo haya modificado ó ampliado. *Siempre*, dice nuestro artículo.
Lo dispuesto en este Capítulo sobre el cesionario del locatario y sobre el subarrendatario es en un todo aplicable al cesionario ó subarrendatario de estos, y así en adelante. Nuestro artículo 1585 inciso último.

[134] Debe esto complementarse con los artículos 889 á 896, y especialmente con los artículos 891 y 892. La locacion se estingue tambien por la *resolucion*, es decir, por el cumplimiento de la condicion resolutoria (art. 553), por el vencimiento del plazo resolutorio

4° Por la imposibilidad del destino especial para el cual la cosa fué *espresamente* [135] arrendada; *De Freitas* 2479° *n°* 1° *y* 2499° *n°* 9°.

5° Por los vicios redhibitorios de ella, que ya existiesen al tiempo del contrato ó sobreviniesen despues, salvo si tales vicios eran aparentes al tiempo del contrato, ó el locatario sabia de ellos, ó tenia razon de saber; *Freitas, allí, n°* 5° *y* 2494° *n°* 2°. [136]

6° Por casos fortuitos que hubieran imposibilitado principiar ó continuar los efectos del contrato; [137]

7° Por todos los casos de culpa del locador ó locatario que autoricen á uno ú otro á rescindir el contrato. *Freitas* 2479° *n°* 6°. [138]

1607. Art. 113. — Son vicios redhibitorios en las fincas urbanas, volverse oscura la casa por motivo de construcciones en las fincas vecinas, ó amenazar ella ruina. *Freitas* 2542°. [Vé art. 1527 y notas].

1608. Art. 114. — Cesando la locacion aunque sea por falta de pago del alquiler ó renta, se resuelven ó *pueden* [139] ser resueltos los subarriendos, cuyo tiempo aún no hubiese concluido, salvo el derecho del subarrendatario por la indemnizacion que le correspondiese contra el locatario. *Freitas* 2521. [140]

1609. Art. 115. — No se resuelve sin embargo el subarriendo, si la locacion hubiese cesado por confusion, es decir, [por] la reunion en la misma persona de la calidad de locatario, y de la de propietario ó usufructuario. *Freitas, allí, n°* 1°. [Art. 852].

1610. Art. 116. — Resueltos los subarriendos, los subarrendatarios tendrán contra el locatario que les subarrendó, los mismos derechos que tiene el locatario contra el locador. *Freitas* 2522° § 1°. [Vé art. 1587]. [141]

Art. 113. — LL. 25 [§ 2°] y 33, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. [De Goyena 1474° y 1481°]. — L. 13, § 7°, Tít. 2°, Lib. 39, Dig.

(art. 567), por efecto de cualquier cláusula ó plazo, que resulte de las disposiciones legales (arts. 300, 443 n° 11, 1279, 1280, 1507 y 2872 inciso último), y por la renuncia de los derechos correlativos (arts. 721 § 7°, y 869 á 876). La prescripcion no estingue el arrendamiento: artículo 2461 número 1° combinado con el 4017, *vers.* « con ánimo de tener la cosa para sí », y argumento del artículo 1500. Vé artículos 1608 y 1609.

[135] Esto no condice con lo dispuesto en el artículo 1524.

[136] El artículo 2168 y demás del Título respectivo son el natural complemento de este número.

[137] En contra, Freitas 2499° n° 8°. Nuestro artículo se debe entender con sujecion al 1524.

[138] Los artículos 1521, 1526, 1561, 1565, 1566, 1568, 1581 y 1604 presentan ejemplos de este número.

[139] Parece que esto quedará á arbitrio del locador puramente y no del sublocador: argumento del artículo 1590 inciso 2°.

[140] Cuando la resolucion acaeciese por culpa del locatario en la cesacion del arriendo: artículos 511 y 512.

[141] Que son la indemnizacion de mejoras (arts. 1541 y 1552 á 1554), restitucion de alquileres adelantados y daños y perjuicios.

1611. Art. 117. — Acabado el tiempo de la locacion, hecha á término fijo, por el vencimiento del plazo, si el locatario no restituye la cosa arrendada, el locador podrá desde luego demandarlo por la restitucion con las pérdidas é intereses de la *demora*. *Freitas* 2524°. [142]

1612. Art. 118. — Si la locacion no fuese á término fijo, el locador no podrá demandar al locatario por la restitucion de la cosa arrendada, sinó despues de los plazos siguientes: —

1° Si la cosa fuese mueble, despues de tres dias de haberle intimado la cesacion de la locacion; [143]

2° Si fuese casa ó predio, despues de cuarenta dias contados del mismo modo; [144]

3° Si fuese un predio rústico, ó un establecimiento comercial ó industrial, despues de tres meses contados del mismo modo; [145]

4° Si fuese predio rústico en que existiese un establecimiento agrícola, despues de un año contado del mismo modo; [Vé art. 1508 inc. 1°]. [145]

5° Si fuese terreno en que no exista establecimiento comercial, industrial ó agrícola, despues de seis meses contados del mismo modo. *De Freitas* 2425°. [145]

1613. Art 119. — Siendo la locacion de tiempo indeterminado, ó acabado el tiempo de la locacion, ó teniendo el locatario derecho para resolverla, si él restituyere la cosa arrendada y el locador no quisiere recibirla, podrá ponerla *en depósito judicial,* [146] y desde ese dia [147] cesará su responsabilidad por el alquiler ó renta, salvo el derecho del locador para impugnar el depósito. *Freitas* 2532°.

1614. Art. 120. — El locatario pondrá tambien en depósito judicial la cosa mueble alquilada, si llega á saber que ella no pertenece al locador, ó [148] que fuese hurtada á su dueño, ó que su dueño la perdiera, con intervencion prévia de la persona á quien la cosa pertenece, ó del locador. *Freitas* 2534°. [149]

---

[142] Parece que con mayor razon esta disposicion deberá aplicarse al comodato, que es gratuito, y al depósito que es tan privilegiado. Vé nuestra nota al artículo 509.

En vez de *mora* se ha puesto en el artículo *demora:* vé artículos 509, 1422, 1425, etc.

[143] A pesar del argumento que el artículo 1511 suministra, creemos que bastará una intimacion estrajudicial, fundados en la disposicion general del artículo 509 y en que el presente no requiere que sea hecha por la via judicial precisamente. Vé, sin embargo, el número 2° siguiente.

[144] A pesar de lo dicho en la nota precedente, es forzoso entender esto con sujecion al artículo 1511.

[145] Aplíquese á estos pasages lo dicho en nuestra nota 143.

[146] Lo dicho en nuestra nota 30 hácia el artículo 756.

[147] Esto apoya nuestra crítica al artículo 759 inciso último.

[148] *Y que fué hurtada á su dueño*, dice Freitas 2217° inciso 2° y 2279°, con mas exactitud. No basta que llegue á saber que pertenece á otro (art. 2469 y su arg.); ya porque el representante de un incapaz, el usufructuario (art. 2872), el usuario que no es habitador (art. 2967) y el poseedor que no tiene la cosa con ánimo de dueño (dicho art. 2469), pueden arrendar cosas ajenas; ya porque, facultad tan vaga, daria lugar á perjuicios y abusos.

[149] *Y del locador*, dice Freitas, y los artículos 2217 inciso 2°, 2469 y 2281 justifican esta rectificacion. Vé las notas al artículo 2217 citado.

1615. Art. 121. — Perteneciendo la cosa arrendada á co-propietarios indivisos, ninguno de ellos podrá sin consentimiento de los otros, demandar la restitucion de la cosa ántes de concluirse el tiempo de la locacion, cualquiera que sea la causa que para ello hubiere. *Freitas* 2535°. [Arts. 2682 y 1389].

1616. Art. 122. — Siendo arrendada la misma cosa á dos ó mas locatarios solidarios, [150] ninguno de ellos podrá sin consentimiento de los otros restituirla ántes de acabado el tiempo de la locacion. *Freitas* 2536° § 1°.

1617. Art. 123. — Concluido el contrato de locacion, el locatario debe devolver la cosa arrendada como la recibió, si se hubiere hecho descripcion de su estado, salvo lo que hubiese perecido, ó se hubiese deteriorado por el tiempo ó por causas inevitables. *Goyena* 1492°. [151]

1618. Art. 124. — Si el locatario recibió la cosa sin descripcion de su estado, se presume que la recibió en buen estado, salvo la prueba en contrario. *Cód. Francés, allí; Goyena* 1493°; *Freitas* 2451°. [Arts. 2273 inc. 2° y 2850].

1619. Art. 125. — Si la locacion hubiese sido de un predio rústico con animales de trabajo ó de cria, y no se previno en el contrato el modo de restituirlos, pertenecerán al locatario todas las crias, con obligacion de restituir otras tantas cabezas de las mismas calidades y edades. *Chile* 1894° *inc.* 1°. [Vé arts. 2904 y 2905].

1620. Art. 126. — El locatario no puede retener la cosa arrendada so pretesto de que le deba el locador, ni por indemnizacion de mejoras, siempre que el locador depositare ó afianzare el pago de ellas á su liquidacion. *Freitas* 2452 § 1°. [Vé art. 1549].

1621. Art. 127. — El locador tampoco puede abandonar la cosa arrendada por eximirse de pagar las mejoras y gastos que estuviere obligado á pagar. *Freitas, allí,* § 2°. [Art. 1541].

1622. Art. 128. — Si la cosa arrendada tuviese mejoras que no deba pagar el locador, ellas serán reputadas, cualquiera que sea su valor, como accesorios de la cosa. [152] El locatario *no* [153] podrá separarlas si de la separacion resulta algun

Art. 123. — L. [8 y] 18, Tít. 8°, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1730 [y 1755]. — Italiano, art. 1585. — Napolitano, art. 1576. [De Goyena, allí].

Art. 124. — Cód. Francés, art. 1731. — Italiano, art. 1586. — Napolitano, art. 1583 [léase 1577. De Goyena, allí].

---

[150] Si, pues, no hay solidaridad, cada uno de ellos es libre para alegar ú oponer la resolucion del contrato en la parte que le sea relativa: argumento artículos 691 y 693.

La disposicion del artículo 2283 es peculiar al comodato, que es gratuito.

[151] Artículo 1518 inciso 2°, y vé los artículos 1518, 1570, etc.

[152] Freitas limita esto á los casos de los números 1° y 2° del artículo 1552, sin estenderlo á los del número 3°, ni á los de los artículos 1553 y 1554; y esta es la única inteligencia razonable del presente inciso, que entendido á la letra seria injustificable y se hallaria en completa desarmonía é incoherencia con la segunda parte de nuestro artículo. Vé nuestras notas subsiguientes.

[153] O mejor dicho *tampoco*.

daño á la cosa arrendada; [154] ó si no le resultare daño á la cosa, no le resultare provecho á él; [155] ó si el locador quisiere pagarlas por su valor, como si estuviesen separadas. *De Freitas* 2453° y 2454°. [Vé arts. 2443, 2590, 2591 y 2876].

1623. Art. 129. — Fuera de estos casos el locatario tendrá derecho para separar las mejoras, con tal que separándolas restituya la cosa en el estado á que se obligó, ó en el estado en que la recibió. *Freitas* 2455°. [Vé art. 1617 y relativos].

1624. Art. 130. — Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, [156] no se juzgará que hay tácita reconduccion, sinó la continuacion de la locacion concluida, y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolucion de la cosa; y podrá pedirla en cualquier tiempo, [158] sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa.

Art. 130. — Véase Marcadé, sobre el art. 1738. Es muy arbitrario crear una reconduccion, un nuevo contrato [157] por la continuacion del arrendatario en el uso de la cosa, que las mas veces sucede por una mera condescendencia del locador. La variacion de los diversos Códigos en este punto, hace ver que sus disposiciones no partian de ningun principio jurídico. La Ley Romana 13, § 11, Tít. 2°, Lib. 19, Dig., declaraba: « *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconducisse videbitur... sed hoc in colono ita accipiendum est, ut in ipso anno quo tacuerunt videantur eadem locatione renovasse, non etiam in sequæntibus annis. In urbanis autem prædiis, alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur* ».

La Ley de Partida 20, Tít. 8°, Part. 5ª [citada al pié del art. 1508], hacia suceder la reconduccion por solo tres dias que hubiese continuado el locatario en posesion de la cosa.

Los Códigos Francés, Napolitano y Holandés dan por hecha la reconduccion, si acabada la locacion, el locatario sigue disfrutando de la cosa arrendada, es decir, que por seguir un mes, por ejemplo, en el uso de la cosa, ya se entiende que comienza de nuevo un arrendamiento de cinco ó mas años. [159]

El Código de Vaud, art. 123, [léase 1233] dice: « Si el arriendo hecho por escrito era por

---

[154] Creemos que el locador le deberá indemnizar las mejoras necesarias y útiles, pero no las voluntarias: argumento del artículo 2876 y especialmente el 2443, citados en el testo. Por esto, y por la disposicion final de nuestro artículo, se vé que esta segunda parte difiere mucho del inciso 1° y debió constituir un artículo separado, como está en Freitas. Vé la nota siguiente.

[155] Consideramos aplicable á este caso lo dicho en la nota precedente y á ambos lo dispuesto por el artículo 2589 inciso 2°, L. 59, Tít. 1°, Lib. 6°, Dig.

[156] Sin reclamacion por parte del locador, ó con su asentimiento tácito ó espreso, entiéndase.

[157] Es precisamente lo que nuestro artículo hace (!), por mas que por huir confesarlo, diga que hay *continuacion* de la locacion *concluida*, en lo que existe verdadera implicancia. Si continúa, no ha concluido; y si ha concluido y las obligaciones subsisten, es que hay un nuevo contrato *tácito*. Vé artículos 1146 y 1147.

[158] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1612. Hay una relocacion por tiempo indeterminado; dice con mas propiedad Freitas en su artículo 2468; Marcadé al artículo 1738 francés; etc.

Como está *concluida* la locacion, que es el contrato ú obligacion principal, quedan estinguidas las cauciones (art. 1581): artículo 525 y sus correlativos. Será, pues, indispensable renovarlas espresamente. Aubry y Rau, § 369 nota 15; Marcadé, al artículo 1738 n° I § 2°. Compara con Troplong, números 418 á 450 y con Goyena 1498°.

[159] Esta conclusion es arbitraria, puès, no está autorizada por el testo del artículo 1738 francés y ménos por el 1776, ni por la inteligencia que al primero dán uniformemente sus comentadores (Troplong, n° 451; Zachariæ, § 704, nota 15; Aubry y Rau, § 369, despues de la nota 14; etc. y especialmente Marcadé sobre dicho art. n° I, § 1°).

CAPÍTULO VIII

DE LA LOCACION DE SERVICIOS

1625. Art. 131. — La locacion de servicios es un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. [160] Tiene lugar cuando una de las partes se obligare á prestar un servicio, y la otra á pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las *Obligaciones de hacer. Freitas* 2692° *y* 2700° §§ 1° *y* 3°. [161]

1626. Art. 132. — El servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchavaren para servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales ó policiales de cada pueblo. [162] Serán tambien juzgadas por las disposiciones especiales, las relaciones entre los artesanos y aprendices, y las entre los maestros y discípulos. El servicio de los empresarios ó agentes de trasportes, tanto por tierra como por agua, tanto de personas como de cosas, por las leyes del Código de Comercio y por las de este Código, respecto á la responsabilidad de las cosas que se les entrega. [163]

1627. Art. 133. — El que hubiese criado á alguna persona, no puede ser obligado á pagarle sueldos por servicios prestados, hasta la edad de quince años cumplidos. Tampoco serán obligados á pagar sueldos los tutores que conservaron en su compañía á los menores de quince años, [164] por no poder darles acomodo. *De Freitas* 2711°. [Vé art. 412 inc. 2°].

uno ó mas años, el tácito se renueva por uno solamente. Si era por ménos de un año, se renueva por el mismo tiempo ».

El Código de Austria, por los artículos 1111 y 1115, conviene con el de Vaud, pero sin señalar término. Por el de Baviera, la continuacion en la posesion de la cosa, causa la reconduccion con las mismas condiciones de la locacion. (Art. 17, Cap. 6°, Lib. 4°).

El de Luisiana exige, para la tácita reconduccion en los predios rústicos, que el arrendatario continúe por un mes en la tranquila posesion del predio. El arriendo en este caso se prolonga por un año (art. 2658). En la locacion de casas, segun el mismo Código, basta la tranquila posesion por una semana, para que el arrendatario no pueda ser espulsado sin desahucio por escrito, quince dias ántes de espirar el mes comenzado (art. 2659). [De Goyena 1497°].

Se vé, pues, que todo es arbitrario en las resoluciones de los Códigos citados.

Nosotros seguimos al Código de Prusia, que no admite la tácita reconduccion sin el consentimiento *espreso* del propietario [basta tambien el tácito!].

Art. 131. — Las Leyes Romanas confunden muchas veces el arrendador y arrendatario — *Locator*, *conductor*. Nosotros llamamos locador al que presta el trabajo ó la industria, y locatario al que paga el precio [De Freitas 2700° § 2°], lo mismo que en la locacion de *obras* [léase *cosas*, art. 1495 § 2°].

---

[160] Freitas 2700° § 1° citado. Nuestros artículos 1496 § 1° y 1141.

[161] Artículos 625 á 634. Se entiende, en cuanto esas disposiciones no fueren modificadas por las del presente Capítulo.

[162] Código Sardo 1801°; Vaud 1266°; Berna 869°; Valais 1529°.

[163] Vé artículos 1120, §§ 1° y 2°. El 3889 complementa al presente.

[164] La fijacion de esta edad es arbitraria. Freitas marca la de la pubertad (art. 127). El artículo 277 suministra un argumento para la disposicion del presente.

1628. Art. 134. — Si la locacion tuviese por objeto prestaciones de servicios imposibles, ilícitos ó inmorales, aquel á quien tales servicios fuesen prestados, no tendrá derecho para demandar á la otra parte por la prestacion de esos servicios, ni para exigir la restitucion del precio que hubiese pagado. *Freitas* 2695° § 1°. [165]

1629. Art. 135. — El que hiciere algun trabajo, ó prestare algun servicio á otro, puede demandar el precio, aunque ningun precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio ó trabajo sea de su profesion ó modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros. *Freitas* 2698°. [Vé art. 1873 inc. 1°].

1630. Art. 136. — Si el servicio ó trabajo no fuese relativo á la profesion ó modo de vivir del que lo prestó, solo tendrá lugar la disposicion del artículo anterior, si por las circunstancias no se presumiese la intencion de beneficiar á aquel á quien el servicio se hacia. Esta intencion se presume cuando el servicio no fué solicitado, ó cuando el que lo prestó habitaba en la casa de la otra parte. *Freitas* 2699°. [166]

1631. Art. 137. — Puede contratarse un trabajo ó la ejecucion de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solo su trabajo ó su industria, ó que tambien provea la materia principal. *Cód. Francés* 1787° ; *Goyena* 1529°.

1632. Art. 138. — El que se ha obligado á poner su trabajo ó industria, no puede reclamar ningun estipendio, si se destruye la obra por caso fortuito ántes de haber sido entregada, á no ser que haya habido morosidad para recibirla, ó que

Art. 137. — El art. 1158 del Código de Austria dice: « Cuando el propietario da la materia, hay un contrato de arriendo; pero si el trabajador la pone, es un contrato de venta. » Lo mismo disponen las Leyes Romanas, — Instit., § 4°, Tit. 25, Lib. 3°, [de Goyena, allí], y las Leyes de Partida. — L. 1ª, Tít. 8°, Part. 5ª [citada bajo el art. 1495, no dice tal cosa].

Duranton, Tom. 17, n° 250, y Duvergier, Tom. 2°, n° 335, resuelven que se debe considerar como un simple arrendamiento toda convencion, por la cual un obrero se encarga de hacer una obra, importando poco que ponga ó nó la materia. Aubry y Rau, § 774 [léase 371], nota 2ª, sostienen que la convencion en tal caso es de naturaleza mista; que hasta el momento de recibir la obra, las relaciones de las partes deben ser principalmente regidas por las reglas del arrendamiento, y que las de la venta deben aplicarse despues de recibida la obra. [Vé Cód. Com., art. 590]. Troplong, *Louage*, n°s 962 y siguientes, y n° 1015, sostiene que el contrato debe regirse por las leyes de la compra y venta. Este autor no toma en cuenta la parte de la convencion por la cual el empresario, prometiendo ejecutar una obra, se ha obligado á poner en ella todos sus cuidados, todas las precauciones que habia derecho de esperar de él segun su profesion, obligaciones inaplicables, si solo el contrato importara la venta de la obra, cuando la obra se acabara de hacer. Zachariæ, 710 nota 10, trata estensamente la materia. [Léase, Massé y Vergé, nota 3ª á dicho párrafo].

No exigiendo nuestro sistema judicial, como exigia el Derecho Romano, la designacion del contrato, en virtud del cual la accion es intentada, no es necesario [lo es á los efectos de los artículos 3893 y 3895] indagar si es venta ó arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga á hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, ó la materia principal para la obra, como el terreno en la construccion de una casa. [Nota tomada de Aubry, allí].

---

[165] Artículos 795 inciso 2° y 1505. El caso del artículo 1661 es distinto: vé la nota 12 hácia el artículo 2263.

[166] Y tambien en casos análogos á los del artículo 1820; pues, cuando la donacion de una *cosa* se presume, es razonable presumir la de un *servicio*. En la referencia del artículo de Freitas hay un error tipográfico, error que no permitió al Dr. Velez utilizarla.

la destruccion haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido esta circunstancia oportunamente al dueño. Si el material no era á propósito para el empleo á que le destinaban, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, si la obra resultó mala, ó se destruyó por esa causa. *Goyena* 1531°, *y Austria* 1157°. [Vé art. 1648].

1633. Art. 139. — El empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra. *Goyena* 1537°. [167]

1634. Art. 140. — A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, y no habiendo medida, plano ó instrucciones, el empresario debe hacer la obra segun la costumbre del lugar [Freitas 2750°], ó ser decidida la diferencia entre el locador y locatario, en consideracion al precio estipulado.

1635. Art. 141. — Aunque encarezca el valor de los materiales y de la obra de mano, el locador bajo ningun pretesto puede pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada. *De Cód. Francés, allí*; *Goyena* 1534°; *Freitas* 2760° *y* 2794°.

1636. Art. 142. — Cuando se convinieron en que la obra habia de hacerse á satisfaccion del propietario ó de otra persona, se entiende reservada la aprobacion á juicio de peritos. *Goyena* 1539°. [168]

1637. Art. 143. — A falta de ajuste sobre el tiempo en que debe ser concluida la obra, entiéndese que el empresario debe concluirla en el tiempo razonablemente necesario, segun la calidad de la obra, pudiendo en tal caso el locatario exigir que este tiempo se designe por el juez. *Freitas* 2751°. [Vé arts. 625 inc. 1°, 576, etc.].

Art. 138. — Cód. Francés, art. 1788 [léase 1790]. — Napolitano, art. 1634. — L. 13, Tít. 2°, [léase 1636. — L. 13, §§ 5 y 6], Lib. 19, Dig. — LL. 10 y 16, Tít. 8°, Part. 5ª. [De Goyena, allí]. — Zachariæ, § 710, nota 8ª. — Troplong, n° 985. — Aubry y Rau, § 374, ponen el ejemplo en el caso que se encargase hacer una estátua dando el locatario el mármol. Si este resulta no ser á propósito, y que al acabar la obra se destruye por la mala calidad de la materia, el obrero no podrá cobrar precio alguno por su trabajo, si él no previno al locatario que el mármol dado no servia para la obra, pues que era de su obligacion saber si de aquella materia se podia hacer la estátua encargada.

Art. 139. — Código Francés, art. 1797. — Italiano, art. 1614. — Napolitano, art. 1650 [léase 1643]. — L. 25, [§ 7°], Tit. 2°, Lib. 19, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 141. — Cód. Francés, art. 1793. — Italiano, art. 1610. — Napolitano, art. 1639. [De Goyena 1531°]. — Véase Aubry y Rau, § 371. — Zachariæ, § 710, nota 21, dice: « El empresario que toma una obra por un tanto, carga con todos los trabajos que haya que hacer y con todos los gastos previstos ó imprevistos, aun los que resulten por acontecimientos de fuerza mayor, antes de la entrega de la obra, ó ántes que el locatario se hubiese constituido en mora de recibirla, son tambien á su cargo los gastos causados por cambios hechos al plan primitivo de la obra, aunque el empresario alegue que han sido indispensables, siempre que ellos no hubiesen sido autorizados por el dueño de la obra. » [De Massé y Vergé, nota citada].

Art. 142. — L. 21, Tít. 2°, Lib. 19, Dig. [De Goyena, allí].

---

[167] Así como del daño que causen: artículos 1114 y el 1797 francés. Compara con el artículo 1563, *hoc título*.

[168] Compara con el artículo 512 y con el 1357 combinado con el 1496 § 2°, así como el comentario de Goyena.

1638. Art. 144. — El precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega de ella, si no hay plazos estipulados en el contrato. [169]

1639. Art. 145. — La locacion se acaba por la conclusion de la obra, ó por resolucion del contrato. *Freitas* 2761° § 1° *inc.* 1°. [170]

1640. Art. 146. — El dueño de la obra puede desistir por su sola voluntad de la construccion de ella, aunque se haya empezado, indemnizando al constructor todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. *Cód. Francés, allí.* [171]

1641. Art. 147. — Cuando la obra fué ajustada por pieza ó medida, sin designacion del número de piezas, ó de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida. *Freitas* 2762° *n°* 3°. [Vé art. 1509].

1642. Art. 148. — El contrato se resuelve por fallecimiento del empresario; pero no por fallecimiento del locatario. [*Freitas* 2761° § 2°]. Este debe pagar á los herederos de aquel, en proporcion del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, si estos fuesen útiles á la obra. *Goyena* 1536° §§ 2° *y* 3°. [172]

1643. Art. 149. — Los herederos podrán continuar la construccion de la obra, cuando esta no exigiese en el empresario cualidades especiales. [Arts. 626 y 1625 inc. 3°; 730].

1644. Art. 150. — Puede resolverse el contrato por el locatario, ó por el em-

Art. 144. — Cód. de Baviera, art. 9°, Cap. 6°, Lib. 4°. [De Goyenn 1540°].

Art. 146. — Cód. Francés, art. 1794. — Italiano, art. 1641. — Napolitano, art. 1640. — Holandés, art. 1617. — Aubry y Rau, § 374. — Duranton, Tom. 17, n° 257. [De Goyena 1535° y Aubry].

Art. 148. — Cód. Francés, arts. 1795 y 1796. — Italiano, arts. 1642 y 1643. — Napolitano, arts. 1811 y 1812 [léase 1641 y 1642]. — De Baviera, art. 7°, Cap. 6°, Lib. 4°. [De Goyena, 1536°]. — En contra, Aubry y Rau, § 374, conforme en la parte que se refiere á los materiales. Zachariæ, § 710 nota 14, enseña que los herederos en ningun caso están obligados á abandonar al dueño el trabajo hecho. [De Aubry, allí].

Art. 149. — Citas del artículo anterior. En contra, Aubry y Rau, § 371 [léase 374, nota 10]. — « Troplong, 1044 [léase 1035]. — Duranton, Tom. 17, n° 258. — Duvergier, Tom. 2°, n° 377. »

---

[169] Como en la compra-venta (art. 1426 inc. 2°): vé el 1496 § 2°. El 1641 sirve de complemento á este. El locador gozará del derecho de retencion: artículo 3942 con la nota del Dr. Velez, y argumento de los artículos 1420, 1560, 3889 y 3893.

[170] Y tambien por la novacion (art. 801), compensacion (? art. 820), transaccion (art. 832), confusion (vé art. 1609), cumplimiento del plazo ó condicion resolutorias (nuestra nota 134) y anulacion (art. 1047). Los casos de resolucion se enumeran en los artículos siguientes hasta el artículo 1646.

[171] Si ya pagó todo el precio, puede repetir el saldo, como efectuado sin causa: artículo 792. Vé á Troplong, *Louage,* n° 1030, que no aceptamos.

[172] El artículo 1644 debió preceder á este, por contener una disposicion mas general.

presario, cuando sobreviene á este imposibilidad de hacer ó concluir la obra. [173] En este caso el empresario es pagado por lo que ha hecho. *Freitas* 2762° *n°* 1°, *y Prusia* 917°, *Tít.* 11, *Parte* 1ª. [Vé art. 1960].

1645. Art. 151. — Puede el contrato ser resuelto por el locatario, si desaparece el empresario, ó por su falencia. *Freitas* 2763° *n°s* 1° *y* 2°.

1646. Art. 152. — Puede tambien ser resuelto *porque el empresario* [174] no dió en tiempo los materiales prometidos, [175] ó porque no pagó las prestaciones convenidas. *De Freitas* 2765° *n°s* 4° *y* 6°.

1647. Art. 153. — Los que ponen su trabajo *ó materiales* [176] en una obra ajustada en un precio determinado, no tienen accion contra el dueño de ella, sinó hasta la cantidad que este adeuda al empresario. *Goyena* 1538°. [Vé arts. 1603 n° 2°, 3933 á 3935].

1648. Art. 154. — Recibida y pagada la obra por el que la encargó, [177] el constructor [178] es responsable por su ruina total ó parcial, si esta procede de vicio de construccion, ó de vicio del suelo, ó de la mala calidad de los materiales, haya ó no el constructor puesto los materiales, [179] ó hecho la obra en terreno del locatario. *Freitas* 2794° *n°* 2° *y* 2795° *inc.* 3° *y* 4°. [180]

Art. 150. — Cód. de Prusia, art. 917, Tít. 11, Parte 1ª. [De Goyena 1536°].

Art. 153. — Cód. Francés, art. 1798. — Italiano, art. 1615. — Holandés, art. 1651. — Napolitano [léase 1611: citas de Goyena], art. 1811. — Zachariæ, § 710 nota 19 [De Massé y Vergé], trata largamente este punto.

Art. 151. — Los Códigos Francés, art. 1792. — Italiano, art. 1639. — Holandés, art. 1615.

---

[173] Supone que es inculpable la imposibilidad, pues los artículos 627, 628, 890 y 893 se aplicarán en su caso. Agrega nuestra nota 171. El artículo 1930 es en parte análogo al presente.

[174] *Por el empresario, porque el locatario* ó dueño de la obra (nota 131 del Dr. Velez) no dió, etc.; que es como trae Freitas, y como lo está indicando el contesto mismo de nuestro artículo, es la única redaccion que le dá su sentido jurídico y razonable.

[175] Será lo mismo con mayor razon, si no suministra el locatario los materiales prometidos. Si los ofrece de mala calidad y no quisiere dar otros, bastará que el empresario le advierta que pueden perjudicar la solidez de la obra: argumento del artículo 1632 inciso 2° y vé el 1648.

[176] Estas palabras son una adicion al artículo francés. Además de la nota 19 de Massé y Vergé, puede verse á Troplong y Marcadé (n° II) sobre el artículo 1798 y á Freitas 2791°.

[177] Estas palabras no eran necesarias.

[178] Este vocablo y la palabra *suelo* ó *terreno* prueban que el artículo es peculiar á empresas de construccion, y Freitas lo coloca bajo el rubro de *Dos emprenteiros constructores.*

[179] Pero si advirtió al dueño que los materiales suministrados por este, peligrarian la obra, parece que no será responsable el empresario, salvo perjuicio de tercero: argumento artículo 1632 inciso 2°. Vé sin embargo á Marcadé sobre el artículo 1792. Si el empresario escogió ó suministró los materiales, será siempre responsable de la ruina *(lex non distinguit)*, á ménos que no fuese posible obtener otros y el dueño consintiese espresamente en tomar sobre sí el peligro.

[180] Es decir, aunque la obra fuese hecha en terreno del empresario ó del locatario (art. 1631).

1649. Art. 155. — Los empresarios constructores son responsables, por la inobservancia de las disposiciones municipales ó policiales, de todo daño que causen á los vecinos. *De Freitas* 2802°. [Art. 1110]. [182]

—

TITULO VII

De la sociedad

CAPÍTULO PRIMERO

CONDICIONES ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD

[Vé art. 46].

1650. Art. 1°. — Habrá sociedad, cuando dos ó mas personas se hubiesen mútuamente obligado, cada una con una prestacion, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado. *De Freitas* 3043°; *Chile* 2055°, *y Aubry* § 377.

— Napolitano, art. 1638, limitan á diez años, en el caso del artículo, la responsabilidad del constructor. El de Luisiana, art. 2733, tambien por diez años las casas de ladrillo, y en las de madera por cinco años El Código de Prusia, art. 966, Tít. 11, Parte 1ª, limita la responsabilidad del constructor á tres años por vicio de construccion, y á treinta años por vicio de los materiales. [181] La L. 8ª, Tít. 12, Lib. 8°, Cód. Romano, y la 21, Tít. 22 [léase 32], Part. 3ª, á quince años. [De Goyena 1532°]. Troplong, partiendo del antecedente que sostiene, que cuando el obrero pone los materiales es un contrato de venta, enseña que cuando así suceda, no hay por su parte responsabilidad alguna. [De Aubry, § 374 nota 16].

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 10, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1832. — Italiano, art. 1662 [léase, 1697]. — Napolitano, art. 1731 [léase 1701]. — Holandés, art. 1655. [De Goyena 1561°]. La simple comunidad de intereses, *resultante aun* [aun la resultante] de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisicion hecha en comun, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad [Aubry, allí, n° 1°], que es obtener un beneficio, ó un resultado cualquiera, que dividirán entre sí. Así, los seguros mútuos, en los cuales cada uno de los asociados se obliga á soportar su contingente [ó cuota] en los siniestros, que los otros puedan sufrir, *no ofrecen* [*sin ofrecer*] ni la esperanza, ni la posibilidad de un beneficio, sinó solo evitarse un mayor daño, no forman la sociedad del derecho civil. Lo mismo decimos de las convenciones tan comunes, de hacer aprovechar á los sobrevivientes de lo que hubiesen puesto los que primero murieron, pues que no hay entre los asociados division de beneficios. [Pont, n°s 71 y 73 Vé art. 1656, 3ª]. Lo mismo seria del contrato por el que dos vecinos comprasen en comun un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, ó una máquina para esplotarla privativamente cada uno á su turno. [Vé nota al art. 1144]. Troplong sostiene que en estos casos hay sociedad, porque hay un beneficio apreciable en dinero (*Société*, n° 13). Pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la division entre los socios, condicion esencial de toda sociedad. [De Aubry, allí, n° 3° y notas 5 y 7].

La utilidad debe ser apreciable en dinero (Cód. de Chile, art. 2055), y no una utilidad

---

[181] Por nuestro artículo 1618 no se fija término alguno, quedando al arbitrio judicial resolver si es llegado alguno de los casos de ese artículo; pero no vemos equidad ni conveniencia alguna, en tener indefinidamente suspendida sobre la cabeza del constructor ó sus herederos la responsabilidad por la ruina, que puede ser la obra lenta del tiempo ó de muchas otras causas concurrentes; y hallamos muy sábia la prescripcion de los Códigos en fijar un término, cualquiera que sea, pasado el cual, cese la responsabilidad del empresario.

Puede compararse con Aubry y Rau (§ 371 letra *a)*, que en la 4ª edicion han modificado sus doctrinas anteriores.

[182] Lo mismo del daño que causen al dueño (art. 1110).

1651. Art. 2°. — Las prestaciones que deben aportar los socios, consistirán en obligaciones de dar, ó en obligaciones de hacer. [Arts. 495 y 1169].

Es socio capitalista, aquel cuya prestacion consista en obligaciones de dar; y socio industrial, aquel cuya prestacion consista en obligaciones de hacer. *Freitas* 3050° §§ 3° *y* 4°.

Capital social, se llama en este Código, la totalidad de las prestaciones que consistiesen en obligaciones de dar. *Freitas, allí,* § 2°.

1652. Art. 3°. — Es nulo el contrato de sociedad, [1] cuando alguno de los contratantes no aportase á la sociedad obligaciones de dar ú obligaciones de hacer, y solo concurra con su crédito ó influencia, aunque se obligue á contribuir á las pérdidas, si las hubiere. *Freitas* 3051° *n°* 1°; *Cód. Francés* 1833° § 2°; *Aubry, allí, n°* 2°.

1653. Art. 4°. — Es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, ó de todas las ganancias que obtengan; pero podrá hacerse sociedad de todos los bienes presentes designándolos; y tambien de las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados negocios. *Freitas* 3051° *n°* 3°, *y* 3053°. [2]

1654. Art. 5°. — Será nula la sociedad [3] que diese á uno de los socios todos los beneficios, ó que le libertase de toda contribucion en las pérdidas, ó de prestacion de capital, ó que alguno de los socios no participe de los beneficios. *Aubry, allí; Cód. Francés* 1855°; *Freitas* 3058° *n°* 3°; *Goyena* 1585°. [Vé art. 1781].

meramente moral. Las hermandades religiosas, las sociedades para objetos de beneficencia, no son sociedades civiles, aunque lleven el nombre de sociedades. — Sobre el artículo, véase á Troplong, sobre el art. 1832 del Cód. Francés [n°s 12, 13 y 33].

Art. 3°. — Troplong, n°s 115 y siguiente. — Duvergier, *Société*, n°s 18 á 20. — Aubry y Rau, § 377. — Pothier, *Société*, n° 10. [De Aubry y Troplong].

Art. 4°. — Cód. de Chile, art. 2056. El Derecho Romano reconocia la sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, aun de aquellos que vinieran á los socios por donacion, herencia, ó legado. — L. 1ª, Tít. 2°, Lib. 17, Dig. — Las Leyes de Partida aceptaron esta legislacion, con algunas modificaciones. — LL. 7ª y 9ª, Tít. 10, Part. 5ª. Los Códigos Francés, Sardo, de Luisiana y Napolitano admitieron tambien la sociedad universal de todos los bienes y ganancias, escluyendo los que vinieran á los socios por herencia, legado ó donacion. Pero el Código de Prusia, art. 176, Tít. 17, Parte 1ª, dispone lo contrario: « Una comunidad universal, dice, de todos los bienes no puede tener lugar sinó entre esposos. » El Código de Vaud es mas esplícito: « Todo contrato de sociedad, dice, por el que las partes ponen en comun todos los bienes muebles é inmuebles que poseen actualmente, y las ganancias que pueden obtener de ellos está prohibido. Tambien está prohibido, cuando las partes quisieren poner en comun los bienes que pueden corresponderles por sucesion ó donacion. » El Código de Holanda declara: « La ley no reconoce sinó la sociedad universal de ganancias, y prohibe toda otra sociedad de bienes, sea universal, ó sea á título universal, salvo lo dispuesto en el Título *De las Capitulaciones matrimoniales.*» Nosotros no admitimos sociedades de capitales inciertos. [De Goyena 1569°].

Art. 5°. — L. 4ª, Tít. 10, Part. 5ª. [De Goyena, allí]. — Pothier, n° 20, fundado en la ley 20, [Tít. 2°, Lib. 17], Dig., *pro socio*, considera válida la cláusula por la cual se libren de toda contribucion en las pérdidas, los objetos ó capital aportado por uno de los socios, en el caso que este dé á la sociedad alguna ventaja particular, con la cual la dispensa de contribuir en las pérdidas puede compensarse. Aubry y Rau impugnan esta opinion, § 377 nota 8ª.

---

[1] Pero valdrá como donacion, cesion de crédito, constitucion ó cesion de derecho real, ó como otro contrato, si por tal pudiere valer. Vé los artículos 1791, 1792, 1436 y 1446.

[2] Los artículos 1336 y 1337 contienen disposiciones análogas. Segun nuestro artículo no existe sociedad *universal* propiamente dicha: vé nota del Dr. Velez al artículo 862.

[3] Lo dicho en la nota 1ª.

1655. Art. 6°. — Serán nulas las estipulaciones siguientes : — [4]

1ª Que *ninguno* [5] de los socios pueda renunciar á la sociedad, ó ser escluido de ella, aunque haya justa causa ; *De Freitas* 3058° *n°* 1°.

2ª Que cualquiera de los socios pueda retirar lo que tuviese en la sociedad, cuando quisiera ; *Freitas* 3059° *n°* 1°. [6]

3ª Que al socio ó socios capitalistas se les ha de restituir sus partes con un premio designado, ó con sus frutos, ó con una cantidad adicional, haya ó nó ganancias ; *Freitas, allí, n°* 2°. [7]

4ª Asegurar al socio capitalista, su capital ó las ganancias eventuales ; [8]

5ª Estipular en favor del socio industrial una retribucion fija por su trabajo, haya ó no ganancias. *Freitas, allí, n°* 4°. [Vé art. 1656, 2ª]. [9]

1656. Art. 7°. — Son válidas las estipulaciones siguientes : —

1ª Que *ninguno* [10] de los socios perciba ménos que los otros, aunque su prestacion en la sociedad sea igual ó mayor ; *Freitas* 3062° *n°* 2°.

Arts. 6° y 7°. — Troplong, en el comentario al art. 1855, trata de las estipulaciones contenidas en los dos artículos. — Aubry y Rau, § 377. — Duranton, Tom. 17, n°s 418 y siguientes. Véase Cód. Francés, art. 1855. — Napolitano, art. 1727. — De Vaud, 1331. El

---

[4] Y nula por consiguiente la sociedad. Duranton, XVII, 222; Troplong, n°s 276 y 662; Duvergier, n°s 103 y 277; Aubry, allí, nota 9ª; Massé y Vergé, nota 10 al § 713 de Zachariæ, y Pont, *Société*, n°s 466 y 467. En contra, Delvincourt, Zachariæ y Goyena, á su artículo 1585. Vé nuestras notas 6ª y 7ª. Pero el contrato podrá valer como donacion, mútuo, locacion ú otro contrato, si reune los requisitos constitutivos: vé nuestras notas 1ª y 3ª.

[5] Lo mismo será, cuando la prohibicion de renunciar ó de ser escluido se refiera á uno ó mas socios. La redaccion de Freitas es así mas exacta y comprensiva.

[6] No hay socio sin capital : artículos 1652, 1654 y su argumento.

[7] Esta cláusula es análoga á la 5ª, y ambas, lo mismo que la 4ª, caen bajo el imperio de la prescripcion del artículo 1654, pues es esencial á la sociedad que todo socio participe del peligro de la pérdida.

[8] Para no estar en contradiccion con la cláusula 2ª del artículo 1656 siguiente, esto tendrá que entenderse de *todas* las ganancias ; y entónces esta cláusula no es mas que la repeticion de una parte del artículo anterior. Compara con nuestra nota 11 y con la cláusula 5ª del artículo siguiente.

Freitas no incurre en esta crítica, cuando aplicando el principio que requiere que los socios capitalistas queden siempre sujetos á las pérdidas, establece que « no es permitido que un socio garanta al socio capitalista su aporte y las ganancias eventuales » ; pues, en tal caso, aunque el socio garantido aparece sometido á las pérdidas de la sociedad, en realidad su parte en ellas vendrá á recaer sobre el socio garante.

[9] En tal caso hay locacion de servicios y no sociedad : nuestra nota 4ª. Si se le garantiza una cantidad como retribucion *parcial* de su trabajo, con opcion á parte de las ganancias, parece que el contrato mantendrá su carácter de sociedad: argumento del artículo 1656 cláusula 6ª.

[10] La propiedad y la redaccion misma requieren que se lea *cualquiera* de los socios, en vez de ninguno de los socios ; pues era supérfluo, á fuer de obvio, permitir en igualdad de aportes, igualdad en los beneficios. Muy distinta cosa es establecer que es lícito pactar que un socio perciba ménos que los otros, aunque haya puesto un capital igual ó mayor (Aubry, Troplong y Freitas).

2ª Que cualquiera de los socios tenga derecho alternativo, ó á una cantidad anual determinada, ó á una cuota de las ganancias eventuales; *Freitas, allí, nº* 8º. [11]

3ª Que la totalidad de las ganancias, y aun de las prestaciones á la sociedad, pertenezca al socio ó socios sobrevivientes; *Freitas, allí, nº* 10. [12]

4ª Que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos solo tengan derecho á percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, ó que el socio ó socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándole una cantidad determinada; *Freitas, allí, nº* 11.

5ª Que consistiendo la prestacion de algun socio en el uso ó goce de una cosa, la pérdida de los bienes de la *sociedad* [13] quede á cargo solo de los otros socios; *Freitas* 3063º *nº* 2º.

6ª Que cualquiera de los socios no soporte las pérdidas en la misma proporcion en que participa de las ganancias. *Freitas, allí, nº* 6º *inc.* 1º. [14]

CAPÍTULO II

DEL OBJETO DE LA SOCIEDAD

1657. Art. 8º. — La sociedad debe tener un objeto lícito. *Cód. Francés* 1833º *inc.* 1º. [15]

Cód. de Holanda, art. 1672, dice: « El pacto que diese á uno de los socios la totalidad de los *bienes* [léase *beneficios*] es nulo; pero es permitido estipular que las pérdidas serán soportadas por uno ó mas socios. » El de Prusia, art. 215, Tít. 17, Parte 1ª, ordena: « El pacto que dá á uno de los socios la totalidad de los beneficios, es una donacion entre vivos, y no vale sinó en los casos en que esta es permitida. » El de Austria, art. 1195, « La sociedad puede designar á un socio, en consideracion á sus cualidades ó servicios, una *prestacion* [léase *parte*] mas considerable. » Véase L. 4ª, Tít. 10, Part. 5ª. — L. 29, § 2º, Tít. 2º, Lib. 17, Dig., — y L. 30, id. [De Goyena 1585º].

Art. 8º. — Cód. Francés, art. 1833. — Italiano, art. 1663.

---

[11] Para conciliar esto con la cláusula 5ª del artículo anterior (1655), debe entenderse con referencia á los socios capitalistas, y así es lícito asegurar una suma fija al socio capitalista, con tal que su aporte quede sujeto á las pérdidas: argumento *á contrario* del artículo y cláusula citados. Freitas 3062º nº 4º; Pont, nº 416 y vé el 447. Compara con Troplong, nºs 638 á 641.

[12] Consideramos mas jurídico y en armonía con la definicion de la sociedad, que estas convenciones no constituyan tal contrato, como se dice en la nota al artículo 1650.

Troplong, nº 616, hace estériles esfuerzos para sostener que el contrato conserva el carácter de sociedad.

[13] Freitas se refiere á la pérdida de los bienes que constituyen el capital aportado; pero siempre se incurre en la prohibicion de la cláusula 4ª del artículo anterior (1655).

[14] Hay libertad para la distribucion de ganancias y pérdidas; pero si á un socio se atribuye casi la totalidad de los beneficios y al otro solo una cantidad mínima, no habria sociedad sinó donacion ú otro contrato; pues, sociedades tales no se pactan sériamente. Lo mismo será si á uno de los socios se atribuye una cantidad exigüísima en las pérdidas. En uno ú otro caso, si el Juez hallase evidente, que los contratantes han tratado de eludir la ley (art. 1654), deberá declarar la nulidad del contrato como sociedad, si una de las partes la pide, ó si aparece manifiesta en el acto (art. 1048).

[15] Como todo contrato y acto jurídico: vé artículos 954 y 1168. Pont, nº 41, y Freitas 3045º á 3047º, enumeran las sociedades ilícitas.

1658. Art. 9°. — Los socios no pueden exigir que sus co-asociados les comuniquen lo que hubiesen adquirido por medios criminales ó prohibidos, obrando por la sociedad, ó á nombre de ella. *Troplong, allí.* [Vé art. 1914].

1659. Art. 10. — La pérdida ocasionada por el dolo de alguno de los socios, aunque sean los administradores de la sociedad, no es partible entre los socios, y es personal al autor del dolo, ó del acto prohibido. *De Troplong, allí.* [16]

1660. Art. 11. — El socio que hubiese llevado á la masa comun los beneficios que hubiese adquirido por medios dolosos ó prohibidos, no puede obligar á sus co-asociados á la restitucion de lo recibido. *De Troplong, allí.* [Art. 794 inc. 2°]. [17]

1661. Art. 12. — Los socios que forman sociedades ilícitas no tienen accion entre ellos para pedir la division de las ganancias ó pérdidas, ó los capitales ó cosas [18] que aportaron á la sociedad, ni alegar la existencia de la sociedad para demandar á terceros. *De Troplong, n*os 102 *y* 105, *y Freitas* 3076° *n*° 1°.

1662. Art. 13. — Los terceros de buena fé podrán alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que los socios les puedan oponer la nulidad de ella. Pero los terceros de mala fé, es decir, los que tuvieren conocimiento de la sociedad ilícita, no podrán alegar contra los socios la existencia de ella, y los socios podrán oponerles la nulidad. *Freitas, allí, n*os 3° y 4°.

1663. Art. 14. — Los miembros de las sociedades ilícitas son solidariamente responsables de todo daño resultante de los actos ilícitos practicados en comun para el fin de la sociedad. *Freitas* 3077°. [19]

Art. 9°. — LL. 2ª y 8ª, Tít. 10, Part. 5ª. — L. 53, Tít. 2°, Lib. 17, Dig. [De Acevedo 1868°, y de] — Troplong, n° 100. — Aubry y Rau, § 714 nota 7ª. [De Massé y Vergé y § 378 nota 7 de Aubry].

Art. 11. — L. 53, Tít. 2°, Lib. 17, Dig. — LL. 3ª y 4ª, Tít. 5°, Lib. 12, Dig. Troplong, n° 101 [citas del art. 795 y de Troplong].

Art. 12. — Duvergier sostiene lo contrario en cuanto á no tener accion los socios para demandar los capitales puestos. « La recepcion de esos capitales, dice, basta para establecer el fundamento de la repeticion contra el socio que los tiene. No se hace sinó repetir lo que se ha recibido sin causa ». (N° 31). [Art. 792]. — Delamarre y Lepoitevin, Tom 2°, n° 65, sostienen la doctrina que forma nuestro artículo. — « El capital puesto, dicen, ha tenido su causa en una sociedad ilícita. Es el efecto y consecuencia de un pacto reprobado. El socio que lo ha recibido, no tiene sinó que responder: — yo lo hé recibido; pero para hacer un contrabando, por ejemplo; y despues de esto ningun tribunal podria tomar conocimiento de un negocio tal, si no es para castigar á los culpables ». — Troplong es de la misma opinion, n° 105. [De él es tomada esta nota]. [18]

Art. 14. — Véase art. 16, Tít. 8°, Sec. 2ª, de este Libro.

---

[16] Entendemos que este artículo dice, que si un socio cualquiera (aunque sea administrador de la sociedad) ejecutando actos prohibidos ó ilícitos ú obrando dolosamente de otra manera, ocasiona una pérdida ó perjuicio á la sociedad, él solo debe soportar la pérdida ó el perjuicio. Este artículo debió, por tanto, seguir al 1727.

Troplong dice: « Así como la ganancia obtenida por dolo no debe comunicarse, así tambien la pérdida obtenida por dolo es personal y no debe dividirse » (n° 101 al fin).

[17] Nuestro artículo no se muestra consecuente con los principios establecidos en el 795.

[18] Esta doctrina que consideramos falsa con la mayoría de los autores, tiene su refutacion en la nota del mismo Dr. Velez al artículo 2263. Vé tambien á Duvergier, n° 31; Aubry y Rau, § 378 nota 9ª, 4ª edicion, y especialmente á Pont, n° 53.

[19] Es una aplicacion del principio consignado en el artículo 1082: vé el artículo 1083.

CAPÍTULO III

DE LA FORMA Y PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD

1664. Art. 15. — El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente ó por escrito, por instrumento público, ó por instrumento privado, ó por correspondencia. [20] La prueba de él está sujeta á lo dispuesto respecto á los actos jurídicos. [21] El valor del contrato será el del todo el fondo social para la tasa de la ley. *Zachariæ, allí, y de Freitas* 3070°. [22]

1665. Art. 16. — Cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse, por falta del instrumento, ó por cualquiera otra causa, [24] los socios que hubiesen estado en comunidad de bienes ó de intereses, podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad, para pedir la restitucion de lo que hubiesen aportado á la sociedad, la liquidacion de las operaciones hechas en comun, la particion de las ganancias, y de todo lo adquirido en comun, [25] sin que los demandados puedan oponer la nulidad ó no existencia de la sociedad. *Freitas* 3078° *n°* 1°. [26]

1666. Art. 17. — En el caso del artículo anterior, podrán los socios demandar á terceros las obligaciones que con la sociedad hubieren *contratado,* sin que estos terceros puedan alegar que la sociedad no ha existido. Los terceros podrán alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que los socios les puedan oponer la no existencia de ella. *Freitas, allí, n°s* 1° y 2°. [26]

Art. 15. — Aubry y Rau, § 318 [léase 378]. — Zachariæ, 714, notas 3ª y 4ª. — Troplong, n°s 21 y siguientes. — El artículo no tiene en vista someter á la redaccion de un acto instrumental la validez de los contratos de sociedad; [23] sinó solamente proscribir la prueba testimonial, fuera de los casos de escepcion designados para los *actos jurídicos* [léase *contratos:* vé art. 1192]. Así, la sociedad puede ser probada por confesion de los socios, por los hechos notorios en que los socios han obrado como tales, ó han anunciado la sociedad directa ó indirectamente. La sociedad civil, queda, en lo que toca á su existencia, sujeta á las pruebas del derecho comun.

Desde que la existencia de la sociedad esté legalmente comprobada, cada socio, en cuanto á los beneficios ó pérdidas, cualquiera que sea su importancia, es admitido á probarlos por testigos. [Pasages de Aubry, allí].

---

[20] Salvo el caso del artículo 1185 n° 3°, tomado de Goyena.

[21] Mejor dicho, á lo dispuesto respecto á los contratos en los artículos 1191 á 1195; porque los artículos 976 á 978 solo contienen disposiciones incompletas sobre la prueba de los actos jurídicos, pues siendo estos tan variados, solo generalidades podrian establecerse. Así, el inciso último del presente artículo alude al 1191.

[22] Vé artículo 1191 con nuestra nota á él y los dos últimos párrafos de la nota 89 al artículo 1185.

[23] Estas palabras de Aubry y Rau tienen su interés con relacion al artículo 1834 francés, pero con respecto al presente son demasiado obvias, pues el inciso 1°, relativo á la *forma* del contrato, es harto claro, y los incisos siguientes, referentes á la *prueba,* pudieron formar un artículo separado.

[24] O porque el instrumento fuere anulado, dice Freitas: vé artículo 1192.

[25] Y creemos con Freitas que podrá tambien demandarse la indemnizacion de pérdidas.

[26] De modo que la ley no considera nula la sociedad, sinó *anulable* (art. 1017), pues solo es nula respecto á lo futuro ó desde que su nulidad es juzgada, pero respecto al pasado produce legalmente válidos: vé artículo 399 § 2° del Código de Comercio.

¿Y cómo se concilian estas disposiciones con la de los artículos 1185 n° 3°, 1186, 1193 *vers.* « cuando una de las partes », y 1194?

1667. Art. 18. — En los casos en que se faculta alegar la existencia de la sociedad, puede ella probarse por los hechos de donde resulte su existencia, aunque se trate de valor escedente á la tasa de la ley, [27] tales son : — [28]

1° Cartas firmadas por los socios, y escritas en el interés comun de ellos;

2° Circulares publicadas en nombre de la sociedad;

3° Cualesquiera documentos en los cuales los que los firman hubiesen tomado las calidades de socios;

4° La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales. *Freitas* 3080°.

1668. Art. 19. — La sentencia pronunciada, declarando la existencia de la sociedad en favor de terceros, no da derecho á los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad. *Freitas* 3081°. [29]

CAPÍTULO IV

DE LOS SOCIOS

1669. Art. 20. — Tienen calidad de socios las personas que como tales, fueron partes en el primitivo contrato de sociedad, y las que despues entraren en la sociedad, ó por alguna cláusula del contrato, ó por contrato posterior con todos los socios, ó por admision de los administradores autorizados al efecto. *Freitas* 3206°.

1670. Art. 21. — El que solo fuere socio ostensible por haber simplemente prestado su nombre, no será reputado socio en relacion *con* los verdaderos socios, aunque estos le den algun interés; mas lo será con relacion á terceros con derecho contra los verdaderos socios, para ser indemnizado de lo que pagare á los acreedores de la sociedad. *Freitas* 3207°. [Vé art. 1652].

1671. Art. 22. — El que fuere socio no ostensible, será juzgado socio con relacion á las personas con quienes contrató sociedad; mas no con relacion á terceros, aunque estos tuviesen conocimiento del contrato social. *Freitas* 3208°.

1672. Art. 23. — No tienen *calidades* de socios los herederos [30] ó legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la sustitucion; ó si esta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero. *De Freitas* 3209° *n*° 1°. [Vé art. 1763].

Art. 23. — No encontramos en ningun Código la condicion *aceptada por el heredero*, es decir, que aunque el contrato de sociedad establezca que el heredero ha de entrar en la sociedad en lugar del que lo instituye, debe entenderse si *él quisiere ser socio*. El párrafo ó artículo 1285, del Código de New York, publicado el año de 1865, casi es igual al nuestro,

---

[27] Los hechos de donde resulte su existencia pueden *probarse* por cualquier medio, etc. dice Freitas; y nuestro inciso mismo alude á los artículos 1191 y 1194, permitiendo implícitamente cualquier medio probatorio.

[28] Se vé por estas palabras que la enumeracion de hechos que trae este artículo no es taxativa, sinó por via de ejemplo, si bien parece limitarse á principios de prueba escrita (vé art. 1193).

[29] La sentencia *declara la existencia de la sociedad* (art. 1668), pero no la prueba, ni es un hecho de donde esa prueba resulte: argumento del artículo siguiente, y nuestras notas á los artículos 700 y 759

[30] O con mas propiedad: no tienen *calidad* de socios los herederos de estos.

1673. Art. 24. — Tampoco tienen calidades de socios, las personas á quienes estos cediesen en parte ó en todo, sus derechos sociales, si igualmente *todos* los otros socios no consintiesen en la sustitucion; ó si la facultad de *hacerlo* [31] no fuese reservada en el contrato social. *Freitas, allí, nº* 2º. [Vé art. 1732].

1674. Art. 25. — La mayoría de los socios no puede alterar el contrato social respecto al objeto y modo de la existencia de la sociedad, ni facultar actos opuestos al fin de la sociedad, ó que puedan destruirla. Innovaciones de ese género solo pueden hacerse por deliberacion unánime de los socios. *Freitas* 3103º *y* 3102º.

1675. Art. 26. — Es prohibido á los socios ceder sus derechos sociales, si esta facultad no se la hubieren reservado en el contrato social. Si se hubiere convenido que pudiese ser hecha *á los otros socios ó* [32] á estraños, si los socios no la aceptaren, el socio cedente está obligado á manifestar á los socios el valor y todas las condiciones que se le ofrecen. *Freitas* 3210º *inc.* 1º, *y* 3211º § 2º. [33]

1676. Art. 27. — Si alguno de los socios cediese sus derechos, no obstante la prohibicion virtual ó espresa del contrato social, no perderá por esto su calidad de socio, [34] y la cesion no será obligatoria para la sociedad; pero producirá sus efectos entre el cesionario y el cedente, quedando este constituido en mandatario del primero. *Freitas* 3212º.

1677. Art. 28. — El cesionario admitido como socio, quedará obligado para con la sociedad, ó para con los socios y los acreedores sociales, como el socio cedente, [35] cualesquiera que hayan sido las cláusulas de la cesion. *Freitas* 3214º § 2º.

y en él se lee el siguiente principio: *Nadie puede ser socio por herencia ó de otra manera contra su voluntad.* — Este principio está tambien espresamente consignado en la L. 1ª [léase 10], Tít. 10, Part. 5ª. — El Derecho Romano es terminante en la materia. — La L. 35, Tít. 2º, Lib. 17, dice: — *Nemo potest societatem hæredi suo sic parere, ut ipse hæres socius sit.* — La ley 59 aún es mas espresa: *Adeo morte socii, solvitur societas, ut nec ad initio pacissi* [léase *ab initio pascissi*] *possimus, ut hæres etiam succedat societati.* [De Goyena 1595º].

Art. 27. — Segun principio estricto del Derecho Civil Romano, no puede una obligacion ser trasferida á otra persona, porque si se cambia uno de los sugetos en el derecho personal, el derecho no es el mismo. Se llega indirectamente á verificar esta cesion, por medio del mandato, dando á quien se quiere ceder las obligaciones, mandato para ejercitar las acciones que de ellas resulten. Este procurador *in rem suam*, como se le llama en el derecho, es pues aquel que, obrando en virtud de una cesion, ó en virtud de un mandato espreso ó tácito, ejerce en interés propio la accion de otra persona. Esta especie de mandato es de una naturaleza particular, pues que el mandatario es el mismo señor de la cosa en todo ó en parte, de donde resulta que su mandato no lo sujeta á dar cuenta; que no es revocable ni estinguible por la muerte del mandante ni por la del procurador. — L. 2ª, § 15, Tít. 2º, Lib. 10, Dig. [cita errada]. — Proudhon, *Usufruit*, tomo 1º, pág. 30. [36]

Olea *De cessione jurium*, en el Tít. 3º, cuestion 5ª, trata estensamente de la cesion á estraños de los derechos sociales; y tambien Voet, Lib. 18, Tít. 4º, desde el nº 10.

---

[31] Léase, *hacerla:* hacer *la sustitucion.*

[32] Estas palabras pudieran suprimirse.

[33] Sin duda á fin de que si un socio ofrece iguales condiciones y ventajas, sea preferido al cesionario estraño: argumento del artículo 1395.

[34] Artículo 1675, y vé el 1737 nº 1º.

[35] Esta nota, tomada de Proudhon, no es traida con oportunidad.

CAPÍTULO V

DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD

1678. Art. 29. — El poder de administrar la sociedad corresponde á todos los socios, y se reputa ejercido por cada uno de ellos, si no constare que para ejercerlo, los socios hubiesen nombrado uno ó mas mandatarios, socios ó no socios. *Freitas* 3106°. [Vé art. 1725].

1679. Art. 30. — Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, lo que cualquiera de los socios hiciere, obliga á la sociedad como hecho por un mandatario suyo; pero cada socio podrá oponerse á las operaciones de los demas, ántes que hayan producido efecto legal. [87]

Todo socio puede obligar á los demás á costear con él los gastos necesarios para la conservacion de las cosas comunes. *Goyena* 1589°, *reglas* 1ª *y* 3ª; *Chile* 2081°, 1ª *y* 3ª; *Francés* 1859°, *n*os 1° *y* 3°. [Vé arts. 2687 y 2688].

1680. Art. 31. — Los negocios de la sociedad pueden ser conducidos, bajo el nombre de uno ó mas de los socios, con ó sin la adicion de la palabra *compañía*. *De Troplong, n*° 370. [Vé n*os* 360 y 376].

1681. Art. 32. — Ninguna sociedad puede conducir sus negocios en nombre de una persona que no sea socio: pero una sociedad establecida fuera del territorio de la República, puede usar en ella el nombre allí usado, aunque no sea el nombre de los socios. *Nueva York, allí?*

1682. Art. 33. — El nombre de una sociedad que tiene sus relaciones en lugares fuera del territorio de la República, puede ser continuado por las personas que han sucedido en esos negocios y por sus herederos, con el conocimiento de las personas, si viven, cuyos nombres eran usados. *Nueva York, allí?*

1683. Art. 34. — El mandato para administrar la sociedad puede ser hecho en

Art. 29. — Cód. Francés, art. 1859 [n° 1° inc. 1°]. — Italiano, art. 1723. — Maynz, § 309 [ó 311], nota 6ª.

Art. 30. — Cód. de Chile, art. 2081. — Cód. Francés, art. 1859. — Italiano, art. 1723. — Napolitano, art. 1728 [léase 1731]. — Holandés, art. 1773 [léase 1676]. — De Luisiana, art. 2838 [léase 2810]. — Este mandato tácito comprende todo lo que es propio de una procuracion general, comprar, pagar, recibir, vender las cosas venales, etc. El sistema que traza este artículo, ha sido fuertemente impugnado por Duvergier, n*os* 7280 y 7285 [léase 7, 280 y 286]. El pretendia que ninguna sociedad podia existir, sinó bajo la condicion de constituir un poder director de los negocios sociales. Véase Pothier, n*os* 84 á 90 y 133. En cuanto á la última parte, puede decirse que los socios no son dueños de dejar perecer las cosas comunes, por no haber un acuerdo unánime. Uno solo de ellos puede evitar que sus consocios le causen un perjuicio. [De Troplong, n*os* 711, 714 y 735].

Art. 32. — Código de New-York, § 1323.

Art. 33. — Código de New-York, § 1321.

---

[86] Y tendrá tambien los mismos derechos que este, salvo las restricciones del contrato social, en prevision del caso.

Nuestro artículo se entiende sin perjuicio de las obligaciones y derechos que de la cesion resulten entre el cedente y el cesionario.

[87] Es una aplicacion y el desenvolvimiento del artículo anterior. El 1691 trae una disposicion análoga. Vé el artículo 1692.

el contrato primitivo, ó despues de constituida la sociedad. Si el mandato ha sido dado por una cláusula del contrato, no puede ser revocado sin causa legítima, y el socio que lo ha recibido puede, á pesar de la oposicion de los otros socios, ejecutar todos los actos que entran en la administracion del fondo comun. *Aubry*, § 382 *inc.* 3°. [Arts. 1979 y 1692].

1684. Art. 35. — Habrá causa legítima para revocar el mandato, si el socio administrador por un motivo grave, dejase de merecer la confianza de sus co-asociados, ó si le sobreviniese algun impedimento para administrar bien los negocios de la sociedad. *Freitas* 3115° *n*os 1° *y* 2°.

1685. Art. 36. — No reconociendo el mandatario como justa causa de revocacion, la que sus co-asociados manifestasen, conservará su cargo hasta ser removido por sentencia judicial. *Freitas* 3116° § 1°.

1686. Art. 37. — Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remocion luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio socio ó no socio. *Freitas, allí*, § 2°.

1687. Art. 38. — La remocion puede ser decretada á peticion de cualquiera de los socios, sin dependencia de la deliberacion de la mayoría. *Freitas* 3117°.

1688. Art. 39. — La *renovacion* del administrador nombrado por el contrato de la sociedad dará derecho á cualquiera de los socios para disolver la sociedad, y el administrador removido es responsable *para* la indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 3119° § 1°. [38]

1689. Art. 40. — La renuncia del administrador nombrado en el contrato de sociedad, da tambien derecho á cualquiera de los socios, para disolver la sociedad ; y el administrador que renunciase sin justa causa, es responsable por la indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 3120° §§ 2° *y* 3°

1690. Art. 41. — Si el poder de administrar hubiere sido dado por una convencion posterior, ó conferido por una estipulacion adicional al contrato primitivo, este poder es revocable como un mandato ordinario, pero uno ó alguno de los socios, no puede revocarlo contra la voluntad del mayor número. *Aubry, allí, nota* 1ª, *y Freitas* 3108°.

Art. 34. — Cód. Francés, art. 1856. — Napolitano, art. 1728. — Holandés, art. 1773 [léase 1673]. — De Luisiana, art. 1838 [léase 2838. De Goyena, 1586°]. — Troplong, sobre el artículo citado del Código Francés. — Pothier n° 71. — Duranton, tom. 17, n° 431. — El mandato dado por los estatutos de la sociedad, hace parte de las condiciones del contrato. El socio administrador es posible que no hubiese entrado en la sociedad, si no se le hubiese hecho gerente de ella. [De Troplong n° 669].

Art. 38. — Troplong, n° 676. — Duranton, tom. 17, n° 431. — Duvergier, n° 293, sostiene que debe ser necesaria la mayoría de los socios para entablar el juicio sobre la remocion del administrador. [De Troplong, allí].

Art. 39. — Duvergier, n° 295, enseña que la destitucion del gerente nombrado por los estatutos de la sociedad, debe traer la disolucion de esta, porque hay un cambio en la forma social, y en el modo en que la sociedad funcionaba. Troplong, n° 677, combate esta opinion.

Art. 41. — Existe una gran cuestion entre los jurisconsultos *por* [sobre] la disposicion

[38] Por error de cópia ó tipografía se ha puesto *renovacion*, en vez de *revocacion*, como está en Freitas ; y *para* en lugar de *por*. Vé artículo 1761.

1691. Art. 42. — El administrador nombrado por convencion, por acto posterior al contrato, puede renunciar el mandato sin responsabilidad alguna, tenga ó nó justa causa para hacerlo. [39]

1692. Art. 43. — El poder para administrar es revocable, aunque hubiese sido dado por el contrato de sociedad, cuando el administrador ó administradores nombrados no fuesen socios; y la revocacion en este caso no da derecho para pedir la disolucion de la sociedad. *De Freitas* 3114° *y* 3119° § 2°.

1693. Art. 44. — La estension de los poderes del socio administrador, y el género de actos que él está autorizado á ejecutar, se determinan, no habiendo estipulacion espresa, segun el objeto de la sociedad, y el fin para que ha sido *contratada. Aubry, allí.* [40]

1694. Art. 45. — Cuando dos ó mas socios han sido encargados de la administracion, sin determinarse sus funciones, ó sin haberse espresado que no podrán obrar los unos sin los otros, cada uno de ellos puede ejercer todos los actos de administracion separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse á las operaciones del otro, ántes que estas hayan producido efectos legales. *Goyena* 1587°; *Cód. Francés, allí.* [Vé art. 1679 § 1°].

1695. Art. 46. — En el caso de haberse estipulado que uno de los socios administradores no haya de obrar sin el otro, se necesita el concurso de todos ellos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia ó imposibilidad de alguno de los socios, salvo si hubiese peligro inminente de un daño grave ó irreparable para la sociedad. *Goyena* 1588°, *etc.*

1696. Art. 47. — La administracion de la sociedad se reputa un mandato general, que comprende los negocios ordinarios de ella, con todas sus consecuencias. Son negocios ordinarios aquellos para los cuales la ley no exige po-

que comprende nuestro artículo. En pro, Aubry y Rau, § 382. — Duvergier, n° 293. — En contra, [Freitas 3113°, § 1°] Duranton, tom. 17, n° 431. — Troplong, n° 680. [De Aubry, allí].

Art. 44. — Troplong desde el n° 681, trata estensamente de los poderes del adminstrador de la sociedad. [Pont, n°s 515 á 539. Massé y Vergé, nota 2ª al § 718 de Zachariæ].

Cuando decimos que el poder del administrador debe determinarse por el fin para que ha sido contratada la sociedad, ponemos una regla general que puede causar escepciones sobre los poderes de los administradores. Por ejemplo, una sociedad, como hay tantas, para edificar y vender casas, daria facultad al administrador para vender las que se construyeran, aunque el poder ordinario de un administrador no comprenda la facultad de vender los bienes raices de la sociedad. Véase Aubry y Rau, nota 2ª al § 382. — Zachariæ, § 718 nota 2ª. [Pont, n° 516].

Art. 45. — Código Francés, art. 1857. — Italiano, art. 1721. — Napolitano, art. 1729. — Holandés, art. 1674. — De Luisiana, art. 2859. — Aubry y Rau, § 382; y L. 28, Tít, 3°, Lib. 10, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 46. — Código Francés, art. 1858. — Italiano, art. 1722. — Napolitano, art. 1730. — Holandés, art. 1675. — Duranton, tom. 17, n° 438. — Aubry y Rau, § 382 y nota 3ª. [De Goyena y Aubry].

---

[39] Esto se halla en pugna abierta con el principio de justicia consignado en el artículo 1980 y no está apoyado en la autoridad de jurisconsulto alguno. Freitas establece espresamente lo contrario.

De todos modos, si la renuncia es dolosa, el artículo no le exonerará de los daños y perjuicios, segun los artículos 506 y 507, y argumento del artículo 1743 inciso 3°.

[40] El artículo 3853 contiene una disposicion análoga.

deres especiales: todos los otros serán reputados estraordinarios. *Freitas* 3123° *inc.* 1°, *y* 3124°. [41]

1697. Art. 48. — El mandato general no autoriza para hacer innovaciones sobre los inmuebles sociales, ni modificar el objeto de la sociedad, [42] cualquiera que sea la utilidad que pueda resultar de esos cambios. *Troplong*, n° 697; *arg. art. francés* 1859, n° 4°.

1698. Art. 49. — La prohibicion legal ó convencional de ingerencia de los socios en la administracion de la sociedad, no priva que cualquiera de ellos examine el estado de los negocios sociales, y exija á ese fin la presentacion de los libros, documentos y papeles, y haga las reclamaciones que juzgue convenientes. *Freitas* 3135°.

1699. Art. 50. — Tratándose de negocios estraordinarios, el administrador, ó administradores de la sociedad, ó cualquiera de los socios, si la sociedad fuese administrada por todos, nada podrán hacer ántes que se les confiera los poderes especiales. La deliberacion sobre tales poderes será por la *mayoría* de los socios. *Freitas* 3138° §§ 1° *y* 2°. [43 *bis*]

1700. Art. 51. — Lo dispuesto en el artículo anterior, solo tiene lugar respecto á los actos administrativos que no hubiesen sido prohibidos en el contrato social, ó en el mandato para administrar. Los actos prohibidos por el contrato, no podrán ser ejercidos sinó por votacion unánime de los socios. *Freitas* 3139°.

1701. Art. 52. — No obstante la deliberacion de la mayoría, cualquiera de los socios divergentes podrá ejecutar por su cuenta y riesgo, el acto ó negocio desaprobado, siendo tambien á su provecho las ganancias que obtenga. *Freitas* 3140°.

1702. Art. 53. — Los administradores de la sociedad, y los socios que la representan en cualquier acto administrativo, tendrán las mismas obligaciones y derechos que el mandatario respecto al mandante, no habiendo en este Título disposicion en contrario. *Freitas* 3141° § 1°. [Art. 1872 n° 3°].

CAPÍTULO VI

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS RESPECTO DE LA SOCIEDAD

1703. Art. 54. — Los socios responden de la eviccion de los bienes que hubie-

Art. 47. — Cuando decimos *con todas sus consecuencias*, entendemos los poderes indispensables para usar del poder ordinario. La facultad de comprar, por ejemplo, importa la de tomar dinero prestado. [Vé arts. 1883 n° 9°, y 1886]. [42]

---

[41] Vé artículos 1882, 1883 y agréguese el 2013 n° 4°.

[42] Puede verse á Troplong, n°s 684 y 685; Massé y Vergé, nota 2ª al § 817 de Zachariæ, y Pont, n°s 524 y 525, que considera esta una cuestion *de hecho* y no *de derecho*.

[43] El artículo 1674 esplica y complementa esto.

[43 *bis*] Esta mayoría deberá ser la numérica (arg. del art. 3464 combinado con el 1790: compara con el 2706) y cada socio tendrá un voto, cualquiera que sea el capital que introdujo. Será absoluta, es decir, la constituirá la mitad mas uno de los socios, que deliberen en *quorum* legal: vé artículo 2707. Si hay empate (compara con el art. 2708), ó no resulta mayoría absoluta, nada se hará.

sen aportado á la sociedad, y de los vicios redhibitorios de ellos. *Freitas* 3155° *n*°s 2° *y* 3°. [Vé arts. 2091 á 2119, 2134 á 2141, 2182, etc.].

1704. Art. 55. — La sociedad tiene el dominio de los bienes que los socios le hubiesen entregado en propiedad, [44] y cuando ella se disuelve, los socios no tienen derecho á exigir la restitucion de los propios bienes, aunque se hallen en ser en la masa social. *Freitas* 3159°.

1705. Art. 56. — Los bienes aportados por los socios se juzgan trasferidos en propiedad á la sociedad, siempre que no conste manifiestamente que los socios le trasfirieron solo el uso ó goce de ellos. *Freitas* 3164° § 1°. [Vé á Maynz, § 311 nota 5].

1706. Art. 57. — Pertenecen al dominio de la sociedad las prestaciones de cosas fungibles y de las no fungibles que se deterioran por el uso; las cosas muebles é inmuebles aportadas para ser vendidas por cuenta de la sociedad, ó que hayan sido estimadas en el contrato social, ó en documento que á este se refiera. *De Freitas* 3160° *y* 3161°. [Vé Cód. Francés 1851° §§ 2° y 3°].

1707. Art. 58. — La prestacion de un capital, es solo del uso ó goce del mismo cuando la sociedad se compusiere de un socio capitalista, y de otro meramente industrial. *De Freitas* 3165° § 1°.

1708. Art. 59. — Si la prestacion fuere del uso ó goce de los bienes, el socio que la hubiese hecho continuará siendo propietario de ellos, y es de su cuenta la pérdida total ó parcial de tales bienes, [45] cuando no fuese imputable á la sociedad [46] ó á alguno de los socios; y disuelta la sociedad podrá exigir la restitucion de ellos en el estado en que se hallaren. *Freitas* 3159°.

1709. Art. 60. — Si la prestacion consistiese en créditos, la sociedad despues de la tradicion se considera cesionaria de ellos, bastando que la cesion conste del contrato social. La prestacion será el valor nominal de los créditos y los premios vencidos hasta el dia de la cesion, si no hubiere convencion espresa que la cobranza fuese por cuenta del socio cedente. Habiendo esta estipulacion, la prestacion será la que la sociedad cobrare efectivamente del capital y premios de los créditos cedidos. *Freitas* 3167°. [Vé art. 2141].

1710. Art. 61. — Si la prestacion consistiese en trabajo ó industria, el derecho de la sociedad contra el socio que lo *permitió*, [47] será regido por las disposiciones sobre las Obligaciones de hacer. *Freitas* 3168° § 1°. [Vé arts. 625, etc., y 1711].

Art. 54. — En el Título *De la eviccion* se determinan la diferencia de los efectos de la eviccion en el caso del artículo, con los que produce la de las cosas vendidas. — Duvergier y Pothier suponen una conformidad perfecta entre el socio y el vendedor en caso de eviccion. Troplong combate esta opinion sobre el artículo 1845 [n° 538].

---

[44] Y para ella, por tanto, perecen y se deterioran: argumento artículo 1708 y § último de la nota del Dr. Velez al artículo 578.

Adviértase que no hay dominio sinó sobre *cosas* corporales (nuestras notas 4 al art. 2504 y 2 al 2508), y que sobre *bienes* que no sean cosas (vé arts. 2313 y 2314) solo se tiene *propiedad* (nota 1ª antes del art. 2508 citado).

[45] Salvo pacto en contrario: art. 1656, 5ª.

[46] ¿Es esto jurídicamente posible? Vé artículos 43 y 1722.

[47] Léase, *prometió*.

1711. Art. 62. — No prestando el socio industrial el servicio prometido, sin culpa por su parte, la sociedad podrá disolverse. Si el servicio prometido se interrumpiese sin culpa suya, [48] los socios tendrán derecho únicamente para exigir una disminucion proporcional en las ganancias. Si no prestare el servicio por su culpa, los otros socios podrán disolver la sociedad ó continuar en ella con esclusion del socio industrial. [49]

1712. Art. 63. — Ninguno de los socios podrá ser obligado á nueva prestacion si no se hubiese prometido en el contrato de sociedad, aunque la mayoría de los socios lo exija para dar mayor estension á los negocios de la misma: pero si no pudiese obtener el objeto de la sociedad, sin aumentar las prestaciones, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen. *De Freitas* 3172°, *y Chile, allí*; *Pardessus, n°* 995. [Vé art. 1773].

CAPÍTULO VII

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD RESPECTO DE TERCEROS

[Vé art. 90 n° 4°].

1713. Art. 64. — Repútanse terceros, con relacion á la sociedad y á los socios, no solo todas las personas que no fuesen socios, sinó tambien los mismos socios en sus relaciones con la sociedad, ó entre sí, cuando no derivasen de su calidad de socios, ó de administradores de la sociedad. *Freitas* 3074°.

1714. Art. 65. — Los deudores de la sociedad no son deudores de los socios, y no tienen derecho á compensar lo que debiesen á la sociedad con su crédito particular contra alguno de los socios, aunque sea contra el administrador de la sociedad. *Freitas* 3189°. [50]

1715. Art. 66. — Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios. Si cobraren sus créditos de los bienes sociales, la sociedad no tendrá derecho de compensar lo que les debiere con lo que ellos debiesen á los socios, aunque estos sean los administradores de la sociedad. Si los cobrasen de los bienes particulares de alguno de los socios, ese socio tendrá derecho para compensar la deuda social con lo que ellos le debiesen, ó con lo que debiesen á la sociedad. *Freitas* 3191°. [51]

Art. 63. — Cód. de Chile, art. 2087.

Art. 64. — Sobre todo este capítulo, Troplong, desde el n° 770.

Art. 65. — L. 65, § 14, Dig. *Pro socio.* [Tít. 2°, Lib. 17]. — [Cita de] Troplong, n°s 61 y siguientes [n°s 69 y 866].

---

[48] Si la interrupcion fué por culpa suya, deberá tambien daños y perjuicios (arts. 1710 y 628).

[49] Responsabilizándole por los daños y perjuicios (arts. 1710 y 628, 511 y arg. del 1723), y parece que podrán privarle de las ganancias realizadas. Vé artículos 1737 n° 2° y 1775.

[50] Este artículo comprende á los propios socios, que por una causa no derivada de su calidad de tales, sean deudores de la sociedad; puesto que, segun el artículo precedente, son reputados terceros respecto á la sociedad.

[51] Este artículo tambien es aplicable á los socios que son acreedores de la sociedad por causa no derivada de su calidad de socios; pero la sociedad puede oponerles en compensacion lo que ellos le adeudaren: nuestra nota 50.

1716. Art. 67. — En concurso de los acreedores sobre los bienes de la sociedad, los acreedores de esta serán pagados con preferencia á los acreedores particulares de los socios. En concurso sobre los bienes particulares de los socios, [entre] sus acreedores particulares y los acreedores de la sociedad, no habrá preferencia alguna *si los acreedores fuesen meramente personales. Freitas* 3193°. [52]

1717. Art. 68. — Solo serán deudas contraidas por la sociedad aquellas que sus administradores contrajeren como tales, indicando de cualquier modo esa calidad, ú obligándose por cuenta de la sociedad, ó por la sociedad. *Freitas* 3196°. [53]

1718. Art. 69. — En caso de duda sobre si los administradores se han obligado ó nó á nombre de la sociedad, se presume que se obligaron en su nombre particular. [54] En duda sobre si se obligaron ó nó en los límites del mandato, se presume que si se obligaron en los límites del mandato. *Freitas* 3198°.

1719. Art. 70. — Si las deudas fuesen contraidas en nombre de la sociedad, con esceso en el mandato, y no fueren ratificadas [55] por ella, la obligacion de la sociedad será solo en razon del beneficio recibido. [56] Incumbe á los acreedores la prueba del provecho que hubiese obtenido la sociedad. *Freitas* 3201°. [57]

1720. Art. 71. — Lo dispuesto en el artículo anterior no perjudica á los acreedores de buena fé, por deudas contraidas en nombre de la sociedad con esceso en el mandato, ó habiendo cesado este, ó cuando alguno de los socios estuviese privado de ejercerlo. *Freitas* 3203°.

1721. Art. 72. — Presúmese la buena fé en los acreedores, si el esceso ó la cesacion del mandato, ó la privacion de ejercerlo, resultaren de estipulaciones que no pudiesen ser conocidas por los acreedores, á no ser que se probase que ellos tuvieron conocimiento [58] oportuno de tales estipulaciones. *De Freitas* 3204°. [Vé art. 1969].

Art. 67. — Troplong, n°s 861 y siguientes. — Véase Aubry y Rau, nota 5ª al § 383.

---

[52] *Si no tuviesen una causa legal* (ó distinta) *de preferencia*, dice el artículo de Freitas con mas exactitud: vé nuestros artículos 3878 y 3921.

Los artículos 1691 n° 5° y 1700 del Código de Comercio llaman acreedores *simples*, *comunes* ó *quirografarios*, á los no privilegiados; pero la denominacion de *meramente personales* es muy impropia.

[53] Sobre esto puede leerse atentamente á Troplong, n°s 771 á 816, y á Pont, n°s 639 á 652.

[54] Troplong, n° 778, y Pont, n° 642.

[55] La ratificacion se equipara al mandato: artículos 1932 y 1938.

[56] Es un caso de la *versio in rem:* nuestra nota al artículo 2308. Vé á Goyena 1592°; Código Francés 1864°; Troplong, n° 820, y Pont, n° 659.

[57] Porque al actor, que es el que afirma, incumbe siempre la carga de la prueba, á no ser que tenga una presuncion legal en pró de su afirmacion. Pueden verse nuestras notas 17 al artículo 3743 y 26 al 4032.

[58] O que pudieron tenerlo: artículos 1967 y 1969 combinados con los artículos 1940 y 1941.

La redaccion propia de nuestro artículo seria esta: « Si la privacion de ejercer el man-

1722. Art. 73. — La sociedad no responderá de los daños causados por sus administradores en el ejercicio de sus funciones, á menos que de ellos hubiese obtenido algun provecho; y entonces su responsabilidad será en razon del provecho obtenido. *Freitas* 3205°. [Vé art. 43]. [59]

CAPÍTULO VIII

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS ENTRE SÍ

1723. Art. 74. — El socio que no aportase á la sociedad la suma de dinero que hubiere prometido, debe los intereses de ella, desde el dia en que debió hacerlo, sin que sea preciso interpelacion *judicial.* [60] Si la prestacion ofrecida consistiese en otro género de cosas, debe satisfacer las pérdidas é intereses. [Vé art. 1775]. [61]

1724. Art. 75. — El socio que tomase dinero de la caja para usos propios, [62] debe los intereses á la sociedad desde el dia en que lo hizo, y á mas los intereses y pérdidas que por ese acto viniesen á la sociedad. *Acevedo* 1882° §§ 2° *y* 3°; *Cód. Francés* 1846° §§ 2° *y* 3°; *Freitas* 3148° § 1°. [Vé art. 1915]. [64]

Art. 75. — L. 67, Dig. *Pro socio.* [63] — Cód. de New-York, § 1347.

---

dato, su cesacion ó el esceso en él, resultasen de estipulaciones (verbales ó escritas) desconocidas para los acreedores, *el acto será obligatorio para la sociedad;* á no ser que se probase que ellos tuvieron conocimiento ó pudieron tenerlo de tales estipulaciones».

Efectivamente, si las estipulaciones *no podian* ser conocidas, no solo hay *presuncion* de buena fé, sinó imposibilidad de mala fé. Y por otra parte, si esas estipulaciones *no podian* ser conocidas, ¿ cómo se esplica y puede demostrarse que las conocieron ?

Freitas presume buena fé, cuando se trata de estipulaciones *no registradas.*

[59] Es otro caso de *versio in rem:* vé nuestra nota 56.

[60] Acevedo 1882° § 1°, y vé Código Francés 1846° inciso 1° y Goyena 1576°. Mejor dicho, *ninguna* interpelacion es necesaria. Es una abrogacion del principio consignado en el artículo 509.

[61] Pues, tratándose de una obligacion de dar (art. 1651), el artículo 576 tiene exacta aplicacion.

El presente artículo corresponde al Capítulo VI, y debió ser colocado á continuacion del 1711. Los artículos 1317 á 1350 son peculiares á la venta, aunque Duranton, Troplong y Aubry digan lo contrario.

[62] O con mas generalidad: « el socio (aunque sea el administrador) que dispusiere de los dineros de la sociedad para usos ó fines estraños á ella»...; pues para la aplicacion de nuestro artículo no es indispensable que *tome dinero de la caja*, y las palabras *usos propios* del socio están empleadas por contraposicion á los usos propios *de la sociedad.*

Tampoco requiere nuestro artículo que el socio haya hecho un empleo efectivo de los fondos; pero empleados, será mas fácil averiguar si lo fueron para usos estraños á la sociedad; lo cual es simplemente una *cuestion de hecho*, que debe apreciarse tomando en cuenta todas las circunstancias del caso.

En fin, el presente artículo importa una doble derogacion á los principios consignados en el artículo 509 y nota del Dr. Velez al 622, y presenta de relieve la injusticia del 1094.

[63] Esta Ley tomada de Acevedo, se ha citado equivocadamente, y debe sustituirse con la Ley 60. La mas oportuna es la Ley 1ª, § 1°, Título 1°, Libro 22 del Digesto.

[64] Estos tres artículos corresponden mas bien al Capítulo 5° ó al 6°, que al presente. Otro tanto sucede con los artículos 1729 á 1734: vé nuestra nota 76.

1725. Art. 76. — Los socios tendrán entre sí el derecho y la obligacion de administrar la sociedad, cuando no se hubiese nombrado administrador. [Vé arts. 1678 y 1728].

1726. Art. 77. — Deben poner en todos los negocios sociales el mismo cuidado, y hacer las mismas diligencias que pondrian en los suyos. *Aubry*, § 380, *n°* 3°; *Acevedo* 1888° § 1°. [Vé arts. 910 y 2204]. [64]

1727. Art. 78. — Todo socio debe responder á la sociedad de los daños y perjuicios que por su culpa se le hubiere causado, y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria ó cuidado le hubiese proporcionado en *otros* negocios. *Goyena* 1580°; *Cód. Francés* 1850°. [64]

1728. Art. 79. — Tendrán los socios entre sí el derecho y la obligacion de representar la sociedad, cuando los intereses de ella se opusieren á los del administrador: cuando hubiere demanda contra alguno de los socios, ó contra terceros [65] y el administrador fuese omiso en la defensa de la sociedad. En este caso

Art. 76. — Cód. Francés, art. 1859. — Italiano, art. 1723. — Troplong, n° 714 [citados bajo el art. 1679].

Art. 77. — L. 7ª, Tít. 10, Part. 5ª. — L. 2ª [Arg. de ella. Cita del art. 2268], Tít. 2°, Part. 5ª. — Instit. § 9°, Tít. 26, Lib. 3°. [De Acevedo, allí, y Maynz, § 311 nota 11].

Art. 78. — L. 7ª, Tít. 10, Part. 5ª. — Esta ley salva al socio que hubiese procedido de buena fé. — Lo mismo resuelve el Cód. de Luisiana, art. 2833, que dice así: « Pero ningun socio será responsable de la pérdida acaecida á consecuencia de lo hecho por él de buena fé. » Pero puede haber buena fé con culpa ó negligencia. En cuanto á la segunda parte es esplícita la ley 13 del mismo Título y Partida; pero la L. 22, Tít. 14, Part. 5ª, la contradice espresamente. Hablando de la compensacion de los daños que los socios se causaren, agrega: *Eso mismo decimos que seria, si acaeciese que el uno de los compañeros obiese fecho daño en alguna partida de las cosas de la compañia, é en otra pro, ca el pro y el daño debe ser equalado el uno por lo al, é descontado segun la cuantía que fallasen que monta el daño é la pro.* Gregorio Lopez procura vanamente conciliarlas. Comprendemos la compensacion en el caso de mútuos daños, porque entónces hay dos deudas. Pero la sociedad nada le debe al socio por el lucro que su industria le proporcionare, y tiene entre tanto un crédito contra él por el perjuicio que su culpa le causare. No hay dos deudas que puedan compensarse. Lo mismo que la Ley de Partida dispone el Código de Austria, art. 1191, en cuanto á la compensacion.

Nuestro artículo conforme con el Código Francés, art. 1850. — Napolitano [1722. — Sardo,] art. 1873. — Holandés, art. 1668. — LL. 23 y 26 [léase LL. 25 y 26, Tít. 2°, Lib. 17] Dig. *Pro socio.* — En cuanto á la compensacion, y respecto á la primera parte, LL. 47, 48 y 49, Tít. 2°, Lib. 17, Dig. [De Goyena. Acevedo 1888° § 2°, y Troplong, n° 578].

Si en una misma operacion el daño causado quedase cubierto por beneficios anteriores ó posteriores de la cuenta final, no le será imputado al socio que dirigió aquella. Freitas 3152° § 2°; Pont, n° 361, etc. Por eso nuestro artículo 1727 dice *en otros negocios.*

Advertimos que todas las Leyes Romanas citadas en la nota del Dr. Velez pertenecen á un solo Título del Digesto.

[65] O con mas generalidad y exactitud: « siempre que el socio administrador sea omiso ó negligente en intentar las acciones, proseguirlas, defender á la sociedad demandada, é intentar los recursos legales », como dice Freitas en su número 3°.

Litigar es un negocio ordinario (art. 1696 combinado con el 1883 y art. 1750): por manera que si el socio administrador, nombrado por una cláusula del contrato primitivo de sociedad, obrando sin dolo, halla mas conveniente para los intereses sociales no demandar á un tercero, ó paralizar la causa, no recurrir de las sentencias ó abandonar y desistir del recurso, creemos que debe prevalecer su sentir sobre el de uno ó mas socios: artículo 1683 inciso 2° y su argumento.

ellos pueden defender la sociedad, é interponer los recursos que podrian interponer en negocios propios. *Freitas* 3218° *n*os 1° *y* 3°.

1729. Art. 80. — El socio industrial debe á la sociedad lo que hubiese ganado con la industria que ponia en la sociedad. *Cód. Francés, allí.* [66]

1730. Art. 81. — Cuando un socio, autorizado para administrar, cobra una cantidad exigible, que le era debida particularmente de una persona que debia á la sociedad otra cantidad tambien exigible, debe imputarse lo cobrado á los dos créditos, á proporcion de su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de su crédito particular. Pero si lo hubiese dado por cuenta del crédito de la sociedad, todo se imputará en este. *Goyena* 1578° § 1°; *Cód. Francés* 1847°; *Freitas* 3150°.

Si el deudor, al hacer el pago, hubiese designado el crédito del socio por serle mas gravoso, la imputacion se hará en ese crédito. *De Goyena, allí,* § 2°. [Vé art. 778]. [67]

1731. Art. 82. — El socio que ha cobrado por entero su parte en un crédito social, queda obligado, si el deudor cae en insolvencia, á traer á la masa social lo que cobró, aunque hubiera dado el recibo por solo su parte. *Goyena* 1579°; *Cód. Francés* 1849°. [68]

Art. 80. — Cód Francés, art. 1847. — Italiano, art. 1711. — Napolitano, art. 1719. — Holandés, art. 1665. [De Goyena 1577°].—Pero no lo que ganare con otra industria, Troplong, n° 548.

Art. 81. — Cód. Francés, art. 1848. — Napolitano, art. 1720. — Holandés, art. 1666 [1665. De Goyena 1578°]. — Pothier, n° 121. — El socio autorizado para administrar, debiendo prestar el mismo cuidado y atencion á los negocios sociales que á los suyos propios [art. 1726]; encontrando en colision sus intereses privados con los intereses sociales, debe conciliar los unos con los otros, por una parte igual de atencion y vigilancia prestada á su conservacion. De este principio nace la resolucion del caso particular que resuelve el artículo. [De Troplong, n° 552].

Art. 82. — L. 63, § 5°, Dig. *Pro socio* [Tít. 2°, Lib. 17]. — Pothier, n° 122. — La Ley Romana pone un ejemplo del caso, que copia Rogron en la nota al art. 1849 del Código Francés. No seria lo mismo si solo hubiese comunidad en el crédito [vé art 2676] sin haber sociedad. Entónces cada comunero puede cobrar su parte [vé art. 2678] sin tener que dividirla con los otros comuneros. Troplong sobre el art. 1849 [n°s 560 y 564].

---

[66] Puede compararse con los artículos 142, 436 y 461 del Código de Comercio, con Freitas 3151°, y verse á Pont, n°s 303 á 306.

[67] Damos como comentario de este artículo lo que dice Pont en sus números 328 á 340.

[68] Los membretes de los Capítulos V y VI de este Título y los artículos que estos comprenden ponen de relieve que la sociedad es considerada como un ente ó una personalidad moral, perfectamente distinta de la persona natural de los socios. Compara con nuestra nota 4 hácia el artículo 2677. Así, el artículo 1714 establece, como un corolario de ese principio, que *los deudores de la sociedad no son deudores de los socios*: el 1715 se funda parcialmente en que el crédito del socio no es un crédito de la sociedad; y de uno y otro fluye la recíproca de que *el crédito social es acreencia del socio,* si bien el artículo 715 inciso último le autoriza para cobrarlo por via de compensacion. Compara con Troplong, n° 79 y Pont, n°s 669 y 670.

Fijados estos antecedentes, no puede decirse del socio, con mas razon que del co-heredero (vé el § 2° de la nota del Dr. Velez al art. 3452), que él tenga una parte determinada en los créditos sociales, como lo hace el presente artículo, ya que esto solo por la liquidacion puede establecerse; ni tampoco puede decirse que el socio pueda cobrar por su cuenta particular (vé art. 1750), ni que el deudor de la sociedad pueda tratar con él en tal carác-

1732. Art. 83. — Ninguno de los socios puede incorporar á un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios; [69] pero puede asociarle á sí mismo, en la parte que el socio tenga en la sociedad. *Cód. Francés* 1861°; *Chileno* 2088°; *Goyena* 1590°. [70]

1733. Art. 84. — Cada socio tendrá derecho á que la sociedad le reembolse las sumas que hubiese adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiese contraido, como tambien de las pérdidas que se le hubiesen causado. [71] Todos los socios están obligados á esta indemnizacion, á prorata de su interés social; y la parte de los insolventes se partirá de la misma manera entre todos. *Chile, allí.* [Arts. 689 y 717 inc. 2°]. [72]

1734. Art. 85. — Los socios no tienen derecho á indemnizacion alguna por las pérdidas sufridas, cuando la gestion de los negocios sociales no ha sido sinó una *ocasion* puramente accidental. *Massé y Vergé sobre Zachariæ.* [73]

1735. Art. 86. — Los socios tienen entre sí el beneficio de competencia por sus deudas á la sociedad; pero no por las deudas del uno al otro. [74]

Art. 84. — L. 20, Tít. 12, Part. 5ª. — Cód. de Chile, art. 2089. — Troplong, nºs 62 [léase 612] y siguientes. — Cód. Francés, art. 1852. — Italiano, art. 1716. — Napolitano, art. 1721. — Holandés, art. 1670. — L. 52, § 4° [y §§ 12 y 15 y LL. 60, § 1° y 61], Tít. 2°, Lib. 17, Dig. [De Goyena 1582° y 1618°].

Art. 85. — Zachariæ, § 717 nota 8ª. — « Duvergier, n° 351. — Troplong, n° 609 ».

Art. 86. — L. 15, Tít. 10, Part. 5ª. [De Acevedo 1899°].

---

ter. Suponemos que tenga facultad, para ejercer ese acto administrativo: vé artículos 1679 § 1°, etc. y el 1750 citado.

Así, pues, la disposicion del artículo francés, que aquí se sigue sin bastante discrecion, á nuestro juicio, y las dificultades que suscitan sus comentadores (Troplong, nºs 561 á 563, y Pont, nºs 343 á 349), carecen de razon de ser en nuestro Código, segun el cual ninguna duda puede caber de que el socio que cobre el todo ó parte de un crédito social ú otra propiedad cualquiera de la sociedad, debe traerla siempre á la masa social cuya es, so pena de caer bajo la responsabilidad de los artículos 1721 á 1727 respectivamente.

Tambien la venta que un socio hiciese de una parte de la cosa social, no menoscabaria en lo mínimo los derechos de la sociedad sobre la totalidad de esa cosa: argumento *á fortiori* del artículo 2681. Compara con el artículo 3189 y su nota 106.

[69] El artículo 1673 lo dice de una manera mas exacta y completa.

[70] Pont comenta bien este artículo, que no puede presentar sérias dificultades, y nosotros aceptamos las conclusiones de aquel jurisconsulto.

[71] Los artículos 1951 á 1956 y otros sobre mandato sirven al presente inciso de complemento: artículo 1702 y su argumento. Vé artículos 1734 y 2688.

[72] Hay aquí una escepcion al principio del artículo 1947. Vé los artículos 1753 á 1755

[73] Es decir, cuando la gestion social no fué la causa directa y necesaria de las pérdidas (vé arts. 520 y 902), sinó una causa puramente ocasional ó accidental. Pothier pone en su número 131 varios ejemplos.

La terminología de nuestro artículo es vaga y poco jurídica; no guarda suficiente congruencia con el 1956, y habria sido preferible que se refiriese á este último (art. 1702).

[74] El artículo 800 n° 4° es mas completo y se halla redactado con mas propiedad.

1736. Art. 87. — Ningun socio puede ser escluido de la sociedad por los otros socios, no habiendo justa causa para hacerlo. *Freitas* 3219° *y n°* 2°.

1737. Art. 88. — Habrá justa causa para la esclusion de algun socio de la sociedad : — [Vé art. 1712].

1° Cuando contra la prohibicion del contrato cediese sus derechos á otros; [75]

2° Cuando no cumpliese alguna de sus obligaciones para con la sociedad, tenga ó no culpa; [Arts. 1711 inc. 3°, 1775 y 2182]. [76]

3° Cuando le sobreviniese alguna incapacidad; [Vé art. 1772]. [77]

4° Cuando perdiese la confianza de los otros socios, por insolvencia, fuga, perpetracion de algun crímen, mala conducta, provocacion de discordia entre los socios, ú otros hechos análogos. *Freitas* 3220° *n*os 1° *á* 4°. [Vé Cód. Francés 1871°]. [78]

1738. Art. 89. — La incapacidad por hallarse fallido el socio, no causa su esclusion de la sociedad, si fuese solo socio industrial. *Freitas* 3222°. [79]

1739. Art. 90. — La mujer socia que contrajere matrimonio, no se juzgará incapaz, si fuere autorizada por su marido para continuar en la sociedad. *Freitas* 3221° *inc.* 1°. [Vé art. 3849].

1740. Art. 91. — La sociedad por tiempo determinado, no puede renunciarse por los socios sin justa causa. [80] Habrá justa causa, cuando el administrador de ella hubiere sido removido de la sociedad, ó hubiere renunciado su cargo, [81] y

---

[75] Creemos con Freitas que bastará la prohibicion *virtual* ó implícita (vé art. 1676), que es la que resulta de que la facultad de ceder sus derechos no esté concedida á los socios ó reservada en el contrato (art. 1675 inc. 1°).

[76] Juzgamos que esto es vago é incompleto, y se prestará así á abusos y arbitrariedades. *Incompleto*, porque solo se refiere á las obligaciones para con la sociedad, que es materia del Capítulo VI, sin comprender las obligaciones para con los socios, de que en el presente Capítulo nos ocupamos ; y ya hemos dicho en la nota 61, que los artículos 1724, 1726, 1727, 1729 y 1731 á 1734 pertenecen mas bien al espresado Capítulo VI. *Vago*, porque siendo muchas y variadas las obligaciones de un socio, sus faltas pueden recorrer una escala vastísima hasta las que causen un daño del todo insignificante, ó las que no revelen una conducta dolosa ó ineptitud supina : vé el n° 4° *infra* y el artículo 1205.

El artículo 1220 austríaco se refiere al no cumplimiento de las obligaciones *esenciales* del contrato.

[77] Como locura, sordo-mudez y ausencia declaradas (art. 54 n°s 3° á 5°), y tambien en el caso del artículo 132, y la falencia : vé artículos 1738 y 1739. En general, una imposibilidad material no seria justa causa para escluir al socio capitalista ; pero sí al industrial.

[78] Vé á Troplong, n°s 985 á 995, y á Pont, n°s 757 á 765 y 771.

[79] Con tal que los acreedores no embarguen su persona : argumento artículo 301 inciso 2°. Aunque la falencia difiera de la insolvencia (nota 14 al art. 963 n° 1°), la hace legalmente presumible (dicho n°), y en varios artículos de este Código se hallan equiparadas. Por esto opinamos que la insolvencia del socio meramente industrial no es causa legítima para su esclusion de la sociedad. *Eadem est ratio.*

[80] Salvo, por supuesto, acuerdo unánime (art. 1201), cesion permitida (art. 1675) ó facultad acordada en el contrato. Vé nuestra nota 83.

[81] Los artículos 1688, 1689 y 1692 autorizan á limitar esto al socio administrador nombrado por el contrato de sociedad.

cuando hubiese derecho para la esclusion de algun socio, y no quisiere ejercer ese derecho. *Freitas* 3224° *n*°s 6° *y* 2°. [Vé art. 1737]. [82]

1741. Art. 92. — La sociedad por tiempo indeterminado, puede renunciarse por cualquiera de los socios, con tal que la renuncia no sea de mala fé ó intempestiva. *Freitas* 3225° *n*° 1°; *Cód. Francés* 1869°. [83]

1742. Art. 93. — La renuncia será de mala fé, cuando se hiciere con la intencion de aprovechar esclusivamente algun provecho ó ventaja que hubiese de pertenecer á la sociedad. Será intempestiva, cuando se haga en tiempo en que aún no esté consumado el negocio, que hace el objeto de la sociedad. *Freitas* 3226° § 1°, *y Pothier, n*° 151.

1743. Art. 94. — La renuncia hecha de mala fé, es *nula* respecto de los socios. Lo que el renunciante ganare en el negocio que ha tenido en mira al renunciar, pertenece á la sociedad; pero si perdiese en él, la pérdida es de su sola cuenta. [84] El que renunciare intempestivamente, debe satisfacer los perjuicios que la renuncia causare á la sociedad. *De Troplong n*° 975, *y Goyena al* 1598°. [85]

1744. Art. 95. — De la esclusion ó de la renuncia de cualquiera de los socios, resultarán los efectos siguientes: —

1° En cuanto á los negocios concluidos, el socio escluido ó renunciante solo participará de las ganancias realizadas hasta el dia de la esclusion ó renuncia;

Art. 93. — [Cód. Francés 1869°; Goyena 1598°]. — Pothier, n°s 150 y 151. — Instit. § 4°, Tít. 26, Lib. 3°. — Troplong, n° [974] 975 y siguientes.

Art. 94. — Las citas al artículo anterior. — LL. 11 y 12, Tít. 10, Part. 5ª. — Véase Cód. Francés, arts. 1869 y 1870. — Italiano, arts. 1733 y 1835 [léase 1735]. — Napolitano, arts. 1741 y 1742. — Holandés, 1686 y 1687. — De Luisiana, arts. 2855 y 2856. [De Goyena, arts. 1598 y 1599].

---

[82] Significa esto, que demostrada la procedencia de la esclusion, es facultativo de los demás socios optar por la renuncia; y se comprende que tal derecho no debe corresponder al socio, acreedor á la esclusion, sinó cuando ninguna culpa hubo por su parte.

[83] En el caso del artículo 1767 no hay una sociedad por tiempo indeterminado. Troplong, n° 969. Decimos lo mismo de las sociedades contraidas en vista de una empresa determinada ó limitada; salvo si es por toda la vida de los asociados, ó si la duracion regular de esta no ha de ser bastante para llevar á cabo el fin de la sociedad: argumento del artículo 1769.

[84] Y parece que si los demás socios no exigen su continuacion en la sociedad, dejará de ser socio el renunciante de mala fé: argumento de los artículos 1741 y 1769. Compara con el 1744 n° 2°.

Resulta del artículo que la renuncia está afectada de nulidad relativa (art. 1049), y que así subsistirá como válida, mientras que los consocios del renunciante no pidan su nulidad. « La renuncia, dice Pont, n°s 751, 749 y 750, está afectada de nulidad relativa, y los otros socios tendrán el derecho personalísimo y de *pura facultad* de considerar la renuncia como no sucedida y mantener como socio al renunciante. » Vé nuestra nota siguiente.

[85] A esto se limita su responsabilidad; pero á diferencia de lo que pasa con el renunciante doloso (vé lo dicho en la nota precedente), el inciso no dice que su renuncia es nula respecto á sus consocios; y creemos, por tanto, que no puede ser obligado á permanecer en la sociedad: artículo 18 y su argumento, Pont, n° 751, etc., están en contra, pero debe advertirse que la redaccion del artículo francés difiere mucho de la del presente.

2° En cuanto á los negocios pendientes, la sociedad continuará con el socio escluido ó renunciante [86] hasta la terminacion de los negocios; [Vé art. 1762].

3° En cuanto á las deudas pasivas de la sociedad, hasta el dia de la esclusion ó renuncia, los acreedores conservarán sus derechos contra el socio escluido ó renunciante del mismo modo que contra los socios que continuasen en la sociedad, aunque estos hayan tomado á su cargo el pago total; salvo si espresamente y por escrito, exonerasen [87] al socio escluido ó renunciante;

4° En cuanto á las deudas pasivas de la sociedad, posteriores á la esclusion ó renuncia, los acreedores solo tendrán derecho contra los socios que continuasen en la sociedad, [88] y no contra el socio escluido ó renunciante, á no ser que hubiesen contratado sin saber la esclusion ó la renuncia;

5° La esclusion ó la renuncia no perjudicará á los acreedores por deudas posteriores, y á terceros en general, si no fué publicada, ó si de otro modo no tuvieron conocimiento oportuno de la esclusion ó renuncia. *Freitas* 3230°. [Art. 1200, y vé el 1770].

CAPÍTULO IX

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS RESPECTO DE TERCEROS

1745. Art. 96. — Los socios, en cuanto á sus obligaciones respecto de terceros, deben considerarse como si entre ellos no existiese sociedad. Su calidad de socios no puede ni serles opuesta por terceros, ni ser invocada por ellos contra terceros. *Aubry, allí, nota* 1ª. [89]

1746. Art. 97. — Las obligaciones contraidas por uno de los socios en su nombre personal, no dan á los terceros que han contratado con él, ninguna accion di-

Art. 96. — Aubry y Rau, § 383.

Art. 97. — Muchos escritores enseñan que el socio que no tiene poder para obligar á los demás, los obliga sin embargo en cuanto al lucro que recibieron por la accion *in rem verso*. Pero las reglas sobre esta accion son estrañas á la hipótesis del artículo, pues que el tercero ha seguido la fé del socio con el cual ha contratado, y contra el cual él goza [de] una accion jurídicamente eficaz. Si el socio ha llevado al fondo comun, ó empleado en operaciones sociales, los valores que recibió del tercero acreedor, será siempre en la alternativa siguiente: ó bien no habrá hecho sinó llenar una obligacion á la cual estaba sometido respecto á los otros socios, y entónces no puede decirse que ha habido *versio in rem;* ó bien el empleo de esos valores lo habrá constituido acreedor de sus co-asociados, y en ese caso el tercero gozará contra estos últimos de una accion indirecta, [90] cuyo efecto quedará sin embargo subordinado á los resultados de la liquidacion de la sociedad.

Por otra parte, la sociedad es una tercera persona [art. 1713], no hay accion contra ella

---

[86] Aunque la renuncia haya sido intempestiva (art. 1742 inc. 2°). *Lex non distinguit;* y es justo que esté á las resultas buenas ó malas de la operacion finalizada, que prometiendo ganancias, puede concluir dando pérdidas.

[87] Los acreedores, no los consocios, pues estos no podrian arrebatar á los primeros los derechos que la ley (art. 1715) les acuerda sobre los bienes personales de cada socio.

[88] Inclusive el renunciante doloso, en su caso (nota 84).

[89] Porque los consocios son terceros respecto á los estraños que tratan con el socio (art. 1713), y tiene así aplicacion el artículo 1200. Los artículos 1756 y 1758 no constituyen una derogacion del presente, y los artículos 1746 y 1748 son sus corolarios.

[90] Esta accion es la que acuerda nuestro artículo 1197, correspondiente al artículo 1166 francés que Aubry cita.

recta contra los otros socios, aunque el resultado de esas obligaciones se haya convertido en utilidad de ellos. *Aubry, allí, nº* 1º. [91 bis]

1747. Art. 98. — Si la obligacion fuere indivisible, cada uno de los asociados responde por la totalidad de la deuda. *Aubry, allí, nota* 3. [92]

1748. Art. 99. — Un socio no puede, aunque declare contratar por cuenta de la sociedad, obligar á sus co-asociados respecto de tercero, sinó en virtud y en los límites del poder espreso ó presunto que él hubiese recibido, ó que se juzgare haber recibido á ese efecto. *Aubry, allí, nº* 2º, *etc.* [93]

1749. Art. 100. — Los socios no están obligados solidariamente por las deudas sociales, si espresamente no lo estipularon así. [94] Las obligaciones *contratadas* por todos los socios juntos, ó por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, [95] hacen á cada uno de los socios responsable por una porcion viril, y solo en esta proporcion, aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocia tal estipulacion. *Aubry, allí, nº* 3º, *y Freitas* 3237º *nº* 3º. [96]

como no la habria contra un particular á quien el deudor hubiese entregado el dinero que tomase prestado. — Cód. de Chile, art. 2094. — L. 82, Dig. *Pro socio* [Tít. 2, Lib. 17] y L. 27, Dig. *De pactis* [Tít. 14, Lib. 2º; de Troplong, nº 772]. — Aubry y Rau, § 383 nota 2ª. — Delvincourt, Tom. 3º, Parte 2ª, pág. 225.— Delamarre et Lepoitevin, *Du contrat de commission*, Tom. 2º, nº 250 y siguientes. — Troplong, nº 775 y siguientes. — En contra, Merlin, *Question verb. Société*, § 2º. — Duranton, Tom. 17, nº 429. — Zachariæ, § 383, testo y nota 6º. — Duvergier, nº 404. [De Aubry, allí, nota 2ª]. [91]

Art. 99. — Pothier, nº 105. — Aubry y Rau, lugar citado. — Cód. Francés, art. 1862.

Art. 100. — Cód. Francés, art. 1863. — Italiano, art. 1727. — Napolitano, art. 1735. — Holandés, art. 1680. — De Luisiana, art. 2811 [De Goyena 1593º]. — Aubry y Rau, lugar citado. — Troplong, sobre el art. 1863. — Pothier, nº 104. — Cód. de Chile, art. 2095.

---

[91] La cita de Zachariæ es la de la edicion alemana, y corresponde al § 719 notas 2 y 6 de la edicion francesa. La obra de Delamarre y *Lepoitevin* se titula *Du Contrat de commission;* y la que se cita de Merlin, *Questions.*

[91 bis] Este artículo es una escepcion al principio consignado en el 1749 y debió seguirle. Así, el artículo 1748, que es un corolario del 1745 (nota 89), quedaría ocupando su lugar.

[92] Es una aplicacion del artículo 686, recordado al principio del 693. Tambien el artículo 2691 regirá á los socios en su caso, como condueños que son: vé nota 4 al artículo 2677.

[93] Los artículos 1717 á 1721 son el mejor comentario del presente, y le hacen completamente innecesario.

[94] Vé artículo 701.

[95] Esta frase suministra un argumento á favor de la tésis de que por la *versio in rem* (art. 1719 y nota 56) los socios quedan obligados en proporcion de su interés social.

[96] La disposicion del artículo 2690 es casi idéntica. El artículo no exime al socio industrial. Vé las notas 2 y 3 á los artículos 691 y 692. El 1754 complementa al presente. Sobre lo que es porcion *viril*, vé la nota del Doctor Velez al artículo 3492. La solidaridad es un rasgo característico de las sociedades comerciales: vé los artículos 454 á 456 del Código de Comercio, y compárese con el 440 sobre habilitaciones.

Sobre otras diferencias entre las sociedades civiles y las comerciales, véase á Pont, nºs 96 á 122.

1750. Art. 101. — Ninguno de los socios, á no tener la administracion de la sociedad, ó á no representarla en los casos ántes designados, [97] ó á no haber sido especialmente autorizado por el que la administrase, tendrá derecho para cobrar las deudas activas de la sociedad, y demandar á los deudores de ella. *Freitas* 3231°. [98]

1751. Art. 102. — Los deudores de la sociedad no quedarán desobligados si pagasen al socio que no estuviese autorizado para recibir el pago, aunque solo le pagasen su parte en la deuda. *Freitas* 3232° *inc.* 1°. [98]

1752. Art. 103. — Cuando las deudas pasivas de la sociedad fuesen cobradas de los bienes particulares de los socios, [99] el pago se dividirá entre ellos por partes iguales, sin que los acreedores tengan derecho á que se les pague de otro modo, ni obligacion de recibir el pago de otro modo. *Freitas* 3234° § 1°. [Vé arts. 675 y 693]. [100]

1753. Art. 104. — Si alguno de los socios no pagase, por insolvencia, la cuota que le correspondiese en la deuda social, se observará lo dispuesto en el artículo 84. [101]

1754. Art. 105. — Si los socios hubiesen pagado las deudas de la sociedad por entero, ó por cuotas iguales ó desiguales, la division entre ellos se hará en proporcion á la parte en la sociedad, [102] ó á la parte en que participasen de las ga-

---

[97] Alude, como Freitas, á los designados en el artículo 1728.

[98] La razon de ambas disposiciones es que los deudores de la sociedad no son deudores de los socios : art. 1714.

Por supuesto, que los artículos 732 y 733 habrian de aplicarse en su caso.

[99] Vé el artículo 1715, que autoriza á cada socio á oponer en compensacion no solo el crédito social, sinó tambien la acreencia personal.

[100] Esta disposicion que como complemento del artículo 1749 debió seguirle, se entiende sin perjuicio de la prescripcion del artículo 1747, ó de pacto en contrario.

[101] Es decir, se dividirá entre los socios solventes no por partes viriles ó iguales, como exigía la consecuencia con los artículos 1749 y 1752, y lo establece Freitas en su artículo 3238; sinó á prorata del interés social, como prescribe el 1733 al fin, á propósito de relaciones, no respecto de terceros, sinó *entre los mismos socios*. Escusado es agregar que la inconsecuencia de nuestro artículo no es sostenible. Además, segun los artículos 694 y 677, la insolvencia debiera ser soportada por el acreedor solamente y no por los codeudores, salva la responsabilidad contra todos por lo que la sociedad hubiese utilizado (*versio in rem* : nota 41 antes del art. 2308) : vé la nota 40 al artículo 2692.

Parece que los artículos 678 y 695 á 698 se aplicarán tambien en su caso, á no ser que se trate de una obligacion indivisible (art. 688 y vé el 1747) ó solidaria (arts. 713 y 714). Sin embargo, Freitas, 3242°, establece que « las acciones intentadas por los acreedores de la sociedad contra uno ó mas socios interrumpen la prescripcion, no solo relativamente á la sociedad, sinó con respecto á los demás socios; y que el reconocimiento de la deuda por parte de uno de los socios la interrumpe del mismo modo ». Vé art. 1790 combinado con los artículos 3195 y 3197. No hallamos el fundamento jurídico de tal disposicion.

[102] En otras palabras : en proporcion del valor de los capitales (entradas ó aportes) de cada uno.

nancias y pérdidas. [103] Lo que alguno hubiese pagado de mas será indemnizado por los otros. *Freitas* 3239°. [104]

1755. Art. 106. — Lo dispuesto en los artículos anteriores sobre el pago de las deudas de la sociedad por los socios, solo tendrá lugar respecto de los acreedores que no fuesen socios.

Las deudas pasivas de la sociedad para con los socios, no derivadas de la calidad de socios, serán pagadas por ellos en proporcion á su prestacion en la sociedad, soportando el socio acreedor la suma que le cupiere. *Freitas* 3240° §§ 1° y 2°. [105]

1756. Art. 107. — Los acreedores particulares de los socios solo tendrán derecho para cobrar sus deudas de los bienes de la prestacion del socio, su deudor, cuando la sociedad no hubiese adquirido el dominio de tales bienes, ú otro derecho real sobre ellos. *Freitas* 3246° *n°* 1°. [Vé arts. 1704 á 1710]. [106]

1757. Art. 108. — Si la sociedad hubiese adquirido el dominio de los bienes sobre los cuales dispone el artículo anterior, los acreedores del socio podrán cobrar las deudas de este, de las ganancias que los balances anuales ó intermediarios demostrasen en favor del socio su deudor, si este tenia derecho para retirarlos (a) de la sociedad. *Freitas* 3247° *n°* 2°.

1758. Art. 109. — Podrán tambien cobrarlas de la cuota eventual que pueda corresponderle al socio deudor en la particion de la sociedad: pero embargando ó haciendo rematar ó adjudicar la cuota eventual que al socio pudiese corresponder, no adquieren derecho para embarazar de modo alguno las operaciones de la sociedad, ni nada podrán haber de ella, sinó despues de su disolucion y particion. *Freitas* 3247° *n°* 3°, *y* 3248°.

1759. Art. 110. — Estas disposiciones [107] sobre los acreedores particulares de los socios tienen lugar, sin diferencia alguna, respecto de los socios que fuesen acreedores particulares los unos de los otros, y respecto de los acreedores de otra sociedad de que sea socio alguno de los socios con otras personas. *Freitas* 3249°.

---

[103] Esta prescripcion es vaga y su acierto muy difícil de justificarse. Compárese con el artículo 1780 y nota 130. Lo prueba la disposicion del artículo 1733, tomada del Código chileno, que rigiendo casos casi idénticos, hacia la presente innecesaria: compara con el artículo 2690. De todos modos, la distribucion prevista en el pacto social prevalecerá siempre sobre lo establecido en nuestro artículo: artículo 689 n° 1°.

[104] Creemos que esto se hará con sujecion al artículo 1733 inciso 2°. Respecto á condominio por cualquier título, vé artículo 2690 inciso 2°.

[105] Si algun socio resulta insolvente, su cuota será prorateada entre el socio acreedor y los demás socios solventes: argumento artículo 717 inciso 2°.

[106] Salvos los efectos de la accion pauliana (arts. 962 á 973), ó de otro derecho real preferente que puede corresponder al acreedor, como hipoteca, prenda, etc.

(a) Léase *retirarlas*.

[107] Alude á los tres artículos precedentes.

CAPITULO X

DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

1760. Art. 111. — La sociedad queda disuelta, si fuere de dos personas, por la muerte de una de ellas; pero no si constare de mayor número de socios. *Austria* 1207°.

1761. Art. 112. — La sociedad *puede disolverse* [108] exigiéndolo alguno de los socios, si muere el administrador nombrado por el contrato, [109] ó el socio que pone su industria, [110] ó alguno de los socios que tuviese tal importancia personal, que su falta hiciere probable que la sociedad no pueda continuar con buen éxito.

1762. Art. 113. — Continuando la sociedad despues de la muerte de alguno de los socios, la particion con sus herederos se fijará *el* dia de la muerte del socio, y los herederos de este no participarán de los derechos y obligaciones ulteriores sinó en cuanto *sea* una consecuencia necesaria de operaciones entabladas ántes de la muerte del socio al cual suceden. *De Goyena* 1597° § 1°, *y Aubry* § 384 *n*° 5°. [111]

1763. Art. 114. — Lo mismo se observará aun cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuaría con los herederos, á no ser que estos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad. [112]

Art. 111. — Los Códigos de Austria y de Prusia se han separado de la doctrina creada por el Código Romano, copiada despues en todos los Códigos de Europa, que la sociedad acaba de derecho por la muerte de uno de los consocios, en lugar de establecer, que por ese hecho *puede* acabar por exigirlo alguno de los socios. Nuestro artículo es tomado del Código de Austria, art. 1207, que dice así: « La sociedad de dos personas se disuelve por la muerte de una ellas; pero nó si son mas ». El Código de Prusia, art. 278 [Tít. 17], Parte 1ª, dispone que la muerte de un socio no cambia la sociedad. [De Goyena, 1595°].

Art. 113. — Cód. Francés, art. 1868 [inc. 2°]. — Napolitano, art. 1740. — Holandés, art. 1688 [De Goyena, allí].

Art. 114. — Véase la nota al artículo 23. El heredero es una persona incierta, y no puede subsistir una obligacion de tener sociedad con una persona que aún no existe, ó que puede ser que no se conozca. [De Troplong, n° 879].

---

[108] Mejor dicho, *se disolverá.*

[109] Lo mismo si es separado ó renuncia (arts. 1688 y 1689), á condicion de que sea socio (art. 1692 y argumento de dichos arts.). Esta distincion debió seguirse por nuestro inciso, pero no la ha hecho.

[110] Lo mismo será si le sobreviene una imposibilidad material de poner su industria (vé nota 77), ó si renuncia *(eadem est ratio)*, ó se incapacita (dicha nota y art. 1770). Vé á Pothier, n° 142.

Por lo demás, aquí no se distingue si existe ó no mas de un socio capitalista ó mas de un socio industrial.

[111] En vez de *él* y *sea*, debe leerse en el artículo *al* y *sean*. El artículo 1744, legisla un caso análogo, y es el mejor comentario y aplicacion de la segunda parte del presente.

[112] El artículo 1672 no exigia que los demás socios consintiesen nuevamente y solo requeria que la sustitucion fuese aceptada por el heredero; mientras que aquí se prescribe el mútuo convenio entre los herederos y los socios sobrevivientes. Por manera que el pacto primitivo y el inciso último del artículo 1672 citado quedan casi sin efecto.

1764. Art. 115. — Los negocios pendientes de la sociedad continuarán con los herederos del socio muerto. *De Freitas* 3271° *n°* 3°.[113]

1765. Art. 116. — Ignorando los administradores la muerte de uno de los socios, las operaciones hechas son obligatorias á los herederos del socio que hubiese fallecido. *De Troplong, n°* 901.

1766. Art. 117. — La sociedad termina con el lapso de tiempo por el cual fué formada, ó al cumplirse la condicion á que fué subordinada su duracion; aunque no estén concluidos los negocios que tuvo por objeto. *De Troplong, allí, y Freitas* 3252°, 3254° y 3255°.

1767. Art. 118. — Vale como término esplícito el término implícito de duracion limitada. *De Troplong, allí.*

1768. Art. 119. — Pasado el término por el cual fué constituida la sociedad, puede continuar sin necesidad de un nuevo acto escrito, y puede probarse su existencia por su accion esterior en hechos notorios. *De Troplong n°* 914. [Vé art. 1664 inc. 2° y notas].

1769. Art. 120. — La sociedad contraida *por término ilimitado*[115] se concluye cuando lo exija cualquiera de los socios,[116] y no quieran los otros continuar en la sociedad. *Freitas* 3251° *n°* 2°.[117]

1770. Art. 121. — Con relacion á terceros, la sociedad de plazo incierto, solo se juzgará concluida cuando su disolucion fuese publicada, ó se diese noticia de su disolucion á las personas que tuvieran negocios con la sociedad.[118].

Art. 116. — Es aplicable en este caso lo dispuesto respecto al mandatario.[114] — L. 65, § 10 [Tít. 2°, Lib. 17], Dig. *Pro socio.* — Pothier, n° 156, Troplong, n° 900 [léase 901. Esta nota es de Troplong].

Art. 117. — Troplong, n° 870. [Cód. Francés 1865° n° 1°; L. 11, Tít. 10, Part. 5ª].

Art. 118. — Troplong, n° 872. — « Si dos personas, dice, hacen sociedad para poner un hotel, sin designacion de tiempo, y alquilan la casa por cinco años, se juzga que la sociedad ha de durar solo cinco años. » [Compara con los arts. 1508 y 1510].

---

[113] Este artículo es idéntico en el fondo á la segunda parte del 1762; y así, solo puede referirse al caso del 1760, al que debió seguir.

[114] Segun el artículo 1702 ninguna duda puede haber en esto; y por consiguiente, los artículos 1963 á 1969 constituyen el natural complemento de esta materia.

[115] Vé nuestra nota 83 sobre la sociedad contraida *con* término ilimitado ó por tiempo indeterminado (arts. 1711 y 1606 n° 2°).

[116] Debe esto entenderse con sujecion á los artículos 1741 á 1743 y lo que allí decimos.

[117] Nuestro artículo viene, pues, á importar una disolucion por acuerdo unánime (art. 1201), ó la resolucion de la sociedad por *distracto.*

[118] Este artículo es deficiente: 1° porque tienen accion contra la sociedad los terceros á quienes no se haya dado noticia de su disolucion, artículos 1720, 1702 combinado con el 1969, y argumento del artículo 1714 n° 5°; 2° porque no deben tener accion contra la sociedad los terceros que de cualquier modo conocieron en oportunidad su disolucion, ó cuando su ignorancia no sea inculpable (vé art. 930): dichos artículos y su argumento; 3° porque la presente disposicion debe ser naturalmente aplicable á toda sociedad que no sea de plazo cierto (arg. de nuestro art.); pero no á la de plazo incierto (art. 568), ó por

1771. Art. 122. — La sociedad puede disolverse por la salida de alguno de los socios en virtud de esclusion de la sociedad,[119] renuncia,[120] abandono de hecho,[121] ó incapacidad sobreviniente.[122]

1772. Art. 123. — Sobreviniendo incapacidad á alguno de los socios, su representante no tendrá derecho para exigir la disolucion de la sociedad, ni para renunciarla, ni para continuarla, si no hubiese sido espresamente autorizado por juez competente. *Freitas* 3277°. [Vé arts. 443 n° 13, 444 á 447 y 475 inc. 2°].[123]

1773. Art. 124. — La sociedad concluye por la pérdida total del capital social, ó por la pérdida de una parte de él, que imposibilitare conseguir el objeto para que fué formada. *Freitas* 3272° *n*°s 1° *y* 2°; *Cód. Francés* 1835° *n*° 2°.

1774. Art. 125. — Concluye tambien la sociedad por la pérdida de la propiedad ó del uso de la cosa que constituia el fondo con el cual obraba, ó cuando se perdiera una parte tan principal que la sociedad no pudiese llenar sin ella el fin para que fué constituida.[124]

1775. Art. 126. — No realizándose la prestacion de uno de los socios por cualquiera causa que fuere, la sociedad se disolverá si todos los otros socios no quisieren continuarla, con esclusion del socio que dejó de realizar la prestacion á que se habia obligado. *De Freitas* 3157° *n*° 1°. [Vé arts. 2182 y 2137].[125]

1776. Art. 127. — La sociedad se disuelve cuando por un motivo que tenga su

---

tiempo indeterminado, ó sometida á una condicion resolutoria (art. 553); 4° porque aun la sociedad de plazo cierto no queda disuelta para los terceros, mientras que por la publicacion ú otro medio no hayan conocido su disolucion ó la existencia de tal cláusula del contrato, fijando el plazo cierto.

[119] Esto nos parece cierto, cuando la sociedad conste únicamente de dos socios, ó por la via indirecta de la renuncia (art. 1740, al fin).

[120] La renuncia producirá la disolucion si no queda mas que un solo socio, ó en los casos del artículo 1761; pues, creemos que en general, á pesar de la renuncia del socio, debe la sociedad continuar entre los demás: argumento artículo 1744.

[121] El abandono de hecho puede importar una renuncia (Chile 2113°), ó la fuga (art. 1737 n° 4°) y autorizar la esclusion; pero no siempre causará la disolucion de la sociedad.

[122] La falencia importa tambien incapacidad: vé artículo 1738 y nota (a) al artículo 55.

[123] Y esto, á pesar de pacto en contrario, que autorice la continuacion de la sociedad con la persona del representante: argumento de los artículos 1672, 1763 y su nota, y artículo 443 n° 13 citado. En contra, Freitas, allí.

El artículo se entiende, por supuesto, sin perjuicio de que la disolucion resulte de la ley (arts. 1760, 1761, etc.), ó de la facultad acordada á los demás socios de renunciar, ó de pedir la esclusion del incapaz (art. 1737 n° 3°, y vé el 1738), ó la disolucion de la sociedad.

El artículo 1739 importa una escepcion al presente.

Las sociedades comerciales se disuelven por la falencia de uno de los socios: Código de Comercio artículo 481 n° 4°.

[124] Esta disposicion es análoga á la del artículo precedente, como que es su aplicacion á un caso particular. Puede compararse con Maynz, § 313 nota 16 (§ 228 nota 17, 4ª edicion).

[125] Salvo lo dispuesto por el artículo 1711 inciso 2°, y el pago de daños y perjuicios en su caso: notas 48 y 49.

orígen en los socios, ó en otra causa esterna, como la guerra, no pudiese continuar el negocio para que fué formada. [126]

1777. Art. 128. — La sociedad queda disuelta por sentencia de disolucion, pasada en autoridad de cosa juzgada. [127]

1778. Art. 129. — La sentencia que declara disuelta la sociedad, tendrá efecto retroactivo al dia en que tuvo lugar la causa de la disolucion. *Freitas* 3279°.

CAPÍTULO XI

DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD, Y DE LA PARTICION DE LOS BIENES SOCIALES

1779. Art. 130. — En la liquidacion de la sociedad se observará lo dispuesto en el Código de Comercio, sobre la liquidacion de las sociedades comerciales. *Freitas* 3284° § 1°. [128]

1780. Art. 131. — Las pérdidas y ganancias se repartirán de conformidad con lo pactado. Si solo se hubiese pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. [129] A falta de convenio, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas, será en proporcion á lo que hubiere aportado á la so-

Art. 130. — Troplong, desde el n° 996, trata largamente de los poderes del liquidador ó liquidadores de una sociedad, tanto respecto de los socios, como respecto de terceros; del estado de la sociedad durante la liquidacion y de las acciones que los acreedores pueden usar en ese tiempo. Todos los artículos del Código de Comercio sobre la materia, se encuentran allí fundados y esplicados.

Art. 131. — LL. 3ª, 4ª y 7ª, Tít. 10, Part. 5ª. — Instit. §§ 1° y 3°, Tít. 26, Lib. 3°. — L. 29, Tít. 2°, Lib. 17, Dig. — Cód. Francés, art. 1853. — Italiano, art. 1717. — Napolitano, art. 1725. — Holandés, art. 1671 [léase 1670]. [De Goyena, allí].

---

[126] Creemos que la seguridad del mal éxito debe equipararse á la imposibilidad absoluta: argumentos de los artículos 1722 al fin, 1761 al fin y 1773. En la mayor parte de los casos el acuerdo unánime vendrá á ser la causa inmediata de la disolucion.

[127] La sentencia no constituye una causal de disolucion, sinó que debe declararla existente (vé nota 29 y sus referencias): es solo declarativa y por eso tiene efecto retroactivo: artículo 1778 y su argumento.

Vé los artículos 2612 y 2995 al fin, y nota 136 al artículo 4012.

[128] En los artículos 497 á 509. En presencia de los artículos 1749, 1752 y 1943 pensamos que no será aquí aplicable el artículo 501 § 2° del Código de Comercio: vé el artículo 313 del mismo. Parece que tambien el artículo 505 § 2° habrá de modificarse por nuestro artículo 1755 § 2°; y el 506 de aquel Código deberá ceder á los artículos 1715 y 1752, que no requieren la prévia escusion de los bienes sociales, tanto mas que dicho artículo 506 estatuye sobre un caso general, estraño á la materia de la liquidacion de la sociedad.

En cuanto al artículo 508 del mismo Código, condice parcialmente con nuestro artículo 58 y no se opone á los artículos 444 á 447; pero creemos que la intervencion del Ministerio de Menores será siempre indispensable, en virtud de los artículos 59 y 494. Vé el 1790, combinándolo con los artículos 3456 á 3459, y tambien nuestra nota 138 al fin.

[129] Y recíprocamente, la proporcion pactada para las pérdidas se seguirá en la division de las ganancias. Código Austriaco 1197°; Freitas 3182° § 3°. Nada mas justo que pérdidas y beneficios se repartan en la misma proporcion: vé la nota 15 al artículo 3822.

ciedad. *Goyena* 1583°; *Freitas* 3182° §§ 1° *y* 2°, *y* 3184° *n°* 1°; *Cód. Francés* 1853° *inc.* 1°.[130]

1781. Art. 132. — Si el socio industrial se hubiese obligado como los otros socios á dividir las ganancias ó pérdidas, se entenderá que su pérdida es solo de la industria que puso.[131]

1782. Art. 133. — Si los socios fuesen dos ó mas, que hubiesen puesto partes iguales en la sociedad, la parte del socio industrial en la ganancia, será igual á la de los otros socios, si otra cosa no se hubiere convenido. *De Freitas* 3184° *n°s* 3° *y* 4°.

1783. Art. 134. — Si la prestacion de los socios capitalistas fuese de partes desiguales, la parte de ganancias del socio industrial será fijada por árbitros, si no conviniesen los socios en señalarla. [Vé art. 1786].

1784. Art. 135. — Si el socio industrial hubiese puesto tambien capital, y el aporte de él fuese inferior al que hubiesen puesto los socios capitalistas, la division se hará por partes iguales. *Freitas, allí, n°* 6°.

1785. Art. 136. — Si el valor del capital puesto por el socio industrial fuese igual ó superior al que hubiesen puesto los socios capitalistas, la division se hará en proporcion al importe de los capitales, adicionando al capital del socio industrial, un valor igual al del capital del socio ó socios capitalistas. *Freitas, allí, n°* 7°.

1786. Art. 137. — Si fuesen *designados*[132] los valores puestos por los socios capitalistas, y el capital del socio industrial fuese igual ó superior al menor de

Art. 134. — El Código Francés, art. 1853, dispone que cuando no haya parte señalada en las ganancias, el socio industrial tenga la parte que corresponda al que menos capital hubiese puesto en la sociedad, para lo cual á nuestro juicio no hay razon alguna, á pesar de lo que se dice en el discurso 80. Aceptamos mas bien en este caso la disposicion del Código de Austria, art. 1193, que dice: « Si no se ha fijado parte en favor de los miembros que no aportan sinó industria, el tribunal la fijará en razon de la importancia de los negocios, del trabajo y utilidad de su cooperacion. » [De Goyena 1583°].

---

[130] Esto esplica que el prorateo de las deudas pagas, de que el artículo 1754 trata, debe hacerse proporcionalmente á las partes en las ganancias, con preferencia á los capitales aportados. Pero de esto no se tratará sinó cuando la sociedad no tenga fondos con que pagar al socio acreedor y haya que hacerlo inmediatamente. De lo contrario, la suma satisfecha figurará en el pasivo ó *debe* de la sociedad simplemente, y solo despues de hecha la liquidacion, se conocerá que está en descubierto la sociedad y se hará entre los socios la correspondiente distribucion de las pérdidas. Hacer una liquidacion para cada socio, seria un procedimiento absolutamente impracticable. Vé nuestra nota 103, y compárala con el artículo 1781 siguiente.

El artículo 3822 obedece á un pensamiento análogo.

[131] Salvo pacto en contrario. Se exime al socio industrial de las pérdidas en el capital, porque son compensadas con la pérdida de su industria; pero creemos con Freitas 3182° § 4°, que pagará su cuota en las demás pérdidas ó deudas pasivas de la sociedad, puesto que los artículos 1749 y 1752 no lo esceptúan, ni seria, á nuestro juicio, justo esceptuarlo.

Vé á Troplong, n° 648, y á Pont, n°s 452 y 453. Compara lo dicho con Maynz, § 311 nota 20 (§ 226 en la 4ª edicion).

[132] Léase *desiguales*: así está en Freitas, lo exige el sentido del artículo y resulta de la comparacion con los artículos anteriores, especialmente con el 1783.

los capitales de los socios capitalistas, la division se hará [133] adicionando al capital del socio industrial, un valor medio entre los capitales de los socios capitalistas. *De Freitas, allí, n°* 9°. [134]

1787. Art. 138. — Si todos los socios fuesen industriales, y hubiesen tambien puesto capitales, la division se hará en partes iguales, sean ó no iguales los capitales puestos. *Freitas, allí, n°* 10. [135]

1788. Art. 139. — Cuando la prestacion de los socios hubiese sido de cosas muebles ó inmuebles destinadas á ser vendidas por cuenta de la sociedad, solo tendrán derecho á recibir el precio por el cual la cosa fué vendida. [136] Si no hubiese sido vendida por la sociedad, tendrán derecho á recibir el precio de la cosa por lo que valia al tiempo en que la entregaron á la sociedad. *Freitas* 3160° *n°* 3°, *y* 3162° § 3°.

1789. Art. 140. — Si la cosa mueble *ó* raiz fué estimada en el contrato social, [137] tendrá derecho al precio designado, valga mas ó menos, al tiempo de la disolucion de la sociedad. *Freitas, allí, n°* 4° *y* § 4°.

1790. Art. 141. — En la division de la sociedad se observará, en todo lo que fuere aplicable, [138] lo dispuesto en el Libro 4° de este Código, sobre la division de las herencias, no habiendo en este Título disposiciones en contrario. *Freitas* 3284° § 2°; *Cód. Francés* 1872°; *Goyena* 1601°; *Chile* 2115°; *Acevedo* 1912°. [Vé art. 2700].

---

[133] En proporcion al importe de los capitales, entiéndase, como en el artículo precedente.

[134] Es preferible á lo que proyecta el codificador brasileño, de que la adicion sea de un valor igual al menor de los capitales. El artículo 1783 debió tambien, guardando consecuencia con el presente, fijar la parte de ganancias del socio meramente industrial, dándole un capital medio entre los capitales desiguales de los socios capitalistas, en vez de disponer que sea fijado por árbitros.

Si el capital del socio industrial fuese el menor de todos los capitales ¿se hará la division por partes iguales como en el caso del artículo 1781, ó en proporcion de los capitales, ó se fijará por árbitros la parte del socio industrial? Este último temperamento es sostenible y en cierto modo es el seguido por Freitas en su número 8°; pero nuestro caso tiene mayor analogía con el del artículo 1781 y puede decirse comprendido en sus términos.

[135] Ninguna razon vemos para apartarse de la sábia regla de proporcionalidad, que en defecto de pacto, se establece por el artículo 1780 inciso 3°.

[136] Porque su dominio pasó á la sociedad: artículo 1706.

[137] O en documento que á este se refiera: artículo 1706.

[138] Los artículos del Título « De la division de la herencia » que consideramos aplicables, son: desde el 3152 hasta el 3177 (salvo el 3172), *mutatis mutandis;* los artículos 3505 y 3506; el 3507 combinado con el 1703 y sus referencias, y los artículos 3511 á 3515. Pont, número 789, etc., considera tambien aplicable el artículo 3469.

Son tambien aplicables á los socios los artículos 2680, 2685, 2691, 2694, 2695, 2698, 2699 con nuestras notas (vé la nota 92 al art. 1747), 3930 y 3931.

Adviértase, por último, que desde la liquidacion los socios empiezan á participar del carácter de comuneros (vé nota 4 al art. 2677), y que la particion se obtiene por la accion *communi dividundo* (para dividir lo comun) y no por la *pro socio*. Troplong, números 64, 996 y 997; Pont, n° 773; Freitas 3282° § 2°, y 4339° números 2° y 3°. Vé á Maynz, § 363 nota 32 (§ 278 nota 39, 4ª edicion), y sus referencias.

TÍTULO VIII

De las donaciones [1]

1791. Art. 1°. — Habrá donacion, cuando una persona por un acto entre vivos trasfiera [2] de su libre voluntad gratuitamente á otra, la propiedad de una cosa. [Vé art. 1793]. [3]

1792. Art. 2°. — Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condicion de no producir efecto la promesa sinó despues de su fallecimiento, [4] tal declaracion de voluntad será nula como contrato, y valdrá solo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos. *De Freitas* 2138°; *Chile* 1000°. [Vé art. 1218 n° 4°].

1793. Art. 3°. — No son donaciones: —

1° La cesion gratuita de un crédito; [5]

2° La repudiacion de una herencia ó legado, con miras de beneficiar á un tercero; *Chile* 1394° *inc.* 1°; *Freitas* 2122° *n°* 6°.

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 4°, Part. 5ª. — L. 1ª, Tít. 7°, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 29, Tít. 5°, Lib. 39, Dig. — Cód. Francés, art. 894. — Napolitano, art. 810 [léase 811]. — Holandés, art. 1703. — [De-Goyena 910°]. — Savigny, en el Tomo 4° del Derecho Romano, destina el § 176 á comparar las legislaciones principales de Europa sobre las donaciones, que en verdad son muy diferentes las unas de las otras.

---

[1] Ve lo dicho en la nota 4ª al artículo 1140.

[2] Compara con la definicion del artículo 1324 y lo que allí decimos. *Donner et retenir ne vaut.*

[3] ¿Aunque sea futura? Aubry y Rau, § 675 nota 4ª, 4ª edicion, sostienen que sí. Vé nuestra nota 23 al artículo 1802.

[4] Es decir, que la donacion bajo la condicion *suspensiva* del fallecimiento del donante, es siempre una disposicion de última voluntad, que para valer debe revestir la forma de un testamento. No obsta el artículo 1805, pues allí el fallecimiento del donante es una condicion *resolutoria.*

Si el donante, en el caso de nuestro artículo se hubiese impuesto la obligacion de no poder revocar la donacion, tal cláusula sería nula (art. 3826 inc. 2°). Así es que la doctrina del presente artículo no sufre escepcion en tal caso, y no es necesario, como establece Freitas, que el promitente se reserve la facultad de revocar la promesa á su arbitrio. Compara con lo que dicen los comentadores del artículo 943 francés.

El artículo 1985 contiene una disposicion análoga á la del presente, y el 1218 número 4° una escepcion establecida en favor del matrimonio.

[5] En contra, nuestro artículo 1817, los escritores franceses y el artículo 1395 inciso 3° chileno. En la cesion gratuita de un crédito hay enajenacion, y por tanto donacion (en este sentido la nota del Dr. Velez). Por esto los artículos 1439 y 2159 le someten á las prescripciones del presente Título.

La disposicion errada de nuestro número lleva á la injusta conclusion de que las cesiones gratuitas de créditos no están sujetas á colacion (así lo proclama valientemente el art. 3481!), ni imputarse á la porcion disponible, y reducirse en el esceso como inoficiosas (arts. 1832 y 1833). Muchas sábias previsiones pueden por esta causa quedar burladas! Vé nuestra nota 87 al artículo 3481 citado.

3° La renuncia de una deuda; *Freitas* 2122° *n°* 4°; *Marcadé*, IV, 787. [6]

4° La renuncia de una hipoteca, ó la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente; *De Freitas, allí, n°* 5°.

5° El dejar de cumplir una condicion á que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omision se tenga la mira de beneficiar á alguno; *Freitas, allí, n°* 7°; *Chile* 1394° *inc.* 1°.

6° La omision voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella;

7° El dejar interrumpir una prescripcion para favorecer al propietario; *Chile* 1399°.

8° El pago de lo que no se debe, con miras de beneficiar al que se llame acreedor; [7]

9° El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio; *Chile* 1396°; *Freitas, allí, n°* 2°.

10. Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan ó se reciben gratuitamente; pero no con el fin de trasferir ó de adquirir el dominio de ellas. *Freitas, allí, n°* 1°. [8]

1794. Art. 4°. — Para que la donacion tenga efectos legales, debe ser aceptada por el donatario, espresa ó tácitamente, recibiendo la cosa donada. [9]

Art. 3°. — Sea cual fuere el desinterés de una de las partes, sea cual fuere el beneficio de la otra, donde no hay enajenacion, no hay donacion. Véanse sobre todos los números de este artículo: Savigny, Derecho Romano, Tom. 4°, desde la pág. 28 hasta la 53, y desde el 105 hasta el § 108 inclusive. — Demolombe, Tom. 20, n°s 36 y siguientes, y n°s 82 y siguientes. [No atañen al artículo].

Art. 4°. — La aceptacion de la donacion no es otra cosa, que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido á las reglas generales de los contratos. [10] En el Proemio de la Partida 5ª se coloca la donacion entre los *pleitos é posturas á que llaman en latin contractus*, y de consiguiente la iguala con todos los contratos, en cuanto á la necesidad de consentimiento recíproco, ó aceptacion. La aceptacion

---

[6] En contra Pothier, *Obligat.* n° 619. Demolombe XXVIII, 370 y 373, Chile 1397°, y Aubry y Rau, pero solo en la 3ª edicion, § 681 *ter* nota 19.

Aunque la renuncia semeje á la donacion, no lo es propiamente.

[7] En contra Chile 1397° al fin. Esta prescripcion es mas injustificable aun que la del número 1°.

Con mas razon el pago de la deuda del beneficiado no se reputará donacion: argumento artículo 3482 al fin.

[8] Como el comodato (art. 2257), el depósito y el mútuo (arts. 2215 y vé el 2216 inc. 1°) cuando son gratuitos; y por tanto, la renuncia á intereses no devengados: número 3° de este artículo. Tampoco es donacion la ejecucion de una obligacion natural, ni el dejar prescribir nuestro inmueble ó nuestro crédito: número 3° citado y su argumento. Y en general, dar gratuitamente una garantía á favor de un tercero, como son la fianza, prenda, anticresis, hipoteca y cláusula penal. Vé el artículo 664 y nuestra nota 15 al artículo 2814.

[9] Compara con el artículo 932 francés y con Demolombe, XX, 122. Así, el artículo no admite otra forma tácita de aceptacion que el recibo mismo de la cosa donada: vé artículos 1146 y 1147. En la aceptacion espresa, la tradicion no es necesaria: vé nota 26 al artículo 1802.

El artículo 1798 es una consecuencia del presente, y el 1236 una escepcion. La nota del Dr. Velez al artículo 1797 no corresponde á ese artículo sinó al que ahora consideramos.

[10] Vé el artículo 1797 y lo que allí decimos.

1795. Art. 5°. — Antes que la donacion sea aceptada, el donante puede revocarla espresa ó tácitamente, vendiendo, hipotecando, ó dando á otros las cosas comprendidas en la donacion. *De Demolombe, allí.* [12]

1796. Art. 6°. — Si la donacion se hace á varias personas separadamente, es necesario que sea aceptada por cada uno de los donatarios, y ella solo tendrá efecto respecto á las partes que la hubiesen aceptado. Si es hecha á varias personas *conjuntamente,* [13] la aceptacion de uno ó alguno de los donatarios se aplica á la donacion entera. *Pero* si la aceptacion de los unos se hiciera imposible, ó por su muerte [14] ó por revocacion del donante respecto de ellos, la donacion entera se aplicará á los que la hubiesen aceptado. *De Demolombe, allí.*

1797. Art. 7°. — Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donacion, puede este, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados á entregar la cosa dada. [16]

del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento, no es una condicion de forma sinó parte esencial de la sustancia misma de la convencion. La máxima *Locus regit actum* no le es aplicable; y así la donacion hecha en un país donde la aceptacion no es requerida de una cosa existente en ese país, no puede ser considerada válida entre nosotros. [De Demolombe, n°s 116 y 117, y Goyena á su art. 945]. [11]

Art. 5°. — Demolombe, Tom. 20, n° 130.

Art. 6°. — Demolombe, Tom. 20, n° 157. [Vé á Troplong, n°s 1091 y 1095].

Art. 7°. — Véase Demolombe, n° 127.— En algunos Códigos y por muchos escritores, se dice que mientras la aceptacion del donatario no se hubiese notificado al donante, este puede revocar la donacion. Nosotros creemos que el contrato está perfecto desde que la donacion esté aceptada, aunque lo ignore el donante, como lo establecimos respecto á los contratos en general, en el Título 1° de esta Seccion, artículo 18. [Vé este art., ó sea el 1155]. [15]

---

[11] Creemos que en presencia de la disposicion de nuestro artículo 8°, Título « De las leyes », inciso 1°, esta doctrina de Demolombe no podría sostenerse.

[12] Las palabras de Demolombe son estas: « El donante puede, pues, revocar la donacion, sea espresa ó tácitamente; *vender, hipotecar* ó donar á otro los bienes comprendidos en la donacion hecha y no aceptada aun »; pero en el número 133 hace estensivo á la donacion nuestro artículo 3810 sobre los legados; y deben serlo tambien los artículos 3841 y 3842, ya que es forzoso desviarse de esos principios respecto de la hipoteca, á causa de la disposicion poco reflexiva del presente artículo.

El artículo 1155 combinado con el 1151 son la mejor esplicacion y complemento del que estudiamos.

[13] « *In solidum* y de manera que la no aceptacion é incapacidad de uno aproveche á los otros *jure non decrescendi* », dice Demolombe, dejando sin resolver la cuestion. Vé nota del Dr. Velez al artículo 3812 § 1°.

No obstante el artículo 1800, serán aqui aplicables los artículos 3815 á 3824, que consideramos el mejor comentario del presente inciso, pues como dice el Dr. Velez en la nota al artículo 3814, *el acrecimiento no es en realidad otra cosa, sinó un no decrecimiento.*

[14] O por incapacidad sobreviniente: artículos 1798 y 1150.

[15] Esta nota corresponde mas bien á los artículos 1794 y 1795.

[16] Si la aceptacion ó consentimiento del donatario está sujeto á las reglas generales de los contratos, como dice el Dr. Velez en la nota al artículo 1791, nuestro artículo es insostenible, por hallarse en abierta contradiccion con el 1150 y con todos los Códigos y es-

1798. Art. 8°. — Si muere el donatario antes de aceptar la donacion, queda esta sin efecto, y sus herederos nada podrán pedir al donante. [17]

1799. Art. 9°. — Nadie puede aceptar donaciones, sinó por sí mismo ó por medio del que tenga poder especial suyo al intento, [19] ó poder general para la administracion de sus bienes, [20] ó por medio de su representante legítimo. *Chile* 1411° *inc.* 1°.

1800. Art. 10. — Cuando la donacion se haga á dos ó mas beneficiados conjuntamente, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, á menos que el donante lo hubiese conferido espresamente. *Freitas* 2176°; *Goyena* 955°. [Vé art. 3821]. [21]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER DONADAS, Y BAJO QUÉ CONDICIONES

1801. Art. 11. — Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas. *Freitas* 2130° § 1° *inc.* 1°. [Vé art. 3753]. [22]

Arts. 5°, 6°, 7° y 8°. — Los fundamentos de estos artículos se hallarán largamente espuestos en la seccion 1ª, capítulo 2° de Grenier, *De las donaciones*. Lo mismo sucederá si el donatario muere antes que la hubiese aceptado el procurador nombrado para aceptarla. — Troplong, n° 1114. [18]

Art. 9°. — Cód. Francés, art. 933. — Holandés, art. 1721. — De Luisiana, art. 1529. [De Goyena 918°].

Art. 10. — Cód. de Baviera, Lib. 3°, Cap. 8°. [Art. 12: cita de Goyena].

---

critores de derecho. Vé Código francés 932°; Demolombe, allí; Troplong, n° 1098, etc. Goyena á su artículo 915.

Por lo demás, lo que este artículo dice respecto á la muerte del donante, será aplicable con mas razon á su incapacidad. Compara con dicho artículo 1150.

[17] Esta disposicion es el complemento de la del artículo 1791, y una aplicacion *parcial* del principio consignado en el 1150; porque la incapacidad sobreviniente del donatario, si bien le priva poder aceptar válidamente la donacion, no deja sin efecto esta, que puede ser aceptada, por sus representantes necesarios (vé arts. 51 á 57): argumento del presente y del artículo 1810. El artículo 1799 siguiente dice tambien que la aceptacion puede efectuarse *por medio del representante legítimo* ó necesario.

[18] Pero el artículo 1968 se aplicará en su caso.

[19] Amplia la disposicion del artículo 1883 n° 7° que se limita á bienes raices. Vé nuestra nota siguiente.

[20] Poder general *para aceptar donaciones*, dicen los Códigos citados en la nota y el artículo 1810 n° 5°; y nuestro inciso es incongruente con el anterior, que exige poder *especial* para aceptar una donacion, así como con el artículo 1882.

En los casos del artículo 1812, el poder para aceptar donaciones debe ser redactado en escritura pública so pena de nulidad: artículos 1813 y 1185 n° 7°. Los artículos 1104 y 1105 serán entónces aplicables. La forma auténtica no será, por tanto, indispensable en los demás casos. El artículo 933 francés y sus comentadores (Troplong, n° 1109; Demolombe, XX, 125, etc.) no distinguen. El artículo 1816, relativo á la prueba, no se opone á lo dicho.

[21] Compara este artículo con el 1796 incisos 2° y 3°, y lo dicho en las notas 13 y 14 *supra*.

[22] Son, pues, aplicables los artículos 1328 (sin perjuicio del inc. 1°, del art. 1802), 1329

1802. Art. 12. — Las donaciones no pueden comprender, sinó los *bienes* presentes del donante, y si comprenden *tambien* bienes futuros, serán nulas á este respecto. Las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán si los donantes se reservaren el usufructo, ó una porcion conveniente para subvenir á sus necesidades, [23] y salvo los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes, ó ascendientes legítimos. *Del Cód. Francés y de Goyena.* [24]

Art. 12. — Cod. Francés, art. 913. — Napolitano, art. 867. — Holandés, art. 1701. — La L. 8ª, Tít. 4º, Part. 5ª, supone válidas las donaciones de todos los bienes: lo mismo la L. 55 [léase 35, § 4º], Tít. 54, Lib. 8º, Cód. Romano. — La L. 7ª, Tít. 11 [léase 12], Lib. 3º, Fuero Real, no permite la donacion de todos los bienes. — La L. 2ª, Tít. 7º, Lib. 10, de la Nov. Rec. prohibió la donacion de todos los bienes. [De Goyena 953º]. — Véase Savigny, Derecho Romano, Tom. 4º, desde la página 145. — Demolombe, Tom. 20, nº 409. — Por el artículo, queda prohibida la donacion de los bienes futuros, porque el donante no puede desprenderse de la propiedad de unos bienes que no tiene, ni hacer tradicion de ellos. Regularmente los escritores llaman bienes presentes aquellos sobre los cuales hay accion para adquirirlos, ó que son *producto* [25] de los bienes presentes, como el parto de los animales; pero aún la donacion de estos solo sería una promesa, pues que no habia tradicion por parte del donante, ni posesion actual por parte del donatario. [26]

---

y 1331, no obstante el inciso último del artículo 3754, por ser de derecho escepcional. Del donante que tuviere mala fé, el donatario que la tuviere buena, solo cobrará daños y perjuicios: artículos 506 y 507, y vé los artículos 1330 y 1178.

La donacion de una cosa indivisa deberá regirse por los artículos 2681 y 2685 (el 1332 es peculiar á la venta), y por el 1278 inc. 2º, la de bienes muebles gananciales. Compara con el artículo 3755, y salva lo dispuesto por los artículos 1809 nº 2º, y 1832 á 1834.

Segun nuestro artículo podrán donarse cosas indeterminadas, genéricas ó cantidades y cosas fungibles: artículo 1328 combinado con el 1169, y la nota del Dr. Velez al artículo 3755 citado.

Los artículos 1175 y 1180, comprenden en su generalidad las donaciones.

[23] Hallamos preferible la redaccion siguiente, porque vierte mas exactamente el pensamiento del artículo: « No hay donacion de bienes futuros, ni de la totalidad de los presentes. Esta última solo valdrá, si el donante se reservare etc., etc. Si la donacion comprende á la vez bienes presentes y bienes futuros, solo en cuanto á los primeros será válida ». Vé el artículo francés, á Goyena 953º con su comentario, y el final de nuestra nota 26.

Porque dada la redaccion ambigua de nuestro inciso 1º, que no dice como Goyena *que la donacion no puede comprender bienes futuros,* ni reproduce testual y exactamente el artículo francés, y visto que el inciso 2º no permite la donacion de la totalidad de los bienes presentes, podria creerse que no se le prohibe precisamente la donacion de los bienes y cosas futuras (vé arts. 1169, 1174 y 1328 combinado con el 1801 precedente), sinó que el donante enajene cuanto posea y llegue á poseer, decretando así su mendicidad, lo cual nunca puede un legislador permitir. Vé los artículos 1336 y 1337.

Nuestro artículo supone, por lo demás, que los créditos pueden ser materia de donacion; no solo porque usa de la palabra *bienes* (vé arts. 2313 y 2314), sinó porque permite la donacion de todos los presentes, entre los que regularmente irá comprendido algun *crédito.* Un argumento mas en contra del trascendental error consignado en el nº 1º del artículo 1793.

El artículo 1218 nº 4º, presenta un caso de donacion de bienes futuros.

[24] El derecho ó la accion de los acreedores es la *pauliana:* artículos 962, 963, 968 y 971. Los herederos necesarios pueden pedir la reduccion de la donacion inoficiosa: artículos 1832 á 1834.

[25] O mas propiamente, *fruto* : artículo 2426.

[26] Esta razon no es admisible, pues la donacion es un contrato que se perfecciona por

1803. Art. 13. — El donante puede reservarse á su favor, ó disponer en favor de un tercero del usufructo de los bienes donados. *Cód. Francés, allí.* [27]

1804. Art. 14. — El donante puede imponer á la donacion las condiciones que juzgue convenientes, [28] con tal que sean posibles y lícitas. [29] No podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donacion, subordinarla á una condicion suspensiva ó resolutoria, que le deje directa ó indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar ó de restringir sus efectos. *Aubry,* §§ 669 *notas* 1ª *y* 6ª, *y* 645 *nº* 5º. [30]

Art. 13. — Cód. Francés, art. 949. — Napolitano, art. 873. — Holandés, art. 1706. [De Goyena 958º].

Art. 14. — Cód. Francés, art. 949 [léase 944]. — Demolombe, Tom. 20, nº 416. — Toda obligacion contraida bajo una condicion que la haga depender de la voluntad del que se obliga, es sin duda nula [vé art. 542]; pero, sin embargo, es permitido á las partes estipular que la convencion podia en ciertos casos resolverse unilateralmente, como tambien subordinarla á una condicion, cuyo cumplimiento dependa de la voluntad de una de las partes. No existe al parecer en teoría ninguna razon para apartarse en materia de donaciones de esos principios que especialmente debian ser aplicables á actos de pura liberalidad, como el Derecho Romano los aplicaba á las donaciones (L. 37, Dig. *De Leg.* [cita vaga y errada]). Pothier da la razon del principio que copiamos en el artículo. « Nuestras leyes,

---

la aceptacion, salvo lo dispuesto por el artículo 1812 : 1141. Desde entónces nace una accion personal, para exigir la ejecucion ó consumacion del contrato (arts. 1836 y 1835), ó el valor de los bienes donados, en el caso del artículo 1838. El donatario puede ceder su crédito (arts. 1436, etc. y 1446) ; y el donante no puede revocar la donacion : artículo 1198 y argumento de los artículos 1795 y 1850.

La tradicion es solo un medio de trasmitir la propiedad (arts. 577, 3267 y 2526 nº 4º), y no es constitutiva sinó de los contratos *reales*: artículos 1142, 2258, y vé el 2246.

Escusado es agregar que la *posesion actual* del objeto donado no es requerida para la perfeccion del contrato ; pues, aunque otra cosa resulte del artículo 1802 (vé nuestra nota 23), la verdad es, que á ningun principio de derecho repugna que se donen las cosas futuras, como los frutos que nacerán, puesto que pueden ser vendidas y formar el objeto de cualquier contrato (art. 1328 y 1169).

[27] Reservándose, por supuesto, una porcion conveniente de sus bienes para subvenir á sus necesidades, segun el artículo 1802 inciso 2º

Vé el artículo 2900 con la nota 187, y pueden verse los artículos 2861 y 3606.

[28] Y podrá subrogar al donatario una ó mas personas, para el caso que el primero no quiera aceptar la donacion (art. 3726). Nada se opone á la eficacia de esta condicion suspensiva, y si Demolombe la niega (XVIII, 80 *vers.* E la verité), es porque da por sentado que la donacion ha sido ya aceptada. Pero el artículo 1797 no nos permite autorizar la sustitucion para el caso de muerte ó incapacidad del donatario, *anterior* á la aceptacion. La posterior en nada puede modificar un derecho ya adquirido.

Tambien se puede donar la cosa á un tercero, para el caso que falte la condicion con que fué regalada al primer donatario. Pero no para el caso que la donacion sea revocada por ingratitud, pues no pudiendo demandarse la revocacion sinó por el donante ó sus herederos (art. 1866), la condicion suspensiva de la revocacion, dejaría en poder del donante directamente la eficacia de la segunda donacion, lo que es prohibido por el presente inciso.

[29] Vé artículos 530 y 532.

[30] *Donner et retenir ne vaut.* La donacion, á diferencia del legado que es eminentemente revocable (art. 3826), exige esencialmente el desprendimiento actual é irrevocable de la propiedad.

1805. Art. 15. — No se reconocen otras donaciones por causa de muerte, que las que se hacen bajo las condiciones siguientes: — [81]

1ª Que el donatario restituirá los bienes donados, si el donante no falleciere en un lance previsto; [82]

2ª Que las cosas donadas se restituirán al donante, si este sobreviviere al donatario. *De Freitas* 2132°. [83]

CAPÍTULO II

DE LOS QUE PUEDEN HACER Y ACEPTAR DONACIONES

1806. Art. 16. — Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que espresamente las leyes dispusiesen lo contrario. *Freitas* 2123° § 1°. [Vé arts. 992 y 1162].

1807. Art. 17. — El padre y la madre, ó ambos juntos, pueden hacer donaciones á sus hijos de cualquier edad que estos sean. [84] Cuando no se espresare á

dice, han conservado á los particulares el derecho de hacer donaciones entre vivos; pero han querido hacer mas difícil el ejercicio de esta facultad. Por esto han ordenado, que no se pudiese donar sinó abandonando la posesion y propiedad de la cosa privándose de la facultad de disponer de ella de modo alguno, para que la afeccion á las cosas propias les quitara la idea de hacer donaciones. » — *Donat.* S. 2ª, art. 21 [léase 2°]. — Troplong, *Donat.* n°s 1206 y siguientes. — Toullier, Tom. 5°, n°s 218 y siguientes. —Aubry y Rau, § 699 y las notas 5ª y 7ª.

---

[81] En ambos casos la muerte del donante viene á ser una condicion *resolutoria*: el donatario es puesto desde luego en posesion, y si la condicion se cumple, si el donante sobrevive al lance previsto ó al donatario, en su caso, el donante no recobra la propiedad de las cosas donadas sinó mediante la tradicion (artículo 1373 n° 2° y su argumento). Vé nuestra nota 33.

Cuando la muerte del donante es puesta como condicion *suspensiva*, no hay donacion entre vivos sinó legado, y se aplica el artículo 1792.

Por lo demás, en virtud de nuestro artículo y del precedente inciso 2°, la donacion á causa de muerte, en ningun caso será revocable á voluntad del donante, como sucedia en el derecho romano, seguido por la doctrina española.

La donacion *mortis causa* podria ser llamada con ménos impropiedad *mortis conditione*.

[82] En este caso, aunque el donatario no sobreviva al donante, la donacion subsiste: artículo 511.

[83] Esto viene á importar un caso del derecho de reversion, legislado en los artículos 1843 y siguientes, y á que será tambien aplicable el artículo 1819 con lo que allí decimos.

Cuando el donante sobrevive al lance previsto, la suerte de los actos jurídicos del donatario sobre los bienes donados se reglará por los principios que rigen á los celebrados sobre bienes adquiridos bajo una condicion resolutoria cumplida: vé artículos 555, 557, 543 y 1373 n° 2°. Los artículos 1868 y 1869 no deben hacerse estensivos á nuestra hipótesis, porque son de derecho escepcional. Compara con lo que decimos en la nota 8ª al artículo 124.

[84] Si son menores, se les nombrará un tutor ó curador especial para la aceptacion: vé artículos 3335 y 3158. El inciso importa una escepcion al artículo 279, á pesar de lo absoluto de su testo; escepcion fundada en que generalmente la donacion beneficiará al menor, y que no es presumible que un padre trate de perjudicar á sus hijos con donaciones gravosas: vé artículos 1829 y 1830. En todo caso, al curador especial y al Ministerio de Menores toca evitar el daño, no aceptando una donacion de dudoso beneficio: vé artículo 1810 n° 2°.

qué cuenta debe imputarse la donacion, entiéndese que es hecha como un adelanto de la legítima. *De Freitas, allí,* § 2°. [Art. 3478: vé arts. 3486 y 3526]. [35]

1808. Art. 18. — No puede hacerse donacion á persona que no exista *civil,* ó naturalmente. [36] Puede, sin embargo, hacerse á corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la hicieren con el fin de fundarlas, y requerir despues la competente autorizacion. *Chile* 1390° *inc.* 1°, 1391°, *y Freitas* 2127°; *Troplong, n*°s 612 *á* 615. [Vé art. 3737]. [37]

1809. Art. 19. — No pueden hacer donaciones: —

Art. 18. — Las incapacidades, para hacer ó aceptar donaciones, son absolutas ó relativas. Las incapacidades relativas, resultan de la calidad respectiva de las partes, y se aplican á la vez á la facultad de disponer por una de ellas, y á la facultad de recibir por la otra. Desde que el menor, por ejemplo, es incapaz para hacer una donacion á su tutor, es claro que el tutor es incapaz para recibirla. No es esto decir que las incapacidades, aunque solo sean relativas, sean siempre recíprocas. Hay personas que son absolutamente incapaces para hacer una donacion, y que sin embargo son capaces para recibirla, como los menores; y hay personas, como los padres naturales, que no son capaces de dar cuanto quieran á sus hijos, [38] y que son capaces de recibir de ellos en los límites prescritos para que la donacion no sea inoficiosa. [De Demolombe, n°s 326 á 328].

Demolombe ha destinado el Tomo 18 de su grande obra á solo tratar de las incapacidades absolutas y relativas para dar y recibir por títulos gratuitos. Allí se hallará estensamente tratada cada una de las incapacidades de los artículos siguientes. [Desde el n° 321 al 691].

---

[35] La Ley 26 de Toro establecía una presuncion contraria á esta, lo que era mas razonable, pues segun esto los estraños son de mejor condicion que los descendientes. Vé el artículo 3486, y á Maynz, § 488 (106 de la 4ª edicion) y nota 41.

La cláusula tendrá que probarse en la misma forma que el contrato á que accede.

La voluntad del donante al hacer la donacion es la que determina irrevocablemente su carácter. Así, la donacion hecha como anticipo de legítima debe conservar su carácter, aunque el donatario no recoja la sucesion por renuncia, indignidad ó desheredacion: se imputará, pues, á la legítima y nunca á la porcion disponible por el testador. No obsta el artículo 3478. Reputamos completamente insostenible la opinion contraria de Demolombe, XIX, 478 y 481, y respecto al caso de renuncia Aubry y Rau (§ 681 *ter,* nota última) lo demuestran acabadamente.

En Derecho francés la cuestion tiene otro alcance, porque la porcion disponible de los que dejan posteridad varía con el número de descendientes. (Art. 913 del Cód. Napoleon).

Por el contrario, la donacion hecha con dispensa de colacion ó á una persona que no es presunta heredera, merma desde entonces y para siempre la porcion disponible, y no puede por motivo alguno imputarse á la legítima. En contra: Aubry y Rau, § citado, n° 2°.

[36] No teniendo nosotros la odiosa institucion de la muerte civil (art. 103), la redaccion de este inciso es defectuosa y poco congruente con la terminología de los artículos 31 y 32, segun los que las personas son de existencia visible ó de existencia ideal, y se sabe que las primeras comienzan su existencia desde la concepcion (art. 70). Compara con los artículos 3290 y 3735.

[37] Si la autorizacion se obtiene, su efecto es retroactivo (art. 47); y si no la obtienen, parece que la donacion caducará.

El artículo 1810 n° 4° estaria aquí mejor colocado.

[38] Ejemplo muy mal elejido, pues las restricciones al padre natural son idénticas á las de cualquier donatario: compara con el artículo 908 francés. Nuestro artículo 1810 n° 4° nos suministra un ejemplo mas al caso: los pupilos no pueden donar á sus tutores, pero pueden recibir de estos.

1° Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, [39] ni uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, [40] ó á las personas de *quien* este sea heredero presunto al tiempo de la donacion: *Goyena* 1259°. [41]

2° El marido, sin el consentimiento de la mujer, ó autorizacion suplementaria del juez, de los bienes raices del matrimonio; *Freitas* 2124° *n°* 3°. [Vé arts. 1278 inc. 2° y 1287 inc. 2°].

3° Los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, sin espresa autorizacion judicial; [Vé art. 297]. [42]

4° Los tutores, de los bienes de sus pupilos, sinó en los casos designados en el artículo 42, Título 10, Libro 1°; [Art. 450 n° 5°].

5° Los curadores, de los bienes confiados á su administracion; [Vé art. 475 inc. 2°].

6° Los mandatarios, sin poder especial para el caso, con designacion de los bienes determinados que puedan donar; *Freitas, allí, n°s* 3° *á* 8°. [Vé art. 1883 n° 8°].

7° Los hijos de familia, sin licencia de los padres. Pueden, sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesion ó industria. [43]

1840. Art. 20. — No pueden aceptar donaciones: —

Art. 19. — L. 1ª, Tít. 4°, Part. 5ª. [De Acevedo 1610°].

---

[39] Pero antes de celebrarse el matrimonio pueden hacerlo (vé arts. 1218 n°s 3° y 4°, 1231, 1232 y 1822), y tambien creemos que lo podrán despues de divorciados ó de anulado el matrimonio. Vé la nota 187 al artículo 3528.

[40] La letra de esta disposicion escluye sin razon plausible al hijo natural (el art. 1329 de Freitas se refiere á hijos en general); pero en la mayor parte de los casos vendrá á quedar comprendido de hecho, cuando al tiempo de la donacion sea la madre heredera presunta suya, por no tener descendientes el hijo natural: vé artículo 3586.

[41] Es decir, á las personas de *quienes* este (el otro cónyuge) sea heredero presunto al tiempo de la donacion, *ab-intestato* ó por testamento. Puede compararse con los artículos 1099 y 1100 del Código francés. Aunque los casos de nuestro artículo 3743 no sean del todo idénticos, ese artículo pudo uniformarse mas con el presente.

[42] Las pequeñas dádivas remuneratorias ó presentes de uso que el artículo 450 n° 5° permite á los tutores, son permitidos á los padres con mayor razon (arg. arts. 1883 n° 8° y 3482), y aun están exentos de ser colacionados (dicho art. 3482).

[43] Siendo los hijos de familia menores de edad (art. 306 n° 4°) é incapaces de hecho (arts. 54 n° 2° y 55 n° 1°), y estando prohibido á los púberes emancipados por el matrimonio hacer donacion de especie alguna (art. 134), no comprendemos cómo pueda el hijo de familia donar los bienes de su peculio (arts. 287 y 288); cuando, por otra parte, corresponde al padre su administracion (art. 293), y que segun el número 3° del presente artículo los padres mismos necesitan autorizacion espresa del Juez para poder donar esos bienes.

La mujer casada tambien necesita licencia de su marido ó la supletoria del Juez para celebrar el contrato de donacion (vé arts. 1227 y 1228): artículos 189, 192 á 197, 1810 n° 1° y su argumento.

Parece que cuando la donacion se haga por escritura pública (vé art. 1812 y nuestra nota 20) la autorizacion marital deberá trascribirse en ella, como documento habilitante (arts. 1004 y 1005).

1° La mujer casada, sin licencia del marido ó del juez; *Cód. Francés* 934°. [Vé art. 1043]. [44]

2° Los tutores, en nombre de sus pupilos, sin autorizacion espresa del juez; [Vé art. 443 n° 4°].

3° Los curadores, en nombre de las personas que tienen á su cargo, sin autorizacion judicial; [Vé art. 475 inc. 2°].

4° Los tutores y curadores, de los bienes de las personas que han tenido á su cargo, antes de la rendicion de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare; [Vé arts. 465 y 3738; Cód. Francés 907°].

5° Los mandatarios, sin poder especial para el caso, ó general para aceptar donaciones. *Freitas* 2125° *n*os 1° *á* 4°; *Cód. Francés* 933° *inc.* 1°. [Vé art. 1799].

1841. Art. 21. — La capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donacion se prometió ó se entregó la cosa. [45] La capacidad del donatario, debe ser juzgada respecto al momento en que la donacion fué aceptada. [46]

Art. 20. — L. 2ª, Tít. 4°, Part. 5ª. [De Acevedo 1610°]. — Cód. Francés. art. 931.

---

[44] Vé lo dicho en los §§ 2° y 3° de la nota precedente.

[45] Este inciso y los siguientes suscitan muchas dificultades por su oscuridad, deficiencias y errores.

Desde luego, si los principios que él consagra son ciertos, han debido consignarse á continuacion del artículo 1161, como una generalizacion, para ser aplicados á cada contrato.

Si ambos contratantes tuvieron capacidad, el contrato es válido y firme por ese capítulo. Si hay incapacidad relativa por una ó ambas partes, el contrato será relativamente nulo, ó simplemente anulable, si las partes tenian una incapacidad accidental, por aplicacion de los artículos 1016, 1017, 1049 y 1050; y será confirmable, en su caso (art. 1059). Si la nulidad es absoluta, se aplicará el artículo 1018, el que parece será tambien estensivo á la incapacidad jurídica del artículo 1809 n°s 1° á 5°; pero creemos que en el caso del n° 6° y en los demás casos del artículo 1810 la incapacidad es solo relativa, y la nulidad susceptible de confirmacion. Vé artículos 1162 y 1163.

Segun esto si el donante era absolutamente incapaz ó tenia alguna de las incapacidades jurídicas del artículo 1809 n°s 1° á 5°, cuando prometió la donacion, parece que no aprovecharia que la tuviese al entregar la cosa donada, pues siendo absoluta la nulidad del acto jurídico (la oferta), no seria susceptible de confirmacion: artículo 1018 inciso 3°. Pero la verdad es que, si bien el consentimiento ó voluntad de donar no se presume en general (art. 1820), puede espresarse tácitamente (arts. 1116 y 1117). Sin embargo, en los casos del artículo 1812 y siguiente, es indispensable para la validez del acto como donacion (vé arts. 1186 á 1189, 1045 y 1046), que sean capaces las partes al otorgarlo (arts. 987, 989 y 990), sin que la capacidad anterior pueda aprovecharles ni perjudicar.

La entrega de la cosa importará, pues, ó una confirmacion con efecto retroactivo al dia de la promesa (arts. 1064 á 1066), ó una donacion tácita y efectiva cuando no sea confirmable; pero nunca valdrá como donacion, cuando sea necesario escriturarla, hasta que no se escriture.

[46] Vé lo dicho en la nota precedente y el artículo 1797 con la nota 16.

No pudiendo ofrecerse al que no existe, la oferta quedará sin eficacia si es hecha al que no está concebido ó al jurídicamente incapaz: argumento del artículo 1150 (Demolombe, XVIII, 579; Aubry, § 650 nota 3ª, 4ª edicion). La capacidad posterior no podria ya aprovechar.

Si la donacion fuese bajo una condicion suspensiva, en relacion al dia en que la condicion se cumpliese. *Freitas* 2128° *y* 2129°. [47]

CAPÍTULO III

DE LAS FORMAS DE LAS DONACIONES

1812. Art. 22. — Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, [48] y á falta de este, ante el juez del lugar [49] y dos testigos, bajo pena de nulidad : — [50]

1° Las donaciones de bienes inmuebles ; [Art. 1185 n° 1°].

2° Las donaciones remuneratorias ; [Vé art. 1827].

3° Las donaciones con cargo ; [Vé arts. 1828 y 1830].

4° Las donaciones de un esposo á otro para despues de su fallecimiento; [51]

5° Las donaciones de prestaciones periódicas ó vitalicias. *Freitas* 2150°.

1813. Art. 23. — Las donaciones designadas en el artículo anterior, deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura. Si estuviese ausente, por otra escritura de aceptacion. *De Freitas* 2151° ; *Cód. Francés* 932° *inc.* 2°. [52]

1814. Art. 24. — Las donaciones designadas, no se juzgarán probadas sin la

Art. 21. — Demolombe, Tom. 18, n°s 695 y siguientes. [No apoya].

Art. 22. — Véase el Tít. 16, Lib. 10, Nov. Rec. [De Goyena 946°. Vé Cód. Francés 931° y 932°].

---

[47] Cuando la donacion haya de reducirse á escritura pública, es aquí aplicable lo que decimos en la nota 45.

Por lo demas, nuestro inciso, como el artículo 1460 de Luisiana, consagran un error jurídico completamente injustificable. Si en principio, la aceptacion (y escrituracion, en su caso) hace perfecto el contrato, segun la nota del Dr. Velez al artículo 1797 y la disposicion general del 1141, y los herederos pueden reclamar la donacion aceptada (arg. del art. 1798), y si la muerte ó la incapacidad posteriores á la perfeccion del contrato le dejan intacto, aunque haya una condicion suspensiva (arts. 1196, 544 y su arg.), ninguna razon existe para exigir capacidad en el donatario al tiempo de cumplirse la condicion suspensiva. Todos los escritores franceses sostienen la misma tésis.

[48] Serán, pues, aplicables á las escrituras públicas de donacion los artículos 981 á 1012, y creemos que tambien el 985.

[49] No quedan así escluidos los Jueces Pedáneos de un pueblo (lugar, villorío ó vecindario), pues nuestro artículo no dice, como el 3657 inciso 1°, *Juez de Paz del lugar* : vé el artículo 1224 inciso 2° y nuestra nota 10 á él.

[50] Pero se aplicarán los artículos 1186 á 1190, en su caso, no solo porque el presente no adopta la escepcion de Freitas, sinó porque la aceptacion del donatario liga irrevocablemente al donante (arts. 1791, 1795 y su arg.), y no puede ya serle lícito burlar toda obligacion, con la negativa de otorgar la escritura respectiva.

[51] La disposicion de estos números 2°, 3° y 4° sufre escepcion, cuando la donacion de bienes de un valor inferior á mil pesos es hecha en el contrato nupcial: artículos 1218 n° 4°, 1185 n° 4° y 1224, especialmente inciso 3°.

[52] Si interviene apoderado, se aplicará el artículo 1799. El presente artículo no es peculiar á la donacion, sinó una prescripcion comun á todo contrato. El artículo 1236 es una escepcion al presente.

exhibicion de la correspondiente escritura en que se hubiesen hecho. *Freitas* 2155° § 1°. [Art. 1192]. [53]

1815. Art. 25. — En todos los otros casos, si en juicio se demandase la entrega de los bienes donados, la donacion, cualquiera que sea su valor, [54] no se juzgará probada, sinó por instrumento público ó privado, ó por confesion judicial del donante. *Freitas, allí,* § 2°. [55]

1816. Art. 26. — El instrumento público no es suficiente para probar la donacion, si no se probase por los medios indicados la aceptacion de ella por el donatario, salvo el caso en que la donacion fuese por causa de matrimonio, la cual se presume aceptada desde que el matrimonio se hubiese celebrado. [Vé arts. 1243 y 1235, y á Freitas 2156].

1817. Art. 27. — La donacion de cosas muebles ó de títulos al portador puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa ó del título al donatario. *Cód. Holandés, allí.* [Vé arts. 1457 y 2392]. [56]

Art. 27. — El Código de Holanda, art. 1724, dice: « Los dones manuales de objetos muebles corporales, y de efectos al portador, serán válidos sin escritura, y por la sola entrega hecha al donatario. » Por Derecho Romano, no era necesaria la escritura; pero sí la insinuacion ó la aprobacion judicial, cuando la donacion escedia de 500 sueldos de oro. L. 25, Tit. 3°, Lib. 23 [léase 32: esta cita es errada], Dig. La L. 9ª, Tít. 4°, Part. 5ª, es copia ó epílogo de las diversas leyes romanas. *Si un homme,* dice, *quisiere dar á otro, puédelo fazer sin carta fazta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion non valdria, fueras ende, si lo ficiese con carta, é con sabiduría del mayor juzgador del lugar.* Goyena, art. 952, nos dice: que la comision de legislacion discutió el artículo citado del Código de Holanda, y por las razones que espone limitó las donaciones de cosas muebles que se pudiesen hacer sin escritura, al valor de 100 *ducados* [*duros*. De Goyena 916° y 952°].

Nosotros hemos creido que se debe dejar libre á todos la disposicion de sus bienes: que para imponer la aprobacion judicial del acto, seria preciso dar reglas ciertas á los jueces, y no dejar las cosas á su arbitrio, como sucedia por la ley española. Juzgamos tambien que la cantidad donada no podia fijarse en la ley, pues lo que para un hombre

---

[53] Si por muerte de una de las partes, ó por otro motivo, hubiese sido imposible otorgar la escritura, *la obligacion* podrá probarse por los otros medios del artículo 1815 á los efectos de los artículos 1186 á 1190; pero no existirá donacion (art. 1192, dichos arts. y su arg.), aunque la cosa donada haya sido entregada al donatario (arg. del art. 1820). La escritura se requiere aquí no solo *ad probationem* sinó *ad formam negotii;* bajo pena de nulidad, como dicen los artículos 1185 y 1812; y el contrato no queda concluido como donacion, mientras la escritura pública no se halle estendida y firmada (arts. 1186 y 989): vé artículos 1002 y 3661.

[54] Es decir, aun cuando sea inferior á la tasa de la ley (art. 1194).

[55] Quedan así escluidas las pruebas de testigos, la de presunciones judiciales y aun de las legales, á no ser en los casos del artículo 1820, y la de confesion estrajudicial hecha de palabra: vé artículo 1191.

Si el instrumento público no está firmado, no valdrá como prueba (arts. 989, 1002 y 3661). Lo mismo debe decirse del privado (art. 1013); sin que obste el artículo 1191 inciso 3° que solo es aplicable al caso del 1031. Tal escrito apenas seria una presuncion *hominis.*

Lo dicho se entiende sin perjuicio del artículo 1820.

[56] Esta es otra prueba del error del artículo 1793 n° 1°.

A nuestro juicio la presente disposicion debió limitarse á regalos de corta cantidad, pues de otro modo podria orillarse la prescripcion del artículo 1812, convirtiendo los bienes inmuebles en muebles ó en dinero.

1818. Art. 28. — Para que valgan las donaciones manuables es preciso que ellas presenten los caractéres esenciales del contrato, y que la tradicion que las constituye sea en sí misma una tradicion verdadera. *De Demolombe*, XX, 60, *y Goyena* 952°. [57]

1819. Art. 29. — Si el que trasmitió la cosa alegase que el poseedor de ella no la tiene por título de donacion, sinó por depósito, préstamo, etc., debe probar que la donacion no ha existido. Toda clase de prueba es admitida en tal caso. [60]

1820. Art. 30. — La donacion no se presume [61] sinó en los casos siguientes: —

rico es insignificante, para un pobre podrá importar una parte muy considerable de sus bienes. Los escesos que en tal materia pueda haber, se corrigen declarando inoficiosas las donaciones, que pasen de una parte determinada de los bienes que el donante posea. Las disposiciones á este respecto forman uno de los capítulos de este Título. Sobre las donaciones *manuables* [léase *manuales*], Demolombe, Tom. 20, nos 58 y siguientes [nos 57 á 81]. — Troplong, *Donat.*, nos 1011 y siguientes. [Aubry y Rau, § 659, letra *b*, etc.].

Art. 28. — Es decir, que el donante se desprenda actual é irrevocablemente de la cosa dada en favor del donatario, y que este la acepte; que la tradicion sea de presente, y que el donatario tome posesion de la cosa. La donacion *manual* se hace sin tradicion, si el donatario está en posesion de la cosa por otro título. [58] La sola declaracion del donante basta para cambiar la causa de la posesion anterior. [59] La donacion se cumple entónces sin tradicion [art. 2389]; mas no sin la posesion del donatario. [De Demolombe, nos 61, 61 *bis* y 73; Aubry, §§ 649 n° 67, y 659 págs. 80 á 82].

Art. 29. — Troplong, *Donat.*, nos 1013 y siguientes. — La tradicion de una cosa mueble puede efectivamente ser determinada por diferentes causas. — Puede tener lugar á título de donacion; pero tambien á título de préstamo, de depósito, de mandato, etc. Desde entonces es un hecho equívoco. Puede decirse que la primera regla es: que el que posee un mueble tiene un título legal para poseerlo, y que puede cubrirse con él, y no entrar al juicio. Pero esa regla no es absoluta: no es aplicable sinó en las relaciones del poseedor respecto de terceros, mas no rige las relaciones del poseedor de bienes muebles respecto del que, atacando la causa misma de su posesion, sostiene que está obligado á restituirle esos muebles, en virtud de una obligacion personal, resultante de un delito ó de un contrato. Si esa obligacion personal es probada, él debe cumplirla y hacer restitucion de la cosa. [De Demolombe, XX, 79. Vé arts. 2414 y 2416].

---

[57] Esta segunda parte del artículo quiere significar que la entrega material debe constituir por sí sola una tradicion perfecta. Léase *manuales*, en vez de *manuables*.

[58] Artículo 2389.

[59] El artículo 3770 es peculiar á los legados.

[60] Esta prescripcion, que es mas bien doctrinaria y de procedimientos, no es sostenible á la luz de los principios consignados en este Código. La prueba incumbe á no dudarlo, como establece el inciso 1°, al demandante que afirma, no al demandante que niega y posee: la prueba incumbe al actor, que es quien afirma: *in dubio pro possessore vel mellor est conditio possidentis*, y *actore non probante, reus absolvitur*.

Pero las pruebas admisibles deben determinarse en cada caso por las disposiciones generales de los artículos 1192 á 1194, y las peculiares á cada contrato. Así en los casos de los artículos 2265 y 2240 toda clase de prueba será admisible; pero no así en los casos de los artículos 897, 2203 y 2248. Léase atentamente á Demolombe, XX, 79 á 81, que apoya nuestra tésis, y á Freitas 2158°, que parte de otros antecedentes.

Habria sido preferible eliminar este artículo 1819, que no tiene á su favor la autoridad de escritor alguno, y por su mala redaccion y el error que establece, servirá únicamente para confundir esta materia.

[61] Porque ninguna renuncia se presume (art. 875). Las presunciones siguientes admiten prueba en contrario (nota 99 al art. 1191).

1° Cuando se hubiere dado una cosa á persona á quien hubiese algun deber de beneficiar;

2° Cuando fuese á un hermano ó descendiente de uno ú otro; [62]

3° Cuando se hubiese dado á pobres, cosas de poco valor; [63]

4° Cuando se hubiese dado á establecimientos de caridad. *De Freitas* 2159°. [Vé art. 1630 inc. 2°].

CAPÍTULO IV

DE LAS DONACIONES MÚTUAS

1821. Art. 31. — Las donaciones mútuas son aquellas que dos ó mas personas se hacen recíprocamente en un solo y mismo acto. *Aubry*, § 703.

1822. Art. 32. — Las donaciones mútuas no son permitidas entre esposos. *Aubry; Cód. Francés, allí.* [64]

1823. Art. 33. — La anulacion por vicio de forma, ó de valor de la cosa donada, ó por efecto de incapacidad en uno de los donantes, [65] causa la nulidad de la donacion hecha á la otra parte; pero la revocacion de una de las donaciones por causa de ingratitud, ó por inejecucion de las condiciones impuestas, no trae la nulidad de la otra. *Aubry, allí.* [Vé art. 1850, etc.].

CAPÍTULO V

DE LAS DONACIONES REMUNERATORIAS

1824. Art. 34. — Las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero, y por los cuales este podia pedir judicialmente el pago al donante. *Aubry*, § 702; *Chile* 1433° *inc.* 1°.

Art. 32. — Código Francés, art. 1097. — Pothier, *Donat.*, Sec. 3ª, art. 2° § 1° (y) n° 2. — Grenier, *Donat.*, Tom. 1°, n° 187. — Duranton, Tom. 8°, n° 590. — [Citas de] Aubry y Rau, § 703.

---

[62] Entiéndase, cuando el que dió es descendiente del que recibió, ó el que recibió es descendiente del que dió: esto es lo que dice Freitas y lo único razonable, pues la redaccion de este número no es comprensible.

[63] O cosas de poco valor, dice Freitas; y la coma que precede á la palabra *cosas*, haria presumible que la conjuncion *ó* ha sido omitida por el copista ó tipógrafo. Y á la verdad, si la dacion hecha á favor de un establecimiento de caridad tiene la presuncion legal de ser á título de donacion ¿por qué no lo tendrá la dacion á los pobres?

[64] Durante el matrimonio, entiéndase (art. 1097 francés): vé nuestra nota 39. El artículo 1809 n° 1° hacia innecesario el presente.

[65] Por vicio de forma ó de fondo (estrínseco ó intrínseco), dicen Aubry y Rau con mas concision y exactitud; porque el valor de la cosa donada, no es causa de nulidad sinó de reduccion en su caso (art. 1833), y el artículo 1185 n° 4° lo mismo que el 1812 son relativos á *la forma* del contrato; y porque nuestro inciso omite muchas otras causales de nulidad de la donacion, como lo prueban los artículos 1015 y 1016, así como los artículos 1792, 1799, 1802 y 1801 inciso 2°, los cuales pueden dar orígen á otros tantos capítulos de nulidad.

1825. Art. 35. — Si del instrumento de la donacion no constare designadamente lo que se tiene en mira remunerar, el contrato se juzgará como donacion gratuita. *Chile, allí, inc.* 2°; *Freitas* 2172°.

1826. Art. 36. — Las donaciones hechas por un deber moral de gratitud, por servicios que no dán accion á cobrar judicialmente su valor en dinero, aunque lleven el nombre de remuneratorias, deben considerarse como donaciones gratuitas. *Aubry*, § 702. [66]

1827. Art. 37. — Las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos á título oneroso, mientras no escedan una equitativa remuneracion de servicios recibidos. *Aubry, allí, nota* 3ª. [67]

CAPÍTULO VI

DE LAS DONACIONES HECHAS CON CARGO

1828. Art. 38. — La donacion puede hacerse con cargos que sean en el interés del donante, ó de un tercero, sea el cargo relativo al empleo ó al destino que debe darse al objeto donado, sea que consista en una prestacion cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario. *Aubry*, § 701. [Vé art. 2615]. [69]

1829. Art. 39. — Las donaciones con cargo de prestaciones apreciables en dinero, son regidas por las reglas relativas á los actos á título oneroso, en cuanto á

Arts. 34, 35 y 36. — Zachariæ, § 478.

Art. 37. — Por lo tanto, el donante debe garantir la eviccion de la cosa donada [art. 2152]. —Zachariæ, § citado, nota 2ª.—Grenier, nº 97.—Si el acto es una donacion [dacion] en pago por servicios apreciables en dinero, puede dispensarse, dice Troplong, de las formalidades de las donaciones; [68] mas si la donacion no presenta el carácter de una dacion en pago, que *hace* [constituye] el verdadero contrato oneroso, si no tiene por causa, mas que un sentimiento de reconocimiento, no es sinó una donacion ordinaria que debe revestir formas solemnes. — *Donat.*, números 1703 y 1704 [léase 1073 y 1074].

Art. 38. — Aubry y Rau, § 701 esplican las diferencias entre el cargo y la condicion, de que tambien ya hablamos en otra seccion. [Sec. 1ª de este Libro: nota al art. 558]. — Véase Zachariæ, § 476.

---

[66] Pero el cumplimiento de una obligacion natural (art. 515) no constituye donacion (nuestra nota 8ª).

[67] Creemos que estas donaciones están esceptuadas de la prescripcion del artículo 1812 nº 2°: 1° porque no tienen de donacion mas que el nombre; 2° por lo que dice el Dr. Velez en la nota; y 3° por el argumento de analogía que el artículo 1830 suministra.

El citado nº 2° del artículo 1812 (tomado de Freitas), que no distingue, y la palabra *instrumento* del artículo 1825 sacada del Código Chileno, constituyen un justo motivo de duda. Agréguese que el artículo 1830 es traducido de Aubry.

Pero estas mismas donaciones, como actos ó contratos á título oneroso (cuyo tipo es el de conpra-venta) quedarian sugetas á las prescripciones de los artículos 1181 á 1195, sobre forma y prueba de los contratos.

[68] Pero si esceden de una equitativa remuneracion de los servicios recibidos (art. 1827), quedan sujetas á la disposicion del artículo 1812 nº 2°: vé nuestra nota 67 precedente.

[69] Cuando la prestacion venga á ser equivalente al valor de los objetos donados (art. 1830), y se constituya por una ó mas vidas, el contrato no tendrá de donacion mas que el nombre, y será un verdadero contrato oneroso de renta vitalicia. (Art. 2072). Compara con la nota del Dr. Velez al artículo 3932.

la porcion de los bienes dados, cuyo valor sea representado ó absorbido por los cargos; [70] y por las reglas relativas á las disposiciones por título gratuito, en cuanto al escedente del valor de los bienes, respecto á los cargos. *Aubry, allí, nota* 11. [71]

1830. Art. 40. — Cuando la importancia de los cargos sea mas ó menos igual al valor de los objetos trasmitidos por la donacion, esta no está sujeta á ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas. *Aubry, allí, nota* 13. [72]

1831. Art. 41. — Los terceros, á cuyo beneficio el *mandatario* [73] ha sido cargado con prestaciones apreciables en dinero, tienen accion contra él para obligarle al cumplimiento de esas prestaciones; [74] pero el donante y sus herederos no tienen accion respecto á las cargas establecidas á favor de terceros. *Aubry, allí, nota* 15. [75]

CAPÍTULO II

DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS

1832. Art. 42. — Repútase donacion inoficiosa aquella cuyo valor escede en la tercera parte de lo que el donante podia disponer; y á este respecto se procederá conforme á lo determinado en el Libro 4° de este Código. *De Freitas* 2175°. [76]

Art. 41. — Aubry y Rau, § 701. — Sobre todos los artículos de este capítulo, Savigny, *Derecho Romano*, § 175.

Art. 42. — LL. 4ª, 8ª y 9ª, Tít. 4°, Part. 5ª. — L. 5ª, Tít. 3°, Lib. 10, Nov. Rec. — Véase L. 7ª, Tít. 11, [léase 12], Lib. 3°, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 920. — Napolitano, art. 837. — Holandés, art. 960 [léase 966. De Goyena 954° y 971°].

---

[70] Salvo lo dispuesto por el artículo 3606.

[71] Esta distincion es exacta solo en lo que respecta á la colacion y reduccion de la donacion, cuando sea inoficiosa (art. 1831 n° 2°); pero no respecto á la escritura (art. 1812 n° 3°), aceptacion (1813°), y capacidad de los contratantes, requisitos que no son susceptibles de dividirse. Debe decirse lo mismo de la revocacion (art. 1851, etc.).

En este sentido han modificado su opinion Aubry y Rau en la 4ª edicion de su obra.

[72] Esta disposicion es análoga al artículo 1827, y segun ella, aunque respecto al tercero beneficiado por los cargos sea una verdadera donacion, no es aquí aplicable el artículo 1812 n° 3°. Pero en este último caso se aplicarán á la donacion las leyes sobre capacidad de los contratantes (arts. 1806 á 1811), su revocabilidad (art. 1795, compáralo con el 504), colacion y reduccion de ella.

[73] Léase *donatario*. Es un manifiesto error del copista.

[74] Con tal que las haya aceptado, y el donante no las haya revocado (art. 504). Vé artículo 1855.

[75] Los terceros son los únicos que pueden exigir el cumplimiento de las cargas á su favor, y por el contrario, solo el donante puede pedir la revocacion por inejecucion de aquellas: artículos 1851 y 1855. — El 1856 debió ser colocado aquí.

[76] Pero Freitas dice que es inoficiosa la donacion *cujo valor exceder á terça de que ó doador podia dispôr, etc.*; es decir, cuyo valor esceda al tercio de que el donante puede disponer. Esto es muy distinto de lo que nuestro artículo espresa: copiando el de Freitas casi testualmente, acaba por establecer una prescripcion que vierte muy mal el pensamiento, y de la que no podria darse una esplicacion gramatical satisfactoria. Además, Freitas supone que el tercio es la única porcion disponible por un testador. Vé los artí-

1833. Art. 43. — Si por inventario de los bienes del donante fallecido, [77] se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que habia hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reduccion de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas. *De Freitas* 2173°. [78]

Art. 43. — Véase Cód. Francés, arts. 921 y 923. — Holandés, art. 971. — Napolitano, art. 810. — De Luisiana, art. 1494. [De Goyena 972°].

---

culos 3595 á 3599 y 3604, el presente en la edicion del Proyecto de este Código Civil, y *A consolidação das leis civis*, del mismo autor.

«Ninguno puede dar ni recibir por via de donacion, mas que lo que puede dar ó recibir por testamento. Las donaciones serán inoficiosas en todo lo que escedieren de esta medida» dice Goyena 954° (vé el 971°). Esta es la única inteligencia satisfactoria de nuestro artículo, de acuerdo con su inciso 2° y con las citas puestas á su pié, como entre otros lo prueban los artículos 1601, 1833, 3357, 3486, y especialmente el 3957.

Cualquiera otra inteligencia llevará á consecuencias inaceptables é injustas.

[77] El artículo 3604 es el complemento necesario sobre este punto: vé la nota 21 al artículo 3603.

[78] Vé artículos 3716 y 3595 á 3599. El donatario deberá efectuar la reduccion en especie, si no fuere imposible (arg. del art. 3957: vé el 3343 al fin, y compara con el 3479 y nota); y en caso contrario, deberá hacer la reduccion en valores.

¿La reduccion deberá hacerse á prorata sobre todas las donaciones, ó por órden de fechas, empezando por las mas recientes, como dispone el artículo 923 francés, Marcadé de acuerdo con su mandato, y Goyena en su artículo 972? En el silencio de nuestro Código (vé art. 3604 y la nota del Dr. Velez al art. 3357), nosotros resolvemos esta antigua cuestion, aceptando en principio el prorateo, á no ser que se demuestre que el donante hizo las donaciones posteriores con el ánimo de perjudicar á los donatarios anteriores, por las razones siguientes: 1ª porque el prorateo está establecido para los legados (art. 3604 citado), y las donaciones y disposiciones testamentarias *pari passu ambulant;* 2ª porque *en derecho*, la legítima es menoscabada tanto por las donaciones posteriores como por las anteriores, ya que no se atiende al momento de hacerlas sinó al en que la sucesion se abre (dicho art.); y *en el hecho*, unas y otras han podido ser hechas por el donante para perjudicar á sus herederos forzosos, ó por el contrario, sin ánimo de ofender en lo mínimo el porvenir de estos, porque aun no existian, ó porque el donante fuese entónces muy rico y se hallase insolvente al morir; 3ª porque la repeticion total de las donaciones mas recientes ofreceria en la práctica grandes dificultades, dificultades que con el prorateo disminuirian mucho, y de este último modo se consultaria mejor la ventaja de los herederos forzosos, en cuyo beneficio la reduccion se ha establecido; 4ª porque cuando el donante y los donatarios han procedido de buena fé, sus actos son todos igualmente respetables y dignos de la proteccion de la ley, y la equidad y el derecho quedan satisfechos con una reduccion proporcional en favor del heredero necesario, tanto como seria chocante la desigualdad de que donatarios con título igual, disfruten los anteriores de toda la donacion, y los posteriores queden sin nada. Vé tambien nuestra nota 32 al artículo 3957.

No es probable que el donante haga las donaciones posteriores por perjudicar á las primeras, y cuando esto se demuestre sufrirá escepcion nuestra tésis. El temor de ofender en ese raro caso el principio de la irrevocabilidad de las donaciones, no es razon bastante para ofender el de la libertad de disponer, y la firmeza de adquisiciones perfectas hechas en buena fé. Refutamos así á Demolombe, XIX, 572, y á Goyena en su artículo 972 citado.

En fin, si en derecho romano la reduccion se hace empezando por las donaciones mas recientes, es porque en Roma la inoficiosidad de la donacion no se aprecia con rela-

1834. Art. 44. — La reduccion de las donaciones solo puede ser demandada: — [Vé art. 3443 inc. 2°].

1° Por los herederos descendientes ó ascendientes [79] del donante, que ya existian al tiempo de la donacion;

2° Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias ó con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas. *De Freitas* 2174° *n*os 2° *y* 4°.

CAPÍTULO VIII

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DONANTE Y DEL DONATARIO

1835. Art. 45. — El donante que no hubiere hecho tradicion de la cosa donada, queda obligado á entregarla al donatario con los frutos de ella desde la mora en que se hubiese constituido, no siendo, sin embargo, considerado como poseedor de mala fé. *Freitas* 2160°. [Vé arts. 2433, 2435, 800 n° 5°, etc].

1836. Art. 46. — Independientemente de la accion real que puede segun el caso pertenecer al donatario como propietario de los objetos donados, [80] él tiene siempre una accion personal contra el donante y sus herederos, á fin de obtener de ellos la ejecucion de la donacion. *Demolombe, allí.* [81]

1837. Art. 47. — El donante no es responsable por la eviccion y vicios redhibitorios de la cosa donada, sinó en los casos determinados en los Títulos *De la eviccion* y *De los vicios redhibitorios. De Freitas* 2161°. [Vé arts. 2147 á 2156 y 2182].

Art. 45. — [L. 41, § 1°, Tít. 1°, Lib. 42, Dig.]. Porque las donaciones entre vivos se rigen por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, en lo que no se halle especialmente determinado respecto de ellas. — L. 4ª, Tít. 4°, Part. 5°. — Demolombe, Tom. 20, n°s 551 y siguientes. [Cita inexacta].

Art. 46. — Demolombe, Tom. 20, n° 542. [Aubry y Rau, § 705].

---

cion al patrimonio que deje el donante, sinó al que tenia al tiempo de hacerla. Vé á Maynz, § 475, notas 61 y 66 (§ 393, notas 6ª y 8ª, 4ª edicion).

Por lo demás, el donatario que sufra la reduccion será en la mayor parte de los casos un poseedor de buena fé, y gozará de los derechos de tal (arts. 2424 á 2435). Vé el artículo 928 francés.

[79] Y tambien por los esposos, cuando sean herederos forzosos ó necesarios: artículos 3595 á 3599, combinados con los artículos 3572 á 3577. Herederos *necesarios*, dice el artículo 1833 anterior, y el 3957 les denomina *legítimos*

[80] Esta es una peculiaridad del Código francés, artículos 938, 711 y 1138, que se ha adoptado aquí indiscretamente. No hay obligacion en nuestro derecho que pueda corresponder á derechos reales (art. 497): vé artículos 2505 y 2504 con la nota *(a)*. Antes de la tradicion el donatario-acreedor no adquiere sobre la cosa donada ningun derecho real (arts. 577 y 3267); y entregada la cosa, no hay caso, porque la donacion queda consumada: desde entónces deja de ser donatario-acreedor para ser dueño. Si se supone que se le donó lo suyo, no hay donacion, porque siendo la propiedad la suma de todo derecho, nada puede agregársele por título alguno (art. 2511 y nota).

[81] Esta segunda parte del artículo es puramente doctrinaria y pudo muy bien omitirse, como se ha hecho en los demas contratos.

1838. Art. 48. — Si los bienes donados han perecido por culpa del donante ó de sus herederos, ó despues de haberse constituido en mora de entregarlos, [82] el donatario tiene derecho á pedir el valor de ellos. *De Aubry*, § 705 *nota* 1ª; *Demolombe*, XX, 542. [83]

1839. Art. 49. — Cuando la donacion es sin cargo, [84] el donatario está obligado á prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligacion devolviendo los bienes donados, ó el valor de ellos si los hubiese enajenado. *De Freitas* 2162º. [85]

1840. Art. 50. — El donatario debe cumplir con los cargos que el acto de la donacion le hubiere impuesto en el interés del donante, ó de terceras personas. *Aubry* § 706. [Vé art. 1856].

1841. Art. 51. — El donatario no está obligado á pagar las deudas del donante, si á ello no se hubiese obligado, aunque la donacion fuese de una parte determinada de los bienes del donante. *Aubry, allí, nota* 2ª. [Vé art. 2900].

Art. 51. — La donacion de una parte de los bienes presentes, no es una trasmision á título universal [vé art. 3501]. El donatario es solo un sucesor por título particular, y no está por lo tanto obligado al pago de las deudas del donante. — Pothier, *Donat.*, Sec. 3ª, art. 1º § 2º. — Grenier, *Donat.*, Tom. 1º, nºs 86 y siguientes. Merlin, *Rép. verb. Tiers détenteur*, nº 8. [86]

---

[82] Debe complementarse esto con los artículos 513, 893 y 895.

[83] Y sus frutos, desde la mora: argumento del artículo 1835. El rigor de los principios exigia que en caso de destruccion, deterioro ó aumento, se siguiesen las disposiciones generales sobre las *obligaciones de dar* (arts. 577 á 622); pero nuestro artículo no responsabiliza por los *daños* y *perjuicios* al donante cuando por su culpa ó durante su morosidad se destruyere la cosa donada, y con mas razon si se deteriorare solamente. Pero en este último caso, de deterioro por culpa ó durante la mora del donante, el donatario tendrá derecho no solo á reclamar la cosa sinó la indemnizacion por los deterioros puramente. Vé el artículo 581, combinándolo con la nota al artículo 1835.

[84] *Cuando la donacion fuere gratuita*, dice Freitas con mas exactitud, puesto que la donacion remuneratoria (vé arts. 1824 á 1827) guarda mucha analogía con la que impone cargas, y no es á veces mas que una dacion en pago (art. 781). Pero si la donacion escede en mucho á los servicios debidos, ó los cargos son de muy corta importancia en relacion al valor de lo donado, deberá aplicarse en uno y otro caso el presente artículo. *Eadem est ratio.*

[85] Aunque el donatario haya regalado á su vez los bienes, los haya consumido ó perdido por caso fortuito sin culpa ninguna suya, el artículo no le exime de la obligacion de alimentos. Pero si los bienes donados han perecido por caso fortuito, los jueces deberán limitar esa obligacion, y aun suprimirla completamente cuando esos bienes hubiesen perecido igualmente en poder del donante: argumento de los artículos 789, 1856 inciso 2º, 2437, etc.

El valor que deberá entregarse será el que produjeron realmente los bienes ó el que tenian al ser enajenados, con aumento ó disminucion de lo consumido, destruido ó deteriorado, ó de las mejoras; debiendo apreciarse benignamente la responsabilidad del donatario.

Los artículos 372 y 374 á 376 se estenderán naturalmente á nuestro caso. Vé el 1864.

[86] Esta nota con sus citas es tambien tomada de Aubry; pero Pothier, Merlin y Grenier

1842. Art. 52. — Cuando la donacion sea de una parte determinada de los bienes presentes del donante, puede este, antes de ejecutar la donacion, *retener* un valor suficiente para pagar sus deudas, en la proporcion de los bienes donados y de los bienes que le quedaban, con las deudas que tenia el dia de la donacion. *Aubry y Rau, allí.* [Vé art. 2900].

CAPÍTULO IX

DE LA REVERSION DE LAS DONACIONES

1843. Art. 53. — El donante puede reservarse la reversion de las cosas donadas, en caso de muerte del donatario, ó del donatario y sus herederos. *De Aubry,* § 700; *Cód. Francés* 951° *inc.* 1°. [87]

1844. Art. 54. — La reversion *condicional* no puede ser estipulada sinó en provecho solo del donante. Si se hubiere estipulado copulativamente en provecho

Art. 52. — Cuando se trata de una donacion hecha en los términos siguientes: *doy la mitad ó el tercio de mis bienes,* el donante puede decir con razon que por el término *mis bienes,* no ha entendido sinó la fortuna que le quedase, deducidas sus deudas; que tal es en el lenguaje ordinario, como en el lenguaje jurídico, el sentido usual de la palabra *bienes,* y que por lo tanto debe ser autorizado á *retener* [es decir, *deducir,* vé arts. 1520 y 3941], del valor de sus bienes, el importe de sus deudas en el dia de la donacion. Véase Aubry y Rau § 706 nota 3ª [de quienes es tomada esta nota].

Art. 53. — L. 7ª, Tít. 4°, Part. 5ª. [De Acevedo 1620°]. — Zachariæ, § 475. — « El derecho de reversion [dice Troplong], de que trata este capítulo, depende necesariamente de la condicion que la muerte del donatario ó de sus *herederos* preceda á la del donante. Este es el punto característico del derecho de reversion, pues ese derecho puede estar subordinado á otra condicion, porque las donaciones pueden ser condicionales. Así, podria estipularse que la cosa donada volviera al dominio del donante, si tal buque llegase dentro de seis meses. » Véase Troplong, *Donat.,* n° 1270.

---

no están en favor del artículo sinó en contra. Vé el artículo 3521 con su nota, y á Demolombe, XX, 454.

Escusado es decir que los acreedores á quienes la donacion perjudique tienen la accion pauliana (arts. 1802, 962, etc.).

[87] O mas exactamente: El donante puede reservarse la reversion de las cosas donadas *para* el caso que sobreviva al donatario solamente, ó al donatario y sus hijos, ó al donatario y *determinados* herederos (vé art. 1846 y nuestra nota 33). Porque la reserva estipulada para el caso de que el donante sobreviva al donatario y á sus *herederos,* sin distinguir, como lo hace nuestro artículo, seria completamente ilusoria; puesto que nunca faltarán herederos, testamentarios ó legítimos (siquiera sea el Fisco, que no perece: art. 3547, y vé el 3281 inc. 2°), y será así imposible que el donante, aunque consiga una longevidad patriarcal, llegue á sobrevivir á los *herederos* del donatario. El artículo 951 francés se refiere esclusivamente á los *descendientes* del donatario. Compara con Demolombe, XX, 506.

Si, pues, el donante hubiese estipulado la reversion para el caso de la muerte del donatario y sus *herederos;* á fin de acordar algun sentido práctico á esta cláusula, de modo que valga, habrá de indagarse la voluntad presunta ó intencion probable de las partes, cuestion *de hecho* que admitirá soluciones diferentes segun las circunstancias de cada caso. Se atenderá para ello, no solo al contesto de la cláusula y de la escritura toda, sinó á la edad del donatario y á sus herederos actuales ó esperados, á la edad del donante, así como á las demás circunstancias que puedan dar alguna luz sobre el asunto.

Así, consideramos inaceptable, por muy absoluta, la inteligencia que Demolombe, XX, 507 y otros acuerdan á esa cláusula, así como el alcance que á la palabra *herederos* atribuyen.

del donante y sus herederos, ó de un tercero, la cláusula será reputada no escrita respecto á estos últimos. *Aubry, allí, nota* 2ª; *Cód. Francés, allí, inc.* 2º. [88]

1845. Art. 55. — El derecho de reversion no tiene lugar, sean cuales fueren los caractéres de la donacion y las relaciones que existan entre las partes, sinó cuando espresamente ha sido reservado por el donante. *Aubry, allí, nota* 3.

1846. Art. 56. — Cuando el derecho de reversion ha sido estipulado para el caso que la muerte del donatario preceda á la del donante, [90] la reversion tiene lugar desde la muerte del donatario, aunque le sobrevivan sus hijos. Si el derecho de reversion ha sido reservado para el caso de la muerte del donatario y de sus hijos ó descendientes, la reserva no principia para el donante, sinó por la muerte

Art. 54. — Cód. Francés, art. 951. — Napolitano, arts. 875 y 876. — Holandés, art. 1709. — De Luisiana, art. 1521. — Zachariæ, lugar citado. — En contra, L. 7ª, Tít. 4º, Part. 5ª, y el Derecho Romano que ordenaba se cumpliese todo lo que el donante hubiese establecido al hacer la donacion. — L. 9ª, Tít. 54, Lib. 8º, Cód. Romano. [De Goyena 959º]. — Muchos jurisconsultos dicen que el derecho de reversion en una donacion, constituyendo una cláusula resolutoria de la donacion á beneficio del donante, este puede trasmitir ese derecho á sus herederos, aun sin estipulacion espresa, porque él lo deja en su sucesion, como sus otros derechos y acciones, y desde entónces los herederos que representan la persona del difunto entran en la posesion del derecho. [Vé arts. 3412, 3417 y 3420]. Aun cuando la donacion fuese condicional, el donante tiene la facultad de trasmitir el derecho de reversion á sus herederos, porque es un principio en los contratos que el acreedor condicional, muriendo antes de llegar la condicion, trasmite su derecho á sus herederos. [Ve art. 544. De Troplong, nº 1263].

Troplong, *Donat.*, en el nº 1266, sosteniendo el artículo 951 del Código Francés, que es el mismo que el [inc. 1º del] nuestro, les contesta que aunque el derecho de reversion pactado para los herederos, no sea una verdadera sustitucion, lo es en efecto en cuanto á sus efectos; que en tal caso el donatario se hallaria en la obligacion de conservar la cosa para volverla á los herederos; que él no podia enajenar los bienes donados, que estaba obligado á conservarlos inmóviles é inertes [vé art. 1849], para trasmitirlos, no á sus herederos, sinó á los herederos del donante, que venian como los *sostituidos* [*sustitutos*: art. 3730] á establecer un nuevo órden de sucesion, contrario á las sucesiones legítimas, presentando los mismos inconvenientes que las sustituciones fideicomisorias; que con mira de evitar esto, el pacto de reversion se ha hecho una estipulacion puramente personal, que es incomunicable é intrasmisible y no pasa á los herederos. [Vé art. 498].

Art. 55. — Aubry y Rau, § 700. — Zachariæ, § citado, nota 2ª. — Troplong, nº 1276. — Porque el derecho de reversion como toda condicion resolutoria, está en oposicion al principio de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos. — Cuando llegue el caso del derecho de reversion, su cumplimiento tiene todas las consecuencias del cumplimiento de una condicion resolutoria, con la sola *escepcion* [89] que los sucesores del donatario conservan los frutos percibidos de la cosa donada. Zachariæ, § 475. — Duranton, Tom. 8º, nº 492. — Toullier, Tom. 5º, nº 288. [De Aubry y de Zachariæ].

---

[88] Esta doctrina es una aplicacion del artículo 900 francés (vé á Troplong, nºs 1267 y 1269); pero está en abierta contradiccion con los artículos 530 y 3610, segun los cuales la donacion seria absolutamente nula; conclusion mas justa y razonable, ya porque para que el derecho ó la obligacion nazcan ó subsistan, todas las condiciones conjuntivas deben ser cumplidas (art. 536 y su arg.); ya porque la voluntad del donante es preferir á sus herederos sobrevivientes antes que á los herederos del donatario premuerto, como que el consentimiento es la ley del contrato (arg. del art. 1198), y esa voluntad resultaria mutilada. Compara con nuestro artículo 3732. En contra, Aubry y Rau, § 694 nota 42. 4ª edicion.

La palabra *condicional* y la coma que sigue á *herederos* están demás en el artículo.

[89] Zachariæ se refiere aquí á su doctrina, que está desautorizada por el artículo 557 y refutada por sus anotadores, Massé y Vergé. Vé el artículo 1849.

[90] Es el caso del artículo 1805, condicion 2ª.

de todos los hijos [91] del donatario. Pero si el derecho de reserva se hubiere establecido para el caso de la muerte del donatario sin hijos, la existencia de los hijos, [92] ó la muerte del donatario estingue este derecho, que no revive *sinó* [93] en caso de la muerte de estos hijos ántes de la del donante. *Aubry, allí, notas* 8 *y* 9.

1847. Art. 57. — El donante puede, antes de llegar el caso de reversion, renunciar al ejercicio de este derecho. *Aubry, allí, nota* 15. [94]

1848. Art. 58. — El consentimiento del donante á la venta de los bienes que forman la donacion, causa la renuncia del derecho de reversion no solo respecto del comprador, sinó tambien respecto del donatario. Pero el asentimiento del donante á la constitucion de una hipoteca hecha por el donatario no importa renuncia del derecho de reversion sinó en favor del acreedor hipotecario. *Aubry, allí.* [95]

1849. Art. 59. — La reversion tiene efecto retroactivo. [96] Hace de ningun valor la enajenacion de las cosas donadas, [98] hechas por el donatario ó sus hijos, y los

Art. 56. — « Toullier, Tom. 5°, n° 286. — Duranton, Tom. 8°, n° 491. » — Aubry y Rau, § 700. [Zachariæ, § 475 nota 4ª].

Art. 58. — Aubry y Rau, § 700. [Vé á Demolombe, XX, 519].

Art. 59. — Cód. Francés, art. 952. — Toullier, Tom. 5°, n° 294. — Duranton, Tom. 8°, n° 492°. [97] — Aubry y Rau, § 700. — Troplong, *Donat.*, desde el n° 1279. [*Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*].

---

[91] O descendientes, agréguese.

[92] Debe leerse, «la existencia de los hijos *á* la muerte del donatario», como está en Aubry y es exigido por el sentido de este inciso, so pena de aceptar conclusiones absurdas.

[93] Que no revive *tampoco* (qui ne revit *point*), dicen Aubry y Rau. Esta es la única version admisible, pues por el hecho de no haber dejado hijos el donatario queda estinguido el derecho de reversion, y con el no cumplimiento de esa condicion resolutoria, el derecho á la donacion se consolida y adquiere *irrevocablemente*, como si nunca hubiera habido condicion (art. 554). La circunstancia posterior y accidental de que el donante sobreviva á los hijos del donatario, ninguna influencia puede ya tener sobre un derecho *irrevocablemente* adquirido, y mucho menos podrá aniquilarlo. *Conditio qui defuit non restauratur.* Todos los jurisconsultos franceses (Aubry y Rau, Troplong, n° 1275; Demolombe, XX, 501, etc.), con escepcion de Vazeille, apoyan nuestra tésis.

[94] Como el ejercicio de cualquier otro derecho condicional. Siendo el presente una mera aplicacion del artículo 873, no presenta ninguna dificultad y pudo muy bien ser omitido.

[95] Lo que aquí se establece respecto de la *venta*, es naturalmente estensivo á toda *enajenacion* consentida por el donante, y lo que se dice de la hipoteca será tambien estensivo á la prenda, y creemos que lo será igualmente al anticresis: artículos 3253, 3255 y su argumento. *Eadem est ratio.*

[96] Artículos 513 y 2671. Salvo pacto en contrario: artículo 2674.

[97] Citas de Aubry; pero las de Toullier y Duranton son relativas á los frutos percibidos por el donatario: vé la nota del Dr. Velez al artículo 1845.

[98] Como son los mismos los efectos de las condiciones suspensivas ó resolutorias, cuando están cumplidas (final de nuestra nota 11 á los artículos 919 á 952), y como el efecto retroactivo de la condicion resolutoria solo alcanza á los terceros en relacion á inmuebles, pensamos que nuestro artículo se refiere *principalmente* á la enajenacion de estos últimos

bienes donados vuelven al donante libres de toda carga ó hipoteca, tanto respecto al donatario, como respecto de los terceros que los hubiesen adquirido. *Aubry, allí, nota* 16. [Vé arts. 2920, 3047, 3127 y 3196]. [99]

CAPÍTULO X

DE LA REVOCACION DE LAS DONACIONES

1850. Art. 60. — La donacion aceptada, solo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes. *Acevedo* 1628°. [Vé art. 1865]. [100]

1851. Art. 61. — Cuando el donatario ha sido constituido en mora [101] respecto á la ejecucion de los cargos ó condiciones [102] impuestas á la donacion, el donante [103] tiene accion para pedir la revocacion de la donacion. *De Aubry,* § 707 *bis nota* 3ª. [104]

Art. 60. — La L. 2ª, Tít. 12, Lib. 3° del Fuero Real, declara irrevocables las donaciones, á no ser por las causas que las leyes autoricen para hacerlo. [De Acevedo, allí].

Art. 61. — L. 6ª, Tít. 4°, Part. 5ª. — Código Francés, arts. 953 y 954. — Holandés, art. 1726. — Napolitano, arts. 879 y 881 [léase 878 y 879]. — Segun las LL. 1ª, Tít. 54 [léase 55], y 1ª, Tít. 56, Lib. 8°, Código Romano, el donante puede apremiar al donatario al cumplimiento de la condicion ó carga de la donacion. [De Goyena 961°]. — Sobre este artículo y los siguientes: Zachariæ, § 483. — Demolombe, Tom. 20, n° 562 y siguientes.

---

bienes (los raices); y para ser consecuente el legislador, debió aplicar aquí el artículo 1857, pues la reversion por inejecucion de los cargos está en este punto equiparada al cumplimiento de la condicion resolutoria (art. 563), y la reversion de este capítulo IX es una condicion resolutoria (notas 54 y 55 del Dr. Velez).

La rescision de la donacion de bienes *muebles* solo tendrá efecto contra terceros adquirentes por título gratuito (arg. de los arts. 968, 2132 inc. 2°, 2312 y 2780), pero nunca contra sus adquirentes por título oneroso (arts. 550, 2415, 2673, 2769, 2780 inc. citado, y arg. de ellos); no teniendo aquí exacta aplicacion la escepcion de esos artículos y del 1858, relativa á la adquisicion de mala fé, puesto que no la hay en adquirir un inmueble, que está sujeto al gravámen de los cargos.

Creemos que la adquisicion á título oneroso solo por la via de la accion pauliana y de acuerdo con los artículos 969 y 970, podrá ser revocada. Esto es estensivo á la prenda y al usufructo adquiridos por el mismo título (dicho art. 2673).

[99] El derecho de reversion se prescribe en los plazos del artículo 4025, cuyos plazos solo empezarán á correr desde que cumplida la condicion de supervivencia, nazca la accion de reversion: artículo 3959. Pero los terceros empiezan á prescribir los bienes desde el dia que los poseen, artículo 3963, con sujecion á los artículos 4001 y 4018.

El donante puede, como medida conservatoria de su derecho (arts. 546 y 1373 n° 1°), interrumpir la prescripcion.

[100] Los artículos 1237 y 1241 son una escepcion, y el donante solo podrá exigir el cumplimiento de la obligacion de dar ó de hacer que hubiere impuesto al donatario, ó los daños y perjuicios en su caso: artículo 560.

[101] Con sujecion á los artículos 509 y 561.

[102] Se usa aquí de la palabra *condiciones* en un sentido impropio y mas lato que en los artículos 527 y siguientes.

[103] Vé el artículo 1854.

[104] Esta desviacion de las disposiciones de los artículos 559, 560 y 1205, si armoniza

1852. Art. 62. — El donante puede demandar la revocacion de la donacion por causa de inejecucion de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuere la causa de la falta de cumplimiento de esas obligaciones, y aunque la inejecucion haya llegado á ser imposible, á consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes que él se hubiese constituido en mora. *Aubry, allí, nota* 9; *Demolombe*, XX, 598 *y* 599. [Vé arts. 2667 á 2669]. [105]

1853. Art. 63. — La revocacion por inejecucion de las condiciones ó cargas, es únicamente relativa al donatario, y no perjudica á los terceros á cuyo beneficio las condiciones ó las cargas hubiesen sido estipuladas por el donante. *Demolombe, allí.* [Vé arts. 1831 y 1855].

1854. Art. 64. — El derecho de demandar la revocacion de una donacion por inejecucion de las cargas impuestas al donatario, corresponde solo [106] al donante

Art. 62. — LL. 5ª y 6ª, Tít. 4º, Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 953, 954 y 956. — Holandés, art. 1726. — Napolitano, arts. 879 y 881. — De Luisiana, art. 1552 [léase 1546 nº 5º y 1555. De Goyena 964º]. — Un ejemplo pondrá en claro la disposicion del artículo: — Yo os he dado mi casa que tengo en este pueblo, bajo la condicion ó con el cargo de que dentro de tres meses me daréis el curso de Astronomía que estais escribiendo. Si un incendio, sucedido por caso fortuito, ha quemado vuestro manuscrito antes que os hubieseis constituido en mora de entregarlo, yo no podria demandar la resolucion de la donacion; mas si el incendio ha sobrevenido despues de estar en mora respecto á la entrega del manuscrito, yo podria demandar la revocacion de la donacion, porque el efecto de la mora es poner la cosa estipulada y los peligros á cargo del deudor. — La L. 3ª, Dig., *De Condit.* [léase *Condict.*, Tít. 4º, Lib. 12] *cans. data*, pone este ejemplo: *Yo os doy 200 sext., á fin de que deis la libertad al esclavo Stícus, si muere ántes que esteis en mora de ejecutarlo, yo no podria repetir los 200 sext.* — Véase Troplong, *Donat.*, 1298. [De él es esta nota].

Art. 63. — Demolombe, Tom. 20, nº 613. — « Supóngase que los terceros han aceptado la donacion con cargas á su favor; desde entónces vienen á ser indirectamente donatarios por el beneficio de la estipulacion hecha á favor de ellos, y no pueden ser privados de él por el hecho personal del donatario principal ». [Vé art. 504].

---

con el principio contrario del artículo 1181 francés (vé á Demolombe, XX, 571), seria muy difícil de justificar en nuestro derecho.

El donatario, como poseedor de buena fé que es, no responde de la conservacion de la cosa que le fué donada, podrá cobrar las mejoras necesarias y útiles, y hace suyos los frutos percibidos hasta el dia de la demanda, con sujecion á los artículos 2425 á 2435: artículo 590 inciso 1º y argumento *á fortiori* del 1869. Vé á Demolombe, XX, 610 y 611, cuyas conclusiones no se apoyan en principios fijos, pues á veces concede y otras niega que sea poseedor de buena fé. Compara con nuestra nota 78 al fin, y vé la 106* al fin.

La accion del donante para pedir la revocacion ó resolucion de la donacion en este caso (es especial al de ingratitud el art. 4036), se prescribe en los plazos del artículo 4025 (vé nuestra nota 99), que se contarán desde que con la mora del donatario nazca la accion: *actio non nata non præscribitur.*

Si el donatario con su morosidad ó inejecucion absoluta en cumplir los cargos causó al donante algun perjuicio, será de este responsable: artículos 508, 511, etc.

[105] El mejor comentario y esplicacion de esta 2ª parte de nuestro artículo, son los artículos 889 á 894 y 565, y habria sido preferible ú omitirla ó referirse simplemente á aquellos.

La pérdida fortuita de la cosa donada, estingue la obligacion del donatario: artículo 1856 al fin, etc. En contra, Demolombe, XX, 577.

[106] Esta disposicion es idéntica á la del artículo 1866, y análoga á la del 192. No cor-

y á sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interés del donante ó en el interés de terceros, y que consistan ellas ó no en prestaciones apreciables en dinero. *De Aubry, allí, nota* 8ª.

1855. Art. 65. — Los terceros á beneficio de los cuales las cargas han sido impuestas solo tienen una accion personal contra el donatario para obligarle á cumplirlas. *Aubry, allí.* [Vé art. 1831].

1856. Art. 66. — El donatario responde solo del cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse á la ejecucion de los cargos, abandonando la cosa donada, y si esta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligacion. *En contra, Aubry, allí, nota* 11. [Vé art. 3807]. [106] *

Art. 66. — En contra, Toullier, Tom. 5°, n° 185 [léase 283]. — Duranton, Tom. 8°, números 444 [léase 544] y 544. — Marcadé, sobre el art. 954. — Estos autores enseñan que el donatario está obligado personalmente con sus bienes al cumplimiento de los cargos, y que no se libra de la obligacion de ejecutarlos abandonando la cosa donada. La única razon que dán es la que espresa Marcadé: «La donacion, dice, es un contrato. El vínculo que por ella se forma no es ménos sério, ni ménos válido que el que forman los otros contratos; y pues que el donatario ha consentido sufrir los cargos que se le imponen, está obligado á ejecutarlos. En vano, para sustraerse de esa obligacion, ofrecerá abandonar lo que ha recibido, pues que el concurso de las dos voluntades ha formado el contrato, tanto en su beneficio como en su contra».

Fundamentos mas sólidos que estos nos conducen á la resolucion contraria; por la naturaleza de la obligacion, que no permite considerar al donatario como un deudor; por el espíritu de las leyes que interpretan *la duda en favor de la libertad* y nó en favor de las obligaciones personales, [107] por el nombre del contrato, la calidad de donante que toma el cedente, y la que el cesionario acepta. Poco importa que la intencion del donante fuese obligar personalmente al donatario, si no la ha formulado espresamente en el acto. Si los cargos se imponen á la trasmision de una cosa, son solo reservas hechas por el cedente sobre la cosa enajenada, restricciones puestas por él al importe de la cesion, y no obligaciones

---

responde, pues, este derecho á los acreedores (el art. se separa en esto de los escritores franceses: Aubry y Rau, Demolombe, XX, 595, etc.), ni por la vía indirecta de la accion pauliana, pues de lo contrario, la limitacion del inciso 2° del artículo 1197 seria siempre burlada (vé nuestra nota 116 á él); pero procederá la accion pauliana, si la enajenacion fuere fraudulenta. Esta distincion sencilla, es decisiva.

Este derecho tampoco pertenece á los cesionarios y demás sucesores por título singular, como lo es el cesionario de una herencia (vé art. 1100, y nota 7 al 3265), ni á ningun otro interesado ó co-interesado (nota 14 al citado art. 192). En contra de la primera parte, Demolombe, XX, 596.

[106] * El inciso primero tiene un valor meramente doctrinario; su alcance está limitado por el segundo, y habría sido preferible eliminarlo; pues la latitud de sus términos nos llevaria á la conclusion, á nuestro juicio inaceptable, de que por la enajenacion ó consumo de la cosa donada, el donatario queda eximido de la ejecucion de los cargos y cumple con devolver aquella mas ó menos deteriorada; miéntras que este artículo no le exime de la obligacion sinó cuando la cosa donada perece por caso fortuito. Tendrá, pues, que devolver el valor de los bienes donados, si los hubiese enajenado ó consumido, como en el caso del artículo 1839, é indemnizar los deterioros en cuanto el artículo 2433 lo autoriza.

Si el abandono no se hizo oportunamente, creemos que el donatario tendrá que pagar las costas y restituirá los frutos percibidos despues de la demanda (vé nuestra nota 104), porque ha dejado de ser poseedor de buena fé: vé nuestra nota 20 al artículo 2672.

[107] *Plus favemus liberationibus, quam obligationibus* (nota al art. 746): artículos 3013, 3767 con la nota 34, y argumento del 558 inciso 2°.

1857. Art. 67. — Cuando la donacion ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están espresadas las cargas impuestas por el donante, [109] la revocacion de la donacion anula las enajenaciones, servidumbres, é hipotecas consentidas por el donatario. [Vé arts. 2672, etc. y 3047].

1858. Art. 68. — Cuando la donacion ha sido de bienes muebles, su revocacion trae la nulidad de la enajenacion hecha por el donatario, cuando el adquirente de los bienes donados conocia las cargas impuestas y sabia que estaban [110] cumplidas. [Vé arts. 563 y 2673]. [111]

1859. Art. 69. — Los terceros que hubiesen adquirido los bienes donados, pueden impedir los efectos de la revocacion, ofreciendo ejecutar las obligaciones im-

personales impuestas al cesionario. Los cargos son cláusulas subsidiarias, que no han podido formar para ninguna de las partes, el objeto principal del contrato, y que no pueden alterar la esencia de la liberalidad. Así, las leyes de todos los Códigos tratan de las donaciones con cargos, bajo el título mismo de las donaciones puras y simples, y no contienen respecto de ellas, ninguna otra disposicion especial para la revocacion por inejecucion de los cargos, mostrando de este modo que los cargos impuestos á una liberalidad no destruyen su carácter, y que no pueden tener el efecto de sustituir, á las reglas propias de las liberalidades, las de los contratos onerosos. [108]

Solo por una cláusula espresa, el donatario podria llegar á ser deudor personal. Su situacion es como la del poseedor de un bien hipotecado respecto al acreedor hipotecario, igual á la de todos aquellos que son obligados no en su nombre propio y con todos sus bienes, sinó en cierta calidad que ellos pueden repudiar, y sobre un bien determinado que pueden abandonar. [Vé arts. 2881, 3025 inc. 2° y nota al 3171 inc. 1°, y 3381. Puede verse arts. 1132 y 1621].

Art. 67. — Cód. Francés, art. 954. [Compara].

---

[108] Esto armoniza bien poco con los artículos 1829 y 1830.

[109] Hallamos muy sábio que la revocacion no pueda ofender á terceros, sinó cuando el principio de ella conste en el mismo instrumento público (argumento de los arts. 592, 594, 971 inc. 2°, 997, 1720, 1721, 1770, 1857, 1858, 1966 y 1969, y nota del Dr. Velez al art. 2665); porque el error de hecho no debe jamás perjudicar (vé art. 930), base de legislacion mas justa y fecunda que el *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

Es entónces permitido concluir que el legislador, aunque calle, ha querido ser siempre consecuente con dicha base en todos los casos de resolucion (vé los arts. 550, 551, 1849, 2672 y 2673, que no distinguen), y con el artículo 563 que no se ha tenido presente.

Por lo demás, como la donacion con cargos debe por punto general reducirse á escritura pública (art. 1812 n° 3°, y vé el 1830), y en la propia forma debe redactarse, so pena de nulidad (art. 1185 y n° 10), la cláusula ó pacto accesorio sobre las cargas, rara vez dejarán de constar en el mismo instrumento (siquiera por la nota ó referencia que suelen poner los escribanos), como exige nuestro artículo. Vé el 997.

En fin, en presencia de disposiciones tan esplícitas como las de estos dos artículos 1857 y 1858, y del principio que manda dar preferencia á la interpretacion que mantenga la firmeza de los actos, no es permitido estender el caso del artículo 1857 al del 1858. De modo que valdrá y subsistirá la enajenacion, hipoteca ó servidumbre, cuando los cargos no consten en el instrumento público, aunque el tercer adquirente los conociese de cualquier modo ó por cualquier medio, salvo el caso del citado artículo 997. Vé el 1195.

[110] Léase, *que no estaban*, salvando así un error evidente.

[111] Véase tambien nuestra nota 109. Si es adquirente á título gratuito, la revocacion le alcanzará siempre: nota 29 al artículo 2673.

puestas al donatario, si las cargas no debiesen ser ejecutadas precisa y personalmente por aquel. *Aubry* § 707 *bis al fin.* [Arts. 727 á 730 y 626]. [112]

1860. Art. 70. — Las donaciones pueden tambien ser revocadas por causa de ingratitud del donatario en los tres casos siguientes: — [Vé art. 3845].

1° Cuando el donatario ha atentado contra la vida del donante; [113]

2° Cuando le ha inferido injurias graves, en su persona ó en su honor; [Vé art. 1862]. [113]

3° Cuando le ha rehusado alimentos. *Cód. Francés, allí; en contra, Freitas* 2148° *n°* 3°. [114]

1861. Art. 71. — El donatario puede ser considerado que ha atentado contra la vida del donante, aunque no haya sido condenado por el hecho, y aunque sus actos no presenten los caractéres de la tentativa segun el derecho criminal. Basta que por esos actos, haya manifestado de una manera indudable la intencion de dar muerte al donante. *Aubry* § 708 *nota* 3ª. [Vé art. 3293]. [115]

1862. Art. 72. — Los delitos graves contra los bienes del donante pueden, como los delitos contra su persona, motivar la revocacion de la donacion. *Aubry, allí, nota* 4ª.

1863. Art. 73. — Para que los hechos del donatario contra la persona y bienes del donante den causa para la revocacion de la donacion, deben ser moralmente imputables al donatario: [115] pero la minoridad no puede escusarlo, cuando voluntariamente y con suficiente discernimiento, se ha hecho culpable de hechos de ingratitud contra el donante. *Aubry, allí, nota* 6ª. [Vé art. 922].

1864. Art. 74. — La revocacion de la donacion tiene tambien lugar por causa

Art. 70. — L. 10, Tít. 4°, Part. 5ª; y L. 1ª, Tít. 12, Lib. 3°, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 955. — Napolitano, art. 879 [léase 880]. — Holandés, art. 1725. — De Luisiana, art. 1547. — De Austria, art. 948. — L. 10, Tít. 56, Lib. 8°, Cód. Romano. [De Acevedo 1628° y 1630°, y Goyena 965°]. — Sobre los tres casos, véase Demolombe, Tom. 20, desde el n° 614 [págs. 540 á 622].

---

[112] Segun estos artículos *cualquiera* puede pagar ó cumplir los cargos. El artículo 967 trae una disposicion análoga á la presente. Vé á Demolombe, XX, 604.

[113] Con posterioridad á la donacion: los atentados ó las injurias anteriores, aunque hubiesen sido ignorados por el donante, no autorizan la revocacion: argumento de los artículos 3299 y 3845 n°s 2° y 3°. La interpretacion en materia odiosa como la presente, debe ser restrictiva *(odia restringi)*, ni puede estenderse la letra del artículo, porque la revocacion hiere el gran propósito de la estabilidad de las adquisiciones.

Estas mismas consideraciones no nos permiten estender al donatario la disposicion del artículo 3845 n° 3°, relativa al legatario, aunque reconozcamos que la injuria hecha á la memoria del donante, puede ser aun mas culpable que la hecha al bienhechor durante su vida; ni admitir la doctrina de Demolombe, XX, 634, segun la cual, el delito ó injuria grave cometidos contra la persona ó los bienes del cónyuge del donante, ó de los padres ó hijos del mismo, debiera considerarse como un delito cometido contra el donante mismo. Vé los artículos 1081 y 1085.

[114] Vé los artículos 267, 1864, etc.

[115] Vé el artículo 923 y á Demolombe, XX, 621 á 627.

de ingratitud, cuando el donatario ha dejado de prestar [116] alimentos al donante, no teniendo este padres ó parientes á los cuales tuviese derecho de pedirlos, ó no estando estos en estado de dárselos. *De Aubry, allí, nota* 8ª. [Vé arts. 367 á 369].

1865. Art. 75. — Las donaciones *onerosas*, [117] como las remuneratorias pueden ser revocadas por las mismas causas [118] que las gratuitas. *De Aubry, allí, nota* 13.

1866. Art. 76. — La revocacion de una donacion por causa de ingratitud, no puede ser demandada sinó por el donante ó sus herederos. *Aubry, allí, nota* 17. [Vé arts. 1854, 2669, 3306 y 4036]. [119]

1867. Art. 77. — La demanda por la revocacion de la donacion, no puede ser intentada sinó contra el donatario, y nó contra sus herederos ó sucesores; mas cuando ha sido entablada contra el donatario, puede continuar contra sus herederos ó sucesores. *Aubry, allí nota* 20. [Vé á Demolombe, XX, 679 y 680].

1868. Art. 78. — La revocacion de la donacion por causa de ingratitud, no tiene efectos contra terceros por las enajenaciones hechas por el *donante*, ni por las hi-

Art. 77. — Véase L. 10, Tít. 4°, Part. 5ª; y 1ª, Tít. 12, Lib. 3°, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 955 [léase 957 inc. 2°]. — Napolitano, art. 879. — Holandés, art. 1725. — De Luisiana, art. 1517. — De Austria, art. 918. — L. 10, Tít. 56, Lib. 8°, Cód. Romano. [Citas del art. 1860, tomadas de Goyena 969°. — Los artículos de los códigos europeos no son oportunos].

---

[116] Cuando le ha *rehusado* alimentos, dice el artículo 1860 nº 3°, con mas propiedad. Si hay desacuerdo respecto al monto de los alimentos, corresponde á los Jueces determinarlo.

Segun el artículo 1839, esta causal de revocacion no es aplicable á las donaciones con cargo, á pesar de lo que en el artículo 1865 siguiente se dice; y segun el presente la obligacion de alimentar al donante, solo en defecto de los parientes (arts. 367 á 369) incumbe al donatario.

La diversidad de fuentes esplica la falta de cohesion y armonía entre ambos artículos.

[117] En la nota precedente dejamos notado un caso de escepcion, el de las donaciones onerosas ó con cargo.

Vé el artículo 1829 con sus notas.

[118] Por las mismas causas de *ingratitud*, pues los términos y la colocacion de nuestro artículo, así como la fuente de donde es tomado, prueban que estas palabras no abrazan la revocacion por inejecucion de las cargas, inejecucion de que en las donaciones puramente gratuitas no puede tratarse. De otro modo debió colocarse este artículo antes del 1870 ó despues del 1850.

Por lo demás, si se trata de una donacion remuneratoria ó de una con cargos, el donatario tiene derecho á que se compute y descuente el valor de los servicios prestados, ó de los cargos cumplidos (final del art. 793), y puede así llegar el caso de que nada tenga que restituir.

[119] Parece que la reconciliacion y el perdon, especialmente si es espreso, estinguen la accion: argumento de los artículos 218 y 3752 combinado con el 874. Vé la Ley 22, Título 9°, Partida 7ª, y á Acevedo 1633°.

La accion es cesible á terceros: argumento de los artículos 1446 á 1455.

potecas ú otras cargas reales que hubiese impuesto sobre los bienes donados, ántes de serle notificada la demanda. *De Aubry, allí, nota* 28. [120]

1869. Art. 79. — Entre donante y donatario, los efectos de la revocacion por causa de ingratitud, remontan al dia de la donacion, y el donatario está obligado no solo á restituir todos los bienes donados que él posea, sinó que aun debe bonificar al donante los que hubiese enajenado, [121] é indemnizarlo por las hipotecas y otras cargas reales con que los hubiese gravado, sea por título oneroso ó lucrativo. *Aubry, allí, nota* 31.

1870. Art. 80. — Las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante despues de la donacion, si espresamente no estuviese estipulada esta condicion. *Freitas* 2149° *inc.* 1°. [124]

Art. 78. — Cód. de Chile, art. 1432. — Cód. Francés, art. 958. — Napolitano, art. 883. — Holandés, art. 1727. — De Luisiana, art. 1951 [léase 1549 y 1550]. — L. 7ª, Tít. 56, Lib. 8°, Cód. Romano. [De Goyena 967°].

Art. 79. — Cód. Francés, art. 958. — Napolitano, art. 883. — Holandés, art. 1727. — De Luisiana, art. 1951. [Citas del art. anterior. De Goyena 970°].

Art. 80. — Cód. de Chile, art. 1424. — El Código Holandés tampoco admite esta causa de revocacion. [122] — En contra, L. 8ª, Tít. 4°, Part. 5ª; L. 8ª, Tít. 56, Lib. 8°, Cód. Romano. — Cód. Francés, art. 960. — Napolitano, art. 885. — De Luisiana, art. 1669 [léase 1556. De Goyena 960°]. — Véase sobre este punto, Savigny, *Derecho Romano*, § 168. — Demolombe, Tom. 20, n[os] 715 y siguientes. — Si las donaciones pudiesen revocarse por nacerle hijos al donante, seria mas regular decir que el que tenga hijos no puede hacer donaciones, pues el que ha hecho una donacion y la revoca por haberle nacido hijos, puede, sin embargo, dar á otro la misma cosa, ó cosa de mayor importancia. [Vé á Demolombe, n[os] 718 á 720]. [123]

---

[120] Es aquí aplicable la crítica hecha á los artículos 787 y 3311, respecto á las enajenaciones por título gratuito.

Respecto á los bienes muebles, vé los artículos 1858, 2414, 2115, nuestra nota 111 y tambien el artículo 1467.

Donde el artículo dice *donante*, léase *donatario*.

[121] O consumido, destruido ó deteriorado: argumento de los artículos 555 y 581. Vé á Demolombe, XX, 708, y á Aubry, nota 35, 4ª edicion. Pero no debe los frutos (art. 557) percibidos ántes de la demanda (arts. 2425 y 2435), la pérdida fortuita de la cosa le desobliga (arts. 556 y 578), lo mismo que el deterioro fortuito, y tiene derecho á las mejoras necesarias y útiles (arts. 589 inc. 1° y 2432: vé el 591).

La disposicion del artículo 2433, relativa al poseedor de buena fé, no se ha querido hacer estensiva al donatario ingrato, para castigar su delito. Vé los artículos 3307 y 3308.

[122] Lo mismo Austria, Inglaterra y Haití.

[123] Este razonamiento no es bastante coherente y satisfactorio. La supernacencia de hijos producía la revocacion *ipso jure*, y el remedio de la reduccion (art. 1833) podria llegar demasiado tarde. En fin, así como el donante puede dar la misma cosa á un nuevo donatario, puede dejarla en poder del primero.

Limitada á ciertos casos y reglamentada convenientemente, podria librar á las familias de la indigencia.

[124] Tal cláusula no puede ser estipulada en las donaciones entre esposos y en las por causa de matrimonio: artículos 1237 y 1241 y su argumento.

TITULO IX

Del mandato

1871. Art. 1°. — El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da á otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta [1] un acto jurídico, ó una série de actos de esta naturaleza. *Aubry*, § 410 *nota* 2ª. [Vé art. 1891].

1872. Art. 2°. — Las disposiciones de este Título son aplicables : —

1° A las representaciones necesarias, y á las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, ó determinadas clases de bienes, [2] en todo lo que no se *oponga á* las leyes especiales sobre ellas ;

2° A las representaciones de las corporaciones y de los establecimentos de utilidad pública ; [Vé art. 37].

3° A las representaciones por administraciones ó liquidaciones de sociedades, en los casos que así se determine en este Código, y en el Código de Comercio ; [Vé art. 1702].

4° A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relacion á sus padres, el sirviente en relacion á su patron, el aprendiz en relacion á su maestro, el militar en relacion á su superior, las cuales serán juzgadas [3] por las disposiciones de este Título, cuando no supusiesen [4] necesariamente un contrato entre el representante y el representado ;

5° A las representaciones por gestores oficiosos ; [5]

6° A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan á las disposiciones del Código de Procedimientos ; *Freitas* 2884°. [Vé art. 1954].

Art. 1°. — L. 20, Tít. 12, Part. 5ª. [De Acevedo 2046°]. — Aubry y Rau, § 410. — Pont, sobre el artículo del Código Francés 1984, n° 798. — Decimos *como contrato :* Todo mandato supone una órden para obrar ; pero no toda órden de obrar es mandato como contrato. En el Derecho Romano, el lenguaje jurídico se servia de espresiones diferentes, para significar la órden que una persona da á otra por forma de mandato como contrato, y la órden que se da al que se tiene bajo su dependencia. *Mando* se aplicaba al primer caso y *jubeo* al segundo. Cuando se ordenaba una cosa á un hijo ó á un esclavo, la órden se llamaba *jussum*, y no se le confundia con el mandato, porque el mandato supone que la persona á que se dirije, es libre de aceptarlo. De estas dos situaciones nacian acciones diversas. La accion *quod jussu* era diferente de la accion *mandati*. [De Troplong, n° 41]. Véase regla 20, Tít. 34, Part. 7ª ; y L. 5ª, Tít. 15, Part. 7ª.

---

[1] Hé aquí los rasgos característicos del mandato, que lo distinguen respectivamente de la locacion de servicios y de la comision. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 1873, y á Pont, n°s 823 á 830. El mandatario es la imágen del mandante.

Las palabras *como contrato* de nuestro artículo son tomadas de Freitas 2853°.

[2] Los padres, tutores, curadores y maridos pertenecen á la primera categoría (vé arts. 56 y 57) ; á la segunda el Ministerio Fiscal y el de Menores, y los curadores de bienes (art. 485, etc.) á la tercera.

[3] *En cuanto á sus efectos* : vé los artículos 1906 á 1987.

[4] *Que no supongan* (las disposiciones), dice el n° 4° de Freitas, y así debe entenderse.

[5] En cuanto lo permitan las disposiciones del Título especial (arts. 2290 á 2312).

7° A las representaciones por albaceas testamentarios ó dativos. *Freitas* 2854° *n*os 1° *á* 6°. [6]

1873. Art. 3°. — El mandato puede ser gratuito ú oneroso. Presúmese que es gratuito, cuando no se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribucion por su trabajo. Presúmese que es oneroso, cuando consista en atribuciones ó funciones conferidas por la ley al mandatario, y cuando consista en los trabajos propios de la profesion lucrativa del mandatario, ó de su modo de vivir. *Freitas* 2855° *y* 2856°. [Vé Cód. Francés 1986°]. [7]

1874. Art. 4°. — El poder que el mandato confiere está circunscrito á lo que el mandante podria hacer, si él tratara ú obrara personalmente. *Troplong, allí.* [8]

1875. Art. 5°. — El mandato puede ser espreso ó tácito. El espreso puede darse por instrumento público ó privado, *por cartas,* [9] y tambien verbalmente. *Goyena* 1603°. [Vé arts. 3332 y 1985]. [10]

1876. Art. 6°. — El mandato tácito resulta no solo de los hechos positivos del

Art. 3°. — Zachariæ, § 750 nota 7ª. — Aubry y Rau, § 410 notas 7ª y 8ª. — Pont, sobre los artículos 1984 y 1986. — En el derecho francés, dice Zachariæ, el mandato no es gratuito por su esencia, sinó solo por su naturaleza, y así una estipulacion de salario no altera su carácter. Parrafo citado, nota 8ª. — *El rasgo característico y distintivo del mandato, es la funcion representativa del mandatario* y nada mas. En nuestro derecho, el mandatario obliga al mandante respecto de terceros, sin obligarse él mismo, mientras que el Derecho Romano proclamaba un principio diametralmente opuesto. No se nos puede pues argüir con las Leyes Romanas. Las Leyes Españolas nada dicen á este respecto. Troplong trata estensamente la materia en el comentario al artículo 1986. [De Massé y Vergé, y de Pont, n° 825].

Art. 4°. — Troplong, n° 329.

Arts. 5° y 6°. — LL. 12 y 24, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 6ª, Tít. 35, Lib. 4°, Cód. Romano. — L. 1ª [léase 6ª, § 2°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. y L. 60, Tít. 17, Lib. 50, Dig. El artículo 1985 del Código Francés, seguido por los demás Códigos de Europa, solo dice, que la aceptacion del mandato puede ser tácita. El artículo 2°, Cap. 9°, Lib. 4° del Código de Baviera, dice : « Que el mandato puede ser dado y aceptado tácitamente. » [De Goyena, allí]. Sobre el mandato tácito hay en los comentadores del Código Francés diversas opiniones. Véase § 411 nota 1ª de Aubry y Rau. — Troplong, *Mandat,* desde el n° 114, sostiene con razones y ejemplos incontestables contra Toullier y Proudhon y otros autores, que puede haber

---

[6] Salvo lo dispuesto en el Título respectivo (art. 3846, etc.).

Los deudores y acreedores solidarios ó de una obligacion indivisible se consideran tambien mandatarios los unos de los otros (nota del Dr. Velez al art. 711, y vé los artículos 707, 708, 713, 714 y 686 á 688).

[7] El artículo 1629 trae una disposicion análoga. El mandato oneroso es perfectamente bilateral, como la locacion misma y semeja con esta en mas de un punto. Vé la nota 2 al artículo 1139. Zachariæ y Freitas ponen, por ejemplo á los abogados (vé nota 86), procuradores, corredores y agentes de cambio. Es entendido, que la convencion sobre remuneracion puede ser tácita : artículo 1146 inciso 2°, y argumento del 1875.

[8] En otros términos, las facultades del mandatario nunca pueden ser mas estensas que las del mandante.

[9] Estas palabras están puestas á mayor abundamiento, pues se sabe que las cartas son una especie de los instrumentos privados.

[10] El artículo 1185 n°s 7 y 10 constituye una notable restriccion del presente. Freitas contiene en sus artículos 2891, 2892 y 2902 á 2906 acertadísimas prescripciones sobre esta materia, que damos aquí por reproducidas.

mandante, sinó tambien de su inaccion ó silencio, [12] *ó* no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre. *Freitas* 2896° §§ 1° *y* 3°. [13]

1877. Art. 7°. — El mandato puede ser aceptado en cualquiera forma, espresa ó tácitamente. La aceptacion espresa resulta de los mismos actos y formas que el mandato espreso. *Freitas* 2898°.

1878. Art. 8°. — La aceptacion tácita resultará de cualquier hecho del mandatario en ejecucion del mandato, ó de su silencio mismo. *Freitas* 2899°. [Vé art. 1880].

1879. Art. 9°. — Entre presentes se presume aceptado el mandato, si el mandante entregó su poder al mandatario, y este lo recibió sin protesta alguna. *Freitas* 2900°.

1880. Art. 10. — Entre ausentes la aceptacion del mandato no resultará del silencio del mandatario, sinó en los casos siguientes:

1° Si el mandante remite su procuracion al mandatario, y este la recibe sin protesta alguna; *Ley* 13, *Tít.* 5°, *Part.* 3ª.

mandato tácito. — Zachariæ [léase Massé y Vergé], § 751 nota 2ª, trata largamente la materia, demostrando de una manera incontestable que el mandato puede ser tácito, es decir, que puede resultar por vía de induccion de la existencia de ciertos hechos ó de ciertas circunstancias.

Nosotros, consecuentes con los principios que hemos asentado en otros Títulos, que el consentimiento en los actos jurídicos puede resultar del silencio mismo [vé arts. 920 y 1147], y de la regla del Derecho Romano, *qui non prohibet pro se intervenire, mandare videtur*, L. 60 [arriba citada], Dig. *De regulis juris*, no trepidamos en establecer el mandato tácito.

En cuanto al mandato verbal, su prueba no puede ser recibida, sinó conforme á lo dispuesto respecto á las pruebas *de las obligaciones*. Pero la *observacion* [léase *observancia*] de las reglas exigidas para la prueba *de las obligaciones*, no es de rigor sinó respecto á las partes contratantes. [11] Los terceros pueden siempre probar por testigos el mandato, porque siendo un negocio entre otros, les es casi imposible procurarse una prueba escrita. — Véase Zachariæ, § 251 [léase 751] nota 4ª, y Troplong, n° 145. [De Massé y Vergé, allí].

Art. 8°. — Cód. Francés, art. 1985, y sobre él Troplong. — Pont, *Mandat*, n° 869.

---

[11] Vé la nota 109 al artículo 1194 y el 1667 con su nota 27. Aubry y Rau, § 411 nota 3, 4ª edicion, sostienen la tésis contraria, citando varios fallos. Los jueces deben ser, pues, muy circunspectos en la admision y apreciacion de las pruebas de testigos, presunciones y confesion estrajudicial que los terceros ofrezcan para probar la existencia del mandato, especialmente en negocios de importancia, y cuando esos terceros han podido y debido exigir al mandatario un documento ú otra justificacion formal del mandato: vé artículo 1940.

En la nota se dice *prueba de las obligaciones*, en vez de *prueba de los contratos* (arts. 1192 á 1194).

[12] Vé los artículos 920 y 1147 al fin.

[13] La disposicion del artículo 1937 es muy semejante á la del presente.

En el artículo 2290, siguiéndose indiscretamente á Aubry y Zachariæ, se comprende en la gestion de negocios el mandato tácito de nuestro artículo, error en que no incurren el Dr. Velez en la nota al artículo 727 y Freitas.

Al comentar el citado artículo 2290, en la nota 6, presentamos la manera de conciliarlo con el presente. De ello y del artículo de Freitas aparece que la conjuncion *ó* en la frase *ó no impidiendo*, está de mas.

2° Si el mandante le confirió por cartas un mandato relativo á negocios que por su oficio, profesion ó modo de vivir acostumbraba recibir y no dió respuesta á las cartas. *Freitas* 2901°; *Pont, allí.* [Vé art. 1919].

1881. Art. 11. — El mandato es general ó especial. El general comprende todos los negocios del mandante, y el especial ó uno ó ciertos negocios determinados. *Goyena* 1604; *Cód. Francés* 1987°.

1882. Art. 12. — El mandato concebido en términos generales, no comprende mas que los *actos de administracion,* [14] aunque el mandante declare que no se reserva ningun poder, [15] y que el mandatario pueda hacer todo la que juzgare conveniente, ó aunque el mandato contenga la cláusula de *general y libre administracion. Cód. Francés* 1988° *inc.* 1°, *y Freitas* 2879° § 1°, *y* 2881° *inc.* 1°.

1883. Art. 13. — Son necesarios *poderes* especiales : — [16]

1° Para hacer pagos que no sean los ordinarios de la administracion ; [17]

Art. 10. — Pothier, *Mandat,* n° 32. — Duranton, Tom. 18, n° 221. — Troplong, n° 148 [á 152]. — Pont, *Mandat,* n° 870.

Art. 11. — Comprendiendo la dificultad de una definicion recta y precisa del mandato general, y del mandato especial, damos la del Código Francés, art. 1987, sostenida por muchos escritores y combatida por otros. Y en efecto, si el mandato general es el que se da para todos los negocios del mandante, será preciso concluir que la reserva de uno ó algunos negocios basta para hacerlo especial. — Troplong, queriendo precisar los términos de la definicion del Código Francés enseña que la procuracion es general aunque encierre al mandatario en una determinada funcion, con tal que en ella le deje el poder de hacer todos los negocios previstos ó imprevistos. De aquí concluye que hay dos especies de procuraciones generales : la una comprendiendo todos los negocios del mandante, y la otra comprendiendo un cierto género de negocios [vé art. 1810 n° 5°]; y dos especies tambien de procuraciones especiales : la una para negocios ciertos hasta conducirlos á su fin, y la otra para un determinado acto aislado de un determinado negocio, n°s 274 y 275. [De Pont, n° 894].

Pero, en fin, el artículo no dispone, es meramente doctrinal, y los artículos siguientes de este Título salvan las dificultades prácticas que podrian ocurrir. [De Pont, n° 895].

Art. 12. — Cód. Francés, art. 1988. — Holandés, art. 1833. — L. 63, Tít. 3°, Lib. 3°, Dig. — L. 16, Tít. 13, Lib. 2°, Cód. Romano. [Cita poco oportuna]. — Aubry y Rau, § 412. — Pont, n°s 896 y siguientes. La L. 19, Tít. 5°, Part. 3ª, parece que da la facultad de enajenar y transigir al mandatario sobre las cosas del mandante, cuando el mandato lleva la cláusula de libre y general administracion. [De Goyena 1605°]. Pont, en el n° 910, designa los objetos que comprende el mandato concebido en términos generales.

---

[14] Las palabras *administracion* y *libre administracion* no tienen un sentido único y preciso y deben tomarse *secundum subjectam materiam:* vé los artículos 411, 3330, 3335 inciso 1°, y 3431. *Actos de administracion,* se llaman los que no son de enajenacion (arts. 1303, 2672 y 3390).

Actos de administracion, significa aquí lo que en el artículo 1696 *negocios ordinarios,* es decir, aquellos actos para los cuales la ley no exige poderes especiales (art. 1883). Vé nota al artículo 1883 n° 8°.

[15] Vé nuestras notas 18 y 25 á los artículos 1883 n°s 2° y 8°.

[16] A pesar de la prescripcion general del artículo 1875, en estos casos el *poder* debe ser dado por escrito y aun por escritura ó instrumento público, como se vé por varios números del presente artículo, lo exige la importancia misma de esos actos, y lo disponen los números 7 y 10 del artículo 1185. Compara con el artículo 3332.

[17] Vé á Troplong, n° 297. Nuestro número se entiende sin perjuicio, por supuesto, de los artículos 727 á 729.

2° Para hacer novaciones que estingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato; [Vé arts. 806 y 1890]. [18]

3° Para transigir, [19] comprometer en árbitros, prorogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, [20] ó á prescripciones adquiridas ; [21] *Troplong, n°* 295. [Vé á Pont, n° 916]. [22]

4° Para cualquier renuncia gratuita, [23] ó remision, ó quita de deudas, á no ser en caso de falencia del deudor ; [Vé art. 1890].

5° Para contraer matrimonio á nombre del mandante ;

6° Para el reconocimiento de hijos naturales ; [23]

---

[18] Esto es aplicable al representante del deudor, del mismo modo que al representante del acreedor, salvo que pague ó tome la obligacion sobre sí (arts. 727 á 729 y 815).

Lo dicho es estensivo á la *dacion en pago*, que envuelve novacion : artículos 782 y 1890. Si el acto fué indispensable, podrá sostenerse por la *versio in rem*, ó como una gestion de negocios, ó por aplicacion del artículo 1908.

De nuestro número se colige necesariamente *á contrario sensu*, que para novar las obligaciones creadas con posterioridad al mandato, el mandatario no necesita facultad especial, y parece que entónces podrá tambien dar en pago. Si al hacerlo abusa, obra con culpa : artículo 1909 y su argumento.

[19] De la combinacion de este número con el artículo anterior (1882) aparece que el artículo 839 inciso 2° se desvia sin razon de la buena doctrina.

[20] Todo esto es de puro procedimiento, materia que no corresponde al Código Civil, como lo reconoce implícitamente el artículo 1872 n° 6, dando preferencia á las leyes adjetivas, que son de legislacion privativa de las Provincias.

Además, ¿qué ventaja hay, tratándose de jueces de una misma nacion ó de una misma provincia especialmente, en exigir poder especial para prorogar jurisdiccion ? Hacer menos espeditiva la justicia y crear una nueva causal de nulidad del procedimiento.

Por último, puede decirse que el compromiso, la prorogacion de jurisdiccion y la renuncia del derecho de apelar, están comprendidas en la facultad de transigir. Vé nuestra nota 21 y el artículo 1884.

[21] Las prescripciones aun no cumplidas no son renunciables ni por el propio dueño ó poderdante : artículo 3967.

La renuncia, gratuita ú onerosa, á una prescripcion ya adquirida, puede decirse comprendida en los números 7 y 15 de este artículo, y habria estado allí mas oportunamente colocada : vé artículo 3950 y nota.

[22] Adviértase que Troplong dice que el mandatario no puede renunciar *á la apelacion*, y que renunciar á la apelacion ya interpuesta de un fallo conocido, puede á veces ser una medida muy conveniente, por la evidente justicia de la sentencia ; lo que es muy distinto y mucho ménos grave que renunciar de antemano al derecho de apelar de un fallo á dictarse.

Puede tambien el apoderado deferir el juramento, pero solo como un medio supletorio, en defecto de todos los demás medios de prueba. Pothier, n° 156; Troplong, n° 294.

[23] La renuncia onerosa se resuelve en transaccion, cayendo así bajo el mandato del número 3° anterior, y en permuta ó venta : artículos 870 y 872.

[23] Lo mismo será para el desconocimiento de la legitimidad de los hijos, ejercicio de los derechos de las potestades paterna y marital, y en general, para cualquiera de los actos concernientes á las relaciones de familia, de que se ocupa el Libro 1°, á que Maynz llama *derechos personales* por escelencia (nota del Dr. Velez al art. 1417 y nuestra nota 20, allí). Así lo establece Freitas 2881° n° 5° sábiamente, y de sus referencias son tomados este

7° Para cualquier contrato que tenga por objeto trasferir ó adquirir el dominio de bienes raices, por título oneroso ó gratuito ; [24]

8° Para hacer donaciones, que no sean gratificaciones de pequeñas sumas, á los empleados ó personas del servicio de la administracion ; *Freitas y Troplong*, *n°* 296. [Vé art. 1809 n° 6°]. [25]

9° Para prestar dinero, ó tomar prestado, á no ser que la administracion consista en dar y tomar dinero á intereses, ó que los empréstitos sean una consecuencia de la administracion, ó que sea enteramente necesario tomar dinero para conservar las cosas que se administran ; *Freitas y Pont*, *n°* 925. [26]

10° Para dar en arrendamiento por mas de seis años inmuebles que estén á su cargo ; [Vé arts. 1513, 443 n° 11, y 1279 inc. 1°].

11° Para constituir al mandante en depositario, á no ser que el mandato consista en recibir depósitos ó consignaciones ; ó que el depósito sea una consecuencia de la administracion ;

12° Para constituir al mandante en la obligacion de prestar cualquier servicio, como locador ó gratuitamente ; [Art. 2264].

13° Para formar sociedad ;

14° Para constituir al mandante en fiador ; [Art. 2013 n° 5°].

15° Para constituir ó ceder derechos reales sobre inmuebles ; [27]

16° Para aceptar herencias ; [Vé arts. 3332 y 1810 n° 5°].

17° Para reconocer ó confesar obligaciones anteriores al mandato. *Freitas* 2881° *n°s* 1° *á* 17, *salvo n°* 12. [Vé art. 718 y nota al 3864].

1884. Art. 14. — El poder especial para transar, no comprende el poder para comprometer en árbitros. *Cód. Francés, allí.*

1885. Art. 15. — El poder especial para vender, no comprende el poder para hipotecar, ni recibir el precio de la venta, cuando se hubiere dado plazo para el pago ; ni el poder para hipotecar, el poder de vender. *Troplong n°s* 322 *y* 323, *y Freitas* 2931° § 1°. [28]

Art. 13. — Troplong, *Mandat*, desde el n° 279 hasta el 298, trata de los diez y siete números de este artículo, y allí se indican los autores y Leyes Romanas en que se fundan las prohibiciones espuestas ; y los Códigos citados en el artículo anterior. En cuanto al n° 5°, decretal de Bonifacio VIII, Cap. último de *Procurat. in Sexto*. [Vé Cód. Francés 1988° inc. 2° ; Goyena 1605°].

Art. 14. — Cód. Francés, art. 1989 [inc. 2°]. — Troplong, n° 321. [Vé á Pont, n° 955].

Art. 15. — Troplong, n°s 22 [léase 322] y 23. — « Toullier, Tom. 7°, n° 23. »

---

n° 6° y el anterior. Esas facultades son personalísimas (art. 498), no cesibles (art. 1447), ni renunciables (arts. 19 y 873), y requieren por lo mismo una autorizacion espresa y especial para su ejercicio por un mandatario.

[24] El número 15 debió formar un todo con el presente.

[25] El artículo 450 n° 5° trae una prescripcion mas general y previsora ; y el 1799 no condice con el anterior 1882.

[26] Este número viene á precisar y limitar la doctrina de la nota 47 al artículo 1696. Compáralo con el artículo 1886.

[27] Nota del Dr. Velez al artículo 2981, y vé la nota 24 *supra*.

[28] El artículo 2142 chileno establece que el poder especial para vender, comprende la

1886. Art. 16. El mandato especial para ciertos actos de una naturaleza determinada, debe limitarse á los actos para los cuales ha sido dado, y no puede estenderse á otros actos análogos, aunque estos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer. *De Aubry, allí.* [29]

1887. Art. 17. — El poder especial para hipotecar bienes inmuebles del mandante, no comprende la facultad de hipotecarlos por deudas anteriores al mandato. *Troplong, allí; Freitas* 2931° § 3°.

1888. Art. 18. — El poder para contraer una obligacion, comprende el de cumplirla, siempre que el mandante hubiere entregado al mandatario el dinero ó la cosa que se debe dar en pago. *Freitas* 2930° § 2°. [30]

1889. Art. 19. — El poder de vender bienes de una herencia, no comprende el poder para cederla, antes de haberla recibido. *Freitas* 2931°, § 2°.

1890. Art. 20. — El poder para cobrar deudas, no comprende el de demandar á los deudores, ni recibir una cosa por otra, ni hacer novaciones, remisiones ó quitas. *Freitas, allí,* § 4°. [Vé arts. 782, 806, 1883 n°s 2° y 4°].

CAPÍTULO PRIMERO

DEL OBJETO DEL MANDATO

1891. Art. 21. — Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos, suscep-

Art. 16. — Aubry y Rau, § 412 [al fin. Vé á Pont, n° 949].

Art. 17. — Troplong, n° 324, y véase Pont, *Mandat,* n° 949.

Art. 18. — Pont, *Mandat,* n° 941.

Art. 20. — Pont, *Mandat,* n° 941.

---

facultad de recibir el precio. En general, el poder de vender, dicen Massé y Vergé al final de la nota 1ª § 559 de Zachariæ, importa el de recibir el precio, especialmente cuando el que vende es encargado de entregar la cosa vendida.

Demolombe (XXVII, 150) sostiene la facultad, cuando se trata de ventas de bienes muebles al contado y aun cuando *puede ser hecha* á plazos, y la niega siempre en la venta de inmuebles (n° 151), ó en la de muebles que *tenga de hacerse* á plazo (n° 149).

La solucion de nuestro artículo, que solo niega la facultad de recibir el precio de la venta hecha á plazo, es mas sencilla y razonable; y como garantía de la validez del acto en favor de los terceros contratantes que hicieron el pago, se halla concebida en el mismo espíritu de prevision y de justicia del artículo 1936, y se acuerda con el principio (vé la nota siguiente) de que el poder para realizar un negocio determinado, autoriza al mandatario á ejercer todos los actos necesarios para consumarle y los demas que sean su consecuencia necesaria.

[29] Sin embargo, el poder para realizar un negocio determinado, autoriza al mandatario á hacer todos los actos jurídicos, que segun la naturaleza de ese negocio, se encuentren virtualmente comprendidos en él, como medios de ejecucion ó como consecuencias necesarias del mandato: artículo 1883 n° 9° y su argumento. Código de Comercio 309° § 1° y 314°.

Los artículos 1881, 1885 y 1887 á 1890 son aplicaciones del presente, que debió así preceder al 1884 citado.

[30] Hay en esto mas bien un mandato tácito: artículos 1875 y 1876.

tibles de producir alguna adquisicion, modificacion ó estincion de derechos. *Freitas* 2870°. [Vé arts. 1871 y 945]. [31]

1892. Art. 22. — El mandato no da representacion, ni se estiende á las disposiciones de última voluntad, ni á los actos entre vivos, cuyo ejercicio por mandatarios se prohibe en este Código, [32] ó en otras leyes. *Freitas* 2871° *n*os 1° *y* 2°. [Vé art. 3621].

1893. Art. 23. — El mandato de acto ilícito, imposible ó inmoral, no da accion alguna al mandante contra el mandatario, ni á este contra el mandante, salvo si el mandatario no supiere, ó no tuviere razon de saber que el mandato era ilícito. *Freitas* 2872° *y* 2873°. [Vé art. 1914].

1894. Art. 24. — El mandato puede tener por objeto uno ó mas negocios de interés esclusivo del mandante, ó del interés comun del mandante y mandatario, ó del interés comun del mandante y de terceros, ó del interés esclusivo de un tercero; [33] pero no en el interés esclusivo del mandatario. *Freitas* 2874° *y* 2875° *n*° 2°; *Chile* 2120°.

1895. Art. 25. — La incitacion ó el consejo, en el interés esclusivo de aquel á quien se da, no produce obligacion alguna, sinó cuando se ha hecho de mala fé, y en este caso el que ha incitado ó dado el consejo debe satisfacer los daños y perjuicios que causare. [Vé arts. 1067 á 1070, 2010 y 2011].

CAPÍTULO II

DE LA CAPACIDAD PARA SER MANDANTE Ó MANDATARIO

1896. Art. 26. — El mandato para actos de administracion debe ser conferido por toda persona que tenga la administracion de su fortuna. *Aubry, allí.* [34]

1897. Art. 27. — Si el mandato es para actos de disposicion de sus bienes, no puede ser dado, sinó por la persona capaz de disponer de ellos. *Aubry, allí.* [34]

Art. 23. — L. 25, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 6ª, § 3°, y LL. 22 y 26 [léase 12, § 11, y 22, § 6°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [De Goyena 1602°]. — Pothier, n° 7°. — [Citado por] Troplong, n°s 30 y siguientes.

Art. 24. — [Pothier, n°s 16 y 17]. — LL. 20 y siguientes, Tít. 12, Part. 5ª. [De Acevedo 2054°]. — Instit., *De Mandat* [Lib. 3°, Tít. 27], §§ 1° al 5°.— Troplong. n°s 31 y siguientes. — Pont, *Mandat*, n° 820.

Art. 25. — L. 23, Tít. 12, Part. 5ª, y regla 6ª, Tít. 34, Part. 7ª. [Acevedo 2284²].

Arts. 26 y 27. — Aubry y Rau, § 411.

---

[31] O en otros términos: todo acto jurídico es susceptible de formar el objeto de un mandato.

[32] No recordamos que este Código presente algun caso de semejante prohibicion.

[33] Si el mandante no tiene algun interés, directo ó indirecto, no habria mandato (vé art. 1871), ni accion para el mandante, porque *sin interés no hay accion*: las notas al artículo 1170.

[34] Tiene capacidad para ser mandante quien la tuviere para celebrar el acto ó actos que encargare al mandatario. Los actos jurídicos que uno puede realizar por sí mismo, puede

1898. Art. 28. — Pueden ser mandatarios todas las personas capaces de contratar, escepto para aquellos actos para los cuales la ley ha conferido atribuciones especiales á determinadas clases de personas. *De Freitas* 2867° *y* 2856° *n°* 2°. [35]

1899. Art. 29. — El mandato puede ser válidamente conferido á una persona incapaz de obligarse, [36] y el mandante [37] está obligado por la ejecucion del mandato, tanto respecto al mandatario, como respecto á terceros con los cuales este hubiese contratado. *Aubry, allí, nota* 7ª. [38]

1900. Art. 30. — El incapaz que ha aceptado un mandato, [39] puede oponer la nulidad del mandato cuando fuese demandado por el mandante por inejecucion de las obligaciones del contrato, ó por rendicion de cuentas, salvo la accion del mandante por lo que el mandatario hubiese convertido en su provecho. *Aubry, allí.* [40]

1901. Art. 31. — Cuando en el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos

Arts. 29 y 30. — Aubry y Rau, § 411 y nota 8ª. — Troplong, desde el número 329, trata la materia de estos dos artículos. Igualmente Pont, desde el número 963.

---

ejecutarlos por ministerio de otro, no habiendo ley que espresamente lo prohiba (arts. 1891 y 1892).

Y recíprocamente, quien no tuviere capacidad para celebrar un acto, ó autorizacion para realizarlo en nombre de tercero, como representante voluntario ó necesario suyo, tampoco puede ejecutarlo por el ministerio de otro.

Esto es mas claro y completo que nuestros artículos.

[35] Se enumera entre estas á los corredores, agentes de cambio, abogados (vé nota 79) y procuradores de número, salvo lo dispuesto sobre libre defensa y libre representacion, en esta y otras Provincias.

[36] Tales son los enumerados en los artículos 54 y 55 y nuestra nota (°).

[37] Suponiendo que sea capaz; sinó podrá oponer la nulidad del mandato: vé el artículo 1900.

[38] Vé el artículo 3818 y su nota.

[39] Si el mandante y el mandatario son incapaces, cualquiera de ellos ó ambos pueden oponer la nulidad: nuestra nota 37, artículos 1165 y 2197. Vé el artículo 2198.

[40] Los artículos 1166 y 1167 son el natural complemento de este, y el 1047 constituye una escepcion suya. Vé el artículo 2197.

Hay aquí una aplicacion de la *versio in rem:* vé el artículo 2308 y notas.

Si la cosa del mandante existente en virtud del mandato en poder del mandatario, la del comodante ó depositante en poder del comodatario ó depositario incapaz, se perdiese por culpa de este, cuando ya dejó de ser incapaz, estará obligado á indemnizarla, en los diferentes casos que pueden presentarse: 1° Si el acto no es nulo, sinó simplemente *anulable*, y la cosa perece por culpa, antes de juzgarse su nulidad (vé art. 1047), el dueño debe ser indemnizado; 2° Si el acto afectado de nulidad *relativa*, ha sido confirmado espresa ó tácitamente, el dueño debe ser tambien indemnizado. Se sabe que el género nunca perece (arts. 604, 895 y 3782), y así el caso no podria presentarse respecto á las obligaciones de esa especie; 3° En los demas casos, cuando hay nulidad *absoluta*, ó relativa no confirmada, el dueño debe ser igualmente indemnizado. Es verdad, que la cosa perece para su dueño y el incapaz cumple con devolver lo que existe (art. 1166 y su arg.); pero se destruyó por culpa del nuevo tenedor, siendo ya este capaz, y así deberá daños y perjuicios (arts. 1057, 1110 y 2465).

ó mas mandatarios, entiéndese que el nombramiento fué hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados, con las escepciones siguientes: —

1ª Cuando hubieren sido nombrados para que funcionen todos ó algunos de ellos conjuntamente;

2ª Cuando hubieren sido nombrados para funcionar todos ó algunos de ellos separadamente, ó cuando el mandante hubiere dividido la gestion entre ellos, ó los hubiese facultado para dividirla entre si;

3ª Cuando han sido nombrados para funcionar, uno de ellos, en falta del otro ú otros. *Freitas* 2859°. [Vé art. 3872].

1902. Art. 32. — Cuando han sido nombrados para funcionar todos, ó algunos de ellos conjuntamente, no podrá el mandato ser aceptado separadamente. *Freitas* 2860°.

1903. Art. 33. — Cuando han sido nombrados para funcionar uno en falta de otro ó de otros, el nombrado en segundo lugar no podrá aceptar el mandato, sinó en falta del nombrado en primer lugar, y así en adelante. La falta tendrá lugar cuando cualquiera de los nombrados no pudiese, ó no quisiese aceptar el mandato, ó aceptado no pudiese servirlo por cualquier motivo. *Freitas* 2861°.

1904. Art. 34. — Entiéndese que fueron nombrados para funcionar *como* [41] en falta de otro, cuando el mandante hubiere hecho el nombramiento en órden numérico, ó llamado primero al uno y en segundo lugar al otro. *Freitas* 2862°

1905. Art. 35. — Aceptado el mandato por uno de los nombrados, su renuncia, fallecimiento ó incapacidad sobreviniente, dará derecho á cada uno de los otros nombrados para aceptarlo segun el órden de su nombramiento. *Freitas* 2863°.

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

1906. Art. 36. — El mandatario queda obligado por la aceptacion á cumplir el mandato, y responder de los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante de la inejecucion total ó parcial del mandato. *Goyena* 1609°, § 1°. [Vé art. 3871]. [42]

Art. 36. — LL. 20 y 21, Tít. 12, Part. 5ª. — Instit., § 11, Tít. 27, Lib. 3°. — L. 5ª, Tít. 1°. Lib. 17, Dig. — Cód. Francés, art. 1991. — Holandés, art. 1837. [De Goyena, allí].

---

[41] Léase *uno* (art. 1901, 3ª): *como* es error tipográfico.

[42] Es una aplicacion del artículo 511. En la ejecucion del mandato el mandatario debe conducirse con exactitud, diligencia y fidelidad. *Débese trabajar de cumplirlo cuanto pudiere bien é lealmente*, dice la Ley 21, Tít. 12, Part. 3°. Vé los artículos 303 y 318 del Código de Comercio.

La *exactitud*, consiste en no ejecutar lo contrario, ó mas ó ménos de lo encargado. Por ámplias ó equívocas que sean sus facultades ó imprevisto el caso, debe conformarse al uso (vé nota 119 al art. 1199), y se escederá de ellas siempre que, ó no tenga en vista el interés del mandante, ó perjudique á este. Vé los artículos 1907 á 1909. La ejecucion *inexacta* hace responsable al mandatario como la inejecucion absoluta; y debe indemnizar el perjuicio que por ella se ocasione al mandante, como se dispone en el presente artículo, á ménos que pruebe que no hubo culpa por su parte ó que ella no le es imputable.

La *diligencia*, consiste en la que el mandatario suele emplear en sus propios negocios

1907. Art. 37. — Debe circunscribirse en los límites de su poder, no haciendo ménos de lo que se le ha encargado. La naturaleza del negocio determina la estension de los poderes para conseguir el objeto del mandato. *Aubry,* § 413 *n°* 2; *Freitas* 2921° *n°* 1°, *y Austria* 1029°. [43]

1908. Art. 38. — No se consideran traspasados los límites del mandato, cuando ha sido cumplido de una manera mas ventajosa que la señalada por este. *Goyena* 1607°. [Vé á Chile 2147°].

1909. Art. 39. — El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecucion fuera manifiestamente dañosa al mandante. *Chile, allí.* [Vé art. 1959 n° 3°].

1910. Art. 40. — El mandatario no ejecutará fielmente el mandato, si hubiese oposicion entre sus intereses y los del mandante, y diese preferencia á los suyos. *Freitas* 2939°, *n°* 2°. [Vé art. 2271 inc. 3° y 4°].

1911. Art. 41. — El mandatario está obligado á dar cuenta de sus operaciones, [44] y á entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun-

Art. 37. — Cód. Francés, art. 1989. — Holandés, art. 1834. — Instit. § 8°, Tít. 27, Lib. 3°, — LL. 5ª y 22, §§ 11 y 41, Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [De Goyena, 1606°]. — Pont, *Mandat,* n° 980 y siguientes. [L. 11, Tít. 10, Lib. 1°, F. R.].

Art. 38. — Instit., § 8°, Tít. 27, Lib. 3°. — L. 5ª, § 5°, Tít. 1°, Lib. 17, Dig. — Código de Luisiana, art. 2980. — Bávaro, art. 9°, Cap. 9°, Lib. 4°. [De Goyena, allí].

Art. 39. — Cód. de Chile, art. 2149. — Troplong, *Mandat,* n° 397.

Art. 40. — Troplong, n° 408. — « Delamarre y Lepoitevin, Tom. 2°, páginas 183 y 219. » [Vé á Pont, n° 998].

(arg. arts. 1726 y 2204) del mismo género; y si fuere retribuido, debe emplear mayor diligencia (art. 910 inc. 2° y arg. del 2293 inc. 2°). Compara con el artículo 1992 francés. Para la estimacion de la culpa, se toman en cuenta las circunstancias de cada caso: artículo 512.

Así, faltará el mandatario á la diligencia, si anticipa ó demora la ejecucion del mandato, ó deja de hacer en oportunidad lo que era necesario ó de clara conveniencia, ó dejando de dar aviso oportuno al mandante del estado, incidentes y conclusion del negocio.

La *fidelidad,* consiste en proceder con buena fé en ejecucion del mandato, guardar el secreto necesario, no cumplir el encargo, cuya ejecucion fuese de un mal éxito seguro ó manifiestamente dañosa al mandante (art. 1909), y no dar preferencia á sus propios intereses cuando se hallen en conflicto con los de aquel (art. 1910). Compara con Freitas, artículos 2914, 2921, 2925, 2932 y 2935 á 2939; Troplong, n°s 395, 396 y 399 á 404; Pont, n°s 990 y 991, y Goyena 1610°.

El mandatario no responde sinó del perjuicio proveniente de culpa que le sea imputable.

[43] Que es co-estensiva con la de sus deberes.

[44] Es obligacion comun á todo administrador de bienes ajenos; como son el tutor (art. 460), el curador (art. 475 inc. 2°), el enviado en posesion provisoria de los bienes del presunto fallecido (art. 119), el administrador de una sociedad (art. 1702), el gestor de negocios (art. 2290 al fin), el heredero beneficiario (art. 3384), el albacea (art. 3870), etc.

que lo recibido no se debiese al mandante. *Cód. Francés, allí; Goyena* 1611°. [Vé art. 1913]. [45]

1912. Art. 42. — La relevacion de rendir cuentas, no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante. *Chile* 2155° § 3°.

1913. Art. 43. — La obligacion que tiene el mandatario de entregar lo recibido en virtud del mandato, comprende todo lo que el mandante le confió y de que no dispuso por su órden; [45] todo lo que recibió de tercero, aunque lo recibiese sin derecho; [46] todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiese confiado, [47] con escepcion de las cartas é instrucciones que el mandante le hubiese remitido ó dado. *Freitas* 2945° *y* 2946°.

1914. Art. 44. — Si por ser ilícito el mandato, resultaren ganancias ilícitas, no podrá el mandante exigir que el mandatario se las entregue; [48] pero si, siendo lícito el mandato, resultasen ganancias ilícitas por abuso del mandatario, podrá el mandante exigir que se las entregue. *Freitas* 2948°; *Pont, n°s* 469 y 1008. [49]

1915. Art. 45. — El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó á uso propio, desde el dia en que lo hizo, [50] y de las que reste á deber desde que se

Art. 41. — Cód. Francés, art. 1993. — Holandés, art. 1839. — De Luisiana, arts. 2973 y 2974. — L. 20, Tit. 1°, Lib. 17, Dig. [De Goyena, allí]. — Troplong, n° 425.

Art. 43. — Troplong, *Mandat, desde* [léase *en*] el n° 428.

Art. 44. — Troplong, n° 422. — Pont, *Mandat,* n° 1008.

---

[45] Agrega los artículos 2167 y 2469.

[46] Su obligacion es *de dar*, y debe llenarla entregando las cosas con sus frutos y accesiones (arts. 575 y 2467). Entre tanto, responde de la conservacion de las cosas, que quedan en su poder como á título de depósito. Compara con la nota del Dr. Velez al artículo 2184, y vé el 2465.

Se sabe que el mandato tiene una gran analogía con el depósito, que es el mandato especial para la custodia ó guarda de una cosa.

[47] Este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de retencion que los artículos 1958 y 2468 le acuerdan.

[48] Porque un mandato semejante no da accion alguna (art. 1893).

[49] Siendo los socios mandatarios entre sí (art. 1702), no había razon alguna para que la justa solucion de nuestro artículo no se hubiese seguido igualmente entre socios: vé el artículo 1658. Troplong trata de esplicar tal diferencia, diciendo que *la ley hace bien en castigar* al mandatario obligándolo á la restitucion, pero no debe mezclarse en una particion de ganancias ilícitas. Famosa razon, segun la que *la ley hace bien en premiar* al socio, mandatario de sus co-asociados!

[50] Sin perjuicio de ser tambien condenado en las pérdidas é intereses, que de no haber sido destinadas á su objeto esas cantidades, se sigan al mandante (art. 1906 y arg. del 1724). Esta otra indemnizacion tiene su causa en la inejecucion del mandato, miéntras que los intereses que nuestro artículo hace correr contra el mandatario, son en pena de su infidelidad, y sin consideracion á que se haya ó no seguido perjuicio al mandante. Vé nuestra nota 52, y los artículos 323, 374 y 382 del Código de Comercio.

hubiese constituido en mora de entregarlas. *Cód. Francés* 1996°; *Goyena* 1615°. [Art. 622].

1916. Art. 46. — El mandatario puede, por un pacto especial, tomar sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro; constituyéndose desde entónces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y de fuerza mayor. *Chile, allí.* [51]

1917. Art. 47. — Los valores en dinero que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario, aunque sea por fuerza mayor ó caso fortuito, [52] salvo que estén contenidos en cajas ó sacos cerrados, sobre los cuales recaiga el accidente ó la fuerza. *Chile, allí.* [Vé art. 2191 n° 1°].

1918. Art. 48. — El mandatario que se halle en imposibilidad de obrar con arreglo á sus instrucciones, no está obligado á constituirse agente oficioso: le basta tomar las medidas conservatorias que las circunstancias exijan. *Chile* 2150° *inc.* 1°; *Troplong, n°* 365.

1919. Art. 49. — Si el negocio encargado al mandatario fuese de los que por su oficio ó su modo de vivir, acepta él regularmente, aun cuando se escuse del encargo, deberá tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda. *De Troplong, n°* 346; *Freitas* 2913°; *Chile* 2125°. [Vé Cód. Com. 339°].

1920. Art. 50. — No podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, [53] ni vender de lo suyo al mandante, lo que este le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobacion espresa. *Chile, allí.* [Art. 1363 n° 4°, y vé el 1515].

1921. Art. 51. — Si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente; pero facultado para *tomar* (*) dinero á interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobacion del mandante. *De Chile* 2145°.

1922. Art. 52. — Cuando un mandato ha sido dado á muchas personas con-

Art. 45. — L. 10 [§ 3°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig., y L. 31 [§ 3°], Tít. 5°, Lib. 3°, id. [De Goyena, allí].

Art. 46. — Cód. de Chile, art. 2152.

Art. 47. — Cód. de Chile, art. 2153.

Art. 50. — Cód. de Chile, art. 2144.

---

[51] Esto pasa frecuentemente con los martilleros ó rematadores, los que cobran una prima de comision y otra de *garantía*. Puede verse el artículo 360 § 1° del Código de Comercio.

[52] Lo mismo será, tratándose de cualquiera otra cosa fungible, porque *el género no perece* (arts. 604, 895, etc.); y así podrá usarla sin pagar intereses por ello (vé art. 1915), con tal de entregarlas ó restituirlas á tiempo: artículo 2222 y su argumento. Puede verse el artículo 375 del Código de Comercio.

[53] Tampoco constituirse *cesionario* (art. 1444) ó locatario de bienes del mandante (art. 1515 citado en el testo). Vé los artículos 106, 107, 114 y 367 del Código de Comercio.

(*) Léase *colocar*, como dice el Código chileno y exige el sentido mismo.

juntamente, no hay solidaridad entre ellas, á ménos de una convencion en contrario. *Aubry*, § 413 *n°* 3° *nota* 10; *Cód. Francés, allí.* [Art. 701]. [54]

1923. Art. 53. — Cuando la solidaridad ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios responde de todas las consecuencias de la inejecucion del mandato, y por *la consecuencia* de las faltas cometidas por sus comandatarios; [55] pero en este último caso el uno de los mandatarios no es responsable de lo que el otro hiciere, traspasando los límites del mandato. *Aubry, allí, nota* 12. [56]

1924. Art. 54. — Cuando la solidaridad no ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios responde solo de las faltas ó de los hechos personales. *Aubry, allí, nota* 13. [Vé art. 697]. [57]

1925. Art. 55. — Respecto á las pérdidas é intereses que se debiesen por la inejecucion del mandato, cada uno de los mandatarios no está obligado sinó por su porcion viril; [58] pero, si segun los términos del mandato conferido á muchas personas, el uno de los mandatarios no pudiese obrar sin el concurso de los otros, el que se hubiera negado á cooperar á la ejecucion del mandato, seria único responsable por la inejecucion del mandato, de todas las pérdidas é intereses. *Aubry, allí, nota* 14. [59]

1926. Art. 56. — El mandatario puede sustituir en otro la ejecucion del mandato; pero responde de la persona que ha sustituido, cuando no ha recibido el poder de hacerlo, ó cuando ha recibido este poder, sin designacion de la persona en quien podia sustituir, y hubiese elegido un individuo notoriamente incapaz ó insolvente. *Aubry, alli, n°* 4°; *Goyena* 1612°; *Chile* 2135°. [Vé arts. 1928, 1944 y 3857].

Art. 52. — Cód. Francés, art. 1995. — Holandés, art. 1841. — En contra: L. 60 [§ 2°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [Freitas, 2950°]. — Cód. de Prusia, art. 201, Tít. 13, Parte 1ª. [De Goyena, 1614°].

Art. 53. — Aubry y Rau, § 413. — « L. 60, § 2°, Dig., *De Mandat* [léase *mandati*. Es la misma cita del art. anterior].

Art. 54. — La cita anterior.

Art. 56. — Cód. Francés, art. 1941 [léase 1994]. — Holandés, art. 1840 [De Goyena, allí]. Duranton, Tom. 18, n° 25. — Véase Troplong, *Mandat*, desde el n° 446. — Pont, n° 1024 [léase 1016], y L. 27 [§ 2°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [Cita de Troplong].

---

[54] Vé el artículo 1947, así como el 313 § 2° del Código de Comercio.

El 3872 inciso 2° constituye una escepcion al presente.

[55] Esto vendría á condecir con el principio que el Dr. Velez creyó establecer en el artículo 711. En contra, Pont, n° 1038 § 1°.

[56] Si los mandatarios responden solidariamente de los daños y perjuicios y hasta de la destruccion de la cosa (vé arts. 710 y 711), cuando uno de los mandatarios ha estralimitado el mandato, ¿qué puede justificar esta diferencia? Tal inconsecuencia no se encuentra en Pont, n° 1038.

[57] Vé la nota siguiente.

[58] Si se ha de guardar lógica con el artículo precedente, este inciso debe limitarse al caso en que la inejecucion, total ó parcial, sea imputable á todos los mandatarios; y salvando, por supuesto, el caso del artículo 1082. Pero si la inejecucion no es imputable á todos, los únicos responsables serán los autores del perjuicio. Vé la nota siguiente.

[59] Esto guarda congruencia con el artículo 1924, y se esplica perfectamente por la doctrina vertida en nuestra nota anterior. *Nemo ex alterius facto prœrogarit debet.*

1927. Art. 57. — Aunque el mandatario haya sustituido sus poderes, puede revocar la sustitucion cuando lo juzgue conveniente. [60] Miéntras ella subsiste, es de su obligacion la vigilancia en el ejercicio de los poderes conferidos al sustituto. [61]

1928. Art. 58. — El *mandatario* en todos los casos tiene una accion *directa* contra el sustituido, pero solo en razon de las obligaciones que este hubiere contraido por la sustitucion; y recíprocamente el sustituido tiene accion contra *su* mandante por la ejecucion del mandato. *De Aubry, allí, nota* 16. [62]

1929. Art. 59. — El mandante tiene accion directa contra el sustituido, toda vez que por una culpa que este hubiere cometido, fuese responsable de los daños é intereses. *Troplong, nº* 487. [63]

1930. Art. 60. — Las relaciones entre el mandatario y el sustituido por él, son regidas por las mismas reglas que rigen las relaciones del mandante y mandatario. *Aubry, allí, nota* 17. [64]

1931. Art. 61. — El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar

Art. 58. — Aubry y Rau, § 413. — En contra: LL. 28, Dig., [Tít. 5º, Lib. 3º *de*] *Neg. gest.*, y 21, Tít. 1º, Lib. 17, Dig. — Véase L. 21, § 3º, Tít. 5º, Lib. 3º, Dig. [De Aubry, allí, y de Goyena, 1612º y 1613º].

Art. 59. — Troplong, nºs 481 [léase 486] y 487. — Pont, *Mandat*, nº 1021 [á 1026].

Art. 60. — Aubry y Rau, § 413. [Freitas 2920º, § 2º; Pont, nº 1028].

---

[60] Pero si hizo la sustitucion en la persona designada por el mandante, no tendrá ya la facultad de revocacion, ni el deber de vigilancia; puesto que en tal caso no responde de la gestion del sustituto (arg. del art. 1926), á ménos que al tiempo de la sustitucion sobreviniese la incapacidad ó insolvencia del sustituido (art. 1909 y su arg. y arg. del 816); y la personalidad del mandatario desaparece al ser reemplazada por la de sub-mandatario. Pueden verse los artículos 320 y 356 del Código de Comercio.

[61] Puede compararse con Troplong, números 462 á 464 y 484, Pont, número 1020, y Freitas 2920º § 1º. Nuestro Código nos parece lógico, pues si el sustituyente debe responder de la gestion del sustituto (art. 1926), es justo que se le concedan los derechos de vigilar su conducta y de revocarle los poderes, cuando lo juzgue conveniente. Vé el artículo 3857.

[62] Lo que dicen Aubry y Rau y demás escritores franceses, de conformidad al artículo 1994 § 2º del Código Napoleon, así como Goyena 1613º, es que: « El *mandante* (no el *mandatario*, cuyas relaciones con el sustituto son regidas por el art. 1930) tiene en todos los casos una accion *directa* contra el sustituto... y recíprocamente, este la tiene contra el mandante. » Vé el artículo 320 § 4º del Código de Comercio.

Las fuentes de nuestro artículo parecen, pues, demostrar que no son otros su sentido y redaccion genuinos, y que están tergiversados por error de copia ó tipografía. Ademas los artículos 1591, 1593 y 1594, legislando situaciones muy semejantes, contienen disposiciones análogas. Vé, sin embargo, el artículo 1603 número 1º inciso 2º.

Resulta de lo dicho, que el sustituto no puede compensar las sumas de que debe cuenta al mandante originario con sus créditos contra el sustituyente, á ménos que hubiese obrado en la ignorancia del mandato originario (arts. 1196 al fin, 1200 y 930).

[63] Este artículo viene á precisar el alcance del anterior, y segun lo dicho en la nota precedente uno y otro debieron fundirse en una sola disposicion.

[64] Esta disposicion análoga á la del artículo 1587, relativa al subarriendo, esplica el paralelismo de prescripciones que en la nota 62 hemos hecho observar.

en su propio nombre ó en el del mandante. Si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros. Este, sin embargo, puede exigir una subrogacion judicial en los derechos y acciones que nazcan de los actos, y puede ser obligado por los terceros acreedores *á ejercer* los derechos del mandatario *para* llenar las obligaciones que de ellos resultan. *Chile* 2151°, *y Aubry* § 415 *n°* 3°. [65]

1932. Art. 62. — Contratando en nombre del mandante, no queda personalmente obligado para con los terceros con quienes contrató, ni contra ellos adquiere derecho alguno personal, siempre que haya contratado en conformidad al mandato, [66] ó que el mandante en caso contrario hubiese ratificado [67] el contrato. *Freitas* 2955°; *Cód. Francés* 1997° *y* 1998°; *Goyena* 1616° *y* 1617°. [Vé arts. 1948 y 1938].

1933. Art. 63. — Cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será este nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante. *Freitas* 2953°. [68]

1934. Art. 64. — En el caso del artículo anterior, solo quedará obligado para con la parte con quien contrató, si por escrito se obligó por sí mismo, ó se obligó á presentar la ratificacion del mandante. *Freitas* 2954° § 1°; *Cód. Francés* 1997°; *Pont, n°* 1058. [69]

1935. Art. 65. — Quedará sin embargo personalmente obligado, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato ó por indemnizacion de pérdidas é

Art. 62. — Cód. Francés, art. 1997. — Troplong, n°s 519 y 522. [Vé Cód. Com., 308° § 2°].

Art. 63. — Troplong, n°s 323, 589 y siguientes [léase n°s 591 y 776].

---

[65] Aubry y Rau dicen, no que el mandante pueda ser obligado por los terceros acreedores á ejercer los derechos del mandatario, para llenar las obligaciones que de esos derechos resulten, sinó que: El mandante (subrogado en los derechos del mandatario respecto á esos actos) puede ser obligado por los acreedores, que á su vez ejerzan los derechos del mandatario (art. 1197), á llenar las obligaciones que este último contrajo. Esta es la única redaccion aceptable.

La subrogacion tiene lugar por aplicacion de dicho artículo 1197 inciso 1°.

[66] El artículo 1949 es diminuto, se halla fuera de lugar y carece completamente de objeto.

[67] Vé en la nota del Dr. Velez al artículo 1060 la definicion de la ratificacion y su diferencia de la confirmacion. Vé la nota 3ª al artículo 2290.

[68] Este artículo constituye una aplicacion al mismo tiempo que una limitacion del 1162, y el 1163 es su complemento. Vé nuestra nota 78.

[69] Viene á ser una aplicacion del artículo 1161, que constituye al garante responsable de los daños y perjuicios; pero se desvia de este artículo en que, cualquiera que sea la importancia del negocio, requiere una obligacion escrita. Parece, sin embargo, que la escritura no es aquí requerida como una condicion de forma sinó para la prueba, y que la obligacion del mandatario se ejecutará, si la confiesa judicialmente, ó se prueba por otro medio en los casos del artículo 1192.

Creemos por lo mismo, que el artículo 1189, que es una prescripcion sobre forma, no será aquí aplicable, y porque de otro modo la obligacion verbal de garantía llevaria, como la escrita, al pago de los daños y perjuicios, y el mandato del presente artículo vendria á quedar burlado.

intereses, si la parte con quien contrató no conocia los poderes dados por el mandante. *Freitas* 2955°. [Vé art. 36 inc. 2°]. [70]

1936. Art. 66. — Un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, cuando entra en los términos de la procuracion, aun cuando el mandatario hubiere en realidad escedido el límite de sus poderes. *Aubry*, § 415 *nota* 1ª. [71]

1937. Art. 67. — La ratificacion tácita del mandante resultará de cualquier hecho suyo que necesariamente importe una aprobacion de lo que hubiese hecho el mandatario. Resultará tambien del silencio del mandante, si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiese hecho, no le hubiere contestado sobre la materia. *Freitas* 2993° § 1°. [72]

1938. Art. 68. — La ratificacion equivale al mandato, y tiene entre las partes efecto retroactivo al dia del acto, por todas las consecuencias del mandato ; pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido á terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificacion. *De Freitas* 2995°. [Vé arts. 47, 195, 733, 1066, 1163, 1305 y 2306].

Art. 66. — « Por ejemplo, cuando el poder autoriza para tomar prestados mil pesos, y el mandatario despues de haberlos tomado de Pedro, toma otros mil de Juan, sin que este tuviese conocimiento del primer préstamo, el mandante es obligado tanto á Pedro como á Juan. — Pothier, n° 89 [nota de]. » — Aubry y Rau, § 415. Sobre los seis últimos artículos, Aubry y Rau, § 415. — Zachariæ, § 755, y Troplong, desde el n° 510.

Art. 67. — Troplong, *Mandat*, n° 610 [á 612].

Art. 68. — L. 16. Tít. 1°, Lib. 20, Dig. — L. 1ª, Tít. 18, Lib. 4°, Código Romano [cita errada]. — Troplong, n°s 617, 618 y 620, — Salvamos el perjuicio de terceros, porque así se ha entendido constantemente el efecto retroactivo de la ratificacion. [Vé nota al art. 4016]. Ni podria ser de otra manera sin violar los principios, porque en el tiempo que media entre el contrato del procurador y la ratificacion, el dueño conserva todos sus derechos sobre la cosa, por ejemplo, cuando el mandatario, sin facultades para enajenar, hubiese vendido. El podia gravar ó hipotecar lo que era suyo, y lo que hiciere es completamente válido, y lo liga de tal modo que en lo sucesivo no puede hacer, ni por lo tanto ratificar, actos contrarios á las obligaciones que ya tuviera contraidas irrevocablemente respecto de terceros. [Vé nota del Dr. Velez al art. 3120].

---

[70] Troplong, n° 590 ; Pont, n° 1058 § 3°.

[71] El artículo 1019 forma una aplicacion especial de esta prescripcion general. Vé el artículo 1940 inciso 2°.

[72] El artículo 1876 tiene con el presente toda la analogía que guardan el mandato tácito y la ratificacion tácita, pues si bien difieren en que el primero, en general, precede un poco ó es coetáneo con el principio de ejecucion ó al comenzarse la gestion del mandatario, y la segunda tiene lugar cuando se halla esta consumada ; sin embargo, ambos producen los mismos efectos (arts. 1163, 1938 y 2306), el consentimiento tácito del mandante puede realizarse á veces en un momento tal, que importe tanto un mandato tácito como una ratificacion tácita, ó una ratificacion de lo hecho y autorizacion para lo que reste á hacerse.

Aunque en nuestro inciso 1° se diga *necesariamente*, y en el artículo 196 inciso 2° se use de la palabra *inequívocamente*, este último no es mas que una aplicacion especial del primero.

El artículo 1305 trae un caso de ratificacion tácita.

Para que se efectúe la ratificacion, el mandante debe conocer las circunstancias esenciales de lo hecho por el mandatario, mas no las accidentales. Un negocio no puede ser aprobado en parte y rechazado en parte. Vé los números 613 á 616 de Troplong.

1939. Art. 69. — Los terceros no pueden oponer el esceso ó inobservancia del mandato, una vez que el mandante lo hubiera ratificado, ó quiera ratificar lo que hubiese hecho el mandatario. *Freitas* 2996°; *Troplong*, *n°* 328.

1940. Art. 70. — Los terceros con quienes el mandatario quiera contratar á nombre del mandante, tienen derecho á exigir que se les presente el instrumento de la procuracion, las cartas órdenes, ó instrucciones que se refieran al mandato. Las órdenes reservadas, ó las instrucciones secretas del mandante, no tendrán influencia alguna sobre los derechos de terceros que contrataron en vista de la procuracion, órdenes ó instrucciones, que les fueron presentadas. *Freitas* 2956°. [73]

1941. Art. 71. — Celebrado el contrato por escritura pública, debe observarse lo dispuesto respecto á los instrumentos públicos, [74] cuando los otorgantes fueren representados por procurador, ó fueren representantes necesarios. Celebrado el contrato por instrumento privado, la parte contratante con el mandatario tiene derecho á exigir la entrega de la pieza original, de donde conste el mandato, ó una cópia de ella en forma auténtica. *De Freitas* 2957°. [75]

1942. Art. 72. — En caso de duda, si el contrato ha sido hecho á nombre del mandante ó á nombre del mandatario, se atenderá á la naturaleza del negocio, á lo que por el mandato se encargaba, y á lo dispuesto por el Código de Comercio sobre las comisiones. *Freitas* 2959° § 2°.

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDANTE

1943. Art. 73. — Constituido el mandato en comun por dos ó mas mandantes para un negocio comun, no quedarán solidariamente obligados respecto de terceros, sinó cuando espresamente hubieren autorizado al mandatario para obligarlos así. *Freitas* 3004°. [Art. 701, y vé 1947, 2301 y notas].

1944. Art. 74. — La sustitucion del mandatario no autorizada por el mandante, ni ratificada por él, no le obligará [76] respecto de terceros por los actos del sustituto. *Freitas* 3005°. [Vé art. 1926].

---

[73] El artículo 1936 viene á quedar comprendido en el inciso 2° del presente, que está concebido en el mismo espíritu que los artículos 961, 997 y 1195, de los que no es mas que una aplicacion. Respecto al artículo 1019, vé nuestra nota 71.

[74] Quiere referirse, como lo hace Freitas, al artículo 1004 del Título « De las escrituras públicas »: vé el 1005.

[75] Si tiene justos motivos para dudar de la verdad del poder ó de la identidad de la persona del mandatario, el tercero hará perfectamente en no contratar con un estafador, y pensamos con Freitas que no puede negársele el derecho de exigir la prueba de la identidad de la persona del mandatario (en contra, Troplong, n° 518), certificacion de vida del mandante, si recela que es muerto, y de adoptar en general toda medida aconsejada por la prudencia y que la garantía de sus intereses exija.

Y si se tratase simplemente de pagar, aconsejariamos, por analogía de lo dispuesto en el artículo 757 n°s 2, 3 y 4, que se consignase la cantidad debida, ó que el cuerpo cierto sea depositado donde el Juez disponga (art. 764 inc. 2°).

[76] La accion directa de los terceros es solo contra el primer mandatario; pero pueden dirigirse contra el mandante primitivo por la vía indirecta del artículo 1197 inciso 1°.

1945. Art. 75. — Contratando dos personas sobre el mismo objeto, una con el mandatario, y otra con el mandante, y no pudiendo subsistir los dos contratos, subsistirá el que fuese de fecha anterior. *Freitas* 2999°; *Prusia, Lib.* 1°, *Tit.* 13, *art.* 85. [77]

1946. Art. 76. — En el caso del artículo anterior, si el mandatario hubiere contratado de buena fé, el mandante será responsable del perjuicio causado al tercero, cuyo contrato no subsiste. Si hubiere contratado de mala fé, es decir, estando prevenido por el mandante, él solo será responsable de tal perjuicio. *Freitas* 3000°. [78]

1947. Art. 77. — Si dos ó mas personas han nombrado un mandatario para un negocio comun, le quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del contrato. *Cód. Francés, allí; Goyena* 1621°; *Cód. Com.* 313° § 1°. [Vé art. 2703].

1948. Art. 78. — Los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y á nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese *contratado*, son *consideradas* [80] como hechos por este personalmente. *Aubry*, § 415 *n°* 1°; *Cód. Com.* 308° § 1°. [Art. 36 inc. 1°].

Art. 77. — LL. 21 y 59 [§ 3°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. — LL. 7ª y 14, Tít. 35. Lib. 4°, Código Romano. — Cód. Francés, art. 2002. — Holandés, art. 1848. — Pothier, *Mandat*, n° 82. [79] — Troplong, *Mandat*, n° 692. — Cada mandante ha elegido al mandatario para un negocio propio, y queda por lo tanto obligado al servicio. No sucede lo mismo cuando el mandatario contrata con un tercero, á nombre de dos ó mas mandantes. [Vé art. 1913]. Respecto de estos terceros, la obligacion del mandatario entra en las condiciones de las obligaciones [simplemente: vé art. 690] mancomunadas, y los terceros no pueden decir que los mandantes les están solidariamente obligados, si así no se obligaron espresamente.

Art. 78. — En cuanto á la primera parte, Troplong, n° 516. — L. 22, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 56, Tít. 3°, Lib. 46, Dig. — Cód. de Prusia, art. 85, Tít. 13, Lib. 1°. — En cuanto á la segunda parte, Cód. Francés, art. 1998. — Holandés, art. 1844. — Bávaro, art. 7°. Cap. 9°, Lib. 4°. [De Goyena 1617°].

---

[77] El Código prusiano agrega, que en caso de duda subsistirá el contrato del mandatario.

Nuestro artículo es sábio, en tanto que se conforma á la disposicion de los artículos 593 y 596; pero debe ceder al mandato de los artículos 594 y 2414 y argumento que los artículos 593 y 595 suministran, y subsistirá aquel de los contratos en que el adquirente se hubiese ya recibido de la cosa con buena fé, aunque hubiese contratado con posterioridad á otro; y á este no quedará otro derecho que el acordado por el artículo 595.

Freitas, por seguir al Código prusiano, se ha desviado de los principios mas constantes del derecho.

[78] Las disposiciones de este artículo no son ni deben ser sinó las de derecho comun, y los artículos 1932 á 1936 y 1948 constituyen por lo tanto su mejor comentario.

Así, aunque el mandatario estuviese prevenido oportunamente, á pesar de lo que nuestro inciso 2° dice, serán responsables del perjuicio no solo aquel sinó tambien el mandante, si los terceros contratantes ignoraban esa prevencion ó revocacion del mandato, y á la vista de la autorizacion escrita que tenia el mandatario, hubiesen obrado de buena fé: artículos 1936, 1966, 1969 y su argumento.

[79] Son citas tomadas de Troplong, allí, y de Goyena 1621°. Puede verse á Maynz, § 306 notas 11 y 17 (§ 221 notas 13 y 19, 4ª edicion). Los abogados actuarios, peritos y árbitros no son mandatarios. En contra Demolombe XXVI, 260, 261 y 263.

[80] Léase *considerados*.

1949. Art. 79. — El mandatario no puede reclamar en su propio nombre la ejecucion de las obligaciones, ni ser personalmente demandado por el cumplimiento de ellas. *Aubry, allí.* [Vé art. 1932].

1950. Art. 80. — El mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pidiere, las cantidades necesarias para la ejecucion del mandato. *Goyena* 1618° § 1°; *Troplong*, n°s 653, 379 y 380. [81]

1951. Art. 81. — Si el mandatario las hubiese anticipado, debe reembolsárselas el mandante, aun cuando el negocio no le haya resultado favorable, [82] y aunque los gastos le parezcan escesivos, con tal que no pueda imputarse falta alguna al mandatario: pero puede impugnarlos, si realmente fuesen escesivos. *Goyena, allí,* § 2°, *y Freitas* 2966° § 3° *al fin.* [83]

1952. Art. 82. — El reembolso comprenderá los intereses de la anticipacion, desde el dia en que fué hecha. *Goyena, allí,* § 3°. [Vé arts. 2300 inc. 1° y 622].

1953. Art. 83. — El mandante debe librar al mandatario de las obligaciones que hubiera contraido en su nombre, [84] respecto de terceros, para ejecutar el mandato, ó proveerle de las cosas ó de los fondos necesarios para exonerarse. *Aubry,* § 414 n° 1°, *y Freitas* 2963°.

1954. Art. 84. — Debe tambien satisfacer al mandatario la retribucion del servicio. [85] La retribucion puede consistir en una cuota del dinero, ó de los bienes

Art. 79. — Aubry y Rau, § 415 [n° 1°]. — Troplong, *Mandat,* n° 516.

Art. 80. — L. 12, § 17, Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [De Goyena].

Art. 81. — Cód. Francés, art. 1999. — Holandés, art. 1815. — De Luisiana, art. 2991. — L. 20, Tít. 12, Part. 5ª, y véase la L. 28. [De Goyena, allí]. — Pothier, n° 78. — Duranton, Tom. 18, n° 256. — Troplong, *Mandat,* n°s 628 y siguientes.

Art. 82. — L. 12. § 9°, Tít. 1°, Lib. 17, Dig. — Cód. Francés, art. 2001. — Holandés, art. 1817. — De Luisiana, art. 2991. [De Goyena, allí].

---

[81] Salva, por supuesto, convencion en contrario; la que puede resultar implícitamente de las circunstancias del caso, y aun de los usos establecidos: de manera que el mandante no esté obligado á efectuar las prestaciones, sinó despues de la terminacion del mandato, ó á medida que vaya ejecutándose.

Tratándose de un caso urgente y de cantidad módica, el mandatario que pudiéndolo no la anticipase incurriría en grave culpa: artículo 1199 y su argumento, argumento del 1919 y nuestra nota 12.

[82] El artículo 461 es una aplicacion del presente, y el 2299 presenta una disposicion que en algo semeja á esta.

[83] Vé los artículos 2961 á 2969 del mismo Freitas, á Troplong, n°s 623 á 629, y á Pont, n°s 1085 á 1089; Código de Comercio, artículos 310, 311 y 381.

[84] El mandatario obra aquí como comisionista. Vé el artículo 300 § 2°. Código de Comercio.

[85] Ante el inesperado silencio de nuestro Código (vé art. 1960), nosotros sentarémos algunas proposiciones: 1ª El mandatario que se conduce con dolo ó culpa grave, pierde sus honorarios: argumento *a fortiori* del artículo 1951 vers. *con tal que...* y argumento del 453; Freitas 2973°; Pont, n°s 1102 y 1103; 2ª Si el mandato abraza negocios separados, tiene derecho á la retribucion, ó á parte de la retribucion convenida, respecto al negocio en que procedió sin culpa. Freitas 2975°; Troplong, n°s 636 á 639; Pont, n° 1102 inciso 3°; 3ª La retribucion es debida, aunque el negocio no haya tenido buen éxito: argumento del artículo 1951. Troplong, n°s 633 y 634; Pont, n° 1108.

que el mandatario, en virtud de la ejecucion del mandato, hubiese obtenido ó administrado, salvo lo que se halle dispuesto en el Código de Procedimientos respecto á abogados y procuradores judiciales. *Freitas* 2960° *n°* 4° *y* 2977°. [86]

1955. Art. 85. — Debe igualmente indemnizar al mandatario de las pérdidas que hubiere sufrido, procedentes de sus gestiones, sin falta que le fuese imputable. *Cód. Francés* 2000°; *Goyena* 1619°. [Vé art. 1959 n° 2°].

1956. Art. 86. — Repútase perjuicio ocasionado por la ejecucion del mandato, solamente aquel que el mandatario no habria sufrido, si no hubiera aceptado el mandato. *Freitas* 2981° § 2°. [87]

1957. Art. 87. — El mandatario no está obligado á esperar la presentacion de sus cuentas, ó el entero cumplimiento del mandato para exigir los adelantos ó gastos que hubiese hecho. *Freitas* 2968°.

1958. Art. 88. — Hasta que el mandatario sea pagado de los adelantos y gastos, [88] y de su retribucion ó comision, puede retener en su poder cuanto bastare para el pago, [89] cualesquiera bienes [90] ó valores del mandante que se hallen á su disposicion. *Freitas* 2987° § 1°.

Arts. 83, 84 y 85. — Cód. Francés, arts. 1999 hasta 2001. — Aubry y Rau, § 414. — Zachariæ, § 754. — Troplong, n°s 660 y 673. — Duranton, Tom. 18, n° 269. — Por el Derecho Romano el mandatario no puede reclamar indemnizaciones sinó por aquellas pérdidas [de] que la ejecucion del mandato hubiese sido la causa directa [é] ó inmediata. — L. 26, § 6°, Dig. [*Mandati*, Tít. 1°, Lib. 17], *De Mand.* Así opina tambien Pothier, n°s 74 y siguientes. [De Aubry y Troplong: vé á Pont, n° 1113 § 2°].

Art. 88. — Cód. de Luisiana, art. 2992. — Holandés, art. 1849. — Prusiano, art. 85 [léase 83],-Tít. 13, Parte 1ª. — [De Goyena 1620°]. Troplong, n° 698 [á 705].

---

[86] La Ley 14, Título 6°, Partida 3ª prohibe al abogado el pacto de cuota-lítis, bajo pena de nulidad y privacion perpétua del oficio; pena exorbitante, que no deberá aplicarse sinó al abogado por oficio público, y no á cualquier defensor.

La Ley 22, Título 22, Libro 5° de la Novísima Recopilacion y la 9ª, Título 28, Libro 2° de la Recopilacion de Indias prohiben al abogado y al procurador costear el pleito por cierta suma, bajo multa de 50.000 maravedís, pero callan sobre nulidad (vé art. 18 y nuestra nota á él). Creemos que no será tampoco aplicable sinó al que ejerce el oficio público de procurador.

Por lo demas, el pacto de cuota-lítis empieza á ser rehabilitado en los Códigos de procedimientos de varias Provincias de la República; porque su prohibicion, fuera de otros reproches á que está sujeta, tiende á favorecer al rico y perjudicar al pobre, que no tiene como costear un pleito y contrabalancear la influencia y recursos de aquel. El abogado es locador de servicios y no mandatario.

[87] Esto deberá aplicarse tambien al depositario (vé art. 2226), y tenerse en cuenta tratándose de un socio administrador: vé el artículo 1734 con nuestra nota.

[88] Con sus intereses correspondientes (art. 1952); sinó el pago no seria íntegro (art. 744).

[89] El artículo 2468 le concede tambien el derecho de retencion por las mejoras necesarias: vé ese artículo, el 3941, etc.; así como los artículos 324 y 381 á 386 del Código de Comercio.

[90] Parece, pues, que podrá retener títulos de propiedad, y otros papeles ó documentos salvo la obligacion de exhibirlo cuando proceda la accion respectiva *(ad exhibendum)*.

1959. Art. 89. — No está obligado el mandante á pagar los gastos hechos por el mandatario : —

1° Cuando fueren hechos con su espresa prohibicion, á no ser que quiera aprovecharse de las ventajas [91] que de ellos le resulten ;

2° Cuando fueren ocasionados por culpa del propio mandatario ; [Arts. 1955 y 1112].

3° Cuando los hizo, aunque le fuesen ordenados, teniendo ciencia del mal resultado, cuando el mandante lo ignoraba ; [Vé art. 1909].

4° Cuando se hubiere convenido que los gastos fuesen de cuenta del mandatario, ó que este no pudiese exigir sinó una cantidad determinada. *Freitas* 2967° *n*os 1°, 3°, 4° y 5°.

1960. Art. 90. — Resolviéndose el mandato sin culpa del mandatario, ó por la revocacion del mandante, deberá este satisfacer al mandatario la parte de la retribucion que corresponda al servicio hecho ; [92] pero si el mandatario hubiere recibido adelantada la retribucion ó parte de ella, el mandante no puede exigir que se la restituya. *Freitas* 2972° *y* 2974°. [Vé á Pont, n*os* 1106 y 1107]. [93]

1961. Art. 91. — Pagados los gastos y la retribucion del mandatario, el mandante no está obligado á pagar retribuciones ó comisiones á las personas que le sustituyeron en la ejecucion del mandato, á ménos que la sustitucion hubiese sido indispensable. *Freitas* 2979°. [Vé á Troplong, n° 640, y Cód. Com. 357°]. [94]

CAPÍTULO V

DE LA CESACION DEL MANDATO

1962. Art. 92. — Cesa el mandato por el cumplimiento del negocio, y por la espiracion del tiempo determinado ó indeterminado [95] porque fué dado. *De Troplong, n*os 760 *y* 761.

Art. 92. — Pothier pone el ejemplo de un poder dado durante la ausencia del mandante, que se acaba cuando hubiese vuelto del viage. — *Mand.*, n° 119. [De Troplong, allí].

---

[91] Quedaria entónces sometido á la *versio in rem :* vé la nota 41 ántes del artículo 2308.

[92] Vé el artículo 380 del Código de Comercio. Los artículos 1612 y 1611 demuestran otra semejanza entre el mandato y la locacion de servicios.

[93] Se colige de nuestro artículo que el mandatario no tiene derecho á retribucion, cuando el mandato se resuelve por culpa suya, y que el mandante podria repetir la retribucion que hubiere adelantado ; lo cual armoniza con la primera proposicion que en la nota 85 hemos sentado.

[94] Hay en esto mas bien una cuestion de reembolso de adelantos hechos por el mandatario, que de pago de salarios ; cuestion de hecho, que no puede resolverse *a priori* y en tésis general, sinó apreciando las circunstancias de cada caso. Y la justicia seria que esos gastos, lo mismo que los demás (vé arts. 1951 y 1959), pudiesen cobrarse del mandante, no solo cuando la sustitucion se hizo indispensable, sinó cuando al hacerla obró prudentemente y sin culpa el mandatario.

[95] Propiamente un mandato, lo mismo que una sociedad por tiempo inderminado, no puede cesar por la espiracion de este : artículos 1766 y 1769.

1963. Art. 93. — El mandante debe estar y pasar por la fecha de los actos privados ejecutados por el mandatario, y es de su cargo la prueba de que el acto hubiese sido anti-datado. *De Troplong, allí.*

1964. Art. 94. — Cesa tambien el mandato dado al sustituido, por la cesacion de los poderes del mandatario que hizo la sustitución, sea representante voluntario ó necesario. *Freitas* 3009° *n°* 5°; *Troplong, allí.*

1965. Art. 95. — El mandato se acaba : —

1° Por la revocacion del mandante ; [Vé arts. 1972 á 1979].

2° Por la renuncia del mandatario ; [Vé arts. 1980 y 1981].

3° Por el fallecimiento del mandante ó del mandatario ; [Vé arts. 1982 á 1984]. [97]

4° Por incapacidad sobreviniente al mandante ó mandatario. *Freitas* 3009° *n°s* 6° á 9°; *Cód. Francés, allí.* [Vé art. 3867]. [98]

1966. Art. 96. — Para cesar el mandato en relacion al mandatario y á los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido ó podido saber la cesacion del mandato. *Freitas* 3010° § 1°. [Vé arts. 1720 y 1721]. [99]

1967. Art. 97. — No será obligatorio al mandante, ni á sus herederos, ó representantes, todo lo que se hiciere con ciencia ó ignorancia imputable [100] de la cesacion del mandato. *Freitas, allí,* § 2°.

1968. Art. 98. — Será obligatorio al mandante, á sus herederos ó representantes, en relacion al mandatario, [101] todo cuanto este hiciere ignorando sin

Art. 93. — A diferencia de lo que se ha dispuesto para los actos bajo firma privada, [art. 1035] [96] pues que el mandante lo eligió. — Troplong, *Mandat,* n° 763.

Art. 94. — Pothier pone el ejemplo del mandatario, de un tutor que hubiera nombrado un procurador para algun negocio del menor, cuyas facultades acaban cesando el tutor en la administracion que le estaba conferida. *Mand.,* n° 112. — Troplong, n° 753. — Delamarre y Lepoitevin, Tom. 2°, n° 434. [De Troplong].

Art. 95. — Cód. Francés, art. 2003. — Holandés, art. 1850. — Instit., §§ 9°, 10 y 11, Tít. 27, Lib. 3°. — Las Leyes de España nada dicen sobre la materia. [De Goyena 1620°].

Art. 96. — Troplong, n°s 724 y 726. — L. 26, Dig. *Mand.* Cód. Francés, art. 2008 [citas repetidas en la nota siguiente].

---

[96] Porque respecto al mandante, el mandatario no es un tercero sinó su representante : vé artículos 1948 y 1035.

[97] Parece que el fallecimiento presunto, seguido de la posesion provisoria ó definitiva (arts. 118 y 122), estinguirá el mandato, lo mismo que el fallecimiento verdadero.

La cesacion de la existencia de una persona jurídica (art. 48) y la disolucion de una sociedad, vienen á importar la muerte de ellas y cesacion de su capacidad jurídica.

La sociedad disuelta solo vive para el efecto de liquidarse (art. 1779 de este Código, combinado con el art. 498 § 1° del Código de Comercio) y finalizar los negocios pendientes (art. 484 § último del mismo Código) ; y por tanto, en ese límite se consideran subsistentes los mandatos que haya dado ó recibido.

[98] Vé tambien el artículo 1986.

[99] El artículo 329 del Código de Comercio solo prevé el caso de revocacion.

[100] Vé artículos 930, 1940 inciso 1°, 1941 inciso 2° y nuestra nota 75.

[101] Pues en relacion á terceros, se aplicarán los dos artículos siguientes.

culpa [102] la cesacion del mandato, aunque hubiese contratado con terceros que de ella tuvieren conocimiento. *Freitas* 3011°; *Cód. Com.* 330°. [Vé art. 1765].

1969. Art. 99. — En relacion á terceros, cuando ignorando sin culpa [103] la cesacion del mandato, hubieren contratado con el mandatario, el contrato será obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes, salvo sus derechos contra el mandatario, si este sabia la cesacion del mandato. *Freitas* 3012°; *Chile* 2173°. [104]

1970. Art. 100. — Es libre á los terceros obligar ó nó al mandante, sus herederos ó representantes, por los contratos que hubieren hecho con el mandatario, ignorando la cesacion del mandato; mas el mandante, sus herederos ó representantes, no podrán prevalerse de esa ignorancia para obligarlos por lo que se hizo despues de la cesacion del mandato. *Freitas* 3013°. [105]

1971. Art. 101. — No obstante la cesacion del mandato, es obligacion del mandatario, de sus herederos, ó representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí, ó por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos ó representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por perjuicio que de su omision resultare. *Freitas* 3018°. [Vé art. 456, y Cód. Com. 331°]. [106]

1972. Art. 102. — El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera, [107] y obligar al mandatario á la devolucion del instrumento donde conste el mandato. *Goyena* 1623°; *Cód. Francés, allí.* [Vé art. 1976].

Art. 98. — Cód. Francés, art. 2008.—Holandés, art. 1854.—Instit., § 10, Tít. 26 [léase 27], Lib. 3°. — L. 26 [§ 1°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [De Goyena 1628°].

Art. 99. — Cód. Francés, arts. 2005 y 2009. — Holandés, art. 1854 [léase 1855]. — De Austria, art. 1026 [de Goyena 1624°]. — Troplong, en el comentario al art. 2009. — Zachariæ, § 756.

Art. 101. — Cód. Francés, art. 2010. — Austriaco, art. 1025. — Troplong, n° 717. — Delamarre y Lepoitevin, Tom. 2°, n° 438. [De Goyena 1629° y Troplong, allí].

Art. 102. — Cód. Francés. art. 2004. — Holandés, art. 1851. — Instit., § 9°, Tít. 26, Lib. 3°. [De Goyena, allí; Cód. Com. 327°].

---

[102] Vé nuestra nota 100.

[103] Vé nuestras notas 100 y 102.

[104] El artículo 329 del Código de Comercio solo prevé el caso de revocacion. Nuestro artículo espone al mandante á gravísimos perjuicios, como lo hace notar Goyena en su artículo 1624.

[105] Cuando el mandante, lo mismo que los terceros, han sido de buena fé, ¿cómo podria justificarse la desigualdad que nuestro artículo establece?

[106] El artículo 1981 y la segunda parte del 1982 pudieron eliminarse, por hallarse comprendidos en el presente. Nuestro artículo dice *por perjuicio* en lugar de *por el perjuicio*. Vé el artículo 1983.

[107] Pero indemnizando los adelantos y gastos hechos por el mandatario, y pagándole la retribucion correspondiente: artículos 1951 á 1960. La doctrina y jurisprudencia francesas acuerdan tambien al mandatario el derecho de indemnizarse del perjuicio que la revocacion le cause, cuando ha sido intempestiva y sin motivo legítimo. Pont, n° 1160; Aubry y Rau, § 416 n° 1° notas 2ª y 3ª, 4ª edicion.

1973. Art. 103. — El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio, produce la revocacion del primero, desde el dia en que se le hizo saber á este. *Goyena* 1625°; *Cód. Francés, allí.* [108]

1974. Art. 104. — Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario, y poniéndose en relacion con los terceros, queda revocado el mandato, si él espresamente no manifestase que su intencion no es revocar el mandato. *De Troplong, allí.*

1975. Art. 105. — El mandato que constituye un nuevo mandatario, revocará el primero, aunque no produzca efecto por el fallecimiento ó incapacidad del segundo mandatario, ó aunque no lo acepte, [109] ó aunque el instrumento del mandato sea nulo por falta ó vicio de forma. *Freitas* 3026°. [110]

Art. 103. — Cód. Francés, art. 2006. — Holandés, art. 1853. — L. 31, § 2°, Tít. 3°, Lib. 3°, Dig. [De Goyena, allí; Cód. Com. 328°].

Art. 104. — Troplong, n° 780. — Cód. Francès, art. 2003. Todo el comentario de Troplong, sobre esta materia. [Compara con Pont, n° 1161, § 4°, al fin].

Art. 105. — Pothier, n° 114. — [Cita de] Troplong, n° 788.

---

[108] Si el primer mandatario, ignorando la revocacion, contratase con una persona y el segundo mandatario con otra, sobre la misma cosa, se produciria una situacion análoga á la del artículo 1915, que deberá reglarse por los principios que en las notas 77 y 78 hemos establecido.

El artículo 1975 sirve de complemento al presente y debió seguirle inmediatamente.

Goyena exige que el mandante haga saber al mandatario la revocacion para que cesen sus poderes, y el Código Francés requiere que la revocacion le sea *notificada;* pero la doctrina y jurisprudencia francesas se contentan con que el mandatario haya obtenido un conocimiento cierto de la revocacion por un medio cualquiera. Troplong, n°s 713 y 787; Aubry y Rau, § 416 nota 5ª; Massé y Vergé, nota 6ª al § 756 de Zachariæ; Pont, n° 1162. Esta doctrina está en perfecto acuerdo con los artículos 1966 á 1968.

[109] Si en la procuracion se espresa que solo quedará revocado el primer mandato si el segundo es aceptado, es indudable que no aceptándose este, aquel subsistirá. Porque no siendo esta una ley prohibitiva ó de órden público, sinó simplemente *declarativa* de la voluntad presunta del mandante, claro es que, en presencia de una voluntad espresa y contraria del mismo, debe quedar sin efecto.

[110] De este inciso se colegiria *a contrario sensu* que el mandato dado sobre el mismo negocio (art. 1973) no causa la revocacion del mandato precedente, cuando su nulidad no sea por vicio de forma. Así, Freitas habla de la incapacidad *sobreviniente* del segundo mandatario; de lo que se infiere que la incapacidad preexistente al nombramiento no causa la revocacion. Nuestro artículo no le sigue en esto; en lo cual se muestra consecuente con lo dispuesto en los artículos 1899 y 1900, y porque desde que la voluntad revocatoria del mandante se manifiesta exenta de todo vicio de consentimiento, debe producir su efecto.

Si el mandante cayó en incapacidad *absoluta*, su voluntad que no existe jurídicamente, no puede producir la revocacion. *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

Ademas, el mandato queda estínguido con su incapacidad (art. 1986).

Si el mandante incurrió en incapacidad relativa, como si una mujer se casa ó un comerciante cae en falencia, el mandatario del fallido cesa (Cód. de Comercio, art. 1535), lo mismo que el de cualquier incapaz (art. 1986); salvo si el mandato era relativo á actos que podian ser ejercidos por la mujer casada (art. 1987), ó por el fallido.

Si la revocacion no es nula sinó simplemente anulable, estinguirá el segundo mandato

1976. Art. 106. — Cuando el mandato fué constituido por dos ó mas mandantes para un negocio comun, cada uno de ellos sin dependencia de los otros, puede revocarlo. *Freitas* 3021° *n°* 1°. [Compara con el art. 1690 al fin].

1977. Art. 107. — Cuando el mandato es general, la procuracion especial dada á otro mandatario, deroga, en lo que concierne esta especialidad, la procuracion general anterior. *Troplong, allí.*

1978. Art. 108. — La procuracion especial no es derogada por la procuracion general posterior, dada á otra persona, salvo cuando comprendiese en su generalidad el negocio encargado en la procuracion anterior. *Freitas* 3029°.

1979. Art. 109. — El mandato es irrevocable en el caso en que él hubiese sido la condicion de un contrato bilateral, ó el medio de cumplir una obligacion *contratada,* ó cuando un socio fuese administrador de la sociedad, por el contrato social, no habiendo justa causa para privarlo de la administracion. *De Freitas* 3031°. [Vé arts. 731 n° 7 y 1683].

1980. Art. 110. — El mandatario puede renunciar el mandato, dando aviso al mandante; pero si lo hiciese en tiempo indebido, sin causa suficiente, [111] debe satisfacer los perjuicios que la renuncia causare al mandante. [Vé art. 1691].

1981. Art. 111. — El mandatario, aunque renuncie el mandato con justa causa,

Art. 106. — Troplong, n° 719. [Pont, n° 1158].

Art. 107. — Troplong, n° 791. [Freitas 3028°].

Art. 109. — Troplong. n° 718. [Pont, n° 1159].

Art. 110. — Cód. Francés, art. 2007. — Holandés, art. 1851. — Instit., § 11, Tít. 26 [léase 27], Lib. 3°.— L. 22, § 11, Tít. 1°, Lib. 17, Dig.— Pothier esplica lo que en el derecho se llama renuncia intempestiva, y es cuando se hace en un tiempo, ó en unas circunstancias en que el mandante no puede hacer por sí mismo el negocio que era el objeto del mandato, ó no le es fácil encontrar una persona á quien encargarlo, n° 44. — En las LL. 22 á 27, Tít. 1°, Lib. 17, Dig., se ponen por ejemplo varias causas justas para la renuncia del mandato; [112] y Troplong enumera y discute muchas de ellas, desde el n° 801.

(vé art. 1017), con tal que el segundo mandatario la haya conocido ántes que la nulidad haya sido juzgada.

La palabra *instrumento* es supérflua é impropia en nuestro artículo, y no existe en Freitas; porque la falta de forma no puede haber en un instrumento, sinó en un acto jurídico.

En un instrumento solo puede existir vicio *de forma* (vé art. 987), y no un vicio intrínseco ó *de fondo.*

[111] *En tiempo indebido,* es decir en circunstancias tales que la renuncia perjudique al mandante, porque si el mandatario tuviese una justa causa para renunciar, no cometeria falta alguna, y no seria por tanto, responsable del perjuicio que de la renuncia se siguiera al mandante (art. 1072).

Troplong, (n°s 801 á 801) y Freitas 3032° enumeran las justas causas de renuncia, pero toca á los Jueces apreciarlas segun las circunstancias de cada caso, y si bien consideradas aparece que el mandatario no ha cometido falta alguna en renunciar, solo en tal caso deberán eximirlos del perjuicio seguido en los intereses del mandante.

El artículo 304 del Código de Comercio solo enumera dos justas causas, lo que podria dar márgen á graves injusticias.

[112] Las citas de los Códigos europeos y de las leyes romanas son tomadas, como de ordinario, de Goyena 1626°.

debe continuar sus gestiones, si no le es del todo imposible, [113] hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para ocurrir á esta falta. *Goyena* 1627°. [Vé art. 1971]. [114]

1982. Art. 112. — La muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido [115] ó continuado despues de su muerte. El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo. *Aubry, allí, nota* 8. [116]

1983. Art. 113. — Aunque el negocio deba continuar despues de la muerte del mandante, y aunque se hubiese convenido espresamente que el mandato continuase despues de la muerte del mandante ó mandatario, el contrato queda resuelto, si los herederos fuesen menores ó hubiere otra incapacidad, y se hallasen bajo la representacion de sus tutores ó curadores. *De Troplong, allí, y Freitas* 3039°. [117]

1984. Art. 114. — El mandato continúa subsistiendo aun despues de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés comun de este y del mandatario, ó *en el interés* [118] de un tercero. *Aubry, allí, nota* 10.

Art. 111. — Cód. de Prusia, art. 172, Tít. 13, Parte 1ª. [De Goyena, allí].

Art. 112. — Aubry y Rau, § 416. — Pothier, n° 108. — Duranton, Tom. 18, n° 283. — Troplong, n°s 728 y 710. — Delamarre y Lepoitevin, Tom. 2°, n° 415. [De Aubry, allí].

Art. 113. — En contra, Troplong, desde el n° 731. — Gran cuestion entre los jurisconsultos. Troplong la trata estensamente.

Art. 114. — Aubry y Rau, § 416. — « Troplong, n° 718 [y n° 738]. — Duranton, Tom. 18, n° 281. »

---

[113] *Ad impossibilia nemo tenetur.* Esta limitacion no existe en Goyena.

[114] Si el mandante, sus herederos ó representantes no reemplazan al renunciante en un plazo razonablemente necesario, el mandatario no será responsable de su no continuacion en la gerencia, dice Freitas en su artículo 3019 á propósito de nuestro artículo 1971.

El artículo 1919 guarda bastante analogía con el presente y con el 1971 citado.

[115] En tal caso hay una disposicion de última voluntad (art. 1985), que no se estingue con la muerte del disponente, sinó que por el contrario recien entónces se hace ella irrevocable y obligatorio su cumplimiento. Pero debe revestir la forma testamentaria: artículo 1985.

[116] Este inciso pudo eliminarse, como una mera aplicacion del artículo 1971. El mandatario deberá ademas cumplir todo lo que sea un complemento ó una consecuencia necesaria de lo ya hecho; v. g. entregar la cosa vendida, etc. Pero esta regla será mas bien la aplicacion de la que obliga al mandatario á consumar los negocios que no admiten demora, pues generalmente hay perjuicio en no consumar un negocio, perjuicio de que los herederos del mandante serian responsables. Vé nuestra nota 29 y Código de Comercio 330°.

[117] Seria muy difícil justificar esta desviacion de los principios (art. 1196 y 1198: vé el 1899), ni aun por razones de conveniencia para los incapaces. Vé á Pont, n° 1145 § 2°, que combate á Troplong.

Por lo demas, nuestro artículo no se opone á la aplicacion del 1971.

[118] Estas palabras no existen en Aubry y Rau, que en el § 410 nota 5ª establecen con Duranton, que el mandato en beneficio esclusivo de un tercero, es ineficaz: vé nuestra nota 33.

Claro es, por lo demas, que el mandato á favor del mandante y de un tercero, subsistirá

1985. Art. 115. — Cualquier mandato destinado á ejecutarse despues de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposicion de última voluntad. *Freitas* 3041°. [Vé arts. 1792 y 3847°]. [119]

1986. Art. 116. — La incapacidad del mandante ó mandatario que hace terminar el mandato, tiene lugar siempre que alguno de ellos pierde, en todo ó en parte, el ejercicio de sus derechos. *De Troplong, allí; Aubry* § 416 *n°* 5° *y nota* 12. [120]

1987. Art. 117. — Subsistirá sin embargo el mandato conferido por la mujer ántes de su matrimonio, si fuese relativo á los actos que ella puede ejercer, sin dependencia de la autorizacion del marido. *Freitas* 3042° § 2°. [Vé arts. 191 y 1227 inc. 2°]. [121]

—

TÍTULO X

De la fianza

1988. Art. 1°. — Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente [1] por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligacion accesoria. *Freitas* 3285°. [Vé art. 524 inc. 3°].

Art. 116. — Pothier, n° 111. — Troplong, en el n° 744 y siguientes, pone varios casos que causan incapacidad en todo ó en parte.

Art. 117. — Sobre el mandato dado por la mujer soltera que despues ha contraido matrimonio, véase Troplong, desde el n° 749. [Solo dice que se estingue].

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 12, Part. 5ª. — *Instit. proem.*, Tít. 21, Lib. 2° [léase 3°. De Goyena 1733°].

á pesar de la muerte del primero, cómo lo establecen Aubry y Rau. Tambien subsiste cuando es la condicion de un contrato oneroso ó bilateral, ó el medio de cumplir una obligacion contraida: artículo 1979.

[119] Como disposicion de última voluntad, debe tener la forma testamentaria: artículos 3847, 1792 y su argumento. Pont, n° 1145 y Massé y Vergé en la nota 11 al § 756 de Zachariæ suponen que el mandato dado en otra forma puede subsistir, lo que es un error.

[120] Tal es la falencia, el matrimonio de la mujer, la locura y la sordo-mudez. Agrega lo dicho en la nota 97. La insolvencia no está en la letra de nuestro artículo, como lo está en el 2003 francés; no constituye incapacidad (vé arts. 54 y 55) y no seria prudente darle el efecto necesario de estinguir el mandato, en tanto á lo ménos que la insolvencia no fuese caracterizada por la cesion de bienes ó concurso general de acreedores: argumento del artículo 1615, y vé el 753. En contra, Goyena bajo su artículo 1622; Pont, n° 1148, etc.

Cuando la pérdida del ejercicio de los derechos es solo *parcial*, como en el casamiento de la mujer y en la falencia, subsistirá el mandato que no sea incompatible con la situacion del mandante ó mandatario: artículos 1161, 1987, 1739 y su argumento, y nuestra nota 110 § 3°. Vé Código de Comercio 326°.

[121] Vé la nota precedente.

[1] Ó subsidiariamente. Nótese que el deudor principal permanece estraño al contrato de fianza.

1989. Art. 2°. — Puede tambien constituirse la fianza como acto unilateral ántes que sea aceptada por el acreedor. *Freitas* 3286° *inc.* 1°. [2]

1990. Art. 3°. — La fianza puede preceder á la obligacion principal, y ser dada para seguridad de una obligacion futura, sin que sea necesario que su importe se limite á una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajere el deudor. *Aubry, allí, nota* 5ª. [Vé arts. 1169 y 1171]. [3]

1991. Art. 4°. — La fianza de una obligacion futura debe tener un objeto determinado, [4] aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada. *De Zachariæ y Massé, allí.* [5]

1992. Art. 5°. — El fiador de obligaciones futuras puede retractar la fianza, [6] miéntras no existiere la obligacion principal; pero queda responsable para con el acreedor y terceros de buena fé que ignoraban la retractacion de la fianza, en los términos en que queda el mandante que ha revocado el mandato. *Freitas* 3296° § 2°. [Arts. 1966 á 1970]. [7]

1993. Art. 6°. — La fianza no puede tener por objeto una prestacion diferente de la que forma la materia de la obligacion principal. *Aubry, allí, nota* 4ª. [8]

Art. 3°. — L. 6ª, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 6°, Tít. 1°, Lib. 46, Dig. — Aubry y Rau, § 423, nota 5ª. [De Goyena 1736°; Pont, n°s 28 y 29].

Art. 4°. — Zachariæ, § 757, nota 2ª. — Pothier, n° 399. — Duranton, Tom. 18, n° 297. [De Massé y Vergé, allí].

Art. 6°. — L. 42, Dig. [Tít. 1°, Lib. 46]. *De Fidej.* — Aubry y Rau, § 423. — Troplong, *Cautionnement*, n°s 120 y siguientes. [Citando la ley 42].

---

[2] Pero entónces solo hay una *promesa* de fianza: vé artículo 1149, etc. Por lo demas, la fianza como contrato es esencialmente unilateral (vé art. 1139), miéntras que como acto jurídico es siempre bilateral (vé art. 947).

[3] Vé nuestras notas 4ª y 5ª siguientes. Compara con el artículo 3111.

[4] Es decir la fianza debe referirse á una obligacion principal determinada (vé art. 1171), por su objeto ó por la persona del deudor (vé art. 1990 inc. 2° y 1995 inc. 2ª), pero no á una obligacion absolutamente indeterminable.

Zachariæ dice que no haya de tener un objeto determinado la fianza, sinó la obligacion futura que va á afianzarse.

[5] Este inciso repite lo dicho en el artículo anterior y tambien en el 1995, y el artículo todo es una variante sobre el mismo tema del precedente, con el que no guarda suficiente congruencia.

[6] Se trata de una promesa de fianza aunque no aceptada por el acreedor, como en el artículo 1989, y no de una fianza ya perfecta por la aceptacion de este. Tal aceptacion no es posible, porque no habiendo obligacion no hay acreedor. El caso debia, pues, regirse por los artículos 1119 á 1157, relativos á las promesas. Puede compararse con Maynz, § 347 nota 3ª (§ 262, 4ª edicion).

[7] No como deudor principal, ni como co-deudor mancomunado ó solidario, ni como fiador solidario (vé arts. 2005 y 2007); sinó como un fiador simple, que era el rol que tenia ántes de la retractacion, y quedando esta sin efecto, su situacion no podia empeorar. Vé la nota anterior, y el artículo 1157.

[8] Si la obligacion accesoria es diferente de la principal, subsistirá como garantía ó cláu-

1994. Art. 7°. — Cuando la obligacion principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero, ó de un valor apreciable en dinero, [9] sinó la entrega de un cuerpo cierto, ó algun hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, [10] el fiador de la obligacion solo estará obligado á satisfacer los daños é intereses que se deban al acreedor por inejecucion de la obligacion. *De Freitas* 3298°; *Zachariæ y Massé, y Troplong, allí.*

1995. Art. 8°. — Toda obligacion puede ser afianzada, sea obligacion civil, ó sea obligacion natural, [11] sea accesoria ó principal, derivada de cualquier causa, aunque sea de un acto ilícito; cualquiera que sea el acreedor ó deudor, y aunque el acreedor sea persona incierta; sea de valor determinado ó indeterminado, líquido ó ilíquido, pura ó simple; á plazo ó condicional, y cualquiera que sea la forma del acto principal. *Freitas* 3295°. [Vé arts. 1990 y 1991].

1996. Art. 9°. — La fianza no puede existir sin una obligacion válida. Si la obligacion nunca existió, ó está estinguida, ó es de un acto ó contrato nulo ó anulado, será nula la fianza. Si la obligacion principal se deriva de un acto ó contrato anulable, la fianza tambien será anulable. [12] Pero si la causa de la nulidad fuese

Art. 7°. — Zachariæ, n° 759, nota 14. — « Troplong, n° 51. »

Art. 8°. — L. 5°, Tít. 8° [léase 12], Part. 5ª. — L. 8ª, Dig. [Tít. 1°, Lib. 46], *De Fidej.* — Instit., Tít. 3°, Lib. [léase Lib. 3°, Tít.] 21, § 1°. — Código de Chile, arts. 2338 y siguientes. — Troplong, n° 5° [léase 50. De Goyena 1735°, y Troplong].

---

sula penal; pero no habrá fianza: vé artículos 664 y 1161; á Troplong, n° 29 § último y números 120 á 126; á Aubry y Rau, § 423 notas 3ª y 6ª, y á Freitas 3294° § 2°.

Si hay una voluntad y obligacion formales, la designacion errada no puede dejarla sin efecto: argumento del artículo 2007. *Sermo rei non res sermoni subjicitur.*

Vé nuestra nota 9ª hácia el artículo 1141, etc.

[9] Un *valor* apreciable en dinero: esta espresion poco exacta, tomada de Zachariæ, no equivale á una *prestacion* susceptible de apreciacion pecuniaria (vé arts. 1170 y notas), sinó una dacion de cosas inciertas ó cosas fungibles, puesto que se usa por oposicion á la dacion de cuerpo cierto ó cosa cierta. Vé nuestra nota siguiente.

[10] En las deudas de cosas inciertas ó fungibles, ó de hechos que pueden ser cumplidos por un tercero ó por el mismo fiador sin violencia personal ¿será obligatorio ó á lo ménos facultativo para este, entregar lo prometido ó ejecutar el hecho? Que sea facultativo, parece muy justo y razonable (vé arts. 625, 629 y 730), salvo el abono de los perjuicios causados por la mora (art. 508, y vé el 1999); pero no creemos que sea obligatorio en las deudas de cosas inciertas, es muy dudoso en las de cosas fungibles, y no lo juzgamos tal sinó en las de hacer, que pueden ser cumplidas sin violencia personal del fiador. Vé la nota 2ª al artículo 629.

Sintiendo el silencio de nuestro Código sobre puntos tan importantes, nos limitamos á apuntar estas delicadísimas cuestiones, que no encontramos tratadas en los jurisconsultos.

Por lo demas, es evidente que la obligacion *de no hacer* cae bajo la disposicion de nuestro artículo.

[11] Artículo 518.

[12] Vé artículos 1016 y 1047.

alguna incapacidad relativa *al* deudor,[13] el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor. *Freitas* 3299° *y* 3300°.[14]

1997. Art. 10. — El fiador puede obligarse á ménos y no á mas que el deudor principal; pero puede por garantía de su obligacion constituir toda clase de seguridades. Si se hubiese obligado á mas, se reducirá su obligacion á los límites de la del deudor.[15] En caso de duda si se obligó por ménos, ó por otro tanto de la obligacion principal, entiéndase que se obligó por otro tanto. *Goyena* 1737°; *Aubry* § 423 *nota* 4ª, *y Freitas* 3302° § 2°.[16]

Art. 9°. — L. 5ª, Tít. 12, Part. 5ª. — Instit., § 1°, Tít. 21, Lib. 3°. — Código Francés, art. 2012. — Italiano, art. 1899. — Napolitano, art. 1884. — Holandés, art. 1858. El artículo 1352 del Código de Austria dice: « El fiador de una persona que no puede obligarse, es considerado como co-deudor solidario, aun cuando le fuese desconocida la incapacidad. Pero si la obligacion principal es nula por causa de violencia, error, falta de solemnidades, etc., lo será tambien la fianza. » [De Goyena 1735°]. — Véase Troplong, n°s 46 y siguientes hasta el n° 84. — Aubry y Rau, § 424. — Toullier, Tom. 6°, n° 394. — Duranton, Tom. 18, n°s 305 y siguientes [citas de Aubry].

Art. 10. — L. 7ª, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 13, Tít. 18, Lib. 3°, Fuero Real. — Instit, § 5°,

---

[13] Léase, *del deudor*, como dice Freitas con mayor propiedad.

En el artículo 55 y nuestra nota (ª) se enumeran los que tienen incapacidad relativa. El artículo 703 trae una disposicion análoga á la presente y la del 3124 es idéntica. Vé la nota siguiente, la primera al artículo 51 y los artículos 2022 y 2024.

[14] Supone que la parte relativamente incapaz ha obtenido la anulacion del acto; pues si no la pidió, ó no lo hizo en tiempo, ó confirmó el acto, la obligacion principal del incapaz subsiste y la del fiador es solo subsidiaria.

Anulada la obligacion civil, sobrevive la natural (art. 515 n° 1°) y puede servir todavia de fundamento á la fianza (arts. 518 y 1995): vé la nota 61.

El fiador debe ser muy precavido para obligarse por otro, y su ignorancia de la incapacidad del fiado no es un error de hecho escusable (vé art. 930). Si el acreedor le engañó al respecto, la fianza será anulable por el dolo: vé los artículos 932 á 936 combinándolo con el 1167.

Así esplicamos y justificamos nuestro inciso.

[15] Código Frances, artículo 2013 citado. Vé Código de Comercio, 606°.

El esceso en la obligacion del fiador puede consistir no solo en la cantidad, sinó en el tiempo, en el lugar (vé la nota 17), en la condicion y en los cargos; comprometiéndose á pagar mayor suma que la debida, en menor plazo, en lugar que la haga mas onerosa, obligándose puramente cuando la obligacion era condicional ó alternativa, ó sometiéndose á una cláusula penal, ó renunciando á las escepciones que podria hacer valer (vé arts. 2022 y 2023).

En tales casos la obligacion del fiador se reducirá á los términos y límites de la del deudor, como establece nuestro inciso 2°; á no ser que de las circunstancias resulte evidentemente, que el fiador se obligó á pagar la deuda en su propio nombre, ya como deudor único, ya como co-deudor: nuestra nota 8ª.

Por el contrario, el fiador puede obligarse á ménos, respecto á la cantidad, con condicion ó plazo mayor, en lugar mas cómodo, de una manera alternativa, y sin seguridad de ninguna clase.

Las seguridades que en garantía de su obligacion puede constituir el fiador, son: la hipoteca, prenda, anticresis, fianza y cláusula penal (vé art. 2050), con tal que en virtud de esta última cláusula el acreedor no venga á recibir mas de lo que podia recibir del deudor principal. Compara con el número 108 de Troplong, que parece aceptar una pena mas severa, y con el artículo 2344 § 1° chileno, que no se pronuncia con claridad.

[16] Como el fin natural de la fianza es garantir la deuda en su totalidad, en la duda, es

1998. Art. 11. — Si la deuda afianzada era ilíquida y el fiador se obligó por cantidad líquida, su obligacion se limitará al valor de la deuda afianzada, si por la liquidacion resultare que ella escedia el valor de lo prometido por el fiador. *Freitas* 3303°; *Pont, n°* 66, *etc.*

1999. Art. 12. — Si la fianza fuese del principal ó espresase la suma de la obligacion principal, comprenderá no solo la obligacion principal, sinó tambien los intereses, estén estipulados ó nó. [18]

Tít. 21, Lib. 3°. — Cód. Francés, art. 2013. — Italiano, art. 1900. — Napolitano, art. 1885. — Holandés, art. 1859. — El Código de Prusia, art. 277, Parte 1ª, Tít. 14, dice: « La fianza no pueda esceder de lo que es debido por el deudor principal; pero el fiador puede obligarse á dar garantías mas fuertes. ».[De Goyena 1737°] El fiador puede, por lo tanto, obligarse bajo una cláusula penal, constituir hipoteca por su obligacion, ú obligarse con mas rigor respecto al lugar ó tiempo del pago. [17]

Art. 12. — Aubry y Rau, § 426. — Véase L. 1ª, Tít. 12°, Part. 5ª, y Código Francés, art. 2016. — Italiano, art. 1903. — Napolitano, art. 1888. — Holandés, art. 1862. [De Goyena 1738°]. — En algunos Códigos, y en muchas obras de jurisprudencia, se reputan como *accesorios* de la obligacion principal los gastos del juicio contra el deudor; pero estos en realidad no son *accesorios* de la obligacion. El artículo 1353 del Código de Austria, mas conforme á los principios, declara: *que la fianza debe interpretarse en un sentido estricto*, y que así el fiador que se obligó por un capital que llevaba intereses, no responde sinó de los intereses que el acreedor tuviese derecho á exigir al tiempo de la constitucion de la fianza. El Código de Prusia, art. 258, Parte 1ª, Tít. 14, declara tambien que la fianza debe siempre entenderse en sentido estricto, y lo mismo el art. 9°, Cap. 10, Lib. 4° del Código de Baviera, [De Goyena allí]. Por estas consideraciones no hemos aceptado la estension que dan á la fianza el Código Francés y los otros que lo han seguido. [Vé art. 2032 *infra*].

---

prudente seguir la regla de este inciso, aunque ella se separe de los principios del derecho que dicen *plus favemus liberationibus quam obligationibus* (nota 16 al art. 558), *in dubium minimum est sequendum*, y la duda se interpreta en favor del deudor ú obligado (nota 19 hácia el art. 3758, art. 3767, etc.).

[17] Lo relativo á la cláusula penal debe entenderse con la limitacion indicada en la nota 15, al fin. Que el fiador pueda obligarse con mas rigor respecto al *lugar* ó *tiempo* del pago, está contradicho por todos los escritores de derecho (vé á Troplong, n°s 102 á 104; Massé y Vergé, nota 10 al § 757 de Zachariæ; Pont, n° 69, y Cód. Chileno 2344°, § 1°) y no constituye ello una *seguridad* permitida por el inciso 1° de nuestro artículo.

[18] Segun el artículo 744 ninguna dificultad puede presentar el caso de nuestro artículo, tanto mas que solo se refiere á los intereses convencionales ó legales de la suma debida, y no á los moratorios. El Código calla respecto á las obligaciones de dar, de hacer ó de no hacer y demas contratos, como el de locacion (vé art. 1584). Pero podemos decir, complementando la disposicion de nuestro artículo y la del 1994, que salvo estipulacion en contrario, el fiador es responsable de los frutos, intereses moratorios, y en general, de las pérdidas é intereses, provenientes de la culpa, dolo ó mora del deudor; ya por argumento de los citados artículos 1994 y 1584, de los artículos 575, 2032 y del presente; ya porque, no responsabilizando al fiador por los accesorios y consecuencias de la obligacion principal, no se alcanzaria el fin de la fianza, que es la completa seguridad é indemnizacion del acreedor: y si el fiador quiere limitar esa responsabilidad, cumple que lo haga por un pacto especial.

La nota del Dr. Velez se limita á hablar de *accesorios*, y niega que sean tales las costas judiciales: así es que en nada contradice nuestra tésis. Vé la nota 78.

Pero los escritores están conformes, en que aun en la fianza que llaman *simple* ó *indefinida*, el fiador no es responsable de los intereses, penas ó multas no convenidas sinó con posterioridad á la fianza, y en general, de todo lo que no es una consecuencia natural ó no

2000. Art. 13. — La fianza puede ser legal [19] ó judicial. [20] Cuando la fianza sea impuesta por la ley, ó por los jueces, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligacion principal y ser abonado, ó por tener bienes raices conocidos, ó por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna. [21]

2001. Art. 14. — El obligado á dar una fianza, no puede sustituir á ella una prenda ó hipoteca, y recíprocamente, contra la voluntad del acreedor. *Chile, allí.* [22]

2002. Art. 15. — La disposicion del artículo anterior no rige en caso de ser la fianza de ley ó judicial. Los jueces pueden [23] admitir en lugar de ella prendas ó hipotecas suficientes. *Chile, allí.* [Vé Cód. Francés 2041°, y Goyena 1769°].

2003. Art. 16. — Si el fiador despues de recibido llegase al estado de insolven-

Art. 13. — Véase Código Francés, arts. 2018 y 2019. — Napolitano, arts. 1890 y 1891. — Italiano, arts. 1901 y 1905. — Holandés, arts. 1864 y 1865. [De Goyena 1740°].

Art. 14. — Código de Chile, art. 2337. — Zachariæ, § 757, nota 1°. [De Massé, citando á]. — Troplong, n°s 40 y 202. — En contra, Pothier, *Obligaciones*, n° 393.

Art. 15. — Véase LL. 41, Tít. 2°, Part. 3ª, y 2ª, Tít. 3°, Lib. 2°, Fuero Real. [De Goyena, y de Acevedo 2105°]. — Cód. de Chile, *inciso* [léase § 2°] del artículo citado. — Troplong, n° 591 [y vé n° 592, y á Pont, n° 445].

---

tiene conexion con la obligacion ó proviene de una causa estraña á la deuda afianzada. Vé á Maynz, § 318 nota 2ª (§ 263 notas 2ª y 3ª, 4ª edicion); Troplong y Pont sobre el artículo 2016 Francés; Zachariæ, § 757 n° 3°; Freitas 3301°, y Goyena bajo su artículo 1738.

Por lo demas, Aubry y Rau y demas jurisconsultos franceses solo están de acuerdo con nuestro artículo en el caso de fianza *indefinida*, y le contradicen en el de fianza *definida*.

[19] Presentan ejemplos de fianza legal los artículos 118, 211, 302, 967, 1297, 1121, 1427, 2001, 2853, 2862, 2969, 3387 é implícitamente el 3855. El artículo 3940 exige fianza ó el depósito de una suma en garantía.

La caucion *damni infecti* ya no existe (nota al art. 1133).

[20] Tales son, la de arraigo, de pagar lo juzgado y sentenciado *(judicatum solvi)*, la de cárcel segura, la de *non offendendo*, la de saneamiento y la de la ley de Toledo; materia propia del procedimiento.

[21] En esta materia el arbitrio judicial no podrá ménos que tomar en cuenta la importancia de la deuda, así como los compromisos que pesen sobre el fiador y los gravámenes que reconozcan sus bienes; porque puede acontecer que los inmuebles se hallen en litigio, ó estén sobradamente afectados, ó que el crédito sea aparente; miéntras que deberia admitirse como fiador abonado al que presentase en prenda fondos públicos, alhajas ú otro bien mueble que garantiese plenamente su responsabilidad (art. 2002 inc. 2°). Puede verse el Código de Luisiana 3034°.

[22] Puede verse á Pont, n° 150.

[23] Grande es el poder discrecionario acordado aquí á los jueces, quienes, cuando el acreedor se oponga, deben apreciar, para resolver, todas las circunstancias de cada caso, procurando conciliar la garantía suficiente del acreedor con la situacion especial del deudor: vé nuestra nota 21, y compara con el artículo 2856, que no admite la hipoteca por no durar mas que diez años (art. 3199); y con el artículo 118, que como el 2041 francés, tiene en cuenta el caso de que el deudor no pueda encontrar fiador.

Los artículos 211, 302, 967, 1297, 2805, 3157, 3387, 3136 y 3855 ofrecen casos de fianzas regidas por el presente.

cia, puede el acreedor pedir que se le dé otro que sea idóneo. *De Goyena* 1741°; *Cód. Francés, allí, inc.* 1°. [Vé arts. 3161 y 3217]. [24]

2004. Art. 17. — En las obligaciones á plazo [25] ó de tracto sucesivo, el acreedor que no exigió *fianzas* al celebrarse el contrato podrá *exigirla,* [26] si despues de celebrado, el deudor se hiciera insolvente ó trasladase su domicilio á otra Provincia. *De Goyena* 1742°.

Art. 16. — Cód. Francés, art. 2020. — Italiano, art. 1906. — Napolitano, art. 1892. — Holandés, art. [1866 y no] 1886. — De Luisiana, art. 3012. — Por Derecho Romano la disposicion del artículo solo tenía lugar en la fianza legal y judicial, y no en la convencional, LL. 3ª al fin, Tít. 1°, 4ª, Tít. 5°, Lib. 36 [léase 46], Dig., y 4ª, Tít. 4°, Lib. 36, idem. [De Goyena, allí].

Art. 17. — Véase Goyena, art. 1742. — Por Derecho Romano el que se obligó sin prometer fiador, no puede ser compelido despues á darlo, salvo por justa causa, al arbitrio del juez, como si pendiente el plazo ó la condicion, se advirtiera que el deudor venia á insolvencia [De Goyena, allí], *como se ha dicho en la nota al artículo 16* [no se dice tal cosa].

---

[24] Creemos con Pont, nos 144 y 145, que debe este artículo esplicarse por el 2000, de manera que su pensamiento se vierta así: « Si el fiador dejase de ser idóneo, puede el acreedor exigir otro que lo sea ». Efectivamente, si en garantía de la deuda afianzada, el artículo 2000 requiere que el fiador reuna precisamente dos condiciones, domicilio en el lugar del pago y bienes raices ó un crédito indisputable de fortuna; nada mas justo que, faltando alguna de estas condiciones *en las fianzas legales ó judiciales*, se exija otro fiador que las reuna, ó á lo ménos la adicion de otra garantía (fianza, depósito, prenda ó hipoteca: art. 2002) complementaria, por analogía de lo dispuesto en el artículo 3161.

En cuanto á la fianza convencional presentamos una solucion en parte análoga: para que proceda el reemplazo, es preciso que el fiador vea descender su activo hasta mas abajo de su pasivo (nuestra nota 14 al art. 963 n° 1°); y cuando cambie de domicilio ó desmejore su situacion pecuniaria á punto de inspirar sérios y justos temores al acreedor, podrá este pedir un suplemento de garantía, como en el caso de fianza legal ó judicial (arg. del art. 2001).

La falencia, aunque no importe necesariamente insolvencia, la hace presumir (dicho art. 963 n° 1° y nota), y casi siempre será muy justo exigir el reemplazo del fiador en quiebra, como lo dispone el artículo 1548 del Código de Comercio, y nunca debiera negarse la garantía complementaria.

Por último, pensamos que la idoneidad requerida por nuestro artículo en el nuevo fiador se determinará por el criterio que el inciso 2° del artículo 2000 suministra, puesto que la fianza que pudo ser aquí *convencional* se trasforma en *legal* hasta cierto punto. Es tambien la única pauta que el legislador ofrece para calificar esa *idoneidad.*

El Código Francés, 2020° inciso 2°, y los que le siguen, como nuestro Código Comercial, 609° § 2°, Goyena y el artículo 2319 chileno, exoneran al deudor de presentar nuevo fiador en reemplazo del insolvente, cuando este último fué dado á pedido del acreedor. Esta escepcion, que no tenia una razon sólida en que fundarse, no ha sido aceptada por nuestro artículo.

[25] En estas puede optar por el derecho que los artículos 572 y 573 acuerdan al acreedor, y rara vez dejará de hacerlo.

Goyena sostiene « que por igualdad de razon habrá de regir lo mismo en las obligaciones condicionales »; es decir, en las que son bajo condicion suspensiva, y suponiendo que el deudor no haya hecho ya tradicion del bien prometido.

Este artículo, como el 1197, constituye una novedad interesante en garantía del acreedor.

[26] Hay que leer *exigirlas*, como está en Goyena, ó poner *fianza* en vez de *fianzas*. Por lo demas á esta fianza legal (nuestra nota 19) es aplicable el artículo 2002 inciso 2°.

2005. Art. 18. — La fianza será solidaria con el deudor principal, cuando así se hubiese estipulado, ó cuando el fiador renunciare el beneficio de escusion de los bienes del deudor, ó cuando el acreedor fuese la hacienda nacional ó provincial. *Freitas* 3309° *n*°s 1° *y* 4°. [Art. 2015 n°s 1°, 2° y 9°]. [27]

2006. Art. 19. — La solidaridad á la cual el fiador puede someterse, no le quita á la fianza su carácter de obligacion accesoria, y no hace al fiador deudor directo de la obligacion principal. [28] La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, [29] con escepcion de la privacion del beneficio de escusion y del de division. *Aubry, allí, nota* 7ª; *Freitas* 3310°. [30]

2007. Art. 20. — Cuando álguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificacion de fiador, [32] será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los co-deudores solidarios. *Freitas* 3311°. [Vé arts. 699 á 717]. [33]

2008. Art. 21. — La fianza puede contratarse en cualquiera forma verbalmente.

Art. 19. — Aubry y Rau, § 423. — Segun Duranton, Tom. 18, n° 332, y Zachariæ, [§ 757 n° 4° y no] § 423, el fiador solidario debia, en sus relaciones con el acreedor, ser considerado en todo respecto como co-deudor solidario, no conservando su calidad de fiador, sinó respecto del deudor principal. Esta opinion es contraria á la naturaleza de las cosas. La fianza no es sinó una obligacion accesoria, y debe guardar siempre este carácter esencial, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas mas ó menos rigorosas, bajo las cuales se ha constituido. El artículo no tiene otro objeto que colocar respecto al derecho del acreedor, al fiador solidario, [31] y rehusarle la facultad de prevalerse del beneficio de escusion de que goza el simple fiador. [De Aubry, allí, nota 7ª, refiriéndose al art. 2021 francés].

Art. 20. — Troplong, 522 [léase 523]. — Aubry y Rau, 423, nota 7ª al fin. [Están en contra].

---

[27] En fianza comercial hay siempre solidaridad (art. 611), salva la interpelacion judical del deudor; y la fianza de una letra de cambio, ó pagaré á la órden (art. 916 § 1° de Cód. de Comercio) constituye el aval, regido por el artículo 858 del mismo Código.

[28] Así, como obligacion accesoria, ni puede ser mas estensa que la del deudor principal (art. 1997), ni puede sobrevivirle (arts. 2044 y 525). Así tambien hay disposiciones peculiares á la fianza, como son los artículos 2037, 2048, etc.; y otras peculiares á los deudores solidarios, como es la de los artículos 713 y 3996, que no es estensiva á la interrupcion obrada contra el fiador (art. 3999).

[29] Tales son, por ejemplo, los artículos 2022 á 2025.

[30] Cuando existia la solidaridad legal entre co-fiadores, se esplica la division de la responsabilidad entre ellos por via de *beneficio*, ó de una escepcion que era indispensable oponer, so pena de perderla. Pero hoy que la division entre los co-fiadores, que no se han obligado solidariamente, se opera *ipso jure* (art. 2026), no existe ya la escepcion del *beneficio de division*.

[31] *En igual línea que al co-deudor solidario*, agrega Aubry; y de otro modo el sentido queda trunco.

Por lo demás, es cierto que el fiador solidario tiene muchos puntos de semejanza con el co-deudor solidario.

[32] *Sermo rei non res sermoni subjicitur* (nota 9ª hácia el art. 1144).

[33] Así, le será aplicable el artículo 715, y no los artículos 2022 á 2024.

Es entendido que no le compete el beneficio de escusion (art. 2015 n° 3°), puesto que no es fiador.

por escritura pública ó privada ; [34] pero si fuese negada en juicio, solo podrá ser probada por escrito. *De Freitas* 3315°. [35]

2009. Art. 22. — Las cartas de crédito no se reputan fianzas, sinó cuando el que las hubiese dado declarase espresamente que se hacia responsable por el crédito. *Freitas* 3320° § 1°. [36]

2010. Art. 23. — Las cartas de recomendacion en que se asegura la probidad y solvencia de álguien que procura *créditos*, [37] no constituyen fianza. *De Freitas* 3321° § 1°; *Aubry* § 424 *nota* 2ª. [38]

2011. Art. 24. — Si las cartas de recomendacion fuesen dadas de mala fé, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las suscribe será responsable del daño que sobreviniese á las personas á quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado. *De Freitas* 3322°. [39]

2012. Art. 25. — No tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dió la carta probase que no fué su recomendacion la que *condujo* [40] á tratar con su recomendado, ó que despues de su recomendacion le sobrevino la insolvencia al recomendado. *Freitas* 3323°.

---

[34] Estas palabras son tomadas del número 137 de Troplong.

[35] Código de Comercio 605°. Aunque su valor no esceda la tasa de la ley (art. 1194), como dice Freitas. Nuestro artículo está redactado en términos absolutos, y se aplicará aunque la fianza importe ménos de doscientos pesos: argumento del 2248°. Vé nuestra nota al citado artículo 1194.

Cuando haya habido imposibilidad de obtener ó presentar prueba escrita del contrato (art. 1193), será permitido valerse de todos los medios probatorios, y cuando se presentare un principio de prueba escrita (art. 1193 inc. 2°), serán admisibles las demas pruebas como complemento: argumento del artículo 1192. Troplong, n° 135 y demas jurisconsultos franceses establecen el principio de que la prueba de la fianza está sujeta á los principios del derecho comun, que reglan la prueba de los contratos. Vé artículo 1664.

¿El artículo 1185 n° 10 será aplicable á la fianza, en su caso?

El testo absoluto de nuestro artículo no permite semejante escepcion, y así lo hemos establecido en la nota 89 á dicho número 10.

[36] Si no ha hecho tal declaracion, el dador de la carta de crédito queda sujeto á los deberes y tiene los derechos de un mandante en relacion al girado, á cuyo cargo dió la carta. De Freitas, allí, § 2°; y puede verse el artículo 3321 § 2° del mismo.

Los artículos 625 á 631 del Código de Comercio legislan diversa y poco científicamente esta materia.

[37] Léase *crédito*, como está en Freitas y lo reclama la propiedad del lenguaje.

[38] Tampoco importan una carta de crédito ó un mandato, ni producen accion ú obligacion: argumento de los artículos 1895, 2011 y 2012. Código de Comercio 632°. En contra, Código Prusiano, Parte 1ª, Título 14, artículo 213.

[39] O por su falta de probidad, si fué esta garantida engañosamente. Este artículo tiene grande analogía con el 1895 y hasta cierto punto está comprendido en él. En ambos, la responsabilidad por los perjuicios proviene, no del mandato, fianza ó garantía, sinó del acto doloso, ilícito.

[40] *Indujo*, diría probablemente el original.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS QUE PUEDEN SER FIADORES

2013. Art. 26. — Todos los que tienen capacidad para *contratar* empréstitos, [41] la tienen para obligarse como fiadores, sin diferencia de *casos*, [42] con escepcion de los siguientes: —

1° Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial y aunque la fianza no esceda de quinientos pesos; [Vé art. 135]. [43]

2° Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de las personas jurídicas que representaren; [Vé art. 37 y nota al 39]. [44]

3° Los tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el juez; [Arts. 297, 450 n° 9° y 475]. [44]

4° Los administradores de sociedades si no tuviesen poderes especiales; [Vé arts. 1696, 1699 y 1883 n° 14]. [44]

5° Los mandatarios en nombre de sus constituyentes, si no tuviesen poderes especiales; [Art. 1883 n° 14].

6° Los que tengan órdenes sagradas cualquiera que sea su gerarquía, á no ser por sus iglesias, por otros clérigos, ó por personas desvalidas. *Freitas* 3291°, *escepto n°s 2° y 8°*. [45]

Art. 26. — LL. 1ª y 2ª, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 6ª, Tít. 18, Lib. 3°, Fuero Real, y véase LL. 4ª y 5ª, Tít. 11, Part. 5ª.

---

[41] Como el Código no establece quienes son los que tienen capacidad para contratar empréstitos de consumo ó de uso (comodato ó mútuo; Freitas se refiere á este último), tendrémos que referirnos á la regla general del artículo 1161, y decir con el artículo 2018 francés, que los que tienen capacidad para contratar, la tienen para afianzar, con las escepciones siguientes... El artículo 1806 establece lo mismo respecto á la donacion, que es el tipo de los contratos gratuitos, á cuyo número pertenece regularmente la fianza.

Eliminando, por tanto, la palabra *empréstitos*, la disposicion quedará irreprochable.

En cuanto á los cónyuges, no vemos dificultad en que el marido afiance las deudas de su mujer *anteriores* al matrimonio (vé art. 1281). Respecto á las posteriores, la fianza seria escusada y sin objeto (vé arts. 1282 y 1283).

La mujer, curadora de su marido, puede afianzar aun á su marido por las deudas contraidas ántes ó despues del matrimonio: artículo 1287 y su argumento. La mujer separada de bienes y divorciada podria afianzar, segun el artículo 210, miéntras que por el artículo 1303 sostendriamos que no le es lícito, pues la fianza convencional no es un acto de administracion: argumento del número 1° de este artículo. Vé nuestras notas á los artículos 210, 1303 y 1360, así como los artículos 1882 y 1883 n° 11.

[42] Por error de cópia se ha puesto *casos* en vez de *sexos*, como está en Freitas y lo exige el sentido mismo.

[43] Pueden contraer deudas hasta 500 pesos; pero no afianzar aunque sea por menor cantidad, porque la fianza es un contrato muy peligroso, y á diferencia del mútuo, generalmente en beneficio ajeno.

[44] Todos estos son mandatarios: artículos 36, 37, 1702 y 1872.

[45] Siendo los clérigos *seculares* capaces para celebrar cualquier contrato, ninguna razon séria aparece para inhabilitarlos de ser fiadores. Respecto á los religiosos profesos ó clérigos *regulares*, vé el artículo 1161 y nuestra nota (ª) al artículo 55.

CAPÍTULO II

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

2014. Art. 27. — El fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor, sin prévia escusion de todos los bienes del deudor. *Goyena* 1743°, *etc.*

2015. Art. 28. — No le es necesaria al acreedor la prévia escusion en los casos siguientes : — *De Goyena y Freitas.*

1° Cuando el fiador renunció espresamente este beneficio ;

2° Cuando la fianza fuese solidaria ; *Goyena* 1744° *n°s* 1° *y* 2°. [Arts. 2005 y 2006].

3° Cuando se obligó como principal pagador ; *Freitas* 3329° *n°* 2°. [47]

4° Si como heredero sucedió al principal deudor ; *Freitas, allí, n°* 3°. [48]

5° Si el deudor hubiese quebrado, [49] ó se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligacion ; *Goyená, n°* 3°, *y de Freitas* 3334° *n°* 2°. [50]

Art. 27. — L. 9ª, Tít. 12, Part. 5ª. — Novela 4ª, Cap. 1°. — Cód. Francés, art. 2021. — Italiano, art. 1907. — Napolitano, art. 1839 [léase 1893]. — Holandés, art. 1868. — De Luisiana, art. 3014. — Prusiano, art. 283, Tít. 14, Parte 1ª. [De Goyena 1743°].

Art. 28. — Véase Cód. Francés, art. 2021. Los artículos 355 y 356 del Código de Austria exoneran al acreedor de la escusion de los bienes del deudor, cuando este quebrare ó fuere desconocido su domicilio. — El Holandés, art. 1869 : « Si el deudor se hallase en estado de insolvencia. » — El Código de Prusia, art. 297, Tít. 14, Part. 1ª : « En caso de quiebra, ó de no poder accionar contra el deudor en el Reino. » La L. 9ª, Tít. 12, Part. 5ª, manda : que hallándose ausente el deudor, pueda el fiador pedir al juez plazo conveniente para presentarlo ; y no haciéndolo en el plazo dado, pierde el beneficio de escusion. La simple ausencia del deudor, del lugar en que deba hacerse el pago, no impide que el acreedor pueda demandarle miéntras conste su domicilio dentro de la República, y por esto no aceptamos la disposicion de la Ley de Partida. [46] — El Cód. de Holanda : « Si la fianza es judicial », [el citado] art. 1869. [De Goyena 1744°]. — Sobre la ausencia del deudor, L. 9ª, Tít. 12, Part. 5ª [citada].

---

[46] Y sin embargo, en el número 5° de este artículo 2015 se establece que si el deudor se halla *ausente de su domicilio* al cumplirse la obligacion, no es necesaria la escusion prévia de sus bienes. Solo entendiendo la *ausencia del domicilio* como equivalente á ausencia en el estrangero, puede armonizarse esta nota del Dr. Velez con la disposicion del citado número 5°. Compara con la nota 50, y con el artículo 2087 de Acevedo.

[47] No teniendo en este caso mas que el nombre de fiador (art. 2007), este número pudo y debió omitirse.

[48] A no ser que hubiese aceptado la herencia con beneficio de inventario: artículos 3373, 3375 y su argumento.

[49] Aunque hubiese obtenido concordato (Freitas, allí) ; salvo el caso escepcional de que hubiese satisfecho á sus acreedores privilegiados, y colocádose en notoria solvencia, para cubrir recien el crédito comun afianzado. Vé el artículo 572.

No seria prudente equiparar en este caso la mera insolvencia con la quiebra, en tanto á lo ménos que la insolvencia no fuese caracterizada por la cesion de bienes ó concurso general de acreedores : nota al artículo 1986. Vé el 2016 siguiente.

[50] O mejor dicho, al tiempo de hacer el acreedor efectiva la obligacion. Vé la crítica de nuestra nota 46 ; bien entendido que el testo formal de este número debe prevalecer en todo caso. Vé la nota siguiente.

Otra gran duda suscita esta disposicion no bien meditada, y es si bastará una ausencia transitoria y en la misma Provincia. Pensamos que no bastará, en tanto que el deudor no haya fijado su domicilio en la nueva residencia.

6° Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro de la República; *Goyena, n°* 4°. [51]

7° Si la obligacion afianzada fuere puramente natural; *Freitas* 3329° *n°* 6°. [52]

8° Si la fianza fuere judicial; *Cód. Francés* 2042°, *etc.*

9° Si la deuda fuere á la hacienda nacional ó provincial. [53]

2016. Art. 29. — Si los bienes del deudor se hallasen fuera del territorio de la Provincia, ó de la Capital de la República donde el juez ejerza su jurisdiccion, ó si estuviesen embargados por otro acreedor, ó dependieren en alguna manera de otro juicio, no será necesaria la escusion de esos bienes para exigir al fiador el pago de la obligacion. *De Cód. Francés* 2023° *inc.* 2°, *y Chile* 2359°. [54]

2017. Art. 30. — Aunque el fiador no sea reconvenido podrá requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda para que proceda contra el deudor principal, y si el acreedor no lo hiciere, el fiador no será responsable por la insolvencia del deudor sobrevenida durante el retardo. *Chile, allí.* [55]

2018. Art. 31. — Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente, y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho á que se escutan no solo los bienes del deudor afianzado por él, sinó tambien los de sus co-deudores. *Chile, allí.* [56]

Art. 30. — Cód. de Chile, art. 2356. [Goyena 1757° n° 5°].

Art. 31. — Cód. de Chile, art. 2362. — « Pothier, *Obligaciones*, n° 413. » [Troplong, n° 270].

---

[51] Esto tendrá lugar, cuando esté domiciliado en el estrangero y no tenga bienes en la Provincia ó en la Capital de la República (arts. 2016 y 2028 n° 4°). La incongruencia de este número con la segunda parte del número anterior, viene á corroborar lo dicho en las notas 46 y 50.

[52] Porque no es exigible del deudor: vé artículos 517 y 518.

[53] Este número es inútil, pues está comprendido en el segundo. Vé los artículos 2005 y 2006.

El *fiador puede* compensar la obligacion que le nace de la fianza con lo que el acreedor le deba, dice el artículo 829; pero este último no puede oponer la misma compensacion, miéntras los bienes del deudor principal no estén escutidos, pues hasta entónces no tiene el acreedor su derecho espedito contra el fiador, y puede decirse que el crédito no es aun exigible (art. 819), y que la obligacion del fiador no es pura, ni siquiera líquida, segun el artículo 2019. En contra, Freitas 3329° n° 4°, siguiendo á Troplong, n° 235, etc.

Pero cuando el fiador no goce del beneficio de escusion, es indudable que el acreedor puede oponerle la compensacion. Vé nuestra nota 94.

El fiador tampoco puede oponer el beneficio de escusion al adquirente de una cosa, cuya eviccion afianzó, cuando intenta contra este la reivindicacion, dice tambien Freitas en su número 5°. Esta doctrina es ménos aceptable aun que la anterior, y el Codificador argentino hizo bien en no aceptarla.

[54] Vé el artículo 2028; y puede verse á Goyena 1745° y Freitas 3334°.

[55] El artículo 2020 debió formar parte del presente, pues viene á importar casi lo mismo. Ambos guardan gran semejanza con el 2015, si no se hallan en él comprendidos, y pueden referirse tambien al 2018.

[56] Esta solucion se desvia de los principios sin razon alguna.

El que ha afianzado á un co-deudor solidario, no á afianzado á los demas: la correalidad,

2019. Art. 32. — Si los bienes escutidos no produjeren sinó un pago parcial, el acreedor estará obligado á aceptarlo, y no podrá reconvenir al fiador, sinó por la parte insoluta. *Chile, allí; Troplong, nº* 244. [57]

2020. Art. 33. — Si el acreedor es omiso ó negligente en la escusion, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador. [58]

2021. Art. 34. — El fiador del fiador goza del beneficio de escusion tanto respecto del fiador como del deudor principal. *Chile, allí; Goyena* 1749º; *Freitas* 3331º. [59]

2022. Art. 35. — Aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al acreedor todas las escepciones propias, y las que podria oponerle el deudor principal *en la fianza simple,* [60] escepto solamente las que se funden en su incapacidad. *Freitas* 3339º; *Aubry* § 426 *nota* 11; *Cód. Francés* 2036º. [Vé art. 829]. [61]

Art. 32. — Cód. de Chile, art. 2364.

Art. 34. — Cód. de Chile, art. 2366 [arg. del art. 2013 francés].

Art. 35. — L. 15, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 13, Tít. 18, Lib. 3º, 4 Fuero Real. [De Acevedo 2089º]. — L. 19, Tít. [1º, Lib. 44] 44, Lib. 43, Dig. — « Troplong, nº 522 ». — Aubry y Rau, § 423 y nota 7ª.

---

que es un vínculo completamente estraño á él, no puede favorecerle ni perjudicarle. Su obligacion de fiador se estingue una vez que queda libre su afianzado (vé arts. 2045 y 2048), y puede aquella continuar, á pesar de quedar libres los demas co-deudores; como sucederia en los casos de nulidad declarada (art. 703): vé el artículo 1196. El derecho del acreedor, por su parte, tampoco puede ser limitado por la circunstancia de la correalidad, que se estipula precisamente para mayor facilidad y garantía (art. 725).

Lo contrario seria borrar la diferencia que existe entre el que ha afianzado á un deudor y el que lo ha hecho con todos (vé art. 1198), diferencia que el artículo 2034 hace resaltar perfectamente. Compara con Pont, nº 183, y Aubry y Rau, § 427 nota 4ª, 4ª edicion: en contra, Freitas 3330º, etc.

[57] Si el fiador ha garantido solo una parte de la deuda, es claro que su responsabilidad no pueda ir mas allá, si no es por la parte de intereses que pueda corresponderle (art. 1999). Compara el número 216 de Troplong con el artículo 3338 de Freitas.

[58] Vé nota 55, *supra.*

[59] Porque es fiador de ambos: inmediatamente del fiador, y mediatamente del deudor principal. De modo que perdido el derecho de escusion respecto al uno, puede conservarse respecto al otro. Así, en los casos del artículo 2015 nº 5º, 6º y 7º solo conserva el derecho de escutir los bienes del fiador, y parece indudable que en los demás casos de dicho artículo, lo pierde absolutamente.

Ninguna observacion puede hacerse sobre la aplicabilidad del artículo 2018 al fiador de un fiador solidario con otros, ya que el sub-fiador puede conservar el beneficio, aunque el fiador lo haya perdido. Vé el artículo 2013 francés.

Esto convence de que, cuando el fiador no goce del beneficio de escusion (art. 2015), convendrá siempre estipular que tampoco goce de él el sub-fiador, á fin de que su garantía presente toda la eficacia y facilidad apetecibles. Vé el artículo 2013, y nuestra nota al 883.

[60] El artículo 2006 hacia esto innecesario; si bien las palabras en bastardilla no se encuentran en Freitas. Por esto la cita de Aubry es la misma aquí que al pié del artículo 2006, y la de Troplong, bajo el 2007.

[61] Es aquí aplicable nuestra nota 6ª al artículo 703.

De esta última parte del artículo se colige que el fiador de una persona relativamente

2023. Art. 36. — El fiador puede oponer en su nombre personal todas las escepciones que competan al deudor, aun contra la voluntad de este. *Aubry, allí.* [Vé art. 1996 inc. 2°].

2024. Art. 37. — La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripcion de la deuda, [62] ó de *toda* otra causa de liberacion, [63] ó de la nulidad [64] ó rescision de la obligacion, no impide que el fiador haga valer esas escepciones. *Aubry, allí, nota* 15.

2025. Art. 38. — El fiador puede intervenir en las instancias entre el acreedor y el deudor, sobre la existencia ó validez de la obligacion principal; y si no hubiese intervenido, las sentencias pronunciadas no le privan de alegar esas escepciones. *Aubry, allí, y* § 769 *nota* 39. [65]

2026. Art. 39. — Si hubiese dos ó mas fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir á ninguno de ellos sinó la cuota que le corresponda. [66] Todo lo dispuesto en el Título 12 de esta Seccion [67] es aplicable á los fiadores *simplemente mancomunados.*

Art. 36. — L. 15, Tít. 12, Part. 5ª. [De Acevedo 2089°]. — Aubry y Rau, § 426 y nota 14.

Art. 37. — Aubry y Rau, § 426. — « Merlin, *Verb. Caution*, § 4° n° 3° ».

Art. 38. — Aubry y Rau, § 426.

Art. 39. — « L. 10, Tít. 1°, Lib. 10, Nov. Rec. — Cód. de Chile, art. 2367. — En contra, « L. 8ª, Tít. 12, Part. 5ª. — Instit., § 4°, Tít. 21, Lib. 3°, y todos los Códigos [68] estrange-

---

incapaz, puede alegar las demas escepciones que á esta competan, como es muy justo; y que hay impropiedad en el final del artículo 1996, cuando dice que el fiador de un incapaz es responsable *como único deudor;* puesto que no puede ser de peor condicion que el fiador solidario ó el garante de una obligacion natural en que se trueca la obligacion anulada del que tiene incapacidad relativa (art. 515 n° 1°): artículo 2005, 2006, 2015 n° 7°, su argumento, y argumento del presente.

[62] Artículo 3965. Pont, n° 429, sostiene la tésis contraria con razones de bastante peso. Entónces quedarian siempre al fiador los recursos que los artículos 2048, 965, 968, 2027 y 2028 le acuerdan.

[63] Vé artículo 724.

[64] Es decir, de la nulidad ó anulabilidad absolutas, porque el deudor puede renunciar á la relativa sin que el fiador pueda hacerla valer: artículo 1996 y nota 14. Compara con Pont, n° 425, que como los demas autores franceses, trata con bastante confusion la materia de nulidad (nota 20 al art. 1048).

[65] Aprovecha de las sentencias favorables (art. 2044 y su arg.) y las adversas no le dañan, como en el caso análogo del artículo 2879. Adviértase que los efectos de la cosa juzgada son una materia propia mas bien de la ley adjetiva ó de procedimiento, y como tal de particular incumbencia de las Provincias: vé las notas 19 y 20 al artículo 1883 n° 3°.

[66] Código Chileno, artículo citado, § 1°. Vé nuestra nota 30 y el artículo 701.

[67] Léase: *Título 15, Seccion 1ª, Parte 1ª* « De las obligaciones *simplemente mancomunadas* » (arts. 690 á 698; al 691 alude la nota del Dr. Velez); pues la referencia del testo vendria á corresponder al Título subsiguiente, artículo 2072, etc.

[68] Código Francés 2025°; Freitas 3312°, etc.

CAPÍTULO III

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

2027. Art. 40. — El fiador podrá pedir al deudor la exoneracion de la fianza, cuando han pasado cinco años desde que la dió, á no ser que la obligacion principal sea de tal naturaleza, que no esté sujeta á estinguirse en tiempo determinado [69] ó que *ella* [70] se hubiese contraido por un tiempo mas largo. *Cód. Com.* 619° *n°* 4°; *Cód. Francés* 2032° *n°* 5°; *Goyena* 1757° *n°* 6°, *y Chile* 2369° *n°* 4°.

2028. Art. 41. — El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor, ó la exoneracion de la fianza [72] en los casos siguientes: —

1° Si fuese judicialmente demandado para el pago;

2° Si vencida la deuda, el deudor no la pagase;

3° Si disipare sus bienes, ó si emprendiese negocios peligrosos, ó los diese en seguridad de otras obligaciones; [73]

ros ». — Véase Proyecto de Goyena, art. 1750. — El Código de Chile, aunque conforme con la primera parte del artículo, es contrario á la segunda, y dispone que la insolvencia de uno de los fiadores sea soportada por los otros. Lo contrario hemos establecido en el artículo 5° del Título citado. [Art. 694].

Art. 40. — L. 14, Tít. 12, Part. 5ª, deja este tiempo al arbitrio del juez. La L. 8ª, Tít. 18, Lib. 3°, Fuero Real, señala un año. [De Acevedo 2097°]. Este término es tambien el que señala el Cód.° de Prusia, art. 359, Tít. 14, Parte 1ª. — Esceptúanse los [dos] casos: 1° cuando la fianza no ha sido gratuita sinó onerosa [de Goyena, allí]; [71] 2° cuando el acreedor en el contrato exigió la fianza de determinada persona, y el fiador afianzó la obligacion conociendo que se exigia su fianza.

---

[69] Como el 2032 francés, nuestro artículo no ha evitado la tacha de estar redactado confusamente.

Si la fianza fué contraida por tiempo determinado, no hay cuestion (art. 1198). Si la deuda tiene un término determinado ó indeterminado, como la garantía de una tutela ó de una renta vitalicia, aunque hayan trascurrido los cinco años, la fianza subsiste con la obligacion principal. Cuando la deuda no tiene un término para su vencimiento, ó su duracion es absolutamente indeterminada, pasados los cinco años, el fiador podrá exigir del deudor, que le exonere de la fianza.

Se obtiene la exoneracion, ó por el pago efectivo ú otro arreglo entre el deudor y acreedor, ó suministrando aquel á su fiador los fondos ó medios de satisfacer al acreedor. En defecto, podrá el fiador obtener el embargo de los bienes del deudor hasta la cantidad suficiente: argumento del artículo 2028.

[70] Es decir, la obligacion principal, como trae el Código Chileno, de quien los tres últimos renglones son copiados.

[71] Este caso, previsto en el artículo 620 del Código de Comercio, el del fiador que se obligó contra la voluntad del deudor (art. 2029) ó ignorándolo este, y ménos aun el del fiador exigido determinadamente por el acreedor, no caben en la letra de nuestro artículo. Su testo, como el del artículo 2028 siguiente, es limitativo, y solo el legislador puede crear escepciones, pues no admiten mas interpretacion que la restrictiva, muy léjos de ser susceptibles de estension. *Sunt strictissimæ interpretationis.*. Vé nuestras notas 15 al artículo 22 y 12 al 509.

[72] Es decir, que *el deudor* le exonere de la fianza; no el acreedor (nuestra nota 69, al fin).

[73] Si asímismo su solvencia fuese indiscutible, no procederia la disposicion de este número. — Faltaria la razon de la ley, que es garantir al fiador.

4° Si quisiere ausentarse fuera de la República, no dejando bienes raices suficientes y libres para el pago de la deuda. *Freitas* 3344°. [74]

2029. Art. 42. — El derecho declarado al fiador en el artículo anterior, no comprende al fiador que se obligó contra la voluntad espresa del deudor. *De Chile* 2369° *n°* 5° § 2°; *Freitas* 3347° § 1°. [75]

2030. Art. 43. — Si el deudor quebrase ántes de pagar la deuda afianzada, el fiador tiene derecho para ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada. *Freitas* 3346°; *Troplong*, *n°* 396. [76]

2031. Art. 44. — El fiador que pagase la deuda afianzada, aunque se hubiese obligado contra la voluntad del deudor, [77] queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores á la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesion alguna. Esta disposicion comprende los privilegios de la hacienda pública, tanto nacional como provincial. *Freitas* 3348°. [Vé art. 2034 inc. 2°].

2032. Art. 45. — El fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede exigir todo lo que hubiese pagado por el capital, intereses y *costas*, y los intereses

Art. 41. — Véase Cód. Francés, art. 2032. — Italiano, art. 1919. — Napolitano, art. 1904. — Holandés, art. 1811 [léase 1880]. — De Luisiana, art. 3026. — De Austria, art. 1365. — L. 14, Tít. 12, Part. 5ª. — LL. 38 y 56, Tít. 1°, Lib. 17, Dig., y L. 10, Tít. 35, Lib. 4°, Cód. Romano. [De Goyena 1757°].

Art. 42. — Véase L. 12 al fin, Tít. 12, Part. 5ª. [De Acevedo 2096°. La cita del Código Chileno es errada].

Art. 44. — LL. 11, Tít. 12, Part. 5ª, y 4ª, Tít. 18, Lib. 3°, Fuero Real. — Por estas leyes el fiador tenia que pedir la cesion de las acciones del acreedor para poder demandar á los co-fiadores. [De Acevedo 2091°]. — Conforme con el artículo, Cód. Francés, art. 2029. — Italiano, art. 1919 [léase 1916]. — Napolitano, art. 1901. — De Austria, art. 1358. — Holandés, art. 1877. — Prusiano, arts. 338 y 339, Tít. 14, Parte 1ª. — El Derecho Romano y de Partida no daban accion alguna, cuando el fiador hubiese dado la fianza contra la voluntad del deudor. — L. 12 citada de Partida. [De Goyena 1753° y 1752°].

---

[74] Chile 2369° n° 5°. Nuestro artículo no seria aplicable á la obligacion natural (vé artículos 517, 518, 2015 n° 7° y su arg.); pero sí á la obligacion nula confirmada, y á la anulable y á la absoluta ó relativamente nula, en cuanto no se opusieren las correspondientes escepciones.

[75] Pero estos Códigos le privan tambien del derecho acordado por el artículo 2027. Vé nuestra nota 71.

[76] Si el acreedor no ocurriere al concurso. Freitas y Troplong, allí; Pont, n° 287.

[77] Esto no es incongruente con el artículo 2029, y armoniza con el 768 n° 2°, que á diferencia del número 3° inaplicable aquí, no hace distincion alguna.

Justo es que el fiador que se obligó contra la prohibicion espresa del deudor (art. 2029 citado) no pueda tomar las medidas precaucionales del artículo 2028, *ántes de haber pagado*.

Pero despues que paga, como deudor subsidiario que es, justo es tambien que reemplace y subrogue á quien ha beneficiado, en lo cual el deudor nada pierde (arg. del art. 2038).

Los artículos 729 y 768 n° 3° no son aquí aplicables, porque se refieren á un tercero no interesado, y el fiador ni es tercero y tiene necesidad de pagar lo afianzado. Vé nuestra nota siguiente.

legales desde el dia del pago, como tambien la indemnizacion de todo perjuicio que le hubiese sobrevenido *por* motivo de la fianza. *Freitas* 3352°. [78]

2033. Art. 46. — Si el fiador pagó ántes del vencimiento de la deuda, solo podrá cobrarla despues del *reconocimiento* de la obligacion del deudor. *De Freitas* 3354°; *Chile* 2373°; *Goyena* 1756°. [79]

2034. Art. 47. — El que ha afianzado á muchos deudores solidarios, puede repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que hubiese pagado. El que no ha afianzado sinó á uno de los deudores solidarios queda subrogado al acreedor en el todo; [80]

Art. 45. — L. 12, Tít 12, Part. 5ª. — Instit., § 6°, Tít. 21, Lib. 3°. — Cód. Francés, art. 2028. — Italiano, art. 1915. — Napolitano, art. 1900. — Holandés, art. 1876. — De Luisiana, art. 3021. [De Goyena 1752°].

Art. 46. — L. 16, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 22, Tít. 1°, Lib. 17, Dig. [De Goyena, allí].

---

[78] Cuando el fiador se obligó contra la espresa prohibicion del deudor, no debiera tener mas derecho que el acordado por el artículo 728, y tal situacion exigia una legislacion idéntica á la del artículo 2305 (nota 7ª al artículo 728 citado).

Por lo demas, si de las circunstancias ú otras pruebas resulta demostrado que el fiador tuvo realmente el propósito de hacer una liberalidad al deudor, exonerándole con relacion al acreedor, el fiador carecería de recurso contra el deudor.

Requerimos la prueba, porque en derecho las liberalidades no se presumen (art. 1820 y su arg.). En contra, Toullier, XI, 55 y 62; Zachariæ, § 761 nota 2ª; Aubry y Rau, § 427 notas 14 y 15, 4ª edicion.

Si el fiador se obligó por interés hácia el acreedor y con la mira de garantirle el pago de un crédito dudoso, su situacion, cuando ha pagado la deuda, es mas bien la de un cesionario. Su accion contra el deudor será prescriptible, no tendrá derecho á daños y perjuicios, y el deudor podrá oponerle las escepciones que podria invocar contra el acreedor (art. 1476). Vé á Pont, n° 246 y Troplong, n°s 374 y 375.

Si, en fin, el fiador se obligó en su propio interés y se hizo pagar por el deudor á quien afianzó, las relaciones entre ambos serian las que la locacion de servicios establece, y no el mandato ó la gestion de negocios. Vé la Ley 12, Título 12, Partida 5ª.

El fiador tiene derecho á los intereses de todo lo desembolsado, sea como mandatario ó como gestor de negocios: artículos 1952, 2300 y nota 29 al artículo 623.

Nuestro artículo revela que el fiador está obligado á pagar las *costas* causadas por las gestiones del deudor, contra lo establecido por la nota del Dr. Velez al artículo 1999.

Se refiere á capital é intereses, porque legisla el caso mas frecuente de una deuda pecuniaria: en el caso del artículo 1994 no se habrá abonado mas que una suma única, á título de daños y perjuicios.

En *la indemnizacion de todo perjuicio* se comprende lo que haya pagado por los daños y perjuicios que originó el deudor: vé nuestra nota 18.

[79] Pero estos Códigos se refieren al vencimiento simplemente, y no exigen el *reconocimiento*, palabra que parece un simple error de cópia. Lo mismo Duranton, XVIII, 349. Vé el artículo 727 inciso 3°.

[80] Pero solo en relacion al deudor afianzado: de los demas solo puede repetir la parte que les toque, de conformidad á la disposicion del artículo 717, combinada con la del 689: final del presente artículo. Compara con el artículo 2018 y nuestra nota á él. Vé tambien nuestra nota siguiente.

Los co-deudores podrán, pues, oponer al fiador las escepciones que tuviesen contra su co-deudor afianzado: argumento del artículo 2041. Compara con el artículo 2031.

pero no puede pedir contra los otros, sinó lo que correspondiese [81] al deudor afianzado. *Freitas* 3363°; *Cód. Francés* 2030° *y su arg.*

2035. Art. 48. — Si el fiador hiciese el pago sin *consentimiento* [82] del deudor, y este ignorándolo pagase la deuda, el fiador en tal caso no tiene accion contra el deudor; pero le queda á salvo el recurso [83] contra el acreedor.

Si el fiador paga sin dar conocimiento al deudor, este podrá hacer valer contra él todas las escepciones que hubiera podido oponer al acreedor. *Goyena* 1755°. [84]

2036. Art. 49. — Tampoco el fiador podrá exigir del deudor el reembolso de lo que hubiese pagado, si dejó de oponer las escepciones que no fuesen personales ó suyas propias, que sabia tenia el deudor contra el acreedor, ó cuando no produjo las pruebas, ó no interpuso los recursos que podrian destruir la accion del acreedor. *De Freitas* 3359° *n°* 4° *y* 3262°. [85]

Art. 47. — Cód. Francés, art. 2030. — Italiano, art. 1917. — Napolitano, art. 1901 [léase 1902]. — De Holanda, art. 1878. — De Luisiana, art. 2023 [léase 3023. De Goyena 1754°].

Art. 48. — Cód. Francés, art. 2031. — Italiano, art. 1918. — Napolitano, art. 1903. — De Holanda, art. 1879. — Prusiano, art. 349, Tít. 14, Parte 1ª. — Austriaco, art. 1361. — L. 29, [§ 3°], Tít. 1°, Lib. 17, Dig. — Véase L. 15, Tít. 12, Part. 5ª. [De Goyena, allí].

Art. 49. — L. 15, Tít. 12, Part. 5ª. [De Acevedo 2095°]. — Aubry y Rau, § 427.

---

[81] Es decir, lo que correspondiese *pedir* al deudor afianzado, como se ha esplicado en la nota precedente. Porque respecto al fiador que paga, se produce aquí una especie de doble subrogacion: el fiador subroga *al acreedor* en el todo, pero solo respecto al co-deudor garantido, y ejerce las acciones de este último en virtud del artículo 1197.

[82] Por error de cópia se ha puesto *consentimiento*, en vez de *conocimiento*, pues aunque el deudor se opusiera, el fiador está obligado á pagar.

[83] El recurso de repeticion, como pagado indebidamente. Código Francés 2031° citado, etc.; Chile 2376°.

[84] Este párrafo no es congruente con el artículo 2037, que legislando el mismo caso, exige una doble circunstancia para negar la repeticion contra el deudor: un pago oficioso y sin dar conocimiento al deudor.

[85] Vé nuestra nota 91. Freitas 3360° § 2°, se limita en tal caso á autorizar al deudor á oponer al fiador las escepciones que pudo oponer á este, como hace el artículo 2037 siguiente. Y á la verdad esto es lo único justo, y es agravar demasiado la condicion del gratuito fiador que ha sido demandado y dado conocimiento de ello al deudor (arg. del art. 2037), obligarle á que haga á su costa la defensa de su afianzado, quizá insolvente, empeñándose en pleitos de dudoso éxito que comprometan su tranquilidad, su crédito y hasta su patrimonio, bajo la gravísima pena de perder todo derecho de repeticion contra el deudor. Esto es invertir los roles, violentando la naturaleza de las cosas, y por otra parte, el fiador no se obligó á la eviccion. Compara con el artículo 2114.

Otra cosa seria, si á sabiendas, ó por un error imputable ó por colusion pagó la deuda, cuando estaba ya estinguida.

Por otra parte, se coarta por demas la defensa del fiador y se le empeña en cuestiones intrincadas, al autorizar á su protegido á que le discuta si produjo las pruebas ó interpuso los recursos que, se dice, podian destruir la accion del acreedor. ¿Cuáles son estas pruebas y recursos?

Vé el número 338 de Troplong, donde Freitas bebió su doctrina discretamente; á dife-

2037. Art. 50. — Cuando el fiador ha pagado sin haber sido demandado, y sin dar conocimiento al deudor, no podrá repetir lo pagado, si el deudor probase que al tiempo del pago, tenia escepciones que estinguian la deuda. *Aubry, allí, nº 2º ; Cód. Francés* 2031º § 2º. [86]

2038. Art. 51. — El fiador puede repetir lo pagado contra el deudor, aunque haya pagado sin ser demandado, y sin ponerlo en su conocimiento, con tal que del pago no se haya seguido al deudor perjuicio alguno. *Goyena, en su art.* 1755. [87]

CAPÍTULO IV

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS CO-FIADORES

2039. Art. 52. — El co-fiador que paga la deuda afianzada, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra los otros co-fiadores, para cobrar á cada uno de estos la parte que le correspondiese. *Freitas* 3365º § 1º. [Art. 771, 3ª]. [88]

2040. Art. 53. — El fiador que paga mas de lo que le corresponde, es subrogado por el esceso, en los derechos del acreedor contra los co-fiadores, y puede exigir una parte proporcional de todos los co-fiadores. *Chile* 2378º; *Pont, nº* 311. [89]

Art. 50. — Aubry y Rau, lugar citado.

Art. 51. — L. 16, Tít. 12, Part. 5ª. [De Goyena, allí].

Art. 52. — Véase L. 11, Tit. 12, Part. 5ª. [Cód. Francés 2033º ; Goyena 1758º § 1º].

Art. 53. — La Ley citada de Partida. [De Acevedo 2098º].— Cód. de Nueva York, § 675.

---

rencia de Massé y Vergé nota 1ª al § 761 de Zachariæ, y Pont, nºs 250 y 251, que copian á Troplong sin discernimiento.

Aubry y Rau no apoyan la disposicion escepcional é injustificable de nuestro artículo ; y la Ley 15 de Partida citada la contradice en parte.

[86] Vè lo dicho en nuestra nota 84. Este artículo debió refundirse con el § 2º del artículo 2035, y complementarse con el 2036 (nota 85).

[87] Los artículos 2113 y 2114 inciso 2º ofrecen disposiciones análogas á la presente, y confirman el axioma del derecho francés, *sans intérêt point d'action* (nota 54 al art. 1169).

Por lo demas, es la Ley 13 de Partida la que autoriza el reembolso del fiador, en cuanto el deudor haya utilizado.

[88] Todos los Códigos niegan la subrogacion al fiador que pagó voluntariamente, ó fuera de los casos del artículo 2028. En presencia del 2041, tal escepcion no es justa ni necesaria, y nuestro artículo ha hecho perfectamente en no aceptarla.

Para la aplicacion de este artículo no se tiene en cuenta si los fiadores son ó no solidarios : artículo 717 combinado con el 689 y su argumento.

[89] En la fianza solidaria, convenido ; pero cuando los fiadores son simplemente mancomunados, hay tantas deudas distintas como fiadores (arts. 691 inc. 2º y 2026) ; y el fiador que pagase íntegra la deuda ó mas de lo que le corresponde, no debiera quedar subrogado en los derechos del acreedor *contra sus co-fiadores* (arts. 693, 729 y su arg.), sinó *contra el deudor* (arts. 727 y 2031). Verdad es que en la disposicion escepcional del artículo 768 nº 3º cabe cómodamente el artículo que ahora consideramos.

2041. Art. 54. — Al fiador que hubiese hecho el pago podrán los otros co-fiadores oponerle todas las escepciones que el deudor principal podria oponer al acreedor; pero no las que fuesen meramente personales á *este*. *Freitas* 3368° § 1°; *Chile* 2379°; *Goyena* 1759°; *Vaud* 1511°. [90]

2042. Art. 55. — Tampoco podrán oponer al co-fiador que ha pagado, las escepciones puramente personales [91] que correspondiesen á él contra el acreedor, y de las cuales no quizo valerse. *Chile* 2379° § 2°, *y Freitas* 3368° § 2°.

2043. Art. 56. — El sub-fiador en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable á los otros co-fiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador. *Goyena* 1760°; *Chile* 2380°; *Freitas* 3369°. [92]

CAPÍTULO V

DE LA ESTINCION DE LA FIANZA

2044. Art. 57. — La fianza se estingue por la estincion de la obligacion principal, [93] y por las mismas causas que las obligaciones en general, [94] y las

Art. 54. — Véase L. 15, Tít. 12, Part. 5ª. [De Goyena, allí].

Art. 56. — Cód. de Vaud, art. 1573 [léase 1513. De Goyena, allí].

---

[90] Es decir, las escepciones que no sean puramente personales al deudor principal, ó sean las que se fundan en su incapacidad relativa (art. 2022 al fin), cuyo ejercicio es privativo de aquel.

[91] El artículo 2036 denomina á estas escepciones *personales* ó *suyas propias* (del fiador ó co-fiador); y son la incapacidad relativa, el beneficio de competencia, fianza con plazo vencido, etc. Vé nuestra nota 104.

[92] Salvo el beneficio de escusion, que segun el artículo 2021 pueda corresponderle.

[93] Porque siendo una obligacion accesoria, no puede subsistir sin la principal (arts. 525, 1988, 1992 y 1996).

Esto sucede en los casos de los artículos 763, 803 inciso 1°, 852, 885, 2019, 2051, 2052, 1996 citado, etc. En cuanto á la *confusion*, vé el artículo 2050. Prescrita la deuda, queda libre el fiador, que puede siempre oponer esa escepcion (arts. 3965 y 2022), é interrumpida la prescripcion, la obligacion se mantiene tambien contra el fiador (art. 3999). Tanta es la dependencia y ligámen que la obligacion del fiador tiene con la de su fiado.

[94] Aquí la obligacion del fiador se estingue directamente, en sí misma, abstraccion hecha de su carácter de obligacion accesoria, *por las mismas causas que las obligaciones en general*, enumeradas en el artículo 724 y sus notas; como son el pago, bajo todas sus formas (pago efectivo, pago por consignacion ó por intimacion judicial, dacion en pago y beneficio de competencia), la transaccion, *renuncia* y remision, imposibilidad del pago, vencimiento del plazo resolutorio ó cumplimiento de la condicion resolutoria y nulidad.

La novacion en el acreedor solo puede presentarse como una variedad de la *renuncia* á la fianza.

Pero la obligacion del fiador no se estingue por la prescripcion directa de la fianza (arg. del art. 3999 inc. 2°; Troplong, n° 340 nota 4ª), ni por la confusion (vé art. 2050).

La compensacion estingue la fianza solo cuando el fiador mismo la opone ó la consiente (art. 829 inc. 1°), ó cuando carezca del beneficio de escusion, ó se conozca ya el resultado de esta; pudiendo llegarse al pago ó imputacion de pago por la via de la *reconvencion*, deducida por el acreedor.

obligaciones accesorias en particular. *Freitas* 3370° *n*os 1° *y* 2°; *Aubry* § 429. [95]

2045. Art. 58. — La fianza se estingue tambien, cuando la subrogacion *á* los derechos del acreedor, como hipoteca, privilegios, etc., se ha hecho imposible por un hecho positivo, ó por negligencia del acreedor. *Aubry* § 429 *nota* 5ª; *Pont*, *n*os 367 *á* 380. [Vé art. 1484].

2046. Art. 59. — El artículo anterior solo es aplicable *respecto* á las seguridades y privilegios constituidos ántes de la fianza, ó en el acto en que esta se dió, y no á las que se dieran al acreedor despues del establecimiento de la fianza. *Aubry, allí.*

Art. 57. — Instit., al principio del Tít. 30, Lib. 3°. — Cód. Francés, art. 2034. — Italiano, art. 1925. — Austriaco, art. 1363. — De Nápoles, art. 1906. — Holandés, art. 1827 [léase 1882. De Goyena 1761°].

Art. 58. — Cód. Francés, art. 2037. — Italiano, art. 1928. — Napolitano, art. 1909. — Holandés, art. 1885. — De Luisiana, art. 3031. — Pothier, *Obligaciones*, n° 557. — Merlin, *QQ. Verb. Solidarité*, § 5°. — Toullier, Tom. 7°, *pág.* [léase n°] 172. — Duranton, Tom. 18, n° 382. [De Goyena 1766°, y Aubry, allí]. — Troplong piensa que no hay en la ciencia del derecho una doctrina mas falsa y mas funesta que la que funda el artículo del Código Francés, que es el mismo que el nuestro, y no concibe cómo ha podido encontrar partidarios. Dice así: « El fiador no tiene un derecho *a priori*, un derecho adquirido á la cesion de los derechos del acreedor. La fianza es un contrato unilateral: el fiador se obliga hácia el acreedor, mas este no contrae ninguna obligacion con el fiador, ni nada le promete. Las garantías estipuladas con el deudor principal, han sido en su interés esclusivo. El no promete al fiador conservarlas intactas, para poder mas tarde, hacer cesion de ellas. Desde entónces puede usarlas como mejor le parezca, puede dejarlas perder, sin que el fiador pueda quejarse de sus actos. Sin duda, que si él posee esas garantías en el momento que el fiador le pague, debe cedérselas, porque esa cesion no le causa ningun perjuicio: habria dolo por su parte en rehusarlas; pero con tal que él las ceda en el estado en que se encuentren en el momento del pago, satisface plenamente á lo que la equidad puede exigirle. Por lo tanto, el acreedor puede renunciar á las hipotecas y privilegios que tenia en seguridad de su crédito; y esta renuncia á sus garantías no libra al fiador ». *Cautionnement*, n° 557 y siguientes.

Mourlon ha escrito una larga y profunda disertacion contra la opinion de Troplong, que se halla en el tomo 3° de la *Revista Crítica de Legislacion*, pág. 290. Sin duda que la persona que afianza una deuda ya garantizada con prenda ó hipoteca, cuenta con estas garantías para asegurar su recurso contra el deudor. En esta confianza es que consiente en prestar su responsabilidad; y no es justo que el acreedor por su hecho lo prive de la eficacia, ó de la realidad de las garantías que contaba, cuando contrajo su obligacion para su propia seguridad.

Las consideraciones en que se funda Troplong, son especiales al Derecho Romano. Todo el mundo sabe en efecto, que una estipulacion regularmente hecha en cuanto á la forma, producia una obligacion general, ó tan restringida como lo fuese la espresion gramatical de que las partes se hubiesen servido en la interrogacion y la respuesta. Así, si un tercero prometia pagar por el deudor, la insolvencia de este quedaba á cargo del fiador en todos los casos, cualquiera que fuese el orígen de ella, y aunque proviniese del hecho positivo del acreedor. Estaba obligado á todo evento, porque los términos de su promesa eran generales y sin límites. La ley, fijándose esclusivamente en el sentido gramatical de las palabras empleadas, prescribia á los jueces cómo debian entender la estipulacion. En una palabra, las obligaciones tenian por principio generador, no la intencion real de las partes, sinó la fórmula hablada. Pero hoy es otra cosa; la estipulacion romana ha pasado. La intencion espresa ó tácita de las partes es el principio generador de la obligacion.

Art. 59. — Aubry y Rau, § 429 y nota 7ª. — Troplong, n*os* 570 y 574 [léase 571]. — En contra, Zachariæ, Tom. 3°, pág. 166. — Duranton, Tom. 18, n° 382. [96]

---

[95] Estas palabras, que son una verdadera redundancia, no pertenecen á Freitas ni á Aubry. « La fianza se acaba, dice simplemente el artículo 621 del Código de Comercio, siempre que se estingue la obligacion principal á que adhiere, y en general de los mismos modos que las otras obligaciones ».

[96] Solo Mourlon, *De la subrogation*, página 526 y siguientes, Zachariæ, § 763 nota 5ª y Pont, n° 377 están á favor del artículo: los demas autores franceses están en contra, y lo mismo Freitas en su artículo 3342, que es tomado de Troplong.

2047. Art. 60. — Cuando la subrogacion *á* los derechos del acreedor solo se ha hecho imposible en una parte, el fiador solo queda libre en proporcion de esa parte. *Aubry, allí, nota* 9.

2048. Art. 61. — La próroga del plazo del pago *hecho* por el acreedor, sin consentimiento del fiador, estingue la fianza. *Goyena, allí; Freitas* 3375°. [97]

2049. Art. 62. — La estincion de la fianza por la novacion [98] de la obligacion hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor la hiciese con reserva de conservar sus derechos contra el fiador. *Freitas* 3376°. [99]

2050. Art. 63. — La reunion en una misma persona de la calidad de deudor

Art. 60. — Troplong, n° 527 [léase 572]. — Pothier, *Obligaciones*, n° 557. [Pont, n°s 374 y 375].

Art. 61. — L. 10, Tít. 18, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 2097°, 6°]. — Véase Proyecto de Goyena, art. 1765. — En contra, Cód. Francés, art. 2039. — Italiano, art. 1930. — Napolitano, art. 1911. — Holandés, art. 1887. — De Luisiana, art. 3032. [De Goyena, allí]. — Pothier, *Obligaciones*, n° 407.

Art. 62. — Troplong, n°s 579 y 583. — En contra, Duranton, tomo 18, n° 333 [léase 383. Este número y el 583 citado son relativos á nuestro artículo 2052].

---

[97] Podria arguirse contra la resolucion del artículo, diciendo que la próroga puede concederse de hecho, dejando pasar el vencimiento sin cobrar, lo que importa lo mismo que una próroga indefinida, y debiera producir idénticos efectos; y si esto fuese cierto, la fianza habria estinguídose, y el número 2° del artículo 2028 careceria completamente de razon de ser.

Ademas, la próroga del plazo del pago no importa una novacion (art. 812 inc. 2°) y subsistiendo la obligacion principal, parece muy justo que la accesoria deba mantenerse (art. 2044, su argumento, y nuestra nota 93): nota 10 al artículo 812.

Sin embargo, es cierto, como observa muy bien el Dr. Velez en la nota al artículo 3153, que á nada repugna que la obligacion accesoria muera ántes que la principal.

Sobre todo, debe suponerse muy justamente que el fiador solo ha querido responder hasta una época dada, hasta el vencimiento del plazo, y si bien el fiador tiene siempre el recurso del artículo 2028 n° 2° citado, una obligacion indefinida seria sumamente gravosa. Vé nuestra nota 10 al artículo 812.

Cuando la moratoria ha sido concedida contra la voluntad del acreedor pignoraticio, ó por resolucion del Juez de Comercio, falta la razon de la ley, y es indudable que la fianza debe subsistir; salvo el derecho del artículo 2028 n° 2° citado. Vé los artículos 1745 y 1628 inciso 1° del Código de Comercio, que arguyen á favor de nuestra tésis; así como nuestra nota 103.

Por lo demas, el consentimiento del fiador puede ser espreso ó tácito (art. 1146), pues el artículo, á diferencia de Freitas, no exige que sea espreso.

En el presente artículo debe leerse *hecha,* y mejor aun *acordada,* en vez de *hecho.*

[98] Artículo 803 inciso 1°. En los casos de los artículos 812 inciso 2° y 813 no hay novacion, y la fianza subsistirá, sin que la condicion del fiador pueda por ello agravarse mediante estipulaciones á que ha permanecido estraño.

Si la novacion es anulada, creemos que la fianza revivirá con la obligacion primitiva: *quod nullum est nullum producit effectum:* artículos 1051, 213 inciso 2°, 868 y su argumento. El 2052 suministra, sin embargo, un argumento en contrario: vé nuestra nota 105.

[99] Esto se deducia tambien del artículo 803, incisos 1° y 2°.

y fiador, [100] deja subsistentes las hipotecas, las fianzas y todas las seguridades especiales dadas al acreedor por el fiador. *Aubry, allí, nota* 4ª. [Vé arts. 3193, 865 y 867]. [101]

2051. Art. 64. — La renuncia onerosa ó gratuita del acreedor al deudor principal, estingue la fianza, [102] con escepcion de las renuncias en acuerdo de acreedores, [103] aunque ellas importen la remision de la deuda y aunque los acreedores no se reserven espresamente sus derechos contra el fiador. *Freitas* 3387° §§ 1° y 2°; *Pont* n°s 406 y 407. [104]

2052. Art. 65. — Si el acreedor acepta en pago de la deuda otra cosa que la que le era debida, aunque despues la pierda por eviccion, queda libre el fiador. *Cód. Francés* 2038°; *Goyena* 1763°; *Freitas* 3373°. [Arts. 783, 854, 855 y 2116]. [105]

Art. 63. — Aubry y Rau, § 429. — [Citando á] Troplong, n° 488. — Duranton, tomo 12°, n° 376. — Toullier, Tom. 7°, n° 427. [Vé Cód. Francés, 2035°; Goyena 1762°].

Art. 65. — Cód. Francés, art. 2030. — Italiano, art. 1920 [léase 1929]. — Napolitano, art. 1910. — Holandés, art. 1886. — De Luisiana, art. 3031. — La accion que tendria el acreedor por la eviccion de la cosa recibida en pago, es distinta de la que el fiador habia afianzado. [De Goyena, allí]. Pero si la eviccion tuviese lugar respecto á la cosa debida en la obligacion, la fianza continuaría. — Zachariæ, § 763 nota 6ª.

---

[100] Y *la de* fiador, léase. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 3446.

Si el fiador de un incapaz, llega á ser heredero de este, no le valdria obtener la anulacion de la obligacion principal, pues quedaria siempre obligado como fiador (art. 1196 inciso 3°). Y en general, el acreedor podria siempre demandar la separacion de patrimonios, para pagarse con preferencia á los acreedores del heredero (deudor ó fiador), en quien se operó la confusion de ambas calidades: artículo 3435.

El fiador de una obligacion de hacer podrá optar tambien entre cumplirla ó pagar los daños y perjuicios: artículo 1994, nota 10 y su argumento.

[101] La razon de este artículo es que no puede haber confusion, donde existen dos obligaciones distintas.

[102] Artículos 525 y 881, inciso 1°. Aunque al hacerla el acreedor se reserve espresamente su derecho contra el fiador. *Lex non distinguit*: argumento del artículo 2049. Troplong, n° 505. Pont, n° 407 citado. Aubry y Rau § 323, nota 23, 4ª edicion. Massé y Vergé, en contra de Zachariæ, § 569 nota 13.

Si la remision es parcial, la fianza subsistirá por lo que quede á deberse al acreedor.

[103] Código de Comercio, 978° y 1628°. Troplong, n° 504. Pont, n° 406 citado. Esto es aplicable aun á los acreedores que hubiesen estado en favor de la *quita* ó *remision*, por no ser una renuncia espontánea, sinó impuesta por las circunstancias. *Lex non distinguit*: artículos 976, 978 y 1628 del Código de Comercio.

[104] ¿Y las consecuencias del beneficio de competencia (arts. 799 y 800) aprovecharán tambien al fiador? Parece que no, por ser un derecho personalísimo del deudor, y el fiador ha podido exigirse precisamente para asegurar el cobro de toda la deuda en tal eventualidad (nuestra nota 91).

[105] La obligacion queda estinguida (art. 2044) por la dacion en pago, con tal que esta no haya sido anulada (nuestra nota 98). Es preciso tambien que el acreedor haya procedido con espontaneidad en la dacion en pago (*si el acreedor acepta*, dice el art., aunque no agregue, voluntariamente); y el fiador no podrá prevalerse de que el acreedor se haya visto obligado á aceptar la adjudicacion judicial del inmueble hipotecado por falta de postor; con tanta mayor razon que la adjudicacion es mas bien una compra-venta forzosa,

TÍTULO XI

De los contratos aleatorios. Del Juego, Apuesta y Suerte.

2053. Art. 1°. — Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas ó pérdidas para ambas partes contratantes, ó solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto. *Freitas* 2270°.

2054. Art. 2°. — El contrato de juego tendrá lugar cuando dos ó mas personas entregándose al juego se obliguen á pagar á la que ganare una suma de dinero, ú otro objeto determinado. *Aubry* § 386.

2055. Art. 3°. — La apuesta sucederá, cuando dos personas que son de una opinion contraria sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya opinion resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero, ó cualquier otro objeto determinado. *Aubry, allí.*

2056. Art. 4°. — La suerte [1] se juzgará por las disposiciones de este Título, si á ella se recurre como apuesta ó como juego. *Freitas* 2279° *inc.* 1°. [Vé art. 2070].

2057. Art. 5°. — Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, ó de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos ó apuestas semejantes, [2] con tal que no haya habido contravencion á alguna ley ó reglamento de policía. *Freitas* 2272°; *Chile* 2263°; *Cód. Francés* 1965°. *y* 1966°. [3]

Art. 1°. — Cód. Francés, art. 1961. — Italiano, art. 1729.

Art. 2°. — Troplong, *Contratos Aleatorios,* n° 27. — Pothier, *Del Juego*, n°s 1° y 2°. — Pont, *Contrat. Aleat.*, n° 591.

Art. 3°. — Aubry y Rau, § 386. — Pont, n° 598. — Por el Derecho Romano la apuesta era válida, con tal que en su causa ó en su objeto, no fuese contraria á la ley, á la moral, ó á la honestidad pública. — L. 3ª, Dig., [tít. 43, lib. 3°] *De Aleat.* — El Derecho Francés igualó la apuesta al juego. [De Pont, n°s 601 y 602]. — Véase Pont, *Contrat. Aleat.,* n°s 599 y 601.

Art. 5°. — L. 15, Tít. 23, Lib. 12, Nov. Rec. — Véase L. 36, *Vers. otrosí,* Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1965. — Italiano, art. 1847 [léase 1803]. — Napolitano, art. 1537

---

que una *datio in solutum* (art. 2121 y arg. de los arts. 1437 y 2160 combinado con el 2157, en que se hacen dos títulos distintos de la dacion en pago y adjudicacion judicial, y se las sometc á las leyes de la venta) : no obsta el inciso último del artículo 3226, pues la compra-venta voluntaria difiere de la forzosa. Vé el citado artículo 2124.

[1] La suerte es un hecho futuro, y cuya absoluta incertidumbre escapa á toda prevision. No es un contrato especial, distinto del juego ó de la apuesta, sinó una forma de estos.

[2] Los juegos de ajedrez y de billar, en que la destreza predomina sobre el azar, siendo el segundo apto para el desarrollo corporal como lo es el primero para el desenvolvimiento y disciplina de ciertas facultades mentales, no pueden ser de peor condicion que la pelota, la lucha, la esgrima y demas juegos permitidos, aunque lo contrario opinen Pont n° 610 respecto al ajedrez, y varios escritores en relacion al billar.

[3] « Si hubo contravencion, dice el artículo chileno, desechará el Juez la demanda *en el todo* ». Pero consecuencia tan absoluta podria llegar á ser sumamente injusta, y á fomen-

2058. Art. 6°. — Los jueces podrán moderar las deudas que provengan de los juegos permitidos por el artículo anterior, cuando ellas sean estraordinarias respecto á la fortuna de los deudores. *De Goyena, allí.*

2059. Art. 7°. — La deuda de juego ó apuesta no puede compensarse, ni ser convertida por novacion en una obligacion civilmente eficaz. *Aubry* § 386 *nota* 3ª. [5]

2060. Art. 8°. — El que hubiese firmado una obligacion que tenia en realidad por causa una deuda de juego ó de apuesta, conserva á pesar de la indicacion de otra causa civilmente eficaz, la escepcion del artículo anterior, [6] y puede probar por todos los medios la causa real de la obligacion. *De Aubry, allí, nota* 5ª. [7]

2061. Art. 9°. — Si una obligacion de juego ó apuesta hubiese sido revestida como título á la órden, el suscritor debe pagarla al portador de buena fé; [8] pero

[léase 1837]. — De Holanda, art. 1825. — De Baviera, Cap. 12, Lib. 4°. — Código de Austria, art. 1771 [léase 1270]. — Prusiano, art. 577. — LL. 1ª y siguientes, Tít. 5°, Lib. 11, Dig. y 1ª y 3ª, Tít. 43, Lib. 3°, Cód. Romano. — No es fácil comprender el espíritu de la legislacion de las Partidas. Ellas guardan silencio sobre las deudas de juego; y entre tanto la L. 6ª, Tít. 14, Part. 7ª, niega toda accion por injurias ó hurto que cometieren los jugadores contra el dueño de la casa que los recibe, porque debia suponer que eran *ladrones*. La L. 10, Tít. 16 de la misma Partida, habla de los jugadores, pero tan solo de los que engañan con dados falsos, ó de otra manera semejante. [De Goyena 1700° y IV, pág. 112].

Art. 6°. — Cód. Francés, art. 1966. [4] — Italiano, art. 1848. — Véase Goyena, sobre el artículo 1701 de su Proyecto.

Art. 7°. — Aubry y Rau, § 326 [nota 11]. — Toullier, Tom. 6°, n° 339 [léase 389]. — Duranton, Tom. 12, n°s 405 y 406. [Citas de Aubry relativas á compensacion].

Art. 8°. — Troplong, *Contrat. Aleat.*, n°s 59 y 60 [á 64].—Pont, *Contrat. Aleat.*, n°s [637 y 638] 644 y siguientes. [Cita referente al art 2059].

---

tar las cábalas de la mala fé. El Juez deberia apreciar la importancia de la contravencion, tomando en cuenta las circunstancias del caso. El artículo siguiente parece suministrar un argumento en tal sentido.

[4] El inciso 2° del artículo 1966 francés no autoriza la moderacion de la deuda, sinó el rechazo absoluto de la demanda. Troplong, n° 51. Pont, n°s 619 y 620. Aubry y Rau § 386 nota 17, 4ª edicion, etc.

[5] El artículo es perfectamente cierto, tratándose de las deudas provenientes de juegos prohibidos (vé las notas á los arts. 518 y 666); pero las deudas de juego permitido, constituyen una obligacion exigible civilmente, que puede ser objeto de novacion, compensacion, transaccion y fianza, salvo el derecho de pedir su moderacion: artículos 2057 y 2058, su argumento y nota del Dr. Velez al artículo 515 *vers.* Resulta.....

Fluye de todo esto, que las deudas de juegos prohibidos son obligaciones naturales (arts. 515 n° 5° y 2065) de una clase *sui generis*, pues ni son transformables en obligacion civil, ni admiten una obligacion accesoria eficaz (art. 518 con la nota 5 y art. 666 citados).

En derecho romano eran completamente *reprobadas* (nota 13).

[6] Mas oportuna y exactamente, *la escepcion del artículo 2057, inciso 1°*, que es á la que Aubry y Rau se refieren. Vé el artículo 813 con la nota del Dr. Velez.

[7] Esto no es mas que la aplicacion del principio, que la simulacion admite todo género de pruebas: artículo 1192, al fin. Suponemos siempre que se trata de una deuda de juego prohibido: vé nuestra nota 5.

[8] Vé artículo 1440. Si el título no es á la órden, podrá, pues, oponer la escepcion de

tendrá accion para repetir el importe del que recibió el billete. La entrega de él no equivaldrá á pago que hubiese hecho. *Aubry, allí, nota* 4ª. [9]

2062. Art. 10. — No son deudas de juego, sinó las que resultan directamente de una convencion de juego ó apuesta, y no las obligaciones que se hubiesen contraido para procurarse los medios de jugar ó de apostar; y así, cuando un tercero que no es de la partida, hiciere una anticipacion á uno de los jugadores, este está obligado á pagarla, aunque hubiese perdido la suma prestada; pero no, si el préstamo se hubiese hecho por uno de los jugadores. *Aubry, allí, notas* 6ª *y* 7ª. [10]

2063. Art. 11. — El que ha recibido y ejecutado el mandato de pagar sumas perdidas en el juego ó apuestas, puede exigir del mandante el reembolso de ellas; [11] pero si el mandato hubiese sido de jugar por cuenta del mandante, ó en sociedad de este con el mandatario, no puede exigirse del mandante el reembolso de lo anticipado por el mandatario. *Aubry, allí, notas* 8ª *y* 9ª.

2064. Art. 12. — El tercero que sin mandato hubiere pagado una deuda de juego ó apuesta, no goza de accion alguna contra aquel por quien hizo el pago. *Aubry, en dicha nota.* [12]

Art. 9°. — Aubry y Rau, § 386. — Troplong, n° 61. — Pont, *Contrat. Aleat.*, n°s [638, 641 y 642] 63 y siguientes.

Art. 10. — Troplong, *Contrat. Aleat.*, n° 67. — Pont, n°s 647 y siguientes. — Aubry y Rau, § 386. — Voet, Tít. 5°, Lib. 5°. — El Código de Prusia, artículo 581, Tít. 2° [léase XI], Parte 1ª, dice así: « No hay accion alguna para pedir en justicia el reembolso del dinero prestado para jugar ó apostar. [De Goyena 1700°].

Art. 11. — Troplong, n° 73. — Aubry y Rau, § citado. — Pont, n° 650. [Citas de Aubry].

Art. 12. — Troplong, n° 72. — Aubry y Rau, § 386 nota 8ª.

---

juego prohibido ó pedir la moderacion de la suma (art. 1476); salvo la responsabilidad de los daños y perjuicios, por el cuasi-delito, y la anulacion de la cesion como dolosa (arts. 1110, 936, 942 á 944).

[9] No es novacion (art. 813) ni pago (vé art. 2065), sinó promesa de pago, y el firmante podria repetir su billete del ganador por la *condictio sine causa*. Tampoco es una dacion en pago, pues ni el billete tiene valor por sí y conteniendo el reconocimiento de la obligacion, es solo representativo de valor (arts. 779, 2315, 2319 y final del 2321 y del 2410); ni la primera obligacion queda estinguida (art. 783, etc.), ni es un crédito á favor del deudor (art. 780), sinó una promesa ó *pagaré* del mismo. Vé el artículo 2065 con sus notas.

[10] Si el jugador prestó al otro para pagar á un tercero, puede reclamar el reembolso, pues no hay ley que lo prohiba.

[11] Con tal que este mandato no sea la continuacion y complemento del mandato anterior para jugar, que el inciso 2° prevé. Pont, n° 650 § 3°; Aubry, allí, nota 3ª, 4ª edicion.

[12] No hay gestion de negocios válida ni contrato alguno sobre objetos ilícitos, como lo es pagar deudas de juegos prohibidos (art. 1168 combinado con el 954). El perdidoso puede pagarle voluntariamente, pero si se niega, solo queda una obligacion natural (nuestra nota 5ª); porque el pago oficioso no puede empeorar la condicion de aquel, ni dar al que pagó un derecho que no tenia el ganador.

El caso de mandato es muy distinto (art. 2063 inc. 1°), porque el perdidoso contrae con el mandatario una obligacion voluntaria y positiva.

2065. Art. 13. — El que ha pagado voluntariamente [13] deudas de juego ó de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos. *De Goyena* 1700° *inc.* 2°, *y Pont* n°s 652 *y* 659.

2066. Art. 14. — Esceptúase el caso en que hubiese dolo ó fraude de parte del que ganó en el juego. *De Cód. Francés* 1967° *inc.* 2°.

2067. Art. 15. — Habrá dolo en el juego ó apuesta, cuando el que ganó tenia certeza del resultado, ó empleó algun artificio para conseguirlo. *Freitas* 2275° § 1°; *Chile* 2061°. [Vé art. 1334].

2068. Art. 16. — Cuando ha habido dolo ó fraude del que perdió, ninguna reclamacion será atendida. *Freitas, allí,* § 2°. [Vé art. 933, 4ª].

2069. Art. 17. — Si el que hubiese perdido no tuviere capacidad para hacer un pago válido, sus representantes pueden reclamar lo pagado, no solo de aquellos que ganaron, sinó tambien de aquellos en cuyas casas tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios. *Aubry* § 386 *nota* 13, *y Freitas* 2276°. [14]

Art. 13. — Las citas del artículo 5°. — Cód. Francés, artículo 1967, y sobre él, Pont, *Contrat. Aléat.*, n° 651. — El Derecho Romano no solo permitia repetir lo pagado por deuda de juego, sinó que ordenaba que si el jugador ó sus herederos no ejerciesen la accion de repeticion, la ejerciesen los oficiales municipales, y empleasen las sumas producidas en trabajos de utilidad pública. — LL. 1ª, 2ª y 3ª, Cód. *De aleatoribus et alearum lusu.* [Tít. 43, Lib. 3°. De Pont, n° 594].

Art. 14. — Pont, n°s 651 y siguientes.

---

[13] Artículo 516. Con pleno conocimiento de causa ; y así debe entenderse el n° 5° del artículo 791. Pero es preciso que el pago no sea nulo por otros motivos (art. 2069 y su arg.). La ley romana autorizaba la repeticion. Savigny, « Derecho de las Obligaciones », §§ 7° y 12 ; Maynz, § 278, despues de la nota 12 (§ 193 de la 4ª edicion) ; Troplong, al artículo 1967 n°s 171 á 174.

Por lo demas, la dacion en pago es aquí equiparada al pago efectivo, aunque sea la cesion de un crédito (arts. 779 y 780) ; pero no un billete ó pagaré (nuestra nota 9). El ganador no tendria derecho á la eviccion.

Si jugando al contado, el perdidoso se apodera de su *parada* ó se la entrega el tercero depositario, el pago no existiria ; si bien habria en esto una accion reprochable, contraria al pundonor del jugador. El depósito no es mas que una promesa de pago, y este recien queda efectuado con la aprehension no contradicha por el perdidoso. Es jurídicamente falso, que importe, como dice Pont, n° 657, un *pago hecho bajo condicion*, frase contradictoria en sus términos ; y por nuestro derecho el ganador no adquiere la propiedad sinó con la tradicion (arts. 573, 3267, etc.).

Otra cosa seria, si el perdidoso, por dolo ó violencia, recuperase la cosa apostada de poder del ganador, pues éste podria entónces, como dueño reivindicarla y pedir los perjuicios y la pena del delito (arts. 1092 á 1094). En contra, Aubry y Rau, § 386 nota 20 ; Pont, n° 658 ; Zachariæ, § 715 nota 9ª, que adopta la opinion de Duranton, XVIII, 116.

Aunque la ley francesa confiere la propiedad sin tradicion, solo exime de la repeticion al que es dueño (al ganador, en nuestro caso), cuando ya se ha recibido de lo suyo. « En ningun caso, dice el artículo 1967 del Código Napoleon, el perdidoso podrá repetir lo que ha *pagado voluntariamente*... » En nuestro caso, ¿dónde está el pago ó cumplimiento voluntario de la prestacion que forma el objeto de la obligacion (art. 725) ?

[14] La ley considera aquí como delitos, actos que por sí mismos no lo son (art. 1073), ó se desvia del principio establecido en el artículo 1122 y su nota.

2070. Art. 18. — Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta ó juego, sinó para dividir cosas comunes ó terminar cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de una particion legítima, y en el segundo los de una transaccion. *Freitas* 2279° *inc.* 2°. [Vé arts. 2078 y 3464]. [15]

2071. Art. 19. — Las loterías ó rifas, cuando se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales ó reglamentos de policía. *De Freitas* 2281° *inc.* 1°.

—

TITULO XII

Del contrato oneroso de renta vitalicia

2072. Art. 1°. — Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando álguien por una suma de dinero, ó por una cosa apreciable en dinero, mueble ó inmueble que otro le da, se obliga hácia una ó muchas personas á pagarles una renta anual durante la vida de uno ó muchos individuos, designados en el contrato. *De Goyena* 1703°; *Cód. Francés, allí, y Chile* 2266° § 1°. [1]

2073. Art. 2°. — El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, pena de nulidad, sinó por escritura pública, [3] y no quedará concluido sinó por la

Art. 1°. — L. 6ª, Tít. 15, Lib. 10, Nov. Rec. — Cód. Francés, art. 1968. — Holandés, art. 1812. — Austriaco, arts. 1284 y 1285 [De Goyena, allí], y véase Duranton, Tom. 18, n° 120. — No tratamos de la constitucion de rentas perpétuas como eran los censos, porque esa clase de renta no podrá constituirse sinó sobre bienes raices; pues cuando tratemos de los derechos reales, estableceremos que en ellos no se pueden reconocer gravámenes de rentas de ninguna clase por mas de diez años. [Compara con los arts. 2615 y 2616].

Tratamos en este Título solo del contrato oneroso de renta vitalicia, porque cuando la renta se constituye gratuitamente es una donacion á plazo; y si por testamento, es tambien un legado á plazo. [2]

« Si el capital productivo de renta vitalicia no fué recibido por el deudor, sinó reconocido en mero beneficio de otro; ó si la renta vitalicia fué prometida, sin que se hubiese reconocido algun capital, no habrá renta vitalicia constituida por contrato oneroso, sinó simplemente una donacion ó un legado [á plazo. » De Freitas 2257°].

---

[15] Guardándose los artículos 837 y 838, y demas condiciones para la validez de esos actos : argumento del artículo 3161.

[1] Aunque este contrato semeje al préstamo á interés (Cód. Francés 1909°), á la compraventa aleatoria (vé art. 1407), y aun mas á la donacion con cargos (vé art. 1828 con la nota 69), ó pueda ser originada por esos contratos (arts. 2071 y 2075), tiene su naturaleza propia, y las semejanzas entre los contratos nunca puede autorizar que se les confunda, como hace Zachariæ en relacion al presente, en el § 747 nota 1ª.

Por lo demas, el artículo 2616 pareciera proscribir la renta vitalicia, y solo puede armonizarse con el presente, refiriéndole á rentas sobre inmuebles *rescatables*, muy semejantes á la venta con pacto de retroventa durante el plazo máximo de tres años (artículos 1368 y 1383).

Es aquí aplicable el artículo 746.

[2] El párrafo siguiente hace innecesario este.

[3] Artículo 1185 n° 5°. Compara con la nota del Dr. Velez al artículo 3242; y vé nuestra nota 6ª.

entrega del dinero, ó por la tradicion de la cosa, en que consistiese el capital. *Freitas* 2243°. [4]

2074. Art. 3°. — Si el precio de una renta vitalicia es dado por un tercero, la liberalidad que este ejerce por tal medio hácia la persona á cuyo beneficio la renta es constituida, es regida en cuanto á su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones generales [5] respecto á los títulos gratuitos; mas el acto de la constitucion de la renta no está, en cuanto á su validez estrínseca, sometido á las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos. *Aubry, allí, notas* 3ª *y* 4ª. [6]

2075. Art. 4°. — Tiene capacidad para contratar la constitucion de una renta

Art. 3°. — Cód. Francés, art. 1973. — Aubry y Rau, § 388. — Duranton, Tom. 18. n°s 138 y siguientes. — Así, en cuanto á la primera parte, es nula [ó anulable : arts. 1046 y 1047], cuando es hecha á favor de una persona incapaz de recibir á título gratuito. [Vé arts. 1808 á 1811]. Tambien es reducible á la tasa de la cantidad disponible [art. 1832], cuando es hecha por una persona que deja herederos forzosos. En cuanto á la segunda, la liberalidad del que constituye la renta, no está sujeta á una aceptacion espresa. [7] La razon es que, en la hipótesis de que se trata, el contrato de constitucion de una renta, es á título oneroso entre las partes principales, es decir, entre el que la constituye y el que da el precio de la renta; y la liberalidad hecha á beneficio de un tercero, no es sinó una estipulacion accesoria. La anulacion, la revocacion ó la reduccion de esta liberalidad, no influye en manera alguna sobre la eficacia del contrato, que debe ser ejecutado en provecho del que ha dado el precio de la renta, ó de sus herederos. [De Aubry, allí]. [8]

---

[4] Este contrato es, pues, un contrato real (arts. 1142, 1143 y 2192). Creemos que el artículo 2246 inciso 2° será aquí aplicable por analogía.

[5] En defecto de ellas, se generalizan los principios sobre donaciones, que son el tipo de los contratos á título gratuito.

El artículo 504 es aplicable á este caso.

[6] Como los artículos 1185 n° 5° y el 2073 precedente no distinguen, ni debieron hacerlo, preciso es convenir que la escritura pública es siempre esencial al contrato (art. 1812 n° 5°).

Respecto á las rentas adquiridas por los esposos, vé los números 698 á 701 de Pont, comparándolos con nuestra nota 10.

[7] Debe ser aceptada necesariamente con sujecion al artículo 504; pero basta que lo sea de una manera tácita (art. 1146 inc. 2°), aunque no haya recibido precisamente una anualidad. Vé el artículo 1794.

[8] Cuando la renta se constituyó por medio de una donacion con cargos, revocada la donacion principal, subsistirá la accesoria (art. 1853); y revocada la accesoria, el cumplimiento de los cargos habria llegado á ser absolutamente imposible sin culpa del deudor, y este deberia adquirir los bienes sin cargo alguno, segun el artículo 565.

Tal era la solucion exigida por los principios del derecho, pero la equidad ha podido introducir una justa desviacion en nuestro caso; ya porque la imposibilidad de pagar los cargos, no es absoluta sinó relativa al beneficiado; ya porque debe darse al contrato algun efecto, y se presume que el donante no ha debido querer ser de peor condicion que el tercero beneficiado, y puede decirse que así lo manifiesta claramente por medio de la revocacion, reemplazándole en sus derechos y asumiendo los primitivos de que se despojó.

La situacion del donatario tampoco empeora: sus obligaciones continúan las mismas (salvo el daño que sus relaciones particulares con el beneficiado pudieran acarrearle), y su deuda se estinguirá siempre con la muerte del beneficiado (arts. 2084, 2085, 2088 y su arg.).

Así se esplica la doctrina que comentamos, la cual no viene á ser sinó la generalizacion del artículo 2081.

vitalicia por dinero que diese, el que la tuviere para hacer empréstitos; [9] y tiene capacidad para obligarse á pagarla el que la tuviere para contraer empréstitos.

Tiene capacidad para constituir una renta vitalicia por venta que hiciere de cosas muebles ó inmuebles, el que la tuviere para venderlas; y tiene capacidad para obligarse á pagarlas, el que la tuviere para comprar. *Freitas* 2240° §§ 1° y 2°. [10]

2076. Art. 5°. — La prestacion periódica no puede consistir sinó en dinero; cualquiera otra prestacion en frutos naturales, ó en servicios, será pagadera por su equivalente en dinero. *Freitas* 2241°.

2077. Art. 6°. — Será nula toda cláusula de no poder el acreedor enajenar su derecho á percibir la renta. *Freitas* 2242° § 1°.

2078. Art. 7°. — La renta que constituya una pension alimenticia no puede ser empeñada ni embargada al acreedor. [Vé art. 374, etc.]. [11]

2079. Art. 8°. — Una renta vitalicia puede ser constituida en cabeza del que da el precio ó en la de una tercera persona, y aun en cabeza del deudor, ó en [la] de varios otros. Puede ser creada á favor de una sola persona ó de muchas, sea conjuntamente ó sea sucesivamente. *Aubry, allí, notas* 5ª *y* 6ª; *Freitas* 2259° *y* 2260°.

2080. Art. 9°. — El contrato de renta vitalicia será de ningun efecto cuando la renta ha sido constituida en cabeza de una persona que no existia el dia de su formacion, [12] ó en la de una persona que estaba atacada, en el momento del contrato, de una enfermedad de la que muriere en los treinta dias siguientes, aunque

Art. 5°. — Las LL. 3ª y 4ª, Tít. 15, Lib. 10 de la Nov. Rec. disponian que el capital debia precisamente ser en dinero y no en otra especie. [De Goyena 1703°. Oportuna solo para el art. 2072].

Art. 8°. — Duranton, Tom. 18, n°s 130 y 135. — Aubry y Rau, § 388. — Cód Francés, arts. 1971, 1972 y 1973 [elimínense los arts. 1973 y 1845]. — Napolitano, arts. 1843, 1844 y 1845. — Holandés, art. 1813. — La Ley 6ª, Tít. 15, Lib. 10, Nov. Rec. prohibió que los censos vitalicios se constituyesen por *dos ó mas* vidas [léase *mas de dos* vidas. De Goyena 1705° y 1703°, y Aubry, allí].

---

[9] O mejor dicho, *para dar en mútuo* (empréstitos de consumo : art. 2242). Los artículos 450 n° 8°, 475 inciso 2°, 488, 119, 135 § 3° y 1883 n° 9° son los únicos referentes á esta materia ; y es forzoso seguir la regla general del artículo 1161, en que se determina los que son incapaces para contratar ; regla muy semejante á la del artículo 1359, sobre la compra-venta, que es el tipo de los contratos *onerosos*, como es el de que ahora tratamos.

[10] Luego, la mujer separada de bienes podrá constituir el contrato oneroso de renta vitalicia sobre dinero y bienes muebles ; pero no sobre inmuebles : artículo 1303.

Los esposos entre sí, ó los padres, tutores, curadores, etc., tampoco podrán celebrar este contrato con sus representados, por vía de venta (arts. 1360 y 1361).

[11] Vé á Pont, n° 779, y á Freitas 2242°. — Es bien dudoso el acierto de disposicion tan absoluta.

[12] Falta uno de los términos hábiles para la existencia del contrato oneroso: no hay deuda á pagarse en compensacion del capital enajenado. Las partes han procedido sobre una base completamente errada, y se produce así una situacion análoga á la de los artículos 1173 inciso 1°, y 1329 inciso 1°. Vé á Pont, n° 709.

las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad. *Aubry, allí, y Freitas* 2262°. [13]

2081. Art. 10. — En el caso en que la renta se hubiese constituido á favor de un tercero incapaz de recibir del que ha dado el valor de ella, el deudor no podrá rehusar satisfacerla. Ella debe ser pagada al que ha dado el capital, ó á sus herederos hasta el momento prescrito por el contrato para su estincion. *Duranton, allí.* [14]

2082. Art. 11. — El deudor de una renta vitalicia está obligado á dar todas las seguridades que hubiese prometido, como fianza ó hipoteca, y á pagar la renta en las épocas determinadas en el contrato. *Aubry*, § 389 *n*°s 1° *y* 2°; *Freitas* 2263°. [Vé arts. 2089 y 2090].

2083. Art. 12. — La renta no se adquiere, sinó en proporcion del número de dias que ha vivido la persona en cabeza de quien la renta ha sido constituida. [15] Pero si se ha convenido que la renta fuese pagada con anticipacion, cada término es adquirido por entero por el acreedor, desde el dia en que el pago ha debido ser hecho. *Aubry, allí, nota* 1ª; *Cód. Francés* 1980°; *Nápoles* 1852°.

2084. Art. 13. — El acreedor que exija el pago de una renta vencida, debe justificar la existencia de la persona en cabeza de quien la renta ha sido constituida. Toda clase de prueba es admitida á este respecto. *Aubry, allí, nota* 2ª. [16]

Art. 9°. — Cód. Francés, arts. 1974 y 1975. — Napolitano, arts. 1846 y 1847. — Holandés, art. 1816. — Toullier, Tom. 6°, n° 47. — Aubry y Rau, § 388. — Duranton, Tom. [18] 12, n°s 144 y siguientes. [De Goyena 1706° y de Aubry].

Art. 10. — Duranton, Tom. 18 n° 142. [Troplong, n° 252; Pont, n° 697, etc.].

Art. 12. — Cód. Francés, art. 1984 [léase 1980]. — Napolitano, art. 1850 [léase 1852]. — Holandés, art. 1822. — Proudhon, *Usufruit*, Tom. 2°, n° 910. — Aubry y Rau, § 389. — Duranton, Tom. 18, n°s 173 y siguientes.

Art. 13. — Duranton, n° 183. — Cód. Francés, art. 1983. — Napolitano, art. 1855. — Holandés, art. 1824. [De Goyena 1712°].

---

[13] Puede verse el comentario de Troplong sobre el artículo 1975 francés, y á Aubry y Rau, § 388 notas 9ª á 15, cuyas opiniones preferimos á las de Pont y otros.

[14] Lo dicho en nuestra nota 8ª es aquí aplicable. Este artículo sirve de complemento al 2074 y debió seguirle.

[15] Esta disposicion es muy análoga á la del artículo 2867, y ambas difieren de la contenida en el artículo 2427 inciso 2°. Verdad es que sin violentar la naturaleza de las cosas, no puede llamarse fruto civil á las prestaciones periódicas de una renta vitalicia (Pont, n° 670, les llama *frutos)*, porque el denominado capital se halla enajenado, comprometido (vé arts. 2331 y 2332); y lo que se obtiene por enajenacion, no puede llamarse fruto. Y á la verdad, aunque esas prestaciones semejen á ellos no son mas que una obligacion á plazos y bajo condicion resolutoria. La obligacion de servir la renta es un *ente moral*, como la denominan Pothier, Pont y otros, ni mas ni ménos que cualquiera otra obligacion ó deuda.

[16] Por nuestro derecho se admite toda clase de pruebas para justificar los actos jurídicos que no sean contratos ó testamentos (nota 96 hácia el art. 1191), y con mayor razon para probar un hecho puro y simple (notas del Dr. Velez á los artículos 2298 y 2521), como es la existencia de una persona (nota del mismo al art. 3618).

Este inciso 2° ha podido, pues, omitirse.

2085. Art. 14. — La obligacion de pagar una renta vitalicia se estingue por la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida. *Aubry*, § 390 *nota* 1ª.[17]

2086. Art. 15. — Cuando la renta vitalicia fuese constituida á favor de dos ó mas personas para que la perciban simultáneamente, se debe declarar la parte de renta que corresponda á cada uno de los pensionistas, y si el pensionista que sobrevive tiene derecho *á* acrecer. A falta de declaracion se entiende que la renta les corresponde por partes iguales, y que cesa en relacion á cada uno de los pensionistas que falleciere. *Freitas, allí.*

2087. Art. 16. — Cuando la renta vitalicia es constituida en cabeza de dos ó mas, á favor del que da el precio de ella ó de un tercero, la renta se debe por entero, hasta la muerte de todos aquellos en cabeza de quienes fué constituida. *Duranton, allí.*

2088. Art. 17. — Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero, llega á morir ántes que este, la renta pasa á sus herederos hasta la muerte del tercero. *Aubry*, § 390 *nota* 3ª ; *Freitas* 2269°.

2089. Art. 18. — Si el deudor de una renta vitalicia no da todas las seguridades que hubiere prometido, ó si hubiesen disminuido por hecho suyo las que habia dado, el acreedor puede demandar la resolucion del contrato, y la restitucion del precio de la renta. *Aubry, allí.* [18]

Art. 14. — Cód. Francés, art. 1982.

Art. 15. — Duranton, Tom. 18, desde el n° 134, demuestra que en la materia no hay derecho de acrecer. — En contra, Troplong, n° 245. — Aubry y Rau, § 90 [léase 390]. — Pothier, *Rent. Viag.* n°s 241 y siguientes. — Freitas, en el artículo 2261 de su Proyecto de Código Civil, resuelve lo mismo que Duranton. Nosotros aceptamos esa resolucion, fundándonos en que cuando una cosa divisible es debida á dos personas sin solidaridad, los principios deciden que no es debida sinó la mitad á cada una de ellas, y que cada una de ellas no puede exigir sinó la mitad. El derecho de la una es independiente del derecho de la otra: puede subsistir cuando el otro se estinga; pero subsistirá tal como era. El uno no recibe en su derecho ni estension, ni restriccion por la muerte del otro acreedor. Su mancomunidad no es solidaria, y el objeto de la obligacion, la renta, es divisible. [18]

Art. 16. — Duranton, Tom. 18, n° 133. — En este caso solo hay un acreedor. Designando dos personas en lugar de una sola, ha querido únicamente aumentar la duracion de la renta, y no dividir el contrato en sus efectos á la muerte de una de ellas.

Art. 17. — Duranton, Tom. 18, n° 129. [Troplong, n° 238; Pont, n° 688, etc.].

Art. 18. — Cód. Francés, art. 1977. — Napolitano, art. 1849. [De Goyena 1708°]. — Aubry y Rau, § 390 y nota 5°. — Duranton, n°s 162 y 163.

---

[17] Si esta persona es el mismo acreedor, será el caso de un *derecho inherente á la persona* (art. 498).

Si la muerte es imputable al deudor, la renta se estingue tambien, pero será este responsable de los daños y perjuicios causados por su delito ó cuasi-delito (arts. 1078 y 1110). Compara, sin embargo, con los números 784 á 786 de Pont, advirtiendo que no suscribimos á la resolucion ó revocacion, por no haber disposicion legal que la autorice (arts. 2670, 2674, 1205 y su arg.), y porque traeria la inseguridad de las adquisiciones hechas por los terceros (art 2672).

[18] Compara con Pont, n° 692. Es conforme al artículo 691, y cuando la renta fué constituida á favor de un tercero, esto armoniza con el artículo 1800.

[19] Conviniendo los escritores (Troplong, n° 289; Pont, n° 734; Goyena, á su artí-

2090. Art. 19. — La falta de pago de las prestaciones, no autoriza al acreedor á demandar la resolucion del contrato, si no fué hecho con pacto comisorio. [20] El solo tendrá derecho para demandar el pago de cada una de las prestaciones no pagadas, como se procede contra cualquier deudor de sumas de dinero. *Freitas* 2267°. [Vé arts. 616, 622 y 4029]. [21]

—

TÍTULO XIII

De la eviccion

[Véase nota (*b*) ántes del art. 1218].

2091. Art. 1°. — El que por título oneroso trasmitió derechos, ó dividió bienes con otros, responde por la eviccion, en los casos y modos reglados en este Título. *Freitas* 3502°. [Vé arts. 2147 y 2148].

Art. 19. — Cód. Francés, art. 1978. — Holandés, art. 1819. — Napolitano, art. 1850. [De Goyena 1709°]. — Aubry y Rau, § 390. — Duranton, Tom. 18, n° 170. — Por la L. 1ª, Tít. 15, Lib. 10, Nov. Rec. era permitido el pacto que si la renta de un censo no se pagare al plazo determinado, la heredad cayese en comiso.

Art. 1°. — Maynz, § 295, Observacion 2ª. — « La palabra eviccion en su acepcion etimológica, que fué tambien su primera acepcion, espresa la idea de una desposesion, á consecuencia de una sentencia judicial. Pero desde mucho tiempo, dice Demolombe, la palabra eviccion ha cesado de tener en la ciencia y en la práctica la acepcion limitada que antes tenia, y se emplea al contrario, en un sentido mas estenso para designar toda especie de pérdida, de turbacion ó de perjuicio, que sufra el que adquirió la cosa. » — Tom. 17, n° 333.

---

culo 1708, etc.) en que esto no es mas que una aplicacion pura y simple del artículo 1184 francés, contrario á nuestro artículo 1205, el presente no ha debido autorizar la resolucion en este caso, ya que la falta misma de las prestaciones no da márgen á pedirla (art. 2090 siguiente) y que en otros casos la disminucion de las seguridades solo da derecho á reclamar su suplemento ó nuevas garantías (vé arts. 2003 y 3161).

De todos modos, el deudor puede impedir los efectos de la resolucion, presentando las seguridades prometidas, ó integrando las que disminuyó: argumento del artículo 3217. Troplong, n° 296; Pont, n° 741; Aubry, § 390 notas 11 y 12; etc.

Por lo demas, el acreedor no está obligado á devolver las prestaciones percibidas y tiene derecho á cobrar las adeudadas; así como el deudor le tiene á percibir los frutos. Pont, n° 747; etc.

En cuanto á las rentas devengadas durante el pleito, como la sentencia no crea sinó declara derechos, los efectos de la resolucion deben remontar á la fecha de la demanda, y el contrato dejará de producir efectos desde entónces. En contra, Pont y otros. El deudor deberá, como poseedor de mala fé, restituir los frutos percibidos desde la demanda, con sujecion á los artículos 2440 á 2442 y demas.

Por último, el artículo 2004 deberá aplicarse en su caso á la renta vitalicia.

[20] Vé los artículos 1204, 1205 y nuestra nota precedente.

[21] Respecto á la prescripcion de la deuda ó de las rentas debidas, se aplicarán los artículos 4025, 3960 y 4029. Si no se pagó renta alguna, la prescripcion corre desde la conclusion del contrato, salvo que intervenga un motivo legal de suspension. En este sentido, Aubry, § 390 al fin; etc.

2092. Art. 2°. — Responderá igualmente el que por título oneroso trasmitió inmuebles hipotecados, ó los dividió con otro, si el adquirente ó co-partícipe no puede conservarlos sin pagar al acreedor hipotecario. *Freitas* 3503° *n°* 1°.

2093. Art. 3°. — Habrá eviccion, en virtud de sentencia y por causa anterior ó contemporánea á la adquisicion, si el adquirente por título oneroso fué privado en todo, ó en parte del derecho que adquirió, *ó sufriese una turbacion de derecho en la propiedad, goce, ó posesion de la cosa.* Pero no habrá lugar á garantía, ni en razon de las turbaciones de hecho, [1] ni aun en razon de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, ó establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, ó de pretensiones formadas en virtud de un derecho real ó personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenacion. *Freitas* 3510° *n°* 1°; *Demolombe, allí, n°* 334, *y Aubry, allí, notas* 29 *á* 32.

2094. Art. 4°. — Aunque no haya decision judicial que declare la eviccion, la indemnizacion que por ella se concede al que fuese vencido, tendrá lugar cuando se hubiese adquirido el derecho trasmitido por un título independiente de la *enajenacion* que se hizo. *De Maynz, allí, nota* 21. [3]

Art. 2°. — Véase L. 63, Tít. 5°, Part. 5ª. [Cita del art. 1416]. — Troplong, *Vente*, n° 415.

Art. 3°. — O como dice Maynz [§ 297 nota 13], la eviccion debe tener por causa un vicio inherente al derecho del enajenante, § 295. — LL. 32 y siguientes, Tít. 5°, Part. 5ª. — LL. 1ª y siguientes, Tít. 2°, Lib. 21, Dig. — Cód. Francés, arts. 1626 y 1627 [léase 1528 y 1529]. — Italiano, arts. 1482 y 1483. — Napolitano, arts. 1472 y 1473. — Holandés, arts. 1526 y 1527. [De Goyena 1398°]. — Demolombe, Tom. 17, n°s 333 y siguientes. — Aubry y Rau, § 625 n° 2°. — Chabot, sobre el art. 884, n°s 2° y 4°. — Duranton, Tom. 7°, n°s 526 y siguientes. [De Demolombe, allí]. Decimos *turbacion de derecho*, es decir una demanda judicial ó estrajudicial, por la que un tercero reclamase un derecho cualquiera, como por ejemplo, si un tercero ejerciese una accion hipotecaria que lo amenazase de ser vencido en el derecho que creia tener en la cosa libre de toda carga, ó si pretendiese un derecho de propiedad en todo ó en parte, ó un derecho de usufructo, de uso ó habitacion, ó simplemente de arrendamiento. [De Demolombe, n° 334]. En fin, toda accion real, y aun las acciones personales ó posesorias que pueden ser ejercidas contra terceros, constituyen una turbacion de derecho. [De Aubry, nota 26].

En cuanto á las turbaciones de hecho, por las cuales un tercero sin pretender ningun derecho, ejerce actos indebidos, como si pasase por el fundo del propietario, la garantía entónces está en la ley misma, [2] y el propietario debe dirigirse contra el autor de las vías de hecho. [De Demolombe, n° 338. Vé art. 1530]. — Véase Demolombe, n°s 334 y *siguientes* [léase y 338].

Art. 4°. — Maynz, § 225 [léase 297]. — Troplong, *Vente*, n° 415. — La Ley Romana dice: *Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa mœus factus sit, nihilominus [mihi adversus] te actio competit.* — L. 13, Tít. 1°, Lib. 19, Dig. [en el § 15. De Maynz, allí].

---

[1] Lo restante del artículo debe eliminarse: 1° porque es meramente doctrinario; 2° porque no guarda armonía con los artículos 2096 y 2106, ó es la repeticion del 2108; 3° porque Aubry y Rau se refieren *á servidumbres pasivas, procedentes de la ley ó establecidas de una manera aparente por el hecho del hombre* (vé art. 2997), y no *á turbaciones de derecho* establecidas de una manera aparente por el hecho del hombre, como dice nuestro artículo; lo que carece de sentido.

[2] Artículo 2518. Es una aplicácion de esto el 1530.

[3] Con mas claridad y exactitud: si el que obtuvo la cosa de quien no era propietario, la adquiriese posteriormente del verdadero dueño, podrá exigir la indemnizacion del primer enajenante, sin necesidad de sentencia que declare la eviccion.

Se presupone que la primera adquisicion fué á título oneroso, ó en los casos del artí-

2095. Art. 5°. — La eviccion será parcial cuando el adquirente fuere privado, por sentencia, de una parte de la cosa adquirida ó de sus accesorios ó dependencias, ó si fuere privado de una de las cosas que adquirió colectivamente, ó cuando fuere privado de alguna servidumbre activa del inmueble, ó se declarase que ese inmueble estaba sujeto á alguna servidumbre pasiva, ó á otra obligacion inherente á dicho inmueble. *Freitas* 3511°. [Vé arts. 2127 á 2129].

2096. Art. 6°. — No habrá lugar á la eviccion, cuando un acto del Poder Legislativo, ó del Poder Ejecutivo privase al adquirente en virtud de un derecho *preexistente;* pero habrá lugar á la eviccion, si el acto que trae la privacion del derecho *no* [4] fuese fundado sobre un derecho preexistente, ó sobre una prohibicion anterior, que pertenece al *soberano* declarar, ó hacer respetar. *De Aubry, allí, notas* 16 *y* 17.

2097. Art. 7°. — Cuando el derecho que ha causado la eviccion es adquirido posteriormente á la trasmision de la cosa, pero cuyo orígen era anterior, los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias, y resolver la cuestion. *De Marcadé, allí, n°* II § 4°. [5]

Art. 6°. — Marcadé, sobre el art. 1629. — Aubry y Rau, § 355. — Véase Troplong, *Vente,* n° 423.

Art. 7°. — Véase Demolombe, Tom. 17, n°s 352 y siguientes. — Cuando, por ejemplo, la prescripcion ha comenzado respecto á la servidumbre de un predio ántes de enajenarse, y se realiza cuando ese predio está ya en poder del que lo habia adquirido. Pothier enseña que es responsable de la eviccion el que trasmitió el derecho cuando la prescripcion ha comenzado estando la cosa en su dominio; por el contrario, Troplong, *Vente,* n° 425, Duvergier, n° 314 y otros jurisconsultos sostienen que el derecho creado por una prescripcion, no existiendo sinó desde el dia en que la prescripcion se ha cumplido, la eviccion resultaria de un derecho posterior á la enajenacion, y no habría por lo tanto accion por ella. Marcadé sobre el artículo 1629, combate como exageradas ambas opiniones, y aconseja la resolucion de nuestro artículo.

---

culo 2148 (vé el art. 2147); que el primer enajenante estaba obligado á la eviccion, y por último, que el derecho del segundo enajenante era claro: artículos 2113, 2114 y su argumento.

La segunda adquisicion, sea voluntaria ó necesaria, no modifica la posicion del primer enajenante, que podrá hacer valer siempre sus derechos.

La redaccion de Maynz y de nuestro artículo dejan, pues, mucho que desear.

[4] Pero Aubry, Marcadé al artículo 1629 n° II § 5°, Troplong, etc., establecen precisamente lo contrario. Acuerdan la eviccion, si el acto del Poder Ejecutivo ó del Legislativo se funda sobre un derecho preexistente ó prohibicion anterior, que le incumbia declarar ó hacer respetar; y niegan la eviccion, cuando esta provenga de una ley nueva ó de un acto arbitrario del Poder Ejecutivo que sobrevenga inesperadamente, es decir, en distintas condiciones al supuesto anterior; pues, como caso de fuerza mayor debe soportarlo el dueño actual, *casus sentit dominus* (nota del Dr. Velez al art. 514).

[5] Los escritores se refieren al caso de una prescripcion comenzada ántes y cumplida despues de la adquisicion; y Marcadé y Demolombe, n° 354, consideran esta como una cuestion de hecho, que los Jueces deben resolver apreciando las circunstancias de cada caso, y contra el que resulte con mayor culpa y negligencia.

Será, pues, lícito al enajenante procurar la interrupcion de la prescripcion, en resguardo de futuras responsabilidades.

Creemos que el artículo 2108 deberia aplicarse en su caso, y resolverse la cuestion contra el adquirente; pues si conocia el peligro de la prescripcion, fuera una imprudencia indis-

2098. Art. 8°. — Habrá lugar á los derechos que da la eviccion, sea que el vencido fuere el mismo poseedor de la cosa, ó que la eviccion tuviere lugar respecto de un tercero, al cual él hubiese trasmitido el derecho por un título oneroso, ó por un título lucrativo. El tercero puede *en su propio nombre*, ejercer contra el primer enajenante, los derechos que da la eviccion, aunque él no pudiese hacerlo contra el que le trasmitió el derecho. *Aubry*, § 355 *notas* 22 *á* 24. [6]

2099. Art. 9°. — La responsabilidad que trae la eviccion tiene lugar, aunque en los actos en que se trasmiten los derechos, no hubiere convencion alguna sobre ella.

2100. Art. 10. — Las partes sin embargo pueden aumentar, disminuir, ó suprimir la obligacion que nace de la eviccion. *Goyena* 1398° § 3°; *Cód. Francés* 1627°, *etc.* [7]

2101. Art. 11. — Es nula toda convencion que libre al enajenante de responder de la eviccion, siempre que hubiere mala fé de parte suya. *Goyena* 1399°; *Chile* 1842°. [Vé arts. 2168 y 507]. [8]

Art. 8°. — « En contra, Pothier,' n° 98, respecto al título lucrativo. La razon en que se funda es que no hay subrogacion en los derechos. Cuando el donatario no tiene accion contra el donante, no puede tenerla contra aquel de quien el donante adquirió el derecho; y tambien porque el donatario en verdad nada pierde. Pero el que trasmite la propiedad de una cosa, se juzga que trasmite al mismo tiempo todos los derechos reales y personales que le corresponden por razon de esa cosa. En el caso del artículo, el vendedor, por ejemplo, que hubiese trasferido la cosa al donante, vendria á ser quien aprovechase de la donacion que el comprador hiciese á un tercero. — Marcadé, sobre art. 1629, n° 4°, combate la opinion de Pothier. — Lo mismo Troplong, n°s 429 y siguientes [léase n° 237]. — Duranton, Tom. 16, n°s [275 y 276] 251 y siguientes. — Duvergier, n° 343 ». [De Marcadé, allí].

Art. 9°. — L. 32, Tít. 5°, Part. 5ª, y L. 7ª, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1699°]. — L. 1ª, Tít. 2°, Lib. 21, Dig. — Cód. Francés, art. 1626. — Napolitano, art. 1472. — Holandés, art. 1526 [léase 1528]. — De Luisiana, art. 2477. — Italiano, art. 1633 [léase Sardo, art. 1633. *Adde*, L. 6ª, Tít. 45, Lib. 8°, Cód. Son citas del art. 2093].

Art. 10. — L. 32, al fin, Tít. 5°, Part. 5ª [de Acevedo 1700°] y las citas de los Códigos en los artículos anteriores [léase art. 3°]. Marcadé, sobre el artículo citado, n° 5°, esplica los tres casos del artículo.

Art. 11. — Cód. Francés, art. 1628. — Napolitano, art. 1471. — Holandés, art. 1528

---

culpable no convenir nada al respecto, y una gran negligencia no procurar la interrupcion de aquella.

[6] Este inciso se halla en armonía con los artículos 2111, 2147 y 2156, que le sirven de esplicacion.

La razon de él, es que el sucesor en la propiedad de una cosa ú otro derecho, sucede tambien en todos los derechos y acciones identificadas con ella, ó que constituyen sus accesorios: artículos 3269, 3270 y su argumento. Aubry y Rau, nota 26, 4ª edicion: en la 3ª edicion se referian á *todos los derechos reales y personales que le correspondian por razon de la cosa*, palabras copiadas en la nota del Dr. Velez.

El tercero ejerce el derecho *en nombre propio*, y no por aplicacion del artículo 1197, pues de otro modo corresponderia á cualquier acreedor en beneficio de todos los acreedores. Troplong dice erradamente lo contrario, en su número 437, copiado en la nota al artículo 2111.

[7] Con sujecion al artículo 873, respecto á la capacidad para hacer tal renuncia ó restriccion. Vé el artículo 2168.

Una obligacion se *amplia* ó *estiende* y se *restringe;* pero no se *aumenta* ó *disminuye.*

[8] Como la disposicion del artículo 2104 importa anular todo pacto en que intervenga dolo

2102. Art. 12. — La esclusion ó renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la eviccion, y el vencido tendrá derecho á repetir el precio que pagó al enajenante, aunque nó los daños é intereses. *De Freitas* 3513° y 3514° *inc.* 1°s. [Vé art. 2165]. [9]

2103. Art. 13. — Esceptúanse de la disposicion del artículo anterior, los casos siguientes : —

1° Si el enajenante espresamente escluyó su responsabilidad de restituir el precio ; ó si el adquirente renunció espresamente el derecho de repetirlo ;

2° Si la enajenacion fué á riesgo del adquirente ; [10]

3° Si, cuando hizo la adquisicion, sabia el adquirente, ó debia saber, el peligro de que sucediese la eviccion, y sin embargo renunció á la responsabilidad del enajenante, ó consintió en que ella se escluyese. *Freitas* 3154°. [11]

2104. Art. 14. — La renuncia á la responsabilidad de la eviccion, deja subsis-

[léase 1530]. — De Luisiana, art. 1480 [léase 2480]. — L. 6ª, Tít. 1°, Lib. 19, Dig. [En el § 9°. De Goyena, allí].

Art. 12. — Véase L. 19, Tít. 5°, Part. 5ª, y la L. 6ª, Tít. 10, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 1701°]. — Y véase Goyena, art. 1400, que funda la resolucion del artículo.

Art. 13. — Cód. Francés, art. 1629. — Italiano, art. 1485. — Napolitano, art. 1475.— Holandés, art. 1530. — De Luisiana, art. 2481. — L. 11, § 18, Lib. 19, Dig. [Tít. 1°. De Goyena 1400°]. — Sobre los tres casos, véanse Marcadé, lugar citado, n° 6°. — Aubry y Rau, § 355. — Maynz, § 295.

(nota del Dr. Velez á ese art.), pareciera que el presente artículo carece de razon de ser, por hallarse comprendido en aquel; pudiendo observarse que el artículo 1628 francés sirve á ambos de concordancia.

Sin embargo, el artículo 2104 es mas comprensivo y prevé casos distintos, y habria bastado que precediera al que ahora consideramos.

Los artículos 1179, 1180 y 1330 corroboran los presentes.

[9] Este artículo, separándose del original, viene á consagrar un error jurídico evidente, y resiste á una inteligencia racional; porque si la responsabilidad por la eviccion subsiste, debe serlo íntegramente, con daños y perjuicios, y no parcialmente.

Otra cosa será, si se escluyó ó renunció á la responsabilidad *por la eviccion.* Así, para restituir á este artículo su sentido recto y genuino, debe redactársele así: Art. 12. La esclusion ó renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la eviccion. Art... Aunque se hubiese escluido ó renunciado á la responsabilidad *por la eviccion,* aun así el vencido tendrá derecho á repetir el precio que pagó al enajenante, pero no los daños y perjuicios.

Esto es lo que dicen el artículo 1629 francés, sus comentadores y Freitas. Vé á Troplong, *Vente,* n° 418, etc.

Vé tambien nuestra nota 16 al artículo 1330.

[10] Los artículos 1406 á 1408 son aplicaciones de este principio, y el 1409, que condice con el 2101, sirve de complemento al presente.

[11] Se deduce de aquí, que si no renunció á la eviccion, conocida ó ignorada, tendrá derecho á la devolucion del precio con los daños y perjuicios; consecuencia que contradice la letra demasiado absoluta del artículo 2108. Para conciliarlas debe entenderse este último, como que solo exonera de los daños y perjuicios, pero no de la devolucion del precio ó del pago de la prestacion, que es lo que dicen todos los autores (Troplong, *Vente,* n°s 418 y 481 á 483; Marcadé, al artículo 1629 n° VI, § 2°; etc.).

tente la obligacion del enajenante, por la eviccion que proviniese de un hecho suyo, anterior ó posterior. *Aubry, allí, nota* 40. [12]

2105. Art. 15. — El adquirente tiene derecho á ser indemnizado, cuando fuese obligado á sufrir cargas ocultas, cuya existencia el enajenante no le hubiere declarado, y de las cuales él no tenia conocimiento. *Aubry, allí, nota* 49. [Vé art. 4042]. [13]

2106. Art. 16. — Las cargas aparentes, [14] y las que gravan las cosas por la sola fuerza de la ley, [15] no dan lugar á ninguna indemnizacion á favor del adquirente. *Aubry, allí, nota* 51. [Vé arts. 2127 y 2997]. [16]

2107. Art. 17. — Cuando el enajenante hubiese declarado [17] la existencia de

Art. 14. — El Cód. Francés, art. 1628, y los demás Códigos estrangeros declaran nula la renuncia, cuando la eviccion es causada por un hecho del enajenante, sea anterior ó posterior á la eviccion. Pero Troplong, nº 477, Duvergier, nº 337, y Aubry y Rau, § 355, sostienen que se puede estipular la escepcion de la garantía por un hecho anterior á la enajenacion. La disposicion del artículo importa *anular todo pacto doloso*. La Ley Romana pone el caso de un hecho personal del vendedor, anterior á la venta, y el pacto de no prestarlo, y sin embargo lo declara nulo. « *Si venditor sciens*, dice, *obligatum aut alienum vendidisset et adjectum sit neve eo nomine quid prestaretur æstimare oportet dolum malum ejus.* » L. 6ª, § 8º [léase 9º], Tít. 1º, Lib. 19, Dig. [Cita de Goyena 1399º. Vé nuestros arts. 1179 y 1180].

Art. 15. — Véase L. 63, Tít. 5º, Part. 5ª. — *Non videtur esse* classus [léase *celatus*], dice la Ley Romana, *qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignorabit.* — L. 1ª, Tít. 1º, Lib. 19, Dig. — La interpretacion de las cláusulas relativas á la garantía de las cargas, dicen Aubry y Rau, hace nacer comunmente sérias dificultades; por ejemplo, *la cláusula de que el fundo está libre de toda carga y servidumbre,* ¿sometc al enajenante á la garantía de las servidumbres aparentes, de las que están á la vista de todos? Por otra parte, ¿el enajenante está libre de la garantía de las cargas ocultas cuando en el contrato se ha puesto la cláusula de que el *fundo se enajena tal como está con todas las servidumbres activas y pasivas?* Estas cuestiones no son susceptibles de una solucion *a priori;* deben ser decididas segun las circunstancias y los antecedentes que presenten, pues se correria riesgo de enjañarse sobre la verdad de la intencion de las partes, siguiendo servilmente la letra de las fórmulas, que comunmente no son sinó de estilo, § 355, nota 53. — Lo mismo Troplong, *Vente,* nºs 527 y siguientes. — Duranton, Tom. 16, nº 302.

Arts. 15 y 16. — Sobre esta materia, Aubry y Rau, § 355, nº 2º.

---

[12] Vé el artículo 2101. Como es lícito pactar y transigir sobre el dolo pasado (nota 10 al artículo 507; Ley 29, Tít. 11, Part. 5ª, etc.) y aun sobre delitos civiles ó criminales (arts. 842, 1098 y 1101 y su arg.), aunque los Códigos citados en el testo no distingan, los escritores sostienen con razon, á nuestro juicio, que se puede renunciar válidamente á la eviccion causada por un hecho anterior del enajenante, que ha podido ser muy inculpable, y desde que el adquirente esté bien instruido, no hay en ello dolo: argumento del artículo 2103 números 2º y 3º. Compara en este sentido con el número 477 de Troplong.

[13] O debia tener conocimiento; v. g. porque la carga constaba en los títulos de la enajenacion, que fueron presentados con anticipacion: artículos 2103 nº 3º, 930 y su argumento. Vé nuestra nota 17.

[14] Argumento del artículo 1638 francés. Troplong, nº 526.

[15] Artículo 2093 inciso 2º.

[16] Si no se ha convenido lo contrario, se entiende: artículos 2107 inciso 2º, 2108, al fin, 2100 y su argumento. Vé nuestra nota al artículo 3514.

[17] Luego, no basta el conocimiento que el adquirente tenga de la hipoteca; porque la no declaracion del enajenante, hace suponer que este adoptaria las medidas necesarias, para librar el inmueble del gravámen. Aubry, allí, etc. Pero si esta razon es suficiente para

una hipoteca sobre el inmueble enajenado, esa declaracion importa una estipulacion de no prestar indemnizacion alguna por tal gravámen. Mas si el acto de la enajenacion contiene la promesa de garantir, el enajenante es responsable de la eviccion. *De Aubry y Troplong, allí.* [18]

2108. Art. 18. — Cuando el adquirente de cualquier modo conocia el peligro de la eviccion ántes de la adquisicion, *nada* [19] puede reclamar del enajenante por los efectos de la eviccion que suceda, á no ser que esta hubiere sido espresamente convenida.

2109. Art. 19. — La obligacion que produce la eviccion es indivisible, y puede demandarse y oponerse á cualquiera de los herederos del enajenante; pero la condenacion hecha á los herederos del enajenante sobre restitucion del precio de la cosa, ó de los daños é intereses causados por la eviccion, es divisible entre ellos. [Vé art. 2183]. [20]

Art. 17. — Troplong, nos 418 y 468. — « Duranton, Tom. 16, nº 261. — Duvergier, nº 319 ». — Aubry y Rau, § citado [y nota 46].

Art. 18. — Troplong, *Vente,* nº 418. — « Pothier, *Vente,* nº 188 [léase 187]. — L. 27. — Cód. *De evict.* » [Tít. 45, Lib. 8º].

Art. 19. — [Chile 1840º]. Marcadé, sobre el art. 1629, nº 7º [léase VIII]. — Pothier, nº 104 y siguientes. — Aubry y Rau, § 355 nota 5ª, hasta la 8ª inclusive. — Troplong, nº 434 y siguientes. — Duvergier, nº 355 [Citas de Aubry]. — Eyssantier [21] ha escrito

---

desviarse del *principio* del artículo 2105, debiera serlo tambien aplicada á las demas cargas, y el supuesto principio queda sin una base racional.

[18] Vé los artículos 1180 y 3144. Este inciso viene á quedar comprendido en el artículo 2100. La convencion puede modificar siempre una ley *declarativa,* ó que no sea de órden público: artículos 19, 21, 53 y su argumento.

[19] Como lo hemos demostrado en la nota 11, el adquirente puede siempre reclamar la restitucion del precio ó la devolucion de su prestacion, escepto en los casos del artículo 2103. y solo pierde el derecho á la defensa y á los daños y perjuicios: artículos 1534, 3514 y su argumento. Aubry y Rau, § 355 notas 30 y 46 á 49, etc. En contra el inciso último del artículo 1330, que es conforme al Derecho Romano (Maynz, § 297 nota 50, ó § 212 nota 52, 4ª edicion).

Decimos mas, y es que el adquirente de mala fé, aunque recobre el precio, deberá daños y perjuicios al enajenante de buena fé (nota 71 al art. 1179).

Creemos tambien que el presente artículo será aplicable, si el adquirente ignoró el peligro de la eviccion por negligencia culpable (nuestra nota 13); ó si él era conocido de su mandatario (nota 7ª al art. 2172).

[20] Y lo es tambien contra los co-enajenantes ó varios enajenantes: artículo 669 inciso 1º y argumento del 686. Maynz, § 297 nota 46, ó § 212 nota 48, 4ª edicion; Aubry y Rau, § 355 nota 9ª, 4ª edicion; Troplong, nº 434; Chile 1840º § 3º. Cuando el deudor es uno solo, no hay cuestion (art. 673). Vé el artículo 680 y nuestra nota á él.

La division entre los co-herederos se efectua á prorata de su porcion hereditaria: artículo 3187 y notas á los artículos 673 (en el § 3º) y 3492. A los co-enajenantes, se aplicará el artículo 691 y los demas relativos á las obligaciones simplemente mancomunadas. Compara con nuestra nota 49 al artículo 2144.

[21] Eyssautier, *Revue critique,* 1857, Tomo 11, páginas 318 y 498. Su primera proposicion es tan estraña como falsa, puesto que ningun criterio puede ofrecer para resolver estas cuestiones, el que la cosa enajenada sea ó no susceptible de partes (vé la nota del Dr. Velez al art. 679).

2110. Art. 20. — El enajenante debe salir á la defensa del adquirente, citado por este en el término que designe la ley de procedimientos, en el caso que un tercero le demandase la propiedad ó posesion de la cosa, el ejercicio de una servidumbre ó cualquier otro derecho comprendido en la adquisicion, ó lo turbase en el uso de la propiedad, goce ó posesion de la cosa. *De Chile* 1843° §§ 1° *y* 2°, *y nuestro art.* 2093.

2111. Art. 21. — El adquirente de la cosa no está obligado á citar de eviccion y saneamiento al enajenante que se la trasmitió, cuando hayan habido otros adquirentes intermediarios. Puede hacer citar al enajenante originario, ó á cualquiera de los enajenantes intermediarios. *De Troplong, allí.* [Vé art. 2098].

2112. Art. 22. — La obligacion que resulta de la eviccion cesa si el vencido en juicio no hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante, ó si hubiere hecho la citacion, pasado el tiempo señalado por la ley de procedimientos. *De Goyena* 1404°; *Freitas* 3524° *n°* 6°.

2113. Art. 23. — No tiene lugar lo dispuesto en el artículo anterior, y el enajenante responderá por la eviccion, si el vencido en juicio probare que era inútil citarlo por no haber oposicion justa que hacer al derecho del vencedor. Lo mismo se observará cuando el adquirente, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociese la justicia de la demanda, y fuese por esto privado del derecho adquirido. *Freitas* 3525° *y* 3527° *n°* 1°, *y Troplong, allí.* [Vé art. 2038].

2114. Art. 24. — La obligacion por la eviccion cesa tambien si el adquirente, continuando en la defensa del pleito, dejó de oponer por dolo ó negligencia las defensas convenientes, ó si no apeló de la sentencia de primera instancia, ó no prosiguió la apelacion. El enajenante, sin embargo, responderá por la eviccion, si el vencido probare que era inútil apelar ó proseguir la apelacion. *Freitas* 3524° *n°s* 2°, 4° y 5°, y 3526°. [Vé art. 2036].

una estensa é ilustrada disertacion sobre la indivisibilidad ó divisibilidad de la obligacion de garantía. Sostiene que la obligacion de garantía es indivisible activa y pasivamente, si la cosa vendida no es susceptible de partes; que fuera de este caso, no habiendo convencion en contrario, es divisible. Si es divisible, el adquirente no puede obrar contra cada uno de los garantes, sinó por su parte ó porcion, bien sea por vía de accion, ó por vía de escepcion. Pero podrá demandar la resolucion de la venta contra los vendedores conjuntos, ó los herederos del deudor, cuando la eviccion es tan importante, que se puede pensar que no habria comprado la cosa sin la parte vencida. [Vé art. 2127]. — *Revista de Legislacion*, Tom. 11, desde la pág. 318.

Art. 20. — Véanse LL. 32 y siguientes, Tít. 5°, Part. 5ª.

Art. 21. — Troplong, n° 437. — Pothier, *Vente*, n° 149. — Por Derecho Romano y por el Derecho de las Partidas, el recurso era gradual. El adquirente debia citar al enajenante inmediato, este al que le habia trasmitido la cosa, y así sucesivamente hasta llegar al enajenante originario. Se observaba este órden, porque segun el Derecho Romano, las acciones no podian pasar de una persona á otra sin una cesion. Pero por nuestro Derecho no es así. El acreedor puede ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con la sola escepcion de los que sean inherentes á su persona. [Art. 1197]. Se juzga que cada enajenante ha trasferido la cosa á su adquirente, *cum omni sud causâ*, es decir, con todos los derechos que le competian. El último adquirente es pues tácita y necesariamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseido la cosa ántes que él, y reune esos derechos en su persona. [Vé nuestra nota 6°].

Art. 22. — LL. 32 y 36, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Goyena, allí. Vé Cód. Francés 1640°].

Art. 23. — Pothier, *Vente*, n° 96. — Troplong, *Vente*, n° 415. [Glosa 4ª á la Ley 32, Tít. 5°, Part. 5ª].

Art. 24. — [Compara con] Cód. Francés, arts. 1497 [inoportuno] y 1640. — L. 36, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Acevedo 1707°]. — Troplong, sobre el artículo citado del Cód. Francés.

2115. Art. 25. — Cesa igualmente la obligacion por la eviccion, cuando el adquirente, sin consentimiento del enajenante, comprometiese el negocio en árbitros, y estos laudasen contra el derecho adquirido. *De Acevedo* 1707° *n°* 1°; *Chile* 1846° *n°* 1°; *Freitas* 3532°. [Vé art. 2119].

2116. Art. 26. — La eviccion, cuando se ha hecho un pago por entrega de bienes, sin que reviva la obligacion estinguida, tendrá los mismos efectos [22] que entre comprador y vendedor. *Freitas* 3519° *n°* 1°. [Arts. 783, 855, 1326 y 2052].

2117. Art. 27. — En las transacciones, la eviccion tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor respecto á los derechos no comprendidos en la cuestion, sobre la cual se transigió; pero no en cuanto á los derechos litigiosos ó dudosos que una de las partes reconoció en favor de la otra. *Freitas, allí, n°* 2°. [Vé arts. 836, 854 y 855].

2118. Art. 28. — En los casos no previstos *en los capítulos siguientes,* [23] la eviccion tendrá los mismos efectos que en aquellos con los cuales tenga mas analogía. *Freitas* 3518° *inc.* 3°. [Art. 16, y vé arts. 3515 y 4025].

2119. Art. 29. — Cuando el adquirente venciere en la demanda de que pudiera resultar una eviccion, no tendrá ningun derecho contra el enajenante, ni aun para cobrar los gastos que hubiere hecho. *Freitas* 3535°; *Troplong n°* 443. [24]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA EVICCION ENTRE COMPRADOR Y VENDEDOR

2120. Art. 30. — Verificada la eviccion, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido por él, sin intereses, aunque la cosa haya disminuido de valor, sufrido deterioros ó pérdidas en parte, por caso fortuito ó por culpa del comprador. *Aubry, y Freitas* 3538° *n°* 1°.

2121. Art. 31. — El vendedor está obligado tambien á las costas del contrato, al valor de los frutos, cuando el comprador tiene que restituirlos al verdadero

Art. 25. — L. 36, Tít. 5°, Part. 5ª. — LL. 56 y 63, Dig. *De evict.* [léase L. 56, § 1°, Tít 2°, Lib. 21. De Acevedo 1707°, y Maynz § 297 nota 13].

Art. 27. — Zachariæ, § 768. — « Pothier, n°s 615 y siguientes. — L. 33, Cód. Romano, *De Transact.* » [Tít. 4°, Lib. 2°].

Art. 30. — L. 32, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 1630 y 1631. — Italiano, arts. 1486 y 1487. — Holandés, art. 1530. — Napolitano, art. 1476. — De Luisiana, art. 2482. — Véase Troplong, n° 489. — Duranton, Tom. 16, n° 284. — Aubry y Rau, § 355 [nota 25. Citas de Goyena 1401° y Aubry].

---

[22] En lo aplicable, se entiende.

[23] Estas palabras están demas, puesto que lo mismo será que en cualquiera otra parte del Código se hallen previstos; v. g. en los artículos 1528 á 1534, respecto á la locacion.

[24] Tampoco podrá cobrarlos, aunque pierda (Chile 1845°), pues nuestro Código, á diferencia de los estrangeros (Cód. Francés 1630 n° 3°; Freitas 3538° n° 3°; Goyena 1401° n° 3°; etc.), no dá derecho al adquirente para obtener del enajenante las costas del juicio: vé los artículos siguientes. Compara con el 2135 n° 2°.

dueño, y á los daños y perjuicios que la eviccion le causare. *De Cód. Francés* 1630° *n*°s 2° *y 4°, etc.*

2122. Art. 32. — Debe tambien el vendedor al comprador, los gastos hechos en reparaciones ó mejoras que no sean necesarias, [25] cuando él no recibiese, del que lo ha vencido, ninguna indemnizacion, ó solo obtuviese una indemnizacion incompleta. *Aubry, allí.*

2123. Art. 33. — El importe de los daños y perjuicios sufridos por la eviccion, se determinará por la diferencia del precio de la venta con el valor de la cosa el dia de la eviccion, si su aumento no nació de causas estraordinarias. *Aubry, allí, nota* 31, *y Marcadé, allí.* [26]

2124. Art. 34. — En las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la eviccion, sinó á restituir el precio que produjo la venta. *Chile* 1851°. [27]

2125. Art. 35. — El vendedor de mala fé que conocia, al tiempo de la venta, el peligro de la eviccion, debe [28] á eleccion del comprador, ó el importe del mayor

Art. 31. — Las citas del artículo anterior.

Art. 32. — Aubry y Rau, § 355 nota 31. [Cód. Francés 1631°].

Art. 33. — Cód. Francés, arts. 1633 y 1489 [art. inoportuno], y sobre él, Troplong. — « LL. 7ª, 66 [léase LL. 8 y 66 § 3°] y 70, Tít. 2°, Lib. 21, Dig. — LL. 43 y 45 [§ 7°], Tít. 1°, Lib. 19, id. » — Marcadé, sobre el art. 1632 y siguientes, n° 5. — Maynz, § 295 [§ 297, notas 30 á 35].

Art. 34. — Cód. de Chile, art. 1851.

---

[25] Con esta perífrasis poco feliz se refiere á las mejoras *útiles* (vé art. 591, etc.); argumento del artículo 2143 y su nota; pues el 2125 se refiere á las *voluntarias*, y las *necesarias* pueden recobrarse siempre del reivindicante, aun por el poseedor de mala fé (art. 2442).

[26] Y esto último sin distinguir como hace Marcadé, si el vendedor fué ó no de buena fé: argumento del artículo 2125.

Seria una preferencia exagerada é injusta hácia el comprador, devolverle siempre todo el precio (vé art. 2120), y darle todavía opcion á un aumento escesivo y *casual*. No se trata de mejoras legisladas por el artículo 2122 precedente. Compara con el artículo 1850 chileno.

[27] En otros términos: en las ventas forzosas (no en las voluntarias), hechas por mandato judicial, si la eviccion tiene lugar, el deudor ejecutado solo está obligado á reembolsar al comprador (que puede ser el mismo ejecutante, como adjudicatario ó como voluntario comprador: art. 3226 inc. último y su arg.) el precio que pagó. Compara con los artículos 2120 y 2121.

Parece que el adquirente de la alhaja rematada no podrá repetir el precio del acreedor ejecutante por medio de la *condictio indebiti* ó *sine causa:* artículo 1053 combinado con el 792, y argumento del 2872. Freitas 3520°. En contra, Aubry y Rau, allí, nota 24; etc. Siendo el inciso 4° del artículo 1330 una disposicion de derecho escepcional, consideramos que no debe aplicarse en nuestro caso. *Lex non distinguit.*

El artículo 2173 contiene una disposicion análoga á la del presente.

[28] Si tambien el comprador era de mala fé, serian cómplices del hurto; habria torpeza por ambas partes, y la justicia no podría apoyar ni aun escuchar sus mútuos reclamos: artículos 795 inciso 2°, 933, 4ª, 1330 inciso 4°, 1628, 1660, 1661 y su argumento. Vé el artículo 2150.

No es precisa la buena fé requerida para la prescripcion (arts. 4008, 4009 y 2358); el

valor de la cosa, ó la restitucion de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de lujo, ó de mero placer. *Aubry, allí, nota* 32. [29]

2126. Art. 36. — El vendedor tiene derecho á retener de lo que debe pagar, la suma que el comprador hubiere recibido del que lo ha vencido, por mejoras hechas por el vendedor ántes de la venta, (a) y *la* que hubiere obtenido por las destrucciones en la cosa comprada. *De Aubry, allí, nota* 28; *Cód. Francés, allí.* [30]

2127. Art. 37. — En caso de eviccion parcial, el comprador tiene la eleccion de demandar una indemnizacion proporcionada á la pérdida sufrida, ó exigir la rescision del contrato, cuando la parte que se le ha quitado ó la carga ó servidumbre que resultase, fuere de tal importancia respecto al todo, que sin ella no habria comprado la cosa. *Aubry, allí, notas* 35 *y* 36, *y Freitas* 3544°. [31]

2128. Art. 38. — Lo mismo se observará cuando se hubiesen comprado dos ó mas cosas conjuntamente, [32] si apareciere que el comprador no habria comprado la una sin la otra. *De Goyena* 1402° § 2°.

Art. 35. — Cód. Francés, art. 1635. — Holandés, art. 1535. — Italiano, art. 1491. — Napolitano, art. 1489 [léase 1481. De Goyena, 1401° n° 5°]. — Aubry y Rau, lugar citado. — Ley 9ª, Código Romano, *De Evict.* [Tít. 45, Lib. 8. De Acevedo 1702°, § 2°].

Art. 36. — Regla 17, Tít. 34, Part. 7°. [De Acevedo 1703°, § 2°]. — Véanse Cód. Francés, art. 1632, y Troplong, sobre dicho artículo. — Aubry y Rau, § citado.

Art. 37. — Véanse L. 35, Tít. 5°, Part. 5ª. — Cód. Francés, arts. 1636 y 1638. — Italiano, arts. 1492 y 1491. — Napolitano, art. 1482. — De Luisiana, 2481 [léase 2487. De Acevedo 1706°, y Goyena 1402°].

---

error de derecho (arg. del art. 3430 inciso 1°), la ignorancia ménos inculpable (vé art. 930), son esclusivas del dolo, ó voluntad criminal (art. 1073 y su arg.): la simple duda, basta.

[29] Es decir, los gastos y las mejoras voluntarias: vé el art. 2122.

(a) Al devolverle todo el precio al comprador (art. 2120) quedan pagas esas mejoras, y no puede cobrar dos veces el precio de ellas. Freitas yerra en el n° 2° del artículo 3541.

[30] Los Códigos y escritores se refieren no á *la* suma obtenida por esas destrucciones, sinó al valor del provecho que sacó de ellas.

Tambien se descontará lo que el vendedor entregó al comprador por defectos de calidad ó de cantidad en la cosa vendida, ó por cargas no declaradas que la afectaban. Disminuido así el precio primitivo, querer cobrarlo íntegro, fuera pretender lucrar con daño agenio, lo que nunca es permitido.

[31] Vé el artículo 2095. El presente armoniza con el 1533 (vé los arts. 1329 y 1347 á 1349), y se entiende en el supuesto de que proceda la eviccion: vé artículos 2106 á 2108, etc.

[32] Cuando hubo un precio único y por tanto una sola venta (nota 67 al art. 1177), debe concedérsele la facultad de poder rescindir el contrato, sin que tenga que demostrar que no habría comprado la una sin la otra, porque no hay entónces un precio convenido para cada cosa (nota del Dr. Velez al art. 1332), y no podría imponérsele al comprador. Goyena no distingue.

Pero cuando se trate de precios y ventas distintas y separadas, el requisito de nuestro artículo será indispensable (Maynz, § 298 nota 35, § 213 nota 39, 4ª edicion; Freitas 3590°). Lo mismo decimos del caso de venta de una universalidad de hecho, como una biblioteca, un rebaño (nota al art. 2766), si las cosas no tenian un precio distinto. Compara con Maynz, § 297 nota 35 (§ 212 nota 36, 4ª edicion).

Advertimos que la eviccion parcial del artículo 2095 solo puede tener lugar en el caso

2129. Art. 39. — Habiendo eviccion parcial, y cuando el contrato no se rescinda, la indemnizacion por la eviccion sufrida, es determinada por el valor al tiempo de la eviccion, de la parte de que el comprador ha sido privado, si no fuere menor, que el que correspondería proporcionalmente, respecto al precio total de la cosa comprada. Si fuere menor, la indemnizacion será proporcional al precio de la compra. *Cód. Francés* 1637°, *y de Troplong n°* 517. [33]

CAPÍTULO II

DE LA EVICCION ENTRE LOS PERMUTANTES

2130. Art. 40. — En caso de eviccion total, el permutante vencido tendrá derecho para *anular* el contrato, y repetir la cosa que dió en cambio, con las indemnizaciones establecidas respecto al adquirente vencido sobre la cosa ó derecho adquirido, [34] ó para que se le pague el valor de ella con los daños y perjuicios que la eviccion le causare. [35] El valor en tal caso, será determinado por el que tenia la cosa al tiempo de la eviccion. *De Freitas* 3548° *y* 3551°.

2131. Art. 41. — Si optare por la *anulacion* del contrato, el co-permutante restituirá la cosa en el estado en que se halla, como poseedor de buena fé. *Freitas* 3549°. [36]

Art. 39. — Véase Cód. Francés, art. 1637, y sobre él, Troplong. — Aubry y Rau, § 355, nota 37.

Art. 40. — Véase el art. 5°, Tít. *De la permuta* [art. 1491], L. 4ª, Tít. 6°, Part. 5ª. — [De Acevedo 1741°]. Zachariæ, § 695 y nota 7ª.

---

de venta única y no en el de ventas separadas. La frase *adquisicion colectiva* de Freitas lo demuestra. — En las ventas separadas no puede tratarse sinó de eviccion total, y la suerte de una venta no debe, en principio, tener influencia en la suerte de la otra; á ménos que ambas se sirvan de mútuo é indispensable complemento.

[33] El comprador recibe el precio primitivo (art. 2120) y á mas la diferencia hasta el valor actual por vía de daños y perjuicios (art. 2123). Freitas viene á establecer casi lo mismo en su artículo 3546 § 2°; y es justo, en efecto, que la indemnizacion proporcional comprenda los gastos del contrato, frutos y mejoras de los artículos 2121, 2122 y 2125. *Eadem est ratio* (Marcadé, al art. 1636 § 1° y Aubry).

[34] Es decir, con los gastos del contrato, valor de las mejoras y frutos (arts. 2121, 2122 y 2125) y diferencia entre el valor actual y el del contrato, proveniente de la disminucion del valor venal y de los deterioros y pérdidas parciales (art. 2123 combinado con el 2120), por vía de daños y perjuicios. Se aplicará tambien el artículo 2126.

En el artículo debe leerse *resolver*, en vez de *anular*: artículo 2666 y su argumento.

[35] Estos daños y perjuicios importan lo mismo que las indemnizaciones á que el inciso anterior y nuestra nota 24 se refieren. Los artículos 2102 y 1491 le llaman tambien daños é intereses.

Si hubo mala fé por ambas partes, se aplicará lo dicho en la nota 28. Si el permutante del bien ajeno tuvo mala fé, se aplica el artículo 2125, con preferencia á la disposicion escepcional del 1330 inciso 3°. Si la tuvo el reclamante, solo podrá pedir la restitucion de la cosa ó el valor de la pérdida, sin indemnizacion ni daños y perjuicios algunos: artículo 2108 y nuestra nota 19.

[36] Sin perjuicio, por supuesto, de aplicarse el artículo 2126, como queda implícitamente establecido en el anterior (nuestra nota 34).

En vez de *anulacion*, léase *resolucion* (dicha nota).

2132. Art. 42. — Si la cosa fué enajenada por título oneroso por el co-permutante, ó constituyó sobre ella algun derecho real, el permutante no tendrá derecho alguno contra los terceros adquirentes; pero si hubiese sido enajenada por título gratuito, el permutante puede exigir del adquirente, ó el valor de la cosa ó la restitucion de ella. *Freitas* 3550° *y* 3488° *n*os 2° *y* 3°. [Arts. 2312 y 2780]. [37]

2133. Art. 43. — En caso de eviccion parcial es aplicable lo dispuesto en el capítulo anterior respecto á la eviccion parcial en el contrato de venta. *De Freitas* 3552°. [Arts. 2127 á 2129; vé el 1494].

CAPITULO III

DE LA EVICCION ENTRE SOCIOS

2134. Art. 44. — El socio que hubiese aportado á la sociedad un cuerpo cierto, responderá en caso de eviccion por la indemnizacion de las pérdidas é intereses que resultaran á la sociedad, ó á los otros socios. *Zachariæ, allí, y Freitas* 3569°. [Vé arts. 2135, 2137 y 2138].

2135. Art. 45. — Si por la eviccion se disolviese la sociedad, el socio responsable pagará las indemnizaciones debidas á la sociedad por las pérdidas é intereses que la disolucion le hubiere causado.

Si la sociedad continuase, [38] el socio responsable pagará el valor del todo, ó de la parte de que la sociedad se halla privada, [39] y á mas: 1° los gastos que la so-

Art. 42. — Zachariæ, § 695 nota 9ª, y los autores citados por él enseñan, que en todo caso de eviccion de la cosa [raiz] dada en cambio, el permutante vencido puede *repetir* [demandar] del tercer poseedor la restitucion de la cosa que entregó, en permuta con el vencido.

Art. 41. — Troplong, *Société*, n° 537. — Duvergier, n° 160. [Citas de Massé y Vergé]. — Zachariæ, § 716 y nota 4ª. — El Código Francés, art. 1815, iguala en caso de eviccion la responsabilidad del socio que ha puesto un cuerpo cierto, con la del vendedor respecto al comprador. Pero Troplong y [los anatadores de] Zachariæ, lugares citados, demuestran que en muchos casos es muy diferente la responsabilidad de los socios de la de los vendedores. [Vé nuestra nota 29].

---

[37] Sin perjuicio, se entiende, de las indemnizaciones contra el enajenante (art. 2031). La buena ó mala fé del tercer adquirente no impide la reivindicacion (art. 2780), y solo tiene influencia en la restitucion de los frutos. Vé la nota 62 al artículo 3431 y el artículo 3432.

Aunque el artículo 1489, tomado de los escritores franceses, se limita á los inmuebles, y como el 1052 no distingue entre las adquisiciones á título oneroso ó gratuito, es forzoso entenderlo en consonancia con el presente.

Los artículos 550, 551, 597, 787 y 2673 tampoco armonizan con el presente, pudiendo observarse cuan grande discrepancia existe entre estos artículos y los citados en el párrafo anterior.

[38] Esta diferencia en el alcance de la eviccion entre los casos de disolucion y continuacion de la sociedad, no trae Freitas y carece completamente de razon de ser; pues bien se comprende que esas circustancias no pueden aumentar ni disminuir las responsabilidades por la eviccion.

La parte siguiente del artículo se aplicará, pues, en ambos casos: la precedente está demas.

[39] En lo relativo á gastos del contrato, es forzoso y muy justo esplicar y complementar esta prescripcion con los artículos 2120 á 2129, escepto el 2121 y 2124. Así lo hacen todos los Códigos y escritores de derecho. Vé las notas siguientes.

ciedad hubiese hecho para recibir ó trasportar los bienes vencidos; 2° los costos del pleito con el vencedor; [40] 3° el valor de los frutos que la sociedad hubiese sido obligada á pagar al vencedor. *De Freitas* 3571° *y* 3572°. [41]

2136. Art. 46. — Los socios no tendrán derecho para continuar en la sociedad, obligando al socio responsable á sustituir los bienes vencidos por otros exactamente semejantes. *De Freitas* 3574° § 1°. [42]

2137. Art. 47. — Si la prestacion del socio *del* cual la sociedad ha sido privada, consistiese en cosas muebles ó inmuebles destinadas á ser vendidas, el socio responsable está facultado á reemplazarlas por otras cosas exactamente semejantes. *Massé y Vergé, allí.* [42]

2138. Art. 48. — Pero si la prestacion de que la sociedad ha sido privada consistiere en un cuerpo cierto, afectado á un destino especial por el contrato, el socio responsable no tiene derecho para obligar á los otros socios á aceptar la sustitucion de la cosa vencida por otra exactamente semejante. *Massé y Vergé, allí.* [42]

2139. Art. 49. — Si la prestacion del socio fuere el usufructo de un inmueble, la eviccion lo obliga como al vendedor de frutos, y pagará á la sociedad lo que se juzgue que valia el derecho del usufructo. *De Massé, allí.* [43]

2140. Art. 50. — Si la prestacion consistia en el uso de una cosa, el socio que lo concedió no es responsable á la eviccion, sinó cuando al momento del contrato sabia que no tenia derecho para conceder el uso de ella. [44] Debe sin embargo ser considerado como el socio que ha dejado de aportar la cosa que se obligó.

2141. Art. 51. — Si la prestacion del socio fué de créditos, el socio respon-

Arts. 47 y 48. — Zachariæ, § 716 y nota 4ª.

Art. 50. — Pothier, *Du Prêt,* n° 19 [léase 79]. — Troplong, id., n° 154. — [Citas de] Zachariæ, § 725 nota 6ª.

---

[40] Se atribuyen estos costos á la sociedad, que es la adquirente, por la misma razon porque todos los Códigos los atribuyen al comprador; pero el nuestro no es consecuente al no concedérselos á este último (nuestra nota 24).

[41] Esto armoniza con el artículo 2121, y corrobora lo establecido en nuestra nota 39.

[42] Estos tres artículos debieron figurar en el Título «De la Sociedad».

[43] Con las indemnizaciones del artículo 2135 § 2° y nota 39, como cualquier otro vendedor.

[44] Los escritores citados en la nota se refieren al comodato ó préstamo de uso, que es esencialmente gratuito (art. 2257); en que es muy razonable que el comodante no responda de las consecuencias de la eviccion ó de los vicios redhibitorios (arts. 2091 y 2092), sinó cuando procedió de mala fé (art. 2288 y su arg.). Pero el socio que presta el uso de una cosa, no lo hace gratuitamente, sinó que realiza un contrato innominado semejante al arrendamiento, y su situacion es análoga á la del que vende los frutos (art. 2139). Su buena fé no debe, pues, escudarle de la responsabilidad por la eviccion.

Ademas, si *debe ser considerado como el socio que no aportó la cosa que se obligó* á introducir (inc. 2° del presente art.), responde de los daños y perjuicios (art. 1723 inc. 2°), circunstancia que modificando profundamente el supuesto principio, viene á demostrar su inexactitud.

sable está obligado á la sociedad por la eviccion, como si él hubiese recibido el valor de los créditos. *De Freitas* 3573°. [45]

CAPÍTULO IV

DE LA EVICCION ENTRE LOS CO-PARTÍCIPES [46]

2142. Art. 52. — Lo dispuesto sobre los enajenantes y adquirentes en general, es aplicable á la eviccion entre los co-partícipes. *Freitas* 3575°. [47]

2143. Art. 53. — En caso de eviccion de los bienes divididos por causa anterior á la division, cada uno de los co-partícipes responderá por la correspondiente indemnizacion, en proporcion de su cuota, soportando el co-partícipe vencido la parte que le tocare. *Freitas* 3576°. [Vé art. 3507]. [48]

2144. Art. 54. — En todos los casos en que los co-partícipes deban por eviccion indemnizacion á uno de ellos, si alguno fuere insolvente, el pago de su parte en la indemnizacion será dividido entre todos. *De Freitas* 3577° § 1°, *etc.* [49]

Art. 53. — L. 9ª, Tít. 15, Part. 6ª.—L. 1ª, Tít. 38, Lib. 3°, Cód. Romano. — L. 14, Tít. 36, id. — Cód. Francés, art. 884. — Italiano, art. 1035. — Holandés, art. 1129. — Napolitano, art. 804. — De Luisiana, art. 1422. [De Goyena 917°]. — Zachariæ, § 793.

Art. 54. — Cód. Francés, art. 885. — Italiano, art. 1036. — Holandés, art. 1130. — Napolitano, art. 805. — De Luisiana, art. 1426 [y 1424. De Goyena 1920°. Las mismas citas del art. 3510].

---

[45] La sociedad es cesionaria (art. 1709 inc. 1°), y la responsabilidad del cedente es la de un vendedor (art. 2160), pues este carácter le es mas aplicable que el de permutante (art. 2158).

Por lo demas las disposiciones del presente Capítulo se refieren únicamente á la eviccion del aporte ó capital aportado por los socios. En cuanto á los lotes, que por la division toquen á cada socio, rigen los artículos 2142 á 2146: artículos 1790, 2091, su argumento y nuestra nota siguiente.

[46] Son *co-partícipes*, los esposos (art. 1314), socios, con-dueños ó comuneros (art. 2700), co-herederos (art. 3509), co-legatarios de parte alícuota de la herencia (vé art. 3507) y co-poseedores; todos ponen fin á la comunidad por medio de la particion. Así es que, á ellos y á sus causahabientes les son aplicables las disposiciones de este Capítulo IV, cualquiera que sea la forma de la particion (vé arts. 2708, 3461 y 3467), y salvo convenio en contrario (art. 2100). Vé nuestra nota anterior.

[47] Artículos 2091 á 2119. En lo aplicable, se entiende.

[48] Importa rehacer la particion, conservando así la igualdad. Vé artículo 3508.

El artículo 1755 § 2°, trae una disposicion análoga. Vé la nota 49, al fin.

[49] Esta disposicion calculada para mantener la igualdad entre los co-partícipes, lo mismo que los artículos 1733 inciso 2°, 1753, 3510 y 3931, no son mas que aplicaciones del principio general consignado en el inciso 2° del artículo 717.

La division se hace en la misma proporcion del artículo anterior; es decir, á prorata de la cuota, haber, parte ó lote de cada uno de los co-partícipes solventes: artículos 1733 inciso 2° y 1753 citados. Goyena 920°, ilustra esto con un ejemplo. El artículo 3510, copiando el artículo 855 francés, usa del adverbio *igualmente*, que es equívoco.

Que la pérdida causada por la eviccion se reparta entre todos, es muy justo (nota 48); ¿pero por qué no siendo co-deudores solidarios (art. 717, inciso 2°), la insolvencia de los

2145. Art. 55. — Ninguno de los co-partícipes se libra de la indemnizacion por haber perdido, por caso fortuito, la parte que se le dió en la division. *Freitas* 3577° § 2°.

2146. Art. 56. — La indemnizacion se hará por el valor que los bienes tuvieren en el tiempo de la eviccion. Si hubiere créditos, el valor nominal de ellos en la particion será el objeto de la indemnizacion. [50] Pero la responsabilidad por los créditos tendrá solo lugar cuando el deudor fuese insolvente al tiempo de la division. *De Freitas* 3578°, *y Goyena* 921°. [51]

CAPÍTULO V

DE LA EVICCION ENTRE DONANTES Y DONATARIOS

2147. Art. 57. — En caso de eviccion de la cosa donada, el donatario no tiene recurso alguno contra el donante, ni aun por los gastos que hubiere hecho con ocasion de la donacion. *Freitas* 3553° § 1°. [Art. 1837, y vé el 2098 inc. 2°]. [52]

2148. Art. 58. — Esceptúanse de la disposicion del artículo anterior los casos siguientes : —

1° Cuando el donante ha prometido espresamente la garantía de la donacion, *Freitas* 2161° *n°* 2°; *Zachariæ, allí, n°* 4°. [Art. 2100].

Art. 56. — Zachariæ, § 392 y nota 13. — Demolombe, Tom. 17, n° 363. — Aubry y Rau, § 625 y nota 38. — Chabot, art. 884 n° 10. — Belost-Jolimont, sobre Chabot, Observ. 1ª. [De Aubry, citas del art. 3508].

Art. 57. — Zachariæ, § 481, y nota 3ª. [De Massé y Vergé, etc.].

---

unos ha de gravar á los solventes, contra lo dispuesto por el artículo 691? Agréguese que la obligacion es eminentemente divisible : artículo 669, inciso 1°, y vé el 677 comparándolo con el 686.

Ademas, lo que se ha garantido es la eviccion respecto á los lotes ; pero no la insolvencia que no es una eviccion, sinó un hecho estraño. De esta manera, los insolventes lucran y los solventes se perjudican.

Todo ello es verdad ; pero seria tambien inícuo que un co-partícipe recibiese mas que otro, y lo que se busca y obtiene es la igualdad entre ellos. El insolvente ó insolventes eliminados, la particion viene como á rehacerse entre los demas, pero conservando la misma igualdad ó proporcion anterior. Vé nuestra nota 50 siguiente y el artículo 3508 con sus notas. Compara con el artículo 2109 y nuestra nota 20.

[50] Se habla de valores, porque la indemnizacion debe hacerse en dinero, salvo que segun el artículo 3508, inciso 2°, haya de rehacerse la particion: vé la nota del Dr. Velez á dicho artículo.

[51] No de la insolvencia posterior. Es conforme á los artículos 2093 y 2143 (Marcadé al art. 886 francés ; Demolombe, XVII, 374. Goyena, allí). Compara con nuestros artículos 1479 y 1481.

Pero si los otros co-partícipes, al hacer la adjudicacion, procedieron dolosamente, responderán de los daños y perjuicios: artículos 506 y 1078. Compara con la Ley 4ª, Título 4°, Libro 18 del Digesto, y Maynz § 274, nota 5°, ó § 189 notas 5ª á 13, 4ª edicion.

[52] Lo mismo será en el pago de lo que no se debe, renuncia de una deuda y cesion gratuita de un crédito (art. 1793 n°s 8°, 3° y 1°), como actos á título gratuito : artículos 1486, 1837, 2091, 2098 inciso 1°, 2118 y 2159, y argumento de ellos.

2° Cuando la donacion fué hecha de mala fé, sabiendo el donante que la cosa era ajena; *Freitas, allí, n°* 3°; *Zachariæ, allí, n°* 3°. [53]

3° Cuando fuere donacion con cargos; [Vé art. 2151].

4° Cuando la donacion fuere remuneratoria; *Freitas, allí, n°* 1°; *Zachariæ n°* 5°; [Vé art. 2152].

5° Cuando la eviccion tiene por causa la inejecucion de alguna obligacion que el donante tomara sobre sí en el acto de la donacion. *Zachariæ, allí, n°* 2°. [54]

2149. Art. 59. — Cuando la donacion ha sido hecha de mala fé, el donante debe indemnizar al donatario de todos los gastos [55] que la donacion le hubiere ocasionado. *Massé y Vergé, allí.*

2150. Art. 60. — El donatario en el caso del artículo anterior no tiene accion alguna contra el donante, cuando hubiere sabido al tiempo de la donacion que la cosa donada pertenecia á otro. *Massé y Vergé, allí; Freitas* 3559° § 2°. [56]

2151. Art. 61. — En las donaciones con cargos, el donante responderá de la eviccion de la cosa en proporcion del importe de los cargos, y el valor de los bienes donados, [57] sea que los cargos estén establecidos en el interés del mismo

Art. 58. — Zachariæ, § 481.

Art. 59. — Zachariæ, lugar citado, nota 6ª. — Duranton, Tom. 8°, n° 529. — L. 18 [§ 3°, Tít. 5°, Lib. 39], Dig., *De donat.* [De Massé y Zachariæ].

Art. 60. — Las citas del artículo anterior.

---

[53] La circunstancia de que hubiese hecho la donacion con la prevencion de que no tenia seguridad ó certeza de que la cosa fuese suya (vé art. 2164), constándole sin embargo que no lo era, léjos de eximirle de la responsabilidad del artículo 2149, caracterizaria mejor su propósito doloso al hacer la donacion.

Es aquí aplicable el artículo 1331 con nuestras notas 17 y 18.

[54] Y por la misma razon, siempre que la eviccion tuviese lugar por culpa del donante, como si ántes de consumarse la donacion, hipotecó ó vendió y entregó la cosa donada á un tercero, casos que difieren de los previstos en el n° 2° y en el presente, pero que será estensiva la disposicion del artículo 2149. Vé el artículo 2153 con sus notas.

Por lo demas, cuando concurra mas de un motivo de eviccion, la responsabilidad del donante crecerá.

[55] Es dècir, todos los desembolsos, las erogaciones y las pérdidas que el donatario hubiere tenido con ocasion ó por consecuencia de la donacion; es decir, los gastos del contrato y recibo de la cosa, los frutos que tuvo que devolver al verdadero dueño y los gastos en mejoras, inclusive las voluntarias, que no le fueron indemnizadas por este: artículos 2121, 2122, 2125 y su argumento. Compara con los artículos 506, 1078 y 1110. No hay pues, daños y perjuicios, ó pérdidas, é intereses propiamente tales, como dicen Aubry y Rau (§ 705 nota 10, 4ª edicion) y demas escritores franceses, pues solo abrazan el *daño* emergente, mas no el lucro cesante: vé artículo 519.

Si la eviccion parcial no causa al donatario *pérdida* alguna, no tendrá recurso contra el donante.

[56] Ya por analogía del artículo 1330 incisos 2° y 4°, ya por aplicacion del 2108, puesto que no hay precio á restituirse; ya, en fin, porque la torpeza con que han procedido los contratantes, imposibilita todo recurso á la justicia (nuestra nota 28).

[57] La mejor crítica de esta disposicion nos proporciona el mismo Aubry, que despues de haber impugnado á Duranton en las tres primeras ediciones, ha terminado por re-

donante, ó que ellos sean á beneficio de un tercero, [58] sea la eviccion total ó parcial. *Aubry* § 755 *notas* 9ª *y* 10. [59]

2152. Art. 62. — En las donaciones remuneratorias, el donante responde de la eviccion en proporcion al valor de los servicios recibidos del donatario, y al de los bienes donados. *Aubry, allí, nota* 10. [60]

2153. Art. 63. — Júzgase que la eviccion ha tenido por causa la inejecucion de la obligacion contraida por el donante, cuando dejó de pagar la deuda hipotecaria sobre el inmueble donado, habiendo exonerado del pago al donatario. [61] Si el donatario paga la deuda hipotecada para conservar el inmueble donado, queda subrogado en los derechos del acreedor contra el donante. *De Freitas* 3558° §§ 1° *y* 2°. [62]

2154. Art. 64. — Cuando la donacion ha tenido por objeto dos ó mas cosas *de la misma especie,* [63] bajo una alternativa, ó una cosa que el donatario [64] debe tomar entre varias de la misma especie, y le fuese quitada por sentencia la cosa

Art. 61. — Zachariæ, § 481 nota 8ª. [Cita inexacta].

Art. 63. — Zachariæ, § 481 nota 9ª. [Cita inoportuna]. — Grenier, *Donaciones,* n° 97. — Duranton, Tom. 8°, n°s 527 y siguientes. [De Aubry, allí].

---

tractarse y adoptar su opinion, que es tambien la de Demolombe, XX, 548 y 549; sosteniendo hoy (nota 6ª de la 4ª edicion) que el donatario no tiene mas derecho que el de exigir el precio de sus servicios (vé arts. 1824 á 1827), ó repetir el monto de las cargas cumplidas á espensas de su patrimonio personal. Vé el artículo 3932.

[58] Sobre este último punto opina Demolombe en sentido contrario, y Aubry y Rau le impugnan en la nota 9ª, 4ª edicion.

[59] Pero si la eviccion parcial ninguna pérdida causa al donatario, el donante carecerá de recurso contra él (nuestra nota 55, al fin).

[60] Es aquí aplicable lo dicho en las tres notas precedentes.

[61] O no habiéndose estipulado nada á este respecto. Si el donante declaró oportunamente la existencia de la hipoteca, se aplicará el artículo 2107, inciso 1°.

[62] Artículo 2092. La subrogacion es conforme al artículo 768 n° 4°, y parece que esta bastará, sin tener lugar los efectos de la eviccion propiamente dicha (vé nuestra nota 54). En defecto, el donatario puede exigir judicialmente del donante, que libre el inmueble de la hipoteca: este artículo combinado con el 2148 n° 5°.

En el artículo se supone que la deuda era del donante. Si era de un tercero, el donatario que paga se subroga solo contra él, y ningun derecho tiene contra el donante. Zachariæ § 481 nota 9ª de Massé y Vergé. Aubry y Rau, § 705 despues de la nota 14, 4ª edicion, etc. Freitas, allí, § 3°.

[63] Una alternativa sobre cosas de la misma especie viene á ser mas bien una obligacion de género, y queda así comprendida en el segundo caso de este artículo. Los autores franceses, á diferencia de Freitas, se refieren á toda obligacion alternativa propiamente dicha; pero no aceptamos esta estension, por considerar que la disposicion de nuestro artículo es de derecho escepcional. Vé nuestra nota 65.

[64] Los escritores tampoco distinguen si la eleccion corresponde al donante ó al donatario.

que se le habia entregado, el donatario tiene derecho á pedir que la donacion se cumpla en las otras cosas. *De Aubry, allí, nota* 13, *y Freitas* 3561°. [65]

2155. Art. 65. — El donatario de una cosa determinada solo en cuanto á su especie, y que se encuentra desposeido de ella por sentencia, tiene derecho á que se le entregue otra de la misma especie. *Aubry, allí, nota* 14; *Freitas* 3561° § 1°. [66]

2156. Art. 66. — El donatario vencido tendrá derecho, como representante del donante, [67] para demandar por la eviccion al enajenante de quien el donante tuvo

---

[65] Lo mismo resuelven los demas autores franceses y Freitas en su artículo 3580, y Goyena bajo su artículo 956, sin ninguna razon jurídica para ello, y nada mas que porque así disponia el Digesto romano, respecto á los legados (vé el art. 3782 con nuestra nota 63). Compara con Maynz, § 255, notas 7ª á 15, que apoya nuestra tésis con la autoridad de la razon y de los testos romanos.

« El donante no ha llenado su obligacion de pagar válidamente la cosa, no ha ejecutado la donacion, y no queda libre », dice dogmáticamente Demolombe, XX, 555; y en el mismo sentido se espresa respecto á los legados alternativos, XXI, 699.

Tal es la razon que se da y que á Demolombe parece *muy simple* y satisfactoria, cuando no es mas que un sofisma que cae por su peso. Efectivamente, si fuera aceptable, la invalidez del pago deberia engendrar en todos los casos la obligacion de garantía, y tendria que concluirse necesariamente que el donante de cosa agena está siempre obligado á dar otra en su reemplazo ó satisfacer los daños y perjuicios: compara con el artículo 2149 y la nota 55. *Quod multum probat nihil probat.*

Por el contrario, á nosotros nos parece que los principios mas simples del derecho exigian una solucion opuesta.

Antes de la eleccion, convenimos en que se tengan en cuenta las disposiciones concernientes á las obligaciones alternativas ó genéricas, consignadas en los artículos 638, 639, 641, 604, 605, etc.

Pero *hecha la eleccion* y recibido el acreedor donat ario de su cosa, la obligacion quedó cumplida, la cosa individualizada y no hay mas razon para distinguir este caso del de una cosa determinada, que no es del deudor: artículo 603 y su argumento. La obligacion del donante no puede ser en este caso, mayor que la de cualquier otro donante de cosa agena.

Cuando la cosa existe y las circunstancias del donante no han cambiado, podría admitirse por equidad y en desvio de los principios, que el donatario pudiese exigir otra cosa en sustitucion de la que perdió. Pero si la cosa no existe, el derecho del donatario cesa absolutamente por la imposibilidad de su ejercicio; y si el donante no puede ya entregarla sin gran daño y sacrificio, sería inícuo que la generosidad de su oferta *á eleccion* causase su ruina, y como dice la ley romana, el donante no debe sufrir la pena de su liberalidad.

Si el donante procedió de buena fé, la incongruencia con los principios sería aun mas resaltante.

Por último, los artículos 1189, 1192 y 1193 franceses correspondientes á nuestros artículos 636, 638 y 639, en que Aubry y Rau y Demolombe apoyan su tésis, mas bien la contradicen; porque el 1° libra al deudor por la entrega de una de las cosas, y el 3° se refiere claramente á la pérdida de estas ántes de la entrega.

[66] Es aplicable á este artículo lo dicho en la nota precedente. Estas disposiciones debieron seguir inmediatamente al artículo 2147.

[67] Es decir como *representante* ó *causahabiente;* pero *en nombre propio:* artículo 2098 inciso 2° con la nota 6ª.

la cosa por título oneroso, [68] aunque este no le hubiese hecho cesion espresa de sus derechos. *Freitas* 3560°.

CAPÍTULO VI

DE LA EVICCION ENTRE CESIONARIOS Y CEDENTES

2157. Art. 67. — La eviccion entre cesionarios y cedentes comprende la eviccion de derechos dados en pago, *remitidos* ó adjudicados, y los créditos trasmitidos en virtud de subrogacion legal. *De Freitas* 3562° § 1°. [69]

2158. Art. 68. — A la eviccion de los derechos cedidos por cosas con valor, ó por otros derechos, es aplicable lo dispuesto sobre eviccion entre permutantes. *Freitas, allí,* § 2°. [Art. 1438].

2159. Art. 69. — A la eviccion de derechos cedidos gratuitamente, ó por remuneracion de servicios ó por cargas impuestas en la cesion, es aplicable lo dispuesto sobre las donaciones de esas clases. *De Freitas, allí,* §§ 3° y 4°. [Arts. 1439 y 1486].

2160. Art. 70. — En el caso de eviccion total ó parcial del derecho cedido, el cedente responde como está dispuesto respecto al vendedor, cuando es vencido el comprador en la cosa comprada. [Arts. 2120 á 2129]. [70]

2161. Art. 71. — Si la cesion fuese de determinados derechos, *ventas* ó productos [71] trasferidos en su totalidad, el cedente no responde sinó de la eviccion del todo en general, y no está obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se compongan, sinó cuando la eviccion fuere de la mayor parte. *Goyena* 1463°. [Vé art. 2128].

Art. 66. — Cód. de Austria, art. 945. — Holandés, art. 1711. — Prusiano, art. 1083, Parte 1ª, Tít. 11. — L. 2ª, Tít. 45, Lib. 8°, Cód. Romano, y L. 18, § 3°, Tít. 5°, Lib. 39, Dig. — Véanse las citas del artículo 8° de este Título. [De Goyena 956°. Citas correspondientes al art. 2147].

Art. 67. — Sobre todo este capítulo, véase el Título 7°, De Olea, *De Cessione jurium.*

Art. 71. — L. 31, Tít. 5°, Part. 5ª. [De Goyena, allí].

---

[68] O cualquier otro causante anterior (art. 2111), aunque sea por título gratuito, con tal que deba responder de la eviccion, como en los casos de los artículos 2148, 2154 y 2155. El artículo 2098 hacia innecesario el presente, sobre todo dada su mala redaccion.

[69] Es decir; los artículos 2160 y 2161 son tambien aplicables á la eviccion de créditos (art. 780) ó derechos dados en pago, *rematados* ó adjudicados (vé art. 1437), ó trasmitidos por subrogacion legal ó convencional (art. 769), ó por delegacion (vé arts. 814 y 815). Compara con el artículo 3511, y con Maynz, § 189 notas 5ª á 13, 4ª edicion.

[70] Este artículo solo es aplicable, por supuesto, á las cesiones hechas por un precio en dinero (arg. arts. 2158 y 2159), y hay que considerarlo modificado por los artículos 1478 á 1182 y 1484.
La asimilacion entre la venta, la adjudicacion por sentencia judicial (art. 1437) y la cesion onerosa de un crédito es corriente en derecho.

[71] Goyena dice *rentas* y no *ventas*, y así debe leerse. Adviértase que el derecho á percibir frutos ó productos puede ser cedido; pero los productos pueden ser solo vendidos, mas no cedidos.

2162. Art. 72. — En la cesion de herencia [72] el cedente solo responde por la eviccion que escluyó su calidad de heredero, y nó por la de los bienes de que la herencia se componia. [Freitas 3566°]. Su responsabilidad será juzgada como la del vendedor. [73]

2163. Art. 73. — Si los derechos hereditarios fueren legítimos, ó estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por la eviccion. *Freitas* 3568° § 3°. [Art. 1478 inc. 1°].

2164. Art. 74. — Si el cedente sabia positivamente que la herencia no le pertenecia, aunque la cesion de sus derechos fuere como inciertos ó dudosos, [74] la esclusion de su calidad de heredero le obliga á devolver al cesionario lo que de él hubiere recibido, y á indemnizarlo de todos los gastos y perjuicios que se le hayan ocasionado. *Troplong,* Vente, *n°* 958. [75]

2165. Art. 75. — Si el cedente hubiere cedido los derechos hereditarios, sin garantir al cesionario que sufre la eviccion, este tiene derecho á repetir lo que dió por ellos; pero es libre de satisfacer indemnizaciones y perjuicios. *Troplong, allí, n°* 959. [76]

TÍTULO XIV

De los vicios redhibitorios

2166. Art. 1°. — Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso ó goce se trasmitió por título oneroso, *existente* al tiempo de la ad-

Art. 72. — L. 34, Tít. 5°, Part. 5°. — L. 1ª, Tít. 45, Lib. 8°, Cód. Romano. — LL. 14 y 15, Tít. 4°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, art. 1606 [léase 1696]. — Italiano, art. 1465. — Holandés, art. 1573 [léase 1515]. — Napolitano, art. 1540 [léase 1542. De Goyena 1462°].

---

[72] De herencia ya deferida por la apertura de la sucesion (art. 3284); pues la herencia futura ó esperanzas de sucesion no pueden cederse ni ser objeto de contrato alguno (arts. 1176, 1451, etc.).

Sobre esta materia debe consultarse á Troplong y Marcadé sobre los artículos 1696 á 1698; Aubry y Rau, § 359 *ter*, 4ª edicion; Freitas 3566° á 3568°; Goyena 1462° á 1465°; Maynz, § 495, etc. Vé nuestras notas 73 hácia el artículo 1486, la 7ª al 3265, la 43 al 3424 y la 13 al 3454.

[73] Este inciso guarda armonía con el artículo 2160.

[74] Es siempre un cedente de mala fé (nuestra nota 53).

[75] Con sujecion á los artículos 2120 á 2123 y 2125. Se supone que el cesionario es de buena fé; pues si era de mala fé, se aplicará lo dicho en la nota 28.

[76] No sabriamos armonizar esta disposicion con los artículos 2099, 2102, 2103 y 2108; á no ser que la consideremos como una aplicacion de este último y del 2102 inciso 2° y nota 9ª; de modo que la frase *sin garantir al cesionario*, equivalga á haberse eximido el cedente de la garantía de la eviccion (así la entiende Troplong), ó importe haber cedido sus derechos como dudosos (art. 2163).

De todos modos, este artículo debe entenderse sin perjuicio de la disposicion del anterior (2164), y es entendido que la accion y omision dolosas causan los mismos efectos (art. 934): vé el artículo 2101.

quisicion, [1] que la hagan impropia para su destino, *si de tal modo disminuye* [2] el uso de ella que á haberlos conocido el adquirente, no la habria adquirido, ó habria dado ménos por ella. *Freitas* 3581°; *Cód. Francés* 1641°.

2167. Art. 2°. — Las acciones que en este Título se dan por los vicios redhibitorios de las cosas adquiridas, no *comprende* á los adquirentes por título gratuito. *De Freitas* 3604° *n°* 1° *inc.* 2°. [3]

2168. Art. 3°. — Las partes pueden restringir, renunciar ó ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, del mismo modo que la responsabilidad por la eviccion, siempre que no haya dolo en el enajenante. *Freitas* 3585°, *y Maynz*, § 298 *nota* 41. [Art. 2100]. [4]

2169. Art. 4°. — Pueden tambien por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantizase la no existencia de ellos, ó la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se esprese, cuando el enajenante afirmó positivamente [5] en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, ó que tenia ciertas calidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto ó la falta de la calidad. *Chile* 1863°, *y Freitas* 3611° § 1°.

2170. Art. 5°. — Incumbe al adquirente probar que el vicio existia al tiempo de la adquisicion, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino despues. *Freitas* 3605° § 1°; *Troplong, allí, etc.*

Art. 1°. — Véanse LL. 63, 64, 65 y 66, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 1ª, § 8°, Tít. 1°, Lib. 21, Dig. — LL. 11, 48 [léase LL. 13 § 10, y 48 § 4°] y 55, Tít. y Lib. id. — Cód. de Chile, art. 1858. — Cód. Francés, arts. 1641 y 1642. — Italiano, arts. 1489 y 1490 [léase 1498 y 1499]. — Holandés, arts. 1541 y 1542. — De Nápoles, arts. 1486 [léase 1488] y 1487. — De Luisiana, arts. 2196 y 2197. — Los defectos pequeños no son vicios redhibitorios. — L. 1°, § 8°, Dig., *De edil. edict.* [Tít. 1°, Lib. 21. De Goyena 1406°, y Maynz, §§298 nota 7ª].

Art. 3°. — Troplong, *Vente,* n° 561. — Maynz, § 296.

Art. 4°. — LL. 18 y 19 [§§ 1° y 4°], Tít. 1°, Lib. 21, Dig. — Maynz, § 296 [§ 298 notas 18 y 19].

Art. 5°. — Es una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos, si la brevedad del tiempo que corre entre la enajenacion y la destruccion de la cosa, hace suponer de derecho que el principio de esta destruccion existia al tiempo de la enajenacion; ó si el adquirente debe probar que el vicio no ha nacido despues de la adquisicion. En los artículos 2500 y siguientes [léase 2513] del Código de Luisiana, se declara que la redhibicion de los animales no puede intentarse, sinó en los quince dias siguientes á la venta.

El artículo 924 del Código de Austria, dice que cuando un animal muere ó se enferma á

---

[1] Léase *existentes*. Vé el artículo 2170. El artículo 1527 constituye una escepcion á esto.

[2] *O si de tal modo disminuyen* el uso de ella, dicen todos los Códigos, y lo exige el sentido mismo del artículo.

[3] Esceptúanse los comodatarios (art. 2288) y los donatarios en su caso: vé artículo 2182. Pero el enajenante doloso será siempre responsable del perjuicio: artículos 2168 inciso 2°, 2171 inciso 2°, 2101, 506, 1110 y 1078 y su argumento.

[4] El artículo 2171 contiene una aplicacion de esta escepcion relativa al dolo.

[5] Porque los elogios vagos que el vendedor prodiga á su cosa, ó las aserciones usuales de su buena calidad, no le responsabilizan. Maynz, § 298 nota 19 (§ 213 nota 23, 4ª edicion). Troplong, n° 562; Freitas, allí, § 2°.

En contra del inciso 1°, Freitas 3609°.

2171. Art. 6°. — La estipulacion en términos generales de que el enajenante no responde por vicios redhibitorios de la cosa, no lo exime de responder por el vicio redhibitorio de que tenia conocimiento, y que no declaró al adquirente. *Freitas* 3587° § 2°. [6]

2172. Art. 7°. — El enajenante está tambien libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocia ó debia conocerlos por su profesion ú oficio. *Freitas* 3602° *n°* 3° *inc.* 1°. [7]

2173. Art. 8°. — Está igualmente libre de responsabilidad por los vicios redhibitorios si el adquirente obtuvo la cosa por remate, ó adjudicacion judicial. *De Freitas* 3604° *n°* 2°; *Cód. Francés, allí.* [8]

2174. Art. 9°. — Entre adquirentes y enajenantes que no son compradores y vendedores, el vicio redhibitorio de la cosa adquirida solo da derecho á la accion redhibitoria, pero no á la accion para pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa. *Freitas* 3597°. [9]

2175. Art. 10. — Entre compradores y vendedores, no habiendo estipulacion sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios ó

las veinte y cuatro horas de la entrega, se presume que estaba atacado [de la enfermedad] ántes de ella.

El Código Prusiano, art. 199, Tít. 9ª, Parte 1ª, dice: « Si el animal enferma ó muere á las veinte y cuatro horas de la entrega, responde el vendedor; si despues, el comprador debe probar la preexistencia de la enfermedad.» [De Goyena 1415°]. Aceptamos sin embargo la opinion de Troplong, que el adquirente, que es demandante, debe probar la existencia del vicio en el momento de la adquisicion, n° 569.

Art. 6°. — L. 17, § 20. — LL. 19 [§§ 1° y 4°], 31 y 52, Tít. 1°, Lib. 21, Dig. — Maynz, § 296 [§ 298 notas 18 y 19]. — Cód. de Chile, art. 1859. — Troplong, *Vente*, n° 560.

Art. 7°. — L. 14, Tít. 8°, Part. 5ª, [cita del art. 1527], y véase L. 4ª, Tít. 1°, Lib. 10, *Nov. Rec.* [De Goyena 1406°].

Art. 8°. — Código Francés, art. 1649. — Sobre la razon de la disposicion del artículo, véase Troplong, n° 583.

---

[6] Vé nuestra nota 1ª. Es análoga la disposicion del artículo 2101. Las leyes romanas tomadas de Maynz corresponden al artículo 2169 y no al presente.

[7] Salvo, por supuesto, si se estipuló espresamente la garantía: artículo 2168 y su argumento. Parece que el enajenante puede oponer al adquirente la ciencia del mandatario de este último. Maynz, § 298 nota 16 (§ 213 nota 20, 4ª edicion).

Este artículo debe servir de natural complemento á la disposicion del artículo 1527.

[8] Se trata de remates y adjudicaciones *forzosas*, y no de las hechas á pedido del deudor ó de los copartícipes.

Goyena en su artículo 1411 solo exime al propietario de los daños y perjuicios, pero le somete á las acciones redhibitoria y *quanti minoris* (art. 2176), y por una estricta analogía con el artículo 2124 se habria debido adoptar la misma solucion. Pero tratándose de un asunto de mucho menor importancia que la eviccion y siendo mas fácil conocer los vicios redhibitorios, ha podido admitirse esta desviacion, para obviar pretestos de rescision y conseguir la firmeza de las ventas judiciales, que se hacen siempre prévia tasacion y demas formalidades y por un precio generalmente bajo.

[9] El artículo 1527, que no existe en el proyecto de Freitas, quiebra esta regla.

defectos ocultos de la cosa aunque los ignore ; pero no está obligado á responder por los vicios ó defectos aparentes. [10]

2176. Art. 11. — En el caso del artículo anterior, el comprador tiene la accion redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole este el precio pagado, [11] ó la accion para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. *De Cód. Francés, allí.*

2177. Art. 12. — El comprador podrá intentar una ú otra accion, pero no tendrá derecho para intentar una de ellas, despues de ser vencido ó de haber intentado *cualquiera de ellas. Freitas* 3589°. [12]

2178. Art. 13. — Si el vendedor conoce ó debia conocer, por razon de su oficio ó arte, [13] los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al

Art. 10. — Las citas al artículo 1°, y L. 14, Tít. 8°, Part. 5ª.

Art. 11. — Cód. Francés, art. 1644. — Italiano, art. 1501. — Napolitano, art. 1489 [léase 1490]. — Holandés, art. 1543. — L. 18, Tít. 1°, Lib. 21, Dig. — La L. 64, Tít. 5°, Part. 5ª, solo concede la accion redhibitoria, cuando el vendedor sabia el vicio de la cosa vendida ; cuando lo ignoraba, solo le da la accion *quanti minoris* [al comprador. De Goyena 1408°].

Art. 12. — L. 65, Tít. 5°, Part. 5ª. — Troplong, n° 581. — Voet, *Ad Pand. De œdil. edict.* — Duranton, Tom. 16, n° 328. — Toullier, Tom. 10, n° 163. [De Acevedo 1709°, y Troplong]. — Aubry y Rau, § 355 bis.

---

[10] Esto es igualmente cierto respecto á los locadores y demas contratantes por título oneroso: artículos 1527, 2182 y su argumento.

[11] Esta accion rescisoria repone á las partes al mismo estado en que se hallaban ántes de la venta (art. 1051). El comprador devolverá la cosa con sus mejoras y accesiones; no los frutos, que se compensarán con los intereses (arg. art. 1054) ; pero responde de los deterioros causados por su culpa ó dolo, y debe devolver la cosa libre de las cargas ó gravámenes que le impuso (arts. 2671 y 2672), con las escepciones consignadas en el inciso 2° del artículo 2672 citado y en el 2673.

Si no puede entregarla libre de la carga ó si la ha enajenado, no puede pedir la rescision del contrato, y solo podrá ejercer la accion *quanti minoris* : argumento del presente artículo y del 2181. Vé nuestra nota 19 al artículo 2671.

Si la cosa ha perecido, se aplican los artículos 2180 y 2181.

En cuanto al vendedor, parece que deberá restituir el precio con los intereses, cuando la cosa no era productiva de frutos, é indemnizar las mejoras, especialmente si al hacer la venta conocía el vicio (art. 2178). Compara con Maynz, § 298 notas 24 á 27 (§ 213 notas 28 á 31).

Nuestro Código, á diferencia del artículo 1646 francés, no le hace responsable de los gastos del contrato hechos por el comprador; pero lo será, si procedió de mala fé (art. 2178). Freitas 3591°, es aun mas severo que el Código Francés con el vendedor.

Vé el artículo 4043.

[12] Compara con el artículo 1377 n° 3°. Toullier y Duranton no apoyan la última parte de nuestro artículo, y Aubry y Rau sostienen la tésis contraria (nota 18 de la 4ª edicion).

Antes de ser contestada la demanda, no puede negarse el derecho de mudar la accion, derecho que á nadie perjudica, una vez que el demandante soporte solo las costas causadas hasta entónces : artículo 95 de nuestro Proyecto de Ley de Enjuiciamiento para esta Provincia de Corrientes : Buenos Aires, 1875.

[13] Estas palabras tomadas de Aubry, armonizan con el artículo 2172. Nuestro artículo se conforma con los artículos 506, 1078 y 1110.

comprador, tendrá este á mas de las acciones de los artículos anteriores, el derecho á ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescision del contrato. *Goyena* 1408° § 2°, *y Aubry* § 355 bis *nota* 13; *Cód. Francés* 1645°.

2179. Art. 14. — Vendiéndose dos ó mas cosas, sea en un solo precio ó sea señalando precio á cada una de ellas, el vicio redhibitorio de la una, da solo lugar á su redhibicion y no á la de las otras, á no ser que aparezca que el comprador no habria comprado la sana sin la que tuviese el vicio, [14] ó si la venta fuese de un rebaño y el vicio fuere contagioso. *Goyena* 1413° *y* 1414°; *Chile* 1864°; *Freitas* 3590° *y* 3591° *al fin.*

2180. Art. 15. — Si la cosa se pierde por los vicios redhibitorios, el vendedor sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio. [15] Si la pérdida fuese parcial, el comprador deberá devolverla en el estado en que se hallare para ser pagado del precio que dió. *De Cód. Francés* 1647°, *y Freitas* 3595° §§ 1° *y* 2°. [15]

2181. Art. 16. — Si la cosa vendida con vicios redhibitorios se pierde por caso fortuito, ó por culpa del comprador, le queda á este sin embargo, el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. *Freitas* 3596° § 1°.

2182. Art. 17. — Lo dispuesto respecto á la accion redhibitoria [17] entre comprador y vendedor, es aplicable á las adquisiciones por dacion en pago, [18] por contratos innominados, [19] por remates ó adjudicaciones, cuando no sea en virtud

Art. 13. [Chile 1861°]. — L. 63, Tít. 5°, Part. 5ª. — L. 14, Tít. 8°, Part. 5ª. — L. 45, Tít. 1°, Lib. 18, Dig. — Cód. Francés, arts. 1645 y 1646. — Italiano, arts. 1502 y 1503. — Napolitano, arts. 1490 [léase 1492] y 1491. — Holandés, arts. 1544 y 1545. [De Acevedo 1711°, y Goyena 1408°].

Art. 14. — Véanse LL. 34 y 38, [§§ 13 y 14], Tít. 1°, Lib. 21, Dig. [De Goyena, allí].

Art. 15. — Cód. Francés, art. 1647. — Italiano, art. 1501. — Napolitano, art. 1492 [léase 1493]. — Holandés, art. 1592 [léase 1546]. — L. 13, Tít. 1°, Lib. 19, Dig. [De Goyena 1409°].

Art. 16. — LL. 31 y 47 [léase 47 y 31], § 11, Tít. 1°, L. 21, Dig. [16] — Duranton, Tom. 16, n° 326. — Duvergier, n° 411 [léase 414. Son citas de] Aubry y Rau, § 355 bis, nota 16. — En contra, Cód. Francés, art. 1647.

---

[14] Compara con el artículo 2128 y nota 32; con Troplong, n°s 577 y 578, y con Maynz, § 298 nota 35 (§ 213 nota 39), que contienen doctrinas muy semejantes á las de nuestro artículo.

[15] Todos los Códigos y nuestro artículo 2178 le obligan tambien á pagar los daños y perjuicios, si conocia los vicios, lo cual es de una lógica y justicia perfectas, pues la gravedad de los vicios que causen la pérdida no debe mejorar su condicion.

[16] Pero estas leyes conceden tambien la accion redhibitoria, y nuestro artículo solo acuerda la *quanti minoris*. Vé á Aubry y Rau, allí, nota 22, 4ª edicion.

[17] La *quanti minoris* no tiene lugar: artículo 2174.

[18] Artículo 1326 inciso 2°. Lo mismo será en la transaccion, respecto á las cosas dadas en pago, pero no en relacion á las cedidas ó disputadas: artículos 836, 854 con la nota 18, y su argumento. Freitas no distingue allí ni en su artículo 1212.

[19] Vé nuestra nota 9ª hácia el artículo 1144.

de sentencia, [20] en las permutas, [21] en las donaciones, en los casos en que hay lugar á la eviccion [22] y en las sociedades, dando en tal caso derecho á la disolucion de la sociedad, ó la esclusion del socio que puso la cosa con vicios redhibitorios. *Freitas* 3598° *y* 3601°. [23]

2183. Art. 18. — La accion redhibitoria es indivisible. Ninguno de los herederos del adquirente puede ejercerla por solo su parte; pero puede demandarse á cada uno de los herederos del enajenante. *De Troplong, alli.* [24]

—

TÍTULO XV

Del depósito

[Vé art. 600 inc. 2°].

2184. Art. 1°. — El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se

Art. 17. — Véase Maynz, § 296 al fin [§ 298 nota 57].

Art. 18. — Troplong, n° 576. — « L. 31, § 10, Tít. 1°, Lib. 21, Dig. » — Maynz, § 296 [§ 298 nota 38].

---

[20] Lo dicho en la nota 8ª al artículo 2173.

[21] Como está dispuesto implícitamente en el artículo 1494. Freitas 3599° y 3600°, viene á establecer lo mismo en el fondo.

[22] Y que se determinan en el artículo 2148. En el comodato, que es una donacion del uso, se aplicará el artículo 2288, y el 2249 en el mútuo.

[23] Con indemnizacion de las pérdidas é intereses, que se hayan originado: argumento de los artículos 511 y 1723, y nota 125 al 1775. Respecto á los co-herederos, el artículo 3512 contiene una disposicion de derecho escepcional.

El presente artículo deberia ser estensivo á los vicios redhibitorios de las cosas divididas entre co-partícipes (vé arts. 2166 y 2174); pero los artículos 1790 y 2700 y quizá el 1311 exigen que el caso se rija por el citado artículo 3512, relativo á los co-herederos.

[24] Las *obligaciones* se llaman *indivisibles*, cuando cualquiera de los deudores ó de sus sucesores están obligados al pago total, á exigencia de cualquiera de los deudores ó de sus sucesores; pero aquí la *accion* se clasifica de *indivisible*, porque, como en los casos de los artículos 1389 y 1615, los condueños ó co-adquirentes deben ponerse de acuerdo para ejercerla. Compara con el artículo 3009 y la nota del Dr. Velez y con el artículo 3984.

En nuestro caso, los compradores ó sus sucesores tienen que elegir entre la redhibicion ó la disminucion de precio (vé art. 2174), y ademas el enajenante se perjudicaria en recuperar solo una parte de la cosa.

Con mas propiedad puede decirse, la *obligacion* del enajenante producida por los vicios redhibitorios, es como la de la eviccion, *indivisible* (art. 2109); de modo que *puede demandarse á* cualquiera de los co-enajenantes ó *á cualquier heredero del enajenante;* pero las obligaciones divisibles, resultantes de la condenacion, se repartirán entre ellos en porciones iguales ó en proporcion de sus partes hereditarias (art. 691 y arg. del 689 n° 3° y del 2690, y art. 3500): vé el artículo 2109 con nuestra nota 20, y compara con Maynz, § 298 notas 36 á 38 (§ 213 notas 40 á 42, 4ª edicion) y con Pothier, *Vente*, n°s 221 y 225.

obliga á guardar gratuitamente una cosa mueble ó inmueble que la otra le confia, y á restituir la misma é idéntica cosa. *Aubry, alli.* [Vé art. 2192].

2185. Art. 2°. — Una remuneracion espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario, [2] ó la concesion á este del uso de la cosa al celebrar el contrato, ó despues de celebrado, no quita al depósito el carácter de gratuito. *Freitas* 2608°. [Vé art. 2210]. [3]

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 3°, Part. 5ª. [De Acevedo 2202°]. — Aubry y Rau, § 401. — Pero no siempre que se guarda gratuitamente una cosa, hay depósito. Para que la entrega de una cosa tome el carácter de depósito, es preciso que ella tenga por fin principal la guarda de la cosa. Cuando la guarda de la cosa es solo secundaria, cuando no es sinó la consecuencia de un contrato ya perfecto, en nada cambia la naturaleza de este contrato. Si yo, por ejemplo, os encargo recibir de un tercero una cosa, y guardarla hasta que disponga de ella, el contrato es mandato yno depósito. [1] Lo mismo seria si por resultado de una convencion, quedare en poder del mandatario una suma de dinero, y el mandante le encargare que se la guardase hasta disponer de ella. — L. 8ª [al principio Tít. 1°, Lib. 17], Dig., *Mandati.* — Pothier, n° 10. — Troplong, *Dépôt,* n°s 23 y 30.

En los Códigos y entre los jurisconsultos hay variedad de juicio sobre la naturaleza de la cosa que debe ser objeto del depósito. Voet y Domat juzgan que el depósito puede tambien ser de cosas inmuebles. Pothier y Heinecio, que solo puede ser de cosas muebles. La Ley citada de Partida, que puede ser tanto de muebles, como de inmuebles ; y los Códigos de Francia, de Nápoles, Sardo, Holandés y de Luisiana, disponen que el depósito no puede tener por objeto, sinó cosas muebles. [De Goyena 1661°]. Nosotros seguimos la disposicion de la Ley 2ª de Partida, pues el objeto principal del acto es la guarda de una cosa. No encontramos razon para que se diga que una persona que cierra su casa y deposita en otra las llaves de ella, no efectúa depósito, sinó locacion de servicios, pues el objeto de ese acto ha sido depositar la casa, aunque subsidiariamente se exija algun servicio del que la recibe. No se niega que el secuestro puede ser de cosas inmuebles; pero el secuestro no es sinó un depósito judicial, y por consiguiente aunque el acto no sea un contrato, puede concluirse que no es de la esencia del depósito el que la cosa depositada sea mueble.

Decimos en el artículo, *gratuitamente,* conforme á la esencia que le da al depósito la L. 2ª, Tít. 3°, Part. 5ª. — La L. 1ª, § 8°, Tít. 3°, Lib. 16, Dig., y los Códigos de Francia, de Luisiana, de Nápoles, de Holanda y Sardo. — Por la L. 3ª, Tít. 15, Lib. 3°, Fuero Real, no es de la esencia del depósito que sea gratuito. [De Goyena 1660°].

Art. 2°. — Pont, *Dépôt,* n°s 377 [á 379 y 388] y siguientes.

---

[1] El depósito, bien considerado, es una variedad del mandato, un mandato para custodiar la cosa, *de re custodienda.*

De aquí su gran semejanza ; si bien difieren en que el uno es contrato consensual y el otro real (arts. 1141 á 1143), en la responsabilidad que imponen (vé los arts. 1906, 2204, 2224, y 2232, y 2238 con sus notas) y bajo otros respectos. Vé el artículo 2185 con sus notas y la nota del Dr. Velez al artículo 3856.

Para distinguir el depósito de otros contratos, en que interviene la conservacion de cosas, se consídera la mira principal de los contratantes y no las que son accesorias. Vé nuestras notas siguientes, la 5ª al artículo 3206 y la 13 al artículo 3209.

[2] Si el depositario solicitó la remuneracion en pago de su trabajo, habria una locacion de servicios y no un depósito. Los anticipos pecuniarios para los gastos (arts. 2206 y 2226) no constituyen, por supuesto, una remuneracion.

Se halla en este caso la comision que cobran los Bancos (Troplong, n° 118).

[3] Esta circunstancia tampoco hace degenerar el depósito de cosa fungible en comodato (art. 2257), desde que la concesion del uso sea meramente accidental, y el depósito conserva la guarda de la cosa como fin principal y directo y como rasgo característico (nota 2ª). Vé los artículos 2190 n° 1°, 2191 n° 1°, y 2223. Pero es forzoso aplicar las disposiciones sobre el comodato en lo que respecta al uso de la cosa no fungible, gratuitamente concedido ; del mismo modo que el depositario adquiere la propiedad de la cosa puesta en depósito irregular y tiene la misma obligacion de restitucion que el mutario : vé el artículo 2222 con sus notas.

2186. Art. 3°. — El error acerca de la identidad personal del uno ó del otro contratante, ó á *causa* de la sustancia, calidad ó cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. [4] El depositario sin embargo, habiendo padecido error respecto á la persona del depositante, [5] ó descubriendo que la guarda de la cosa depositada le causa algun peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito. *Chile* 2216°. [Vé arts. 2217 y 2209 al fin].

2187. Art. 4°. — Las disposiciones de este Título se refieren solo al depósito convencional, y nó á los depósitos derivados de otra causa que no sea un contrato.

En todo lo que respecta á los efectos del depósito, las disposiciones de este Título [6] rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables : —

1° Al depósito constituido en virtud de disposiciones de última voluntad ;

2° Al depósito judicial en virtud de embargo, prenda, etc. ; [Vé art. 2788]. [7]

3° Al depósito de las masas fallidas regidas por las leyes comerciales ;

4° A los depósitos en cajas ó bancos públicos, [8] á los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que les sean especiales. *Freitas* 2601° *n*°s 1°, 2°, 4° *y* 6°.

2188. Art. 5°. — No habrá depósito sin contrato, ley ó decreto judicial que lo autorice. El que se arrogase la detencion de una cosa ajena, no será considerado depositario de ella, y queda sujeto á las disposiciones de este Código sobre los poseedores de mala fé. *Freitas* 2602°. [Vé arts. 2434, 2437 á 2446 y 2533].

2189. Art. 6°. — El depósito es voluntario ó necesario. Será voluntario cuando la eleccion del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante ; y necesario, cuando se haga por ocasion de algun desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio, ú otros semejantes, ó de los efectos introducidos en las casas destinadas á recibir viajeros. *Freitas* 2604° § 1°, y 2684°, *y Goyena* 1686°. [Vé art. 2229].

2190. Art. 7°. — El depósito voluntario es regular ó irregular.

Es regular : —

Art. 3°. — Véase Troplong, *Dépôt,* n°s 37 y 38. — Pont, *Dépôt,* n° 397. — Lo que forma el objeto del contrato, no es lo que el uno ó el otro ha entendido dar ó recibir, sinó lo que efectivamente ha dado ó recibido. [De Pont, allí. Vé art. 2192].

Art. 6°. — LL. 1ª y 8ª, Tít. 3°, Part. 5ª. — L. 1ª, [§ 2°], Tít. 3°, Lib. 16, Dig. — Código Francés, arts. 1920 y 1949. — Italiano, arts. 1838 y 1864. — Napolitano, arts. 1792 y 1821. [De Goyena, allí].

---

[4] Es una peculiaridad de este contrato, por escepcion á las disposiciones de los artículos 926, 927 y 928.

En vez de *causa*, debe leerse *cerca*, como está en el original chileno, y el propio sentido lo exige.

[5] Si el error es del depositante respecto á la persona del depositario, le bastará usar de la facultad de retirar el depósito : artículo 2219 y su argumento. Pero si el depósito es irregular (art. 2191), tendrá que solicitar la nulidad del contrato (art. 955, y vé el 930).

[6] Solo hasta el artículo 2228 ; pero no las disposiciones siguientes sobre el depósito *necesario*.

[7] Y secuestro : materia peculiar del Código de procedimientos.

[8] O en las aduanas nacionales. *Estaçoëns* públicas, dice el n° 6° de Freitas.

1° Cuando la cosa depositada fuere inmueble, ó mueble no consumible, [9] aunque el depositante hubiere concedido al depositario el uso de ella ; [Vé art. 2210].

2° Cuando fuere dinero, ó una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco ó caja cerrada con llave, no entregándole esta ; ó fuere un bulto sellado, ó con algun signo que lo distinga ; [10]

3° Cuando representase el título de un crédito de dinero, ó de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza ; [Vé art. 2191 n° 2°].

4° Cuando representase el título de un derecho real, ó un crédito que no sea de dinero. *Freitas* 2605°. [11]

2191. Art. 8°. — Es irregular : —

1° Cuando la cosa depositada fuere dinero, ó una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas ó se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, n° 2°, aunque no le concediere tal uso y aunque se lo prohibiere ; [12]

2° Cuando representare crédito de dinero, ó de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza. *Freitas* 2606°. [Vé arts. 2190 n° 3° y 2222 con sus notas].

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

2192. Art. 9°. — El contrato de depósito es un contrato real, y no se juzgará concluido, sin la tradicion de la cosa depositada. *Freitas* 2627° § 2°. [13]

2193. Art. 10. — Si el depósito fuere regular, el depositario solo adquiere la mera *detentacion* [14] de la cosa. Si fuere irregular, la cosa depositada pasa al do-

---

[9] Vé el artículo 2327.

[10] Hallándose cerrado, se entiende.

[11] O de cantidad de cosas consumibles. Freitas, allí.

[12] *Aunque se lo prohibiere;* porque es mas prudente considerarle dueño, que pueda usar del depósito y que perezca para él, sin mas responsabilidad que la de un mutuario moroso (arts. 2224, 2254 y 2255 combinados con los arts. 608 y 622 inc. 3° respectivamente). El artículo 1917 contiene una disposicion armónica. El derecho considera dueño al que recibe una cosa consumible ó una cantidad de dinero, por no ser identificable, y el que la entrega no goza, para recobrarla, de la reivindicacion, sinó de una accion personal: nota del Dr. Velez al artículo 616 y artículos 2606 y 2764 con sus notas. Compara con Maynz, § 324 nota 33 (§ 239 nota 34, 4ª edicion), Troplong, n°s 102 y 115, y Pont, n°s 390, 443 y 445.

Cuando se concede el uso de la cosa depositada. Goyena 1126° y 1670° pretende que el depósito degenera en mútuo ó comodato. Vé la nota 27 del Dr. Velez.

[13] Vé el artículo 1143 y la nota 7ª al artículo 2244. El artículo estaria mejor colocado despues del 2184, por consagrar un principio comun á todo depósito: vé el artículo 2241.

La promesa de depósito no dá accion al aceptante: artículos 2246 inciso 1° y 2258 inciso 2°.

[14] Léase mera tenencia ó *detencion*, como está en Freitas y lo exige la propiedad (vé arts. 2462 y 2464 n° 2°) ; pues aun tratando de un usurpador, el artículo 2188, llama *tenencia* á la detentacion.

minio del depositario, *salvo* cuando fuese un crédito de dinero ó de cantidad de cosas consumibles, que el depositante no hubiere autorizado al depositario para cobrarlo. *De Freitas* 2628° §§ 1° *y* 2°. [15]

2194. Art. 11. — La validez del contrato de depósito exige de parte del depositante y del depositario la capacidad de contratar. *Aubry* § 402; *Cód. Francés* 1925° *inc.* 1°. [16]

2195. Art. 12. — Sin embargo, si una persona capaz de contratar, acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta á todas las obligaciones del verdadero depositario, y puede ser perseguida *por los derechos del depositante y por sus obligaciones como depositario,* [17] por el tutor, curador, ó administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito, [18] ó por esta misma si llega á tener capacidad. *Goyena* 1667° § 2°; *Cód. Francés* 1925° *inc.* 2°. [19]

2196. Art. 13. — Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz, en otra que no lo era, [20] el depositante solo tendrá accion á reivindicar la cosa depositada miéntras exista en poder del depositario, [21] y el derecho á cobrar al incapaz todo aquello con que se hubiese enriquecido por el depósito. *Goyena* 1668°.

Art. 11. — Sobre el depósito hecho por persona incapaz, ó á los incapaces, véase Troplong, sobre los artículos 1925 y 1926.

Art. 12. — L. 17, Tít. 16, Part. 6ª. — Instit., § 1° al fin [léase *testo del*]. Tít. 21, Lib. 1°. [De Goyena, allí].

Art. 13. — Cód. Francés, art. 1926. — Italiano, art. 1842. — Holandés, art. 1739. — Napolitano, art. 1798. [De Goyena, allí].

---

[15] El depósito es *regular* en este caso (art. 2190 n° 3°), y no seria por tanto una escepcion al principio de que en el depósito *irregular* el dominio de la cosa depositada pasa al depositario.

Suprimiendo el adverbio *no*, que parece un error de cópia, queda restituido el original; porque en el depósito irregular del artículo 2191 n° 2°, los créditos solo pasan á ser propiedad del depositario á medida que se van cobrando, es decir, desde el momento en que los cobra y solo en la parte cobrada: vé las notas del artículo 2222.

[16] Vé los artículos siguientes hasta el 2198; y el 2230, respecto al depósito necesario.

[17] Es una redundancia que no existe en los originales.

El artículo viene á ser una aplicacion del 1165.

[18] Es decir, por los representantes necesarios del incapaz (art. 57), y tambien por el Ministerio de Menores (art. 59).

[19] Cesando la incapacidad del deponente, es claro que él mismo puede perseguir al depositario: artículo 1165 y nuestra nota 44, y argumento de los artículos 731 n° 1°, 735 y 2215.

[20] Si el menor emancipado no puede contraer deuda mayor de *quinientos* pesos (art. 135 § 3°), con mayor razon no podrá hacerlo por vía de depósito irregular (arts. 2193 inc. 2° y 2222). Vé el artículo 2198, que debió seguir al 2195.

Freitas 2622° juzga la capacidad de las partes en el depósito irregular por las reglas sobre el mútuo. Vé nuestra nota 9ª al artículo 2075.

[21] Salvo el caso del artículo 2787; y en general, los artículos 2767 á 2769, 2773 y 2777 á 2782 sirven de natural complemento en este asunto.

Si la reivindicacion no procede, por haberse destruido ó consumido la cosa y en los casos de depósito irregular del artículo 2191 n° 1° (vé arts. 2764 y 2765), puede reclamarse lo que exista y lo utilizado por el incapaz: final del presente artículo y 1166. Vé nuestra nota 24 y la 40 al artículo 1900.

2197. Art. 14. — La persona incapaz, que ha aceptado un depósito de otra persona capaz ó incapaz, [22] puede cuando fuese demandada por pérdidas ó intereses originados por no haber puesto los cuidados convenientes para la conservacion de la cosa depositada, [23] repeler la demanda por la nulidad del contrato; pero no puede invocar su incapacidad para sustraerse á la accion de la restitucion de la cosa depositada. *Aubry, allí, notas* 1ª *y* 2ª. [24]

2198. Art. 15. — La persona incapaz que ha hecho un depósito, puede sustraerse á las obligaciones que el contrato le impondria si el depósito fuese válido; [25] pero queda siempre sometida á la accion de los gestores de negocios, [26] si por consecuencia del depósito, el depositario, obrando útilmente, hubiese gastado algo en la conservacion del depósito. *Aubry, allí,* § 3º.

2199. Art. 16. — El depósito no puede ser hecho sinó por el propietario de la cosa, ó por otro con su consentimiento espreso ó tácito. *Cód. Francés, allí.*

2200. Art. 17. — El depósito hecho por el poseedor de la cosa, es válido entre el depositante y depositario. *Aubry, allí, nota* 5ª; *Pont, nº* 400. [Vé art. 2217].

2201. Art. 18. — La persona que ha recibido en depósito una cosa *como propia del depositante,* sabiendo que no le correspondia, no puede ejercer contra el propietario ninguna accion por el depósito, [27] ni puede retener la cosa depositada

Arts. 14 y 15. — Aubry y Rau, § 402.

Art. 16. — Regla 13, Tít. 34, Part. 7ª. [De Acevedo 2208º]. — Cód. Francés, art. 1922. — Italiano, art. 1840.

Art. 17. — Aubry y Rau, § 402. — Troplong, nº 39.

---

[22] Los artículos 2259 y 2260 tampoco niegan la escepcion contra un incapaz: nota 46 al artículo 1165.

[23] Salvo, por supuesto, el caso del artículo 2787, y siempre que sea pasible del delito de violacion del depósito (art. 1078). Si siendo ya capaz destruyó la cosa, será responsable (nota 40 al art. 1900).

[24] O la *versio in rem,* en su caso. Este inciso es una repeticion parcial del artículo 2196; advirtiendo que, cuando la reivindicacion no proceda, el deponente puede usar del derecho de repeticion ó restitucion por la *condictio sine causa* (art. 792).

[25] Es la prerogativa del incapaz, en cualquier contrato y sea la nulidad absoluta ó relativa (art. 1165); pero si el acto es simplemente anulable, produce sus efectos hasta el momento de su anulacion (art. 1047).

[26] La accion correspondiente en este caso debiera ser la *versio in rem* (nota 24) y no la *negotiorum gestorum:* artículos 2301, 2308, y vé el 2299. Es la accion que el artículo 1900 concede contra el mandatario incapaz.

[27] Es cómplice del hurto ó robo, y no puede ejercer accion alguna, sinó para la indemnizacion de los gastos necesarios (art. 2112 inc. 1º; arg. del inc. 2º del presente; y vé el 2138), contra el propietario que no ha contratado con él. Por el contrario, responde solidariamente de la indemnizacion del daño causado por el delito: artículo 1082, y vé los artículos 1092 á 1095.

Tampoco tiene el cómplice accion contra el autor principal, que es el deponente, ni este contra aquel.

Otra cosa seria, si el deponente consideraba suya la cosa, ó el depositario se hallaba en error (vé art. 930), pues entónces no habria hurto ó robo, ni complicidad. Habria un con-

hasta el pago de los desembolsos que hubiere hecho. [Compara con Aubry, allí].

2202. Art. 19. — La validez del contrato de depósito, no está sujeta á la observancia de ninguna forma particular. *Aubry, allí.* [28]

2203. Art. 20. — El contrato de depósito no puede ser probado por testigos, sinó cuando el valor de la cosa depositada no *llegare sinó hasta* [29] doscientos pesos. Si escediese esta suma, y el depósito no constase por escrito, el que es demandado como depositario, es creido sobre su declaracion, tanto sobre el hecho del depósito como sobre la identidad de la cosa y restitucion de ella. *Aubry, allí, notas* 6ª *y* 7ª; *Cód. Francés* 1923º *y* 1924º; *Goyena* 1665º. [30]

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO REGULAR

2204. Art. 21. — El depositario está obligado á poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias. *Cód. Francés, allí.* [31]

Art. 18. — Aubry y Rau, § 402 nota 4ª. — Duranton, Tom. 18, nº 27.

Art. 21. — L. 3ª, Tít. 3º, Part. 5ª. — LL. 2ª y 4ª, Tít. 15, Lib. 3º, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 1927. [De Goyena 1669º]. — Italiano, art. 1813. — Aubry y Rau, § 403. — Es esplícita la L. 22 [léase 32], Tít. 3º, Lib. 16, Dig. — Pero no se puede decir del depositario lo que se dispone respecto del comodatario [art. 2271]; que en un caso de peligro para sus cosas y las cosas depositadas, deba como el comodatario, salvar primero las ajenas que las suyas, [32] porque el comodato es á favor del comodatario, y el depósito á

---

trato de depósito entre las partes (art. 2217 y su arg.), y reivindicada la cosa por su verdadero dueño, el depositario tendria los derechos que correspondan á su posesion de buena ó mala fé (arts. 2124 á 2416).

Aubry y Rau suponen en el lugar citado que el depositario sabe que la cosa es ajena, sin esplicar si el deponente lo sabe tambien, y si este podia ó no hacer el depósito, sinó como dueño, á lo ménos como poseedor ó como simple tenedor (art. 2210 combinado con los arts. 2462 y 2464, y su arg.). Sus doctrinas son tan vagas como poco satisfactorias.

[28] Artículos 837 inciso 1º, 1664 inciso 1º, 2008 inciso 1º, y 2265 inciso 1º. Vé los artículos 874, 886, 975 y 2249.

[29] Mejor dicho: *no escediese de...* Es conforme á la disposicion general del artículo 1194. Si hay principio de prueba escrita (art. 1193), será admisible toda prueba (art. 1192).

[30] Esta disposicion escepcional, debe encerrarse rigurosamente en sus términos precisos, limitándola á las mismas partes y sus sucesores, pues la declaracion del depositario en nada puede ofender á tercero. Vé nuestra nota 36.

[31] Porque, como en la sociedad (art. 1726), el depósito voluntario supone especial confianza entre las partes contratantes: artículo 910. Si recibe salario, deberá poner mayor diligencia: argumento del artículo 2533, y opinion comun.

[32] Debe salvarlas á un tiempo; y si esto no es posible, primero las suyas é inmediatamente las ajenas; y si estas últimas son de mucho mayor valor que las primeras, y es posible salvarlas con preferencia á estas, está obligado á hacerlo (arg. del art. 1199). y será indemnizado de todo el perjuicio que se le haya ocasionado (art. 2226). Compara con Troplong, nºs 71 y 72; Massé y Vergé, nota 1ª al § 736 de Zachariæ; Pont, nº 427.

Lo dicho es aplicable al caso en que el depositario tenga cosas depositadas de varias personas.

2205. Art. 22. — El depositario no responde de los acontecimientos de fuerza mayor ó caso fortuito, sinó cuando ha tomado sobre sí los casos fortuitos ó de fuerza mayor, ó cuando estos se han verificado por su culpa, ó cuando se ha constituido en mora de restituir la cosa depositada. *Aubry* § 403. [33]

2206. Art. 23. — Es obligacion del depositario dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservacion de la cosa, y *de* hacer los gastos urgentes, que serán á cuenta del depositante. [34] Faltando á estas obligaciones, es responsable de las pérdidas é intereses que su omision causare. *De Freitas* 2632° *n*° 2°. [35]

2207. Art. 24. — La obligacion del depositario de conservar la caja ó bulto cerrado, comprende la de no abrirlo, [36] si para ello no estuviere autorizado por el depositante. *Freitas* 2637° y 2639°.

2208. Art. 25. — Esa autorizacion en caso necesario se presume, cuando la llave de la caja cerrada le hubiere sido confiada al depositario; y cuando las órdenes del depositante respecto del depósito, no pudieran cumplirse sin abrir la caja ó bulto depositado. *Freitas* 2638°.

2209. Art. 26. — Si por la autorizacion espresa, ó presunta del depositante, ó por cualquier otro acontecimiento, el depositario llegare á saber el contenido del depósito, es de su obligacion guardar el secreto, so pena de responder de todo daño que causare al *depositario*, á ménos que el secreto por la calidad de la cosa depositada, lo espusiese á penas ó multas. *Freitas* 2640°. [38]

favor del deponente, y no del depositario. La L. 2ª, Tít. 15, Lib. 3°, Fuero Real, contiene una disposicion singular, ordenando que si en un caso dado, se pierde la cosa depositada, y no se pierde ninguna cosa del depositario, debe este pagar al deponente la cosa perdida.

Art. 22. — L. 4ª, Tít. 3°, Part. 5ª, y LL. 1ª y 10, Tít. 15, Lib. 3°, Fuero Real.— [De Acevedo 2214°]. Cód. Francés, art. 1929, y sobre él Troplong.

Art. 24. — Zachariæ, § 736. — Pothier, n°s 38 y siguientes. — Pont, n°s 419 y siguientes. — L. 1ª, § 38, Dig. *De Deposit.* [37]

Art. 26. — Cód. Francés, art. 1931, y Troplong, sobre dicho artículo — Pont, sobre el mismo artículo, n°s 418 y siguientes.

---

[33] Es una mera aplicacion del artículo 513, donde se hallará el mejor comentario del presente.

[34] Vé el artículo 2226, que habla de todos los gastos. Los artículos 1546 y 2289 armonizan con el presente.

[35] Es la sancion general de la falta de cumplimiento de toda obligacion (arts. 506 y 511).

[36] Si viola el secreto del depósito, pagará los daños y perjuicios que al deponente causare, y no podria ser creido en su declaracion respecto á la identidad y estado de la cosa depositada (art. 2203 inc. 2°). Zachariæ, § 736 nota 11; Aubry y Rau, § 403 nota 3ª; Pont, n° 450.

Compara el presente con el artículo 1931 francés.

[37] Estas citas deben leerse así: « Zachariæ, § 736 nota 11, citando á Pothier, n°s 38 y siguiente, y la Ley 1ª § 38 *Depositi* (Tít. 3°, Lib. 16) del Digesto ».

[38] Entónces podrá restituirla al deponente (art. 2186 inc. 2°, al fin), si lo encuentra por conveniente; ó denunciar y entregar el depósito á la autoridad, si fuere necesario para evitar la pena ó multa.

2210. Art. 27. — El depósito no trasfiere al depositario el uso de la cosa. No puede servirse de la cosa depositada sin el permiso espreso ó presunto del depositante. *Cód. Francés, allí.* [39]

2211. Art. 28. — Si el depositario usare la cosa depositada sin consentimiento del depositante, es responsable por el alquiler de ella desde el dia del contrato como locatario, ó pagará los intereses de ley como mutuario á título oneroso, segun fuese la cosa depositada. *Freitas* 2641°. [40]

2212. Art. 29. — El depositario debe restituir la misma cosa depositada *en su estado esterior* [41] con todas sus accesiones y frutos, [42] y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiese sufrido sin su culpa. *Aubry* § 403 *nota* 7; *Freitas* 2644° *y* 2645°. [43]

2213. Art. 30. — El depositario debe hacer la restitucion al depositante, ó al individuo indicado para recibir el depósito, *ó á sus herederos.* [44] Si el de-

Art. 27. — Cód. Francés, art. 1930. — Italiano, art. 1846. — Sardo, art. 1961. — De Luisiana, art. 2911. — Holandés, art. 1470 [léase 1749]. — LL. 1ª y 21, Dig., *De Deposit.* [léase LL. 1ª y 29 *depositi*]. — Troplong *Dépôt,* n° 100. — Pothier, n°s 36 y 37. — El Cód. de Austria, art. 959, dice: « Cuando el depositario tiene permiso para servirse, ó usar de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza, y ya no es depósito sinó préstamo ó comodato ». [De Goyena y Troplong]. Goyena, sobre el artículo 1670 de su Proyecto, opina lo mismo, fundándose en las Leyes Romanas y de Partida que cita, las cuales en verdad no desnaturalizan el acto por permitirse al depositario el uso de la cosa. El depósito de una cosa mueble, no consumible, no pierde su carácter de depósito regular, como ya lo hemos establecido [art. 2190 n° 1°], porque el fin principal del acto no ha sido prestar la cosa sinó ponerla en guarda. Si se permite el uso, no por eso se destruye. Cuando son cosas *fungibles* [léase *consumibles*: art. 2191] las depositadas, y se permite el uso de ellas, hay un depósito irregular, reconocido como tal en todas las legislaciones, sin que por ese uso el acto se convierta en otro género de contrato.

Art. 29. — L. 5ª, Tít. 3°, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1932 [léase 1933 y 1936]. — Italiano, art. 1848. — Napolitano, art. 1808. — Holandés, art. 1755. [De Goyena 1673°].

---

[39] Con mas razon no podrá disponer de ella en manera alguna, sin cometer un *abuso de confianza:* argumento del artículo 2276 inciso 2°. Vé el 3899.

Los Jueces apreciarán el consentimiento tácito ó *presunto* segun las circunstancias de cada caso (vé el art. 1146). Pont, n° 444 § 3°; Código Chileno 2220° § 2°.

[40] Troplong, n° 101; Pont, n° 468. Si con ocasion del uso indebido la cosa perece por caso fortuito, el depositario será responsable de la pérdida: artículo 2205. Con mas razon si la cosa es fungible: artículo 2217 y su argumento (nuestra nota 12). Código de Comercio, artículos 724 y 727 n° 2°; Troplong, n° 107; Pont, n° 446 § 1°.

[41] Si el bulto ó caja cerrada se devuelve intacta, el depositario no responderá del contenido, á no ser que se le hubiese confiado la llave, ó se probase que la abrió.

[42] Lo mismo que la cosa dada en comodato (art. 2273 inc. 1°). Vé el artículo 2467, así como el 1936 francés y nuestra nota 29 hacia el artículo 3764.

[43] Su culpa y responsabilidad por los daños y perjuicios se estima de conformidad á los artículos 2204 y 2205: argumento del 2276.

[44] Si el deponente muere, el depósito debe restituirse á su heredero y no al tercero indicado para recibirlo, porque su mandato se estinguió con la muerte del mandante (art. 1965 n° 3°). Por la misma razon, si muere el mandatario, la restitucion debe hacerse no á su heredero, sinó al deponente ó á su heredero.

Si, previniéndose el caso de muerte del deponente, convinieron las partes que el depósito fuese devuelto al tercero indicado para recibirlo, importaria esto una institucion par-

pósito ha sido hecho á nombre de un tercero, debe ser restituido á este ó á sus herederos. Si hubiere muerto el depositante ó el que tiene derecho á recibir el depósito, debe restituirse á sus herederos si todos estuviesen conformes en recibirlo. Si los herederos no se acordasen en recibir el depósito, el depositario debe ponerlo á la órden del Juez de la sucesion. [45] Lo mismo debe observarse, cuando fuesen dos ó mas los depositantes, y no se acordasen en recibir el depósito. [46]

2214. Art. 31. — Los herederos del depositario, que hubiesen vendido de buena fé [47] la cosa mueble, [48] cuyo depósito ignoraban, no están obligados sinó

Art. 30. — En el caso del artículo, los Códigos estrangeros legislan, segun fuere el depósito divisible ó indivisible, ordenando para el primer caso que el depositario lo entregue segun las porciones hereditarias. Pero á nuestro juicio, el depositario no tiene que saber cuales sean esas porciones, y su obligacion es entregar la cosa depositada á los que representan el derecho del depositante en el todo del depósito. La ley romana en el caso de ser varios los depositantes, daba á cada uno de ellos el derecho de pedir el todo del depósito [compara con Troplong, nos 155 y 156], por el principio de la indivisibilidad de la obligacion en un caso tal. L. 1ª, Tít. 3º, Lib. 16, Dig. — Véase la L. 5ª, Tít. 3º, Part. 5ª.— L. 7ª, Tít. 15, Lib. 3º, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 1937. — Italiano, art. 1853. — Napolitano, art. 1809. — Holandés, art. 1756. [De Goyena 1674º]. — Aubry y Rau, § 403 nota 9ª. — Pont, sobre el artículo 1937, nos 449, 479 y siguientes. [El 449 no es oportuno].

---

cial de albacea, eminentemente revocable (art. 3826: vé el 731 nº 7º), y que solo en la forma testamentaria seria válida (art. 1985, y vé el 3847).

En cuanto á la subsistencia del acto respecto al tercero, si es un legado disimulado, se juzgará por las disposiciones que le son relativas. Goyena, 1676º § 1º, no distingue.

El artículo 2469 se aplicará en su caso.

[45] Código de Vaud, 1423º. Aquí el pago se efectua por consignacion ó intimacion judicial á los herederos. Los artículos 757 nos 1º y 4º y 764 tienen su aplicacion en este caso.

[46] Este artículo es tomado del Código Francés, 1937º y 1939º; Pont, nos 473 y 474; Código de Vaud, 1423º, y de Aubry, § 403 nota 10. Al no distinguir la obligacion divisible de la indivisible y en otros respectos, no guarda este artículo la necesaria armonía con el 731, especialmente con su nº 2º: vé el artículo 679.

Tratamos del depósito *regular* (art. 2190); en el irregular, los principios consignados en los nos 3º y 4º de dicho artículo 731 volverán á adquirir su imperio.

[47] Es decir, enajenado por título oneroso. Vé el artículo 2769.

Si la hubiese enajenado por título gratuito, solo será responsable de lo que hubiere utilizado, por la *versio in rem*. En contra, Aubry § 403 nota 6ª, 4ª edicion:

El deponente tiene tambien la accion de revindicacion (arts. 2779, 2780 inc. 2º, 2769 y arg. de este), y si por ella obtiene completa indemnizacion, no debe recurrir contra el heredero enajenante: argumento del artículo 2274, y del 2231 chileno. Si el heredero la hubiese consumido, solo será responsable de lo que haya utilizado, pues no debe ser de peor condicion que si hubiese regalado la cosa. Duranton, Aubry y Pont le hacen siempre responsable del valor de la cosa al tiempo de ser consumida, lo que no aceptamos.

La *buena fé* consistirá en la persuasion de la legitimidad de la posesion, por un error de hecho escusable (arts. 2358 y 930); y en general, las disposiciones relativas al poseedor de buena fé se aplicarán en el caso de nuestro artículo, que no viene á ser sinó una aplicacion parcial del artículo 2133, es estensivo á cualquier poseedor de buena fé (arg. de la Ley 1ª, § 47, nº IV, tít. 3º, lib. 16 Digesto), y que habria sido mucho mas preferible eliminarlo.

[48] Lo mismo será si la cosa es inmueble, porque tal circunstancia no puede cambiar la responsabilidad del enajenante, si bien el error y la buena fé son mas difíciles respecto á un inmueble y rara vez escapa á la revindicacion. Si los autores franceses hablan de cosa mueble, « es porque el artículo 1198 francés no admite depósito de cosas raices. »

á devolver el precio que hubiesen recibido. *Cód. Francés* 1935°. [Vé art. 3899]. [49]

2215. Art. 32. — Si el depósito hubiese sido hecho por un tutor ó un administrador de bienes ajenos, en calidad de tales, no debe ser restituido, acabada la administracion, sinó á la persona que el depositante representaba. *Cód. Francés, allí.* [50]

2216. Art. 33. — Si el depositante hubiese perdido la administracion de sus bienes, la restitucion debe hacerse á la persona á la cual *hubiera* pasado la administracion de esos bienes. *Aubry* § 403. [51]

2217. Art. 34. — El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser suya la cosa depositada. [52] Si llega sin embargo á descubrir [53] que la cosa ha sido hurtada, [54] y quien es su dueño, [55] debe hacer saber á este el depó-

Art. 31. — Sobre este artículo, Troplong, desde el n° 124. — Pont, sobre el artículo 1936, n° 462.

Art. 32. — Cód. Francés, art. 1941. — Italiano, art. 1857. — Holandés, art. 1760. — Napolitano, art. 1813. [De Goyena 1679°].

Art. 33. — Cód. Francés, art. 1910. — Napolitano, art. 1812. — Holandés, art. 1759. [De Goyena 1678°].

---

[49] Fuera de las disposiciones relativas al poseedor de buena fé, el artículo 2782 complementa el presente, y el 2271 trae idéntica prescripcion respecto al comodatario.

Por último, este artículo debió seguir al 2212.

[50] O con mas propiedad y exactitud: « Cuando el depósito hubiese sido hecho por el representante necesario de un incapaz (art. 57) ú otro administrador de bienes ajenos (como el curador de bienes, heredero beneficiario, etc.), en su calidad de tal, debe ser restituido, cesando la incapacidad del representado (vé art. 2195 al fin) ó acabada la administracion, á la persona que el deponente representaba, ó al que sea dueño de los bienes administrados ó á su representante necesario, si aquel es incapaz. »

[51] Es una simple aplicacion de los artículos 731 n° 1°, y 734, y el 735 le complementa.

Si se designó un tercero para recibir el depósito, su mandato habria de juzgarse por la disposicion de los artículos 1986 y 1987.

En el presente debe leerse *hubiese* en vez de *hubiera*.

[52] Una de las razones es que el depósito puede ser hecho válidamente hasta por el mero tenedor de la cosa (vé art. 2161).

[53] Si á sabiendas de que la cosa era hurtada, la recibió, será cómplice del delito: vé artículo 2201 y nota 27.

[54] O robada; pues nuestro Código no diferencia el robo del hurto: vé el artículo 1092 con la nota 27. Creemos que debe decirse lo mismo del inmueble adquirido por violencia ó despojo (vé arts. 2492 y 2493), aunque será raro que el dueño lo ignore; pero que el artículo no es aplicable á la cosa tenida por el deponente por un abuso de confianza (vé art. 2275), y demas actos enumerados por el artículo 2767, ó por la ocupacion clandestina del inmueble. *Pœnalia non sunt extendenda.* Aunque segun la opinion mas aceptable (Aubry y Rau, § 403 nota 15, 4ª edicion, etc.) no se debia comprender en el artículo la cosa perdida; pero el artículo 2541 clasifica el caso de hurto, y el artículo 1614 relativo al locatario, y los artículos 2279 y 2281, referentes al comodatario mismo que recibe un provecho gratuitamente, resuelven lo contrario.

[55] Que lo reclame judicialmente, si el deponente no consiente en la restitucion: argu-

sito para que lo reclame [56] en un corto término. [57] Si el dueño no lo hiciere así, el depositario debe entregar el depósito al depositante. *De Cód. Francés, allí.* [58]

2218. Art. 35. — El depositario debe restituir la cosa depositada, en el lugar en que se hizo el depósito. [59] Si en el contrato se hubiese designado otro lugar, debe trasportar la cosa á este, siendo de cuenta del depositante los gastos que el trasporte causare. *De Cód Francés, allí.* [60]

2219. Art. 36. — Aunque se haya designado un término para la restitucion del depósito, ese término es siempre á favor del depositante, y puede exigir el depósito antes del término. *Del art. Francés, y Troplong, nº* 173. [Vé art. 2228 inc. 1º].

2220. Art. 37. — El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se le deba por razon del depósito; pero no por el pago de la remuneracion que se le hubiese ofrecido, ni por perjuicios que el de-

Art. 34. — Véase L. 6ª, Tít. 3º, Part. 5ª. — L. 6ª, Tít. 15, Lib. 3º, Fuero Real. — L. 1ª, § 39, Tít. 3º, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1938. — Italiano, art. 1854. — Napolitano, [léase Sardo] art. 1972. — Holandés, art. 1757. [De Goyena 1675º]. — Pont, sobre el artículo 1938 nº 486.

Art. 35. — L. 12, Tít. 3º, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, arts. 1942 y 1943. — Italiano, arts. 1858 y 1859. — Napolitano, arts. 1814 y 1815. — De Luisiana, arts. 2925 y 2926. [De Goyena 1680º].

Art. 36. — Véase L. 5ª, Tít. 3º, Part. 4ª [léase 5ª], L. 10, Tít. 15, Lib. 3º, Fuero Real. — L. 1ª, §§ 45 y 46, Tít. 3º, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1944. — Napolitano, art. 1816. — Holandés, art. 1762. [De Goyena 1681º].

---

mento del artículo 2281 inciso 2º. Es forzoso decir que el artículo 2469 no es aplicable al caso de delito, sinó de pretensiones discutibles. Parece que tambien podrá pedir el secuestro de la cosa: artículo 1614.

[56] Si lo ignora, cesa la obligacion.

[57] Que debe ser *razonable* (art. 2281), es decir, apropiado á las circunstancias.

Si el depositario no avisa al dueño, responderá de los daños y perjuicios como en el caso análogo del citado artículo 2281, y si se hizo cómplice del hurto ó robo le será aplicable el artículo 1082: vé los artículos 1092 y 1093.

El final del 2186 legisla un caso diverso del presente.

[58] Seria prudente que lo hiciese con prévia citacion judicial del dueño: artículo 2469.

[59] Artículo 747 inciso 2º. Con escepcion de Delvincourt, todos los escritores franceses y Goyena, 1680º § 1º, están en contra. Vé á Troplong, nº 168, y Pont, nº 492, y compara con Maynz, § 263 (§ 178 de la 4ª edicion), notas 2ª y 3ª.

La disposicion de nuestro inciso no impide que el depositario pueda llevar la cosa consigo ó trasladarla, especialmente si con ello se consulta la conservacion de esta, con tal que al hacerlo no proceda con culpa que le sea imputable (vé art. 2204), sin que por esto quede espuesto á responder de la fuerza mayor ó caso fortuito (vé art. 2205), y sin perjuicio de reembolsarse de los gastos que el trasporte y la devolucion al deponente le originen (art. 2226).

[60] Artículo 2226. Vé nuestra nota 25 al artículo 749. De otro modo se perjudicaria el depositario, que presta un servicio gratuito, lo que seria inícuo.

pósito le hubiese causado, [61] ni por ninguna otra causa estraña al depósito. *Cód. Francés, allí; Freitas* 2656° § 2°, *y Troplong* n° 196. [62]

2221. Art. 38. — El depositario no puede compensar la obligacion de devolver el depósito regular [63] con ningun crédito, ni por otro depósito que él hubiese hecho al depositante, aunque fuese de mayor suma ó de cosa de mas valor. *De Troplong, n°s* 197 *y* 198.

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR

2222. Art. 39. — Si el depósito fuese irregular, de dinero ó de otra cantidad de cosas, cuyo uso fué concedido por el depositante al depositario, [64] queda este obligado á pagar el todo y no por partes, [65] otro tanto de la cantidad depositada, ó á entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie. *Freitas* 2657°.

Art. 37. — Cód. Francés, art. 1948. — Italiano, art. 1863. — Holandés, art. 1766. — Napolitano, art. 1820. — En contra, L. 6ª, Tít. 15, Lib. 3°, Fuero Real. — L. 10, Tít. 3°, Part. 5ª, á pesar de que la L. 9ª, Tít. 2°, Part. id., concede la retencion al comodatario, y debia con mayor razon concederla al depositario que sirve al deponente, cuando en el comodato el servicio lo recibe el comodatario. [De Goyena 1685°].

Art. 39. — Sobre las diferencias del depósito irregular y el préstamo, Troplong, n° 117.

---

[61] Tales escepciones no las hallamos establecidas sinó en Freitas, y la relativa á los perjuicios sufridos por el deponente nos parece injustificable. Vé el artículo 1958 y el 3942 con sus notas.

[62] El artículo 3894 será aplicable al depositario, en su caso: vé el 3948.

[63] Era escusado hacer esta salvedad: nota del Dr. Velez al artículo 824. Vé el 2225. Si la devolucion del depósito se hiciere imposible, y el depositario fuere condenado á pagar una suma de dinero por via de indemnizacion (vé art. 2276), la compensacion con una deuda que no provenga tambien de depósito, vendria á hacerse posible? Pensamos que nó, sacando argumento de la disposicion del artículo 225. Vé la ley 5ª, título 3°, Partida 5ª. En contra, Pont, n° 506.

[64] Lo mismo será, si el dinero ó cantidad de cosas fué entregada en bulto abierto: artículo 2191 n° 1° inciso 2°.

En el caso del n° 2° del mismo artículo, sobre el que el legislador guarda un silencio indisculpable, si el depositario no hubiera cobrado los títulos de crédito, y en cuanto á la parte no cobrada, su obligacion se limita á restituirlos, como en el caso de un depósito regular (vé art. 2212, etc.), siéndole, sin embargo, imputable, como depositario (vé art. 2204), la omision de las diligencias que para el cobro ó para la conservacion de los derechos del deponente, debiera haber hecho. Vé el artículo 728 del Código de Comercio, Freitas, 2663° n° 1°, le exije la diligencia de un mandatario, lo que consideramos que es una desviacion del principio. Vé el artículo 2204 citado y nuestra nota 1ª.

Si el depositario hubiere cobrado el crédito, se verifica, en cuanto á la parte cobrada de capital é intereses, un verdadero depósito irregular. Aquel se hace dueño de la suma cobrada (art. 2193 inciso 2°), para él perece (vé art. 1917: *res perit domino)*, y le son aplicables el artículo presente y demas disposiciones del Capítulo. Vé nuestra nota 15.

Por último, en el caso del artículo, el depósito no se diferencia del mútuo gratuito, sinó en que el primero se hace en el interés principal del deponente, quien puede exigir el depósito cuando quiera (vé art. 2219), y en el mútuo sucede lo contrario.

[65] Artículo 742.

2223 Art. 40. — Se presume que el depositante concedió al depositario el uso del depósito, si no constare que lo prohibió. *Freitas* 2658° § 1° *inc.* 1°. [66]

2224. Art. 41. — Si el uso del depósito hubiese sido prohibido, y el depositario se constituyese en mora de entregarlo, debe los intereses desde el dia del depósito. *Freitas* 2661° *inc.* 1°.

2225. Art. 42. — El depositario puede retener el depósito por compensacion de una cantidad concurrente que el depositante le deba tambien por depósito; [67] pero si se hubiese hecho cesion del crédito, el cesionario no puede embargar en poder del depositario la cantidad depositada. *Freitas* 2664° §§ 1° *y* 2°. [68]

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE [69]

2226. Art. 43. — El depositante está obligado á reembolsar al depositario, *todos* los gastos [70] que hubiese hecho para la conservacion de la cosa depositada, [71] y

---

[66] Aunque lo haya prohibido, el depósito de dinero ó de cantidad de cosas consumibles entregado en bulto abierto, es siempre irregular; pero el depositario moroso pagará los intereses desde el dia del depósito (art. 2224) : nuestra nota 12.

[67] Luego, la compensacion no tendrá lugar en los demás casos; porque *inclussio unius exclussio alterius*, y porque siendo esta una escepcion al artículo 824 no es susceptible de estension : *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.* Vé nuestra nota 63.

[68] Presume aquí la ley, sin admitir prueba en contrario (nota 99 al art. 1191), que hay un acto simulado, ó una colusion para burlar su prohibicion.

Parece, pues, que el cesionario podrá requerir el embargo en manos del cedente, cuando este podia oponer la compensacion (Freitas, allí), ó cuando la cesion de la deuda fué hecha ántes que el segundo depósito tuviera lugar, pues entónces falta completamente la razon de la ley, y esta como de derecho escepcional debe ser interpretada restrictivamente.

[69] Cuando los deponentes son varios, debieran ser solidariamente responsables al depositario, con mas razon que los mandatarios (art. 1947), tanto mas cuanto que el derecho de retencion del depositario (vé arts. 2220 y 2225) es ménos estenso que el del mandatario (vé art. 1958). Pero en el silencio de nuestro Código, silencio que tambien se nota en los demas y en los comentadores, el artículo 701 no permite declarar solidaria la obligacion.

[70] Solo está obligado á hacer los gastos urgentes (art. 2206 inc. 1°); pero si ejecuta voluntariamente los que no sean de urgencia, tendrá tambien derecho á su reembolso, con tal que sean de necesidad y hechos con prudencia (arg. del art. 2204). Vé nuestra nota siguiente.

[71] Es decir, las mejoras necesarias (art. 591 inc. 1°), y esto aunque no existan mas, ó la cosa haya perecido sin culpa del depositario: argumento del artículo 3230. En cuanto á las mejoras útiles y á las voluntarias, el artículo 2413 será aquí aplicable, ya que el depositario no puede ser de peor condicion que un poseedor de mala fé. Compara con Aubry y Rau, § 401 nota 1ª, 4ª edicion; Pont, n° 508; Freitas 2655° n°s 1° y 2°; Chile 2235°.

Debe reembolsar tambien al depositario los gastos hechos para el recibo, trasporte y devolucion del depósito: artículo 2218 inciso 2° y su argumento. Troplong, n° 188 § 2°; Freitas, allí, n° 2° inciso 2°.

En fin, el inciso se aplicará al depósito regular y tambien al irregular del artículo 2191 número 2°; pero en el irregular del número 1° no puede tratarse de gastos de conservacion, sinó únicamente de los costos de recibo, trasporte y devolucion.

á indemnizarle de *todos* los perjuicios que se le hayan ocasionado por el depósito. *Cód. Francés, allí; Goyena* 1684°. [72]

CAPÍTULO V

DE LA CESACION DEL DEPÓSITO

2227. Art. 44. — El depósito voluntario no se resuelve, ni por el fallecimiento del depositante, ni por el fallecimiento del depositario. *Freitas* 2670° § 1°. [Vé art. 2228 n° 3°].

2228. Art. 45. — El depósito se acaba: —

1° Si fué contratado por tiempo determinado, acabado ese tiempo. [73] Si lo fué por tiempo indeterminado, cuando cualquiera de las partes lo quisiere; *De Freitas* 2665° *n*os 1° *y* 2°. [Vé arts. 1769 y 1606 n°s 1° y 2°]. [74]

Art. 43. — L. 10, Tít. 3°, Part. 5ª. — L. 8ª [y 5ª], Tít. 3°, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1917. — Italiano, art. 1862. — Napolitano, art. 1819. — Holandés, art. 1765. [De Goyena, allí].

---

[72] De *todos* los perjuicios; es decir de los indirectos como de los directos (Pont, n° 510: compara con los artículos 1734 y 1956); de los causados por terceros por apoderarse del depósito (Troplong, n° 190), por los defectos ó vicios de la cosa ó animal depositado, ó con ocasion de ella, v. g., si por conservarla hemos sacrificado la nuestra (vé la nota 32); sea que esos perjuicios sucedan en nuestros bienes ó en nuestra persona, ó en la persona y bienes de las personas empleadas en la guarda del depósito, ó de los terceros á quienes el depositario tuviese que indemnizar: vé los artículos 1125, 1527 y 2288.

Es muy justo indemnizar plenamente al depositario, que presta un servicio gratuito; pero es preciso que una culpa de su parte no haya ocasionado el perjuicio: artículos 1955 y 1112.

Los desembolsos del depositario debieran producir intereses desde el dia en que fueron hechos, como los del mandatario, gestor de negocios, etc. (arts. 1952, 2300 y demas citados en nuestra nota al 622); pero en el silencio de nuestro Código es forzoso establecer lo contrario, y no conceder otros intereses que los moratorios: artículos 508, 509 y 622 citado.

El deponente está tambien obligado á pagar al depositario la comision ó retribucion ofrecida (vé arts. 2185 y 2220) por él, ó la que corresponda en el depósito comercial: artículo 722 del Código de Comercio.

[73] Pero el deponente puede retirar el depósito ántes de espirar el plazo (art. 2219); á no ser que la entrega no le sea posible ó le sea gravosa al depositario.

[74] Opinamos, sin embargo, que si el depositario renunciare á la guarda de la cosa en tiempo indebido y sin motivo suficiente, deberá satisfacer al deponente los perjuicios que le causare: argumento del artículo 1980 y nuestra nota 6ª al artículo 1072. *En tiempo indebido*, es decir en circunstancias tales que la renuncia perjudique al deponente; y *sin motivo suficiente,* porque si el depositario tuviese una causa bastante para devolver el depósito, no podria ser responsable del perjuicio que al deponente pudiera seguirse (nuestra nota al art. 1980).

La imposibilidad de la guarda ó de hacerla convenientemente ó sin grave perjuicio de los intereses del depositario, ó mil otras causas que los Jueces deben apreciar con laxitud, constituirán motivos suficientes para la devolucion ó consignacion del depósito (vé dicha nota). Y si esas causas fuesen muy graves, la restitucion podria hacerse aun ántes de llegar la época fijada (art. 2186 inc. 2° y su arg.; Troplong, n° 178 al fin. Vé á Pont, n° 494 § 2°).

El cumplimiento de la condicion, el mútuo acuerdo, la espropiacion ó la eviccion de la cosa depositada, los casos de los artículos 2217 y 2186 inciso 2°, la reunion en una misma persona de las calidades de deponente y depositario, la anulacion del acto (arts. 2197 y 2198), etc. constituyen otras tantas causas de cesacion del depósito.

2° Por la pérdida de la cosa depositada; [Art. 1606 n° 3°]. [75]

3° Por la enajenacion que hiciese el depositante de la cosa depositada. *De Freitas* 2667° § 1° *inc.* 1°, *y* 2478° *n*os 1° *y* 6°. [76]

CAPÍTULO VI

DEL DEPÓSITO NECESARIO

2229. Art. 46. — Será depósito necesario, el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursion de enemigos, ó por otros acontecimientos de fuerza mayor, [77] que sometan á las personas á una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros. *Cód. Francés, allí, y Troplong n°* 204. [78]

2230. Art. 47. — El depósito necesario por ocasion de peligro ó de fuerza ma-

Art. 46. — En cuanto á la primera parte, LL. 1ª y 8ª, Tít. 3°, Part. 5ª. — L. 1ª, §§ 3° y 4°, Tít. 3°, Lib. 16, Dig. [Cita de Troplong, n° 199; Maynz, § 321 nota 24]. — En cuanto á la primera y segunda, Cód. Francés, arts. 1949 y 1952. — Italiano, arts. 1861 y 1866. — Napolitano, arts. 1821 y 1824. — Holandés, arts. 1740 y 1746. — Las leyes romanas y las de Partida no consideraban como depósito necesario el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros, sinó como un cuasi-contrato. [De Goyena 1686° y 1689°]. La asimilacion del depósito en las posadas con el depósito necesario, está fundada en que los viajeros que se hospedan en ellas, están en cierto modo forzados á confiar sus efectos á la fé del posadero. La misma ley romana decia: *Quia necesse est plerumque eorem fidem sequi et res custodiæ eorum committere* — L. 1ª [Tít. 9°, Lib. 4°], Dig., *Nautæ*, etc. — Ellos las mas veces no están en estado de elegir la posada, ó puede no haber sinó una posada en los lugares á que lleguen: no conocen las localidades, ó son llevados á los *hoteles* por la administracion que los conduce. [Troplong, n° 210].

La responsabilidad al parecer estraordinaria, que se exige en este Capítulo de los posaderos, nace tambien de las circunstancias especiales del acto de introduccion en las posadas de los efectos de los viajeros. El posadero en el hecho de abrir una posada al público, se ofrece á recibir el depósito de lo que lleve el viajero, y este depósito no es solo en el interés del depositante, sinó tambien en el interés del depositario: el posadero, que lleva un precio por la persona y *efectos* [79] de los que se alojan en su casa. [De Troplong, n° 232].

---

[75] En tal caso parece que serán aplicables los artículos 889 á 896 y el 2276. El depósito del artículo 2191 n° 1° no puede perecer.

[76] Si esto es debido á la confianza especial entre los contratantes, que dió orígen al depósito, la muerte del deponente (art. 2227), debiera producir en ciertos casos la cesacion del depósito.

[77] Troplong, n° 204 citado, y Pont, n° 514, enumeran muchos de estos.

[78] Artículo 2189, y vé el 1121. El depósito de los efectos en las posadas, que es un contrato accesorio á la locacion de cosas y servicios que se efectúa entre el posadero y el viajero, es equiparado al depósito necesario solamente en cuanto á admitirse en ambos toda clase de pruebas (art. 2240); pues aquel tiene su legislacion peculiar en los artículos 2231 á 2239, que imponen al posadero una responsabilidad mas rigurosa que la que el artículo 2241 impone implícitamente al depositario en el depósito necesario propiamente dicho. Habria sido, pues, mas propio definir ambos depósitos en artículos separados, como lo hacen todos los Códigos.

[79] Si el viajero pagara por los efectos, el depósito degeneraria en locacion (vé art. 2185). El depósito de ellos es en sí mismo gratuito; pero como acompaña al contrato oneroso de locacion de cosas y servicios (por la cosa ocupada y los cuidados del posadero) y se hace en contemplacion de él, somete al depositario á una responsabilidad mayor que á los depositarios comunes. Pont, n° 521 al fin. Vé á Troplong, *Louage*, n°s 904 y 905.

yor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y estas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo. *De Troplong, allí?* [80]

2231. Art. 48. — El depósito hecho en las posadas se verifica por la introduccion en ellas de los efectos de los viajeros, aunque espresamente no se hayan entregado al posadero ó sus dependientes, y aunque ellos tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos. *Freitas* 2686° § 2°, 2689° *n°* 3°, *y Troplong n°* 218. [81]

2232. Art. 49. — El posadero y todos aquellos cuya profesion consiste en dar alojamiento á los viajeros, [82] responden de todo daño ó pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependien-

Art. 47. — Troplong, *Dépôt*, n° 208.

Art. 48. — Troplong, n°s 218 y siguientes. [Cita correspondiente al art. 2237].

---

[80] No es posible dar una esplicacion y justificacion satisfactorias de este artículo. Troplong dice, que el incapaz está obligado á la entrega del depósito por vía de cuasi-contrato, y le sigue el artículo 2238 del Código Chileno; miéntras que Freitas equipara en un todo al incapaz con el capaz.

Nuestro artículo se limita á decir, *responden del depósito*. Si el presente artículo quiere significar, como Troplong y el Código Chileno, que el caso será regido por los artículos 2197 y 2198, no habia necesidad de repetirlo (vé art. 2241), ni recurrir á la socorrida suposicion de un cuasi-contrato; y si se quiere equiparar completamente al menor adulto (art. 127) con el depositario mayor de edad, una derogacion tan exorbitante del derecho comun (vé arts. 1166, 2196 y 2197) seria injustificable y traeria muchas veces la ruina del inesperto menor adulto. Por digna de proteccion que sea la situacion crítica del deponente no se la puede asegurar á costa de la inesperiencia del menor adulto, no ménos digna del amparo de la ley.

No tratamos de la responsabilidad proveniente de delito: vé artículos 922, 1071, 1077 y 1078.

En la frase impropia de *personas adultas aunque incapaces por derecho*, no se puede comprender sinó á los afectados de incapacidad relativa (menores adultos y mujeres casadas: art. 55); mas no á los absolutamente incapaces.

Por último, si el incapaz queda obligado por el depósito necesario, con mas fundamento pudo haberse establecido la recíproca, declarándole sujeto á las obligaciones del artículo 2226 (compáralo con el 2198), cuando él hubiere sido el deponente.

[81] Aubry y Rau, § 406 nota 5, 4ª edicion. Pont, n°s 530 § 1° y 2°; Freitas, 2689° n° 1°. En contra, Ley 26, título 8°, partida 5ª; Acevedo 2231°; Goyena 1689°; Código Chileno 2241°. En materia penal, desdice el Proyecto del Dr. Tejedor, artículo 7°, página 73 (art. 74 del Código Penal de Corrientes y de Buenos Aires).

¿Y si el posadero ignoraba que el viajero hubiese introducido algunos efectos? Su ignorancia no seria, por punto general, escusable (vé arts. 930 y 903), y su responsabilidad seria la misma. El presente artículo y el 2237 apoyan indirectamente nuestra tésis.

Si el viajero oculta sus efectos, el posadero podria ser escusado en ciertos casos.

Los artículos siguientes hasta el 2237 constituyen una esplicacion y el complemento del presente.

[82] Aubry y Rau, § 406 nota 2ª. El artículo no es, pues, aplicable á las personas que dan alojamiento á los viajeros por mera hospitalidad ó deferencia; ni á los particulares, que en circunstancias especiales, como una féria, esposicion, etc., alquilan á los transeuntes ó visitantes piezas amuebladas de su casa. Vé el artículo 2236.

tes [83] ó de las mismas personas que se alojan en la casa; [84] pero no responden de los daños ó hurtos de los familiares ó visitantes de los viajeros. *De Aubry* § 406; *Troplong* nº 217, *y Chile* 2243º. [85]

2233. Art. 50. — El posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de las posadas. *De Freitas* 2689º nº 2º *inc.* 1º. [86]

2234. Art. 51. — El posadero no se exime de la responsabilidad que se le impone por las leyes de este Capítulo, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad, será de ningun valor. [87]

2235. Art. 52. — La responsabilidad impuesta á los posaderos, no se aplica á los administradores de *fondas*, [88] cafés, casas de baños y otros establecimientos

Art. 49. — Cód. Francés, arts. 1953 y 1954. — Italiano, arts. 1868 y 1869. — Napolitano, arts. 1825 y 1826. — Véase la importante L. 26, Tít. 8º, Part. 5ª. [De Goyena 1690º].

Art. 51. — Aubry y Rau, § 406. — Véase sobre la materia, Troplong, nºs 240 y 241. — En contra, L. 26, Tít. 8º, Part. 5ª, y L. 7ª, Tít. 9º, Lib. 4º, Dig. [citadas por Goyena 1690º].

---

[83] Vé el artículo 1119 y nuestra nota á él.

[84] Troplong, nº 231. Aubry, allí, nota 7ª, 4ª edicion. Pont, nº 537. Vé nuestra nota siguiente.

[85] De este inciso y del artículo 2239 se colige que la responsabilidad se estiende á cualquier hurto ó robo cometido por los otros viajeros ó habitantes de la casa, ó por ladrones que se introducen furtivamente en el establecimiento. Vé los artículos 2238 y 2239.

Los artículos 1954 francés, 1869 italiano y 1826 napolitano, corresponden á dicho artículo 2238.

[86] Si con anuencia del posadero, los efectos quedaron en las adyacencias del establecimiento, donde es costumbre estacionarlos, á causa de su considerable volúmen ó escesivo peso, ó por falta de espacio ó comodidad de la posada y sus dependencias, no hay duda que el posadero es responsable de la guarda de esos efectos, ó como locatario de servicios si recibe precio por esa guarda; pero ni la letra del artículo ni la razon someten al posadero á tan séria responsabilidad en este caso: vé artículo 2231. En contra, Aubry y Rau, § 406 nota 6ª, 4ª edicion; Pont, nº 532. Freitas, allí, nº 2º.

[87] Aunque los escritores permiten siempre ó en determinadas circunstancias esos pactos para limitar la responsabilidad del posadero (vé á Pont, nºs 542 y 543, y á Freitas, 2690º nº 4º), consideramos mas sábio prohibirlos, tratándose de leyes de órden público. Vé los artículos 21 y 18.

La nulidad del acto prohibido es absoluta é inconfirmable (notas 11 y 15 á los arts. 1045 y 1046).

[88] La palabra *fonda* se toma aquí en su acepcion impropia, como sinónima de *restaurant*, ó sea un establecimiento que dá de comer, mas no alojamiento; miéntras que en su acepcion castiza es sinónima de hotel (Goyena, 1689º y 1690º), y en el carácter de casa pública de hospedaje (vé art. 1119) debe ser equiparada á la posada ó meson: *Eadem est ratio*. Vé el artículo 2232 y la nota del Dr. Velez al 2229, en que se usa de la palabra *hoteles*.

semejantes, ni respecto de los viajeros [89] que entren en las posadas, sin alojarse en ellas. *Freitas* 2691° §§ 1° *y* 2°; *Aubry, allí.* [Vé art. 1114]. [90]

2236. Art. 53. — Tampoco se aplica respecto de los *locatarios* de piezas, á particulares que no fuesen viajeros, ó que no estén como huéspedes, ni respecto á las personas que viviendo ó pudiendo vivir en los pueblos, alquilan piezas como locatarios en las posadas. [91]

2237. Art. 54. — El viajero que trajese consigo efectos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aún mostrárselos si este lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida. *De Cód. Chileno* 2245°. [92]

Art. 52. — Aubry y Rau, § 406 nota 1ª. — Si limitamos al posadero que recibe efectos de viajeros, la responsabilidad impuesta en los artículos anteriores, es porque solo los viajeros se ven en la necesidad de llevar consigo á las posadas las cosas con que viajan. Una persona, por ejemplo, que va á un café, no tiene necesidad de llevar consigo una bolsa de dinero ni de sacar su reloj y ponerlo en una mesa del café.

Art. 51. — La L. 26, Tít. 8°, Part. 5ª, que habla de las cosas introducidas en las posadas,

---

[89] Mejor dicho: ni respecto *á los efectos* de los viajeros.

[90] En contra, el artículo 2218 chileno. Por la misma consideracion, si al partir el viajero, deja confiados sus efectos al posadero, el depósito necesario se trasforma en voluntario. La obligacion del posadero será aun menor, si los efectos quedaron olvidados sin culpa del posadero; y establecer lo contrario, como lo hacen Massé y Vergé en la nota 3ª al § 739 de Zachariæ, es estender inconsideradamente disposiciones de derecho escepcional. Tampoco es exacto, como dice Pont, n° 531 al fin, que la falta del viajero atenúa la responsabilidad del posadero; sinó que este, cuando no tuvo culpa alguna en que el viajero no llevase sus efectos, se encuentra en una posicion análoga á la del que halla una cosa perdida (vé arts. 2531 y 2541).

El presente inciso debiera formar parte del artículo siguiente.

[91] La redaccion de este artículo deja mucho que desear.

Si los vecinos de un pueblo, que á diferencia del transeunte ó viajero, tienen motivo de informarse de las casas públicas de hospedaje (suponiendo que haya varias casas para elegir), no se equiparan al viajero, cuando alquilan una ó mas piezas de la posada ¿qué quiere significar el artículo al decir que la responsabilidad impuesta á los posaderos, tampoco se aplica á los *locatarios de piezas?* quizo decirse *locadores.* ¿Se aplicará á los particulares que están como huéspedes? ¿Qué quiere decir una persona que alquila piezas como locatario? Si alquila piezas es un locatario (art. 1495 § 2°), y si se alojan en la posada, es indiferente que allí coman ó no, y que la posada esté en el mismo pueblo ó á cierta distancia de él.

¿Por qué se usa de la palabra *particular* por oposicion á la de *viajero?* ¿La mayor ó menor permanencia del viajero le hace perder su carácter de tal?

Nosotros redactariamos el artículo así: « No se consideran viajeros, para los efectos de las disposiciones de este Capítulo, á los vecinos que se alojan en las posadas ó en otras casas públicas de hospedaje. » Vé nuestra nota 82.

Zachariæ, Aubry y Pont, n° 533, solo se refieren á las personas que van á habitar, como locatarios, una posada ú hotel amueblado de la ciudad en que residen, sin distinguir si pueden ó no vivir en ella.

La ley solo quiere proteger al viajero (vé la nota del Dr. Velez al art. 2239), que no conoce las localidades, aunque se aloje en las casas públicas de hospedaje de una ciudad, en tanto que esté de tránsito y por su resolucion de permanecer en ella, no pierda su carácter de tal y adquiera domicilio (vé art. 92).

[92] Pero será, por supuesto, responsable del hecho propio que le sea imputable; y pa-

2238. Art. 55. — El posadero no es responsable cuando el daño ó la pérdida provenga de fuerza mayor, [93] ó de culpa del viajero. *Cód. Francés, allí, etc.* [94]

2239. Art. 56. — No es fuerza mayor la introduccion de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, ó por escalamiento que no pudiese resistir el posadero. *De Troplong, nos* 234 *y* 235. [95]

2240. Art. 57. — En el depósito necesario es admisible toda clase de pruebas. *De Freitas* 2687° *inc.* 1°; *Cód. Francés* 1950° *inc.* 1°; *Goyena* 1687°. [96]

2241. Art. 58. — En todo lo demas el depósito necesario es regido por las dis-

exige que lo sea con conocimiento de los posaderos, para imponerles la responsabilidad por su pérdida ó daño que en ella se causaren. Lo mismo la ley romana 1ª, Tít. 19, Lib. 4°, Dig. [léase § 8°, Tít. 9°. De Goyena 1689°]. Por esto los escritores, sobre el Derecho Romano, como Pothier y Voet, imponen al viajero la necesidad de dar conocimiento al posadero de las cosas que introduce en la posada. El Derecho Francés varió esta legislacion yéndose á otro estremo, pues impone la responsabilidad al posadero, aun cuando no se hubiese hecho saber lo que se introducia en la posada. Troplong, que ha tratado este punto largamente en el comentario al artículo 1954 [nos 219 á 226], aconseja al viajero que avise al posadero de los objetos de gran valor que introduzca en la posada, por las dificultades que de otro modo se presentan en los juicios. Nosotros, siguiendo el Código de Chile, imponemos al viajero la obligacion de dar conocimiento al posadero de los efectos de gran valor que introduzca, para que pueda cuidarlos de una manera mas segura.

Art. 55. — L. 26, Tít. 8°, Part. 5ª. — Código Francés, art. 1954. [De Goyena 1690°]. — Italiano, art. 1868 [léase 1869].

Art. 56. — Troplong, n° 234.

---

rece que no tendrá la responsabilidad ordinaria que por los hechos de los empleados ó sirvientes impone el artículo 1114.

Nuestro artículo será aplicable con mas razon á los que efectúan trasportes marítimos ó terrestres (art. 1120 §§ 1° y 2°).

[93] Vé el final del artículo 1119. Este inciso quiere decir que no le basta al posadero la mas esquisita vigilancia, y que solo la fuerza mayor ó el caso fortuito, que no ha ocurrido por su culpa (art. 513; Chile 2212°), puede escusarle de responsabilidad. Importa exonerarle no solo de las consecuencias de la fuerza mayor sinó tambien de las del caso fortuito: argumento de los artículos 514 con la nota del Dr. Velez, 1570 y 2271. Freitas 2690° n° 1°. En contra, Pont, n° 539.

[94] Artículo 1113 y su argumento. Como si deja abierto el cuarto que ocupa y cuya llave le fué entregada, ó coloca sus efectos en lugar accesible á todos los que entran y salen. Compara con Freitas, 2690° n° 2°. Aubry, § 406 al fin, Troplong, nos 238 y 239, y Pont, n° 541, citan varios otros ejemplos.

[95] Esto no quiere decir que los únicos robos que constituyan fuerza mayor sean la introduccion de ladrones armados y el escalamiento que el posadero no pudiese resistir, hechos cuya apreciacion queda reservada á los Jueces; pues si tales delitos fuesen cometidos por los mismos viajeros ó por cualquier otro en circunstancias especialísimas, y ninguna culpa puede imputarse al posadero, estaria tambien exento de responsabilidad. Compara con Pont, n° 540. En contra, Troplong, n° 236.

[96] Quedó establecido en el inciso 1° del artículo 1193. Pero nuestro Código no ha creido conveniente dar á los Jueces un gran poder de apreciacion, para pesar el valor de la prueba segun las circunstancias de cada caso. De todos modos, deben ellos proceder con gran tacto y prudencia.

Vé nuestra nota 78.

posiciones relativas al depósito voluntario. *Goyena* 1688°; *Chile* 2240°; *Freitas* 2603° § 2°. [Vé art. 3888].

—

TÍTULO XVI

Del mútuo ó empréstito de consumo

2242. Art. 1°. — Habrá mútuo ó empréstito de consumo, cuando una parte entregue [1] á la otra una cantidad de cosas [2] que esta última está autorizada á consumir, [3] devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. *Aubry* § 394. [Vé art. 2252]. [4]

2243. Art. 2°. — La cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible, ó fungible aunque no sea consumible. *Freitas* 2213° § 1°. [Vé arts. 2326 y 2327]. [5]

Art. 58. — LL. 1ª, Tít. 3°, Part. 5ª, y 1ª, Tít. 3°, Lib. 16, Dig. — Cód. Francés, art. 1951. — Napolitano, art. 1823. — Holandés, art. 1742. [De Goyena, allí].

Art. 1°. — Instit., § 1°, Tít. 15, Lib. 3°. — L. 2ª, Tít. 1°, Lib. 12, Dig. — L. 1ª, Tít. 1°, Part. 5ª, y L. 1ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 1892 [y 1902]. — Italiano, art. 1819. — Napolitano, art. 1764. — Holandés, art. 1791. — Austriaco, art. 983. — De Luisiana, art. 2881. [De Goyena 1630° y 1644°].

Art. 2°. — Zachariæ, § 726. — Troplong, nos 174 y siguientes. — Duvergier, n° 143. —

---

[1] Porque es un contrato real (art. 2244).

[2] Es decir, cosas que consten de número, peso ó medida: artículo 606. Bajo el artículo 2243 se esplicará mejor esto. El depósito irregular del artículo 2191 número 1° y el cuasi-usufructo (arts. 2873 y 2810) tienen mas semejanza con el mútuo que con el depósito y usufructo mismo (notas 64 al art. 2222, y 7ª al 2810).

[3] Sinó habrá comodato, locacion, depósito, etc.

[4] Con ó sin retribucion: art. 2245. Vé el 925 con nuestra nota.

Freitas llama á este contrato mútuo *directo*, y mútuo *ocasional* á la obligacion de pagar una suma de dinero ó cualquier cantidad como precio de una cosa adquirida. Vé sus artículos 2211 y 2227.

Para nosotros, sin tradicion de la cosa no hay mútuo (art. 2244).

[5] Las cosas consumibles son siempre fungibles, y las *no* consumibles son siempre *no* fungibles; pero la voluntad de las partes puede trocar esos caractéres, permitiendo ó prohibiendo la sustitucion de unas por otras, de la misma especie, calidad y cantidad (nota 17 hácia el art. 606): nota del presente artículo y artículos 2262, 2326 y su argumento.

Segun esto, nuestro artículo habría podido limitarse á decir: « solo las cosas fungibles pueden ser objeto del mútuo (vé art. 2834) »; y no es necesario que sean precisamente cantidades ó cantidades de cosas (vé el artículo anterior y nuestra nota 2ª).

Se colige tambien, que todas las cosas que están en el comercio podrian ser dadas en mútuo; pero en el hecho solo pueden serlo las cosas muebles y no las raices, porque en la práctica se miran estas últimas como cuerpos ciertos, y no pueden ser concebidos como fungibles. Esto dice Pont, nos 147 y 148, si bien la esplicacion no es científicamente satisfactoria. Compara con los artículos 2257 y 2262.

De manera que una ó muchas cabezas de ganado pueden ser objeto del mútuo. Troplong, n° 177; Pont, nos 10 y 149; Maynz, § 115 nota 3ª (§ 28 nota 3ª, 4ª edicion). En contra, Cód. Francés 1894°. Pueden serlo tambien del cuasi-usufructo (nota 211 al art. 2905).

2244. Art. 3°. — El mútuo es un contrato esencialmente real, que solo se perfecciona con la entrega de la cosa. *De Troplong, n°s 6° y 183.* [7]

2245. Art. 4°. — El mútuo puede ser gratuito ú oneroso. *Freitas* 2212° § 1°.

2246. Art. 5°. — La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da accion alguna contra el promitente ; [8] pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho á la otra

Marcadé, sobre el artículo 536, en el n° 391, dice: «Las cosas en sí mismas no son ni fungibles, ni no fungibles. Lo son solo en el caso particular en que deban ser entregadas á alguno, para ser devueltas despues; y la misma cosa puede ser fungible ó no fungible segun la voluntad de las personas. Lo que ha hecho decir impropiamente que las cosas son fungibles ó no fungibles es la confusion que se ha hecho entre dos cualidades muy diferentes la una de la otra, la de ser fungible y la de ser consumible por el uso. Pothier y muchos autores modernos [y Goyena 383°], definen las cosas fungibles, diciendo que son aquellas que se consumen por el primer uso que se hace, y los autores del Código han aceptado esa misma idea; mas este es un grave error. Hay una gran diferencia entre las cosas fungibles y las cosas consumibles: — 1ª Se llaman cosas de consumo, las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente, como el pan, el vino, etc., ó sea civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. [6] Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se vé, pues, que la calidad de consumirse ó no consumirse, depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasía de las personas. — 2ª Entre tanto, las cosas son fungibles ó no fungibles, segun que en la entrega que yo hago á una persona que debe volvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, ó deberán volverse las mismas cosas. Si yo os presto un Código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolvais, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide á un impresor un Código que de pronto necesita para devolverle despues otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se vé, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas, como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intencion de las partes. — 3ª Que en lugar de ser absoluta y contínua, es accidental, y que solo tiene lugar cuando la cosa es entregada para ser devuelta. — 4ª Que una cosa que no es de consumo puede ser muy bien fungible, como lo demuestra el ejemplo del librero».

Sobre la diferencia de las cosas fungibles, con las consumibles por el primer uso, trata estensamente Pont *sobre* [en] el comentario al artículo 1871, desde el n° 7° [al 10]. — Mackeldey, § 152. — Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 39, nota C.

---

[6] Vé las notas del Dr. Velez á los artículos 616 y 2606, y Cód. Chileno 575°, § 3°.

[7] Pont, n° 12, etc. O con mas propiedad: el mútuo es un contrato real, que solo queda concluido como tal con la tradicion de la cosa prestada: vé artículos 1142, 1143 y 2192.

La tradicion no es mas *esencial* al mútuo que al comodato, depósito y contrato oneroso de renta vitalicia (vé el art. 2073 inc. 2°). Por el contrario, la promesa de comodato ninguna obligacion produce (art. 2258 inc. 2°), miéntras que la promesa de un mútuo oneroso somete á los daños y perjuicios (art. 2246).

La tradicion de la cosa mueble prestada puede consistir no solo en su entrega material, sinó en alguna de las formas autorizadas por este Código en los artículos 2388 á 2393: artículo 2380 y argumento del 1419. Compara con Troplong, n° 185; Pont, n°s 139 á 142; Freitas 2208° § 3°.

[8] Análogo al artículo 2258 inciso 2°. Vé el 2286. Los escritores franceses no distinguen (nota al art. 1143. Massé y Vergé, nota 1ª al § 723 de Zachariæ. Pont, n°s 13 y 137); pero la distincion del artículo puede justificarse por muy buenas consideraciones: porque descarta dificultades prácticas, y porque no es plausible forzar á una generosidad hija de la ligereza, de que se está arrepentido ó que puede ser ruinosa: *nemine officium suum debet esse damnosum*. Esto será aplicable al depósito: vé los artículos 2192 y 2185.

Es muy distinto, cuando el mútuo es oneroso, principalmente cuando es la condicion de un contrato oneroso (arg. del art. 1979), ó por vía de retribucion de obligaciones ó servicios anteriores, aunque el mútuo no haya de producir intereses (vé art. 2250).

parte *por el término de tres meses, desde que debió cumplirse,* [9] para demandarlo por indemnizacion de pérdidas é intereses. *Freitas* 2226° §§ 1° *y* 2°. [10]

2247. Art. 6°. — La cosa dada por el mutuante pasa á ser de la propiedad del mutuario ; [11] para él perece de cualquiera manera que se pierda. *Cód. Francés, allí ; Freitas* 2209°. [12]

2248. Art. 7°. — El mútuo puede ser contratado verbalmente ; pero no podrá probarse sinó por instrumento público, ó por instrumento privado de fecha cierta, [13] si el empréstito pasa del valor de doscientos pesos. *De Freitas* 2217°. [14]

2249. Art. 8°. — El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad, ó vicios ocultos de la cosa prestada. *Chile* 2203° § 1° *inc.* 1°. [15]

Art. 5°. — Pont, sobre el art. 1892, n° 137.

Art. 6°. — LL. 10, Tít. 1°, Part. 5ª, y 1ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 2168°]. Cód. Francés, art. 1893. — Italiano, art. 1820.

Art. 8°. — Cód. de Chile, art. 2203. [Cód. Francés 1898°]. — Zachariæ, 727 [n° 2°]. — Duranton, Tom. 17, n° 580. — Troplong, n° 251. [Citas de Massé y Vergé].

---

[9] Las palabras subrayadas constituyen una adicion prudente del legislador argentino.

[10] El artículo será aplicable al contrato oneroso de renta vitalicia (nota 4ª al art. 2073) : *eadem est ratio.*

[11] Hecha que sea la tradicion por alguno de los medios legales: vé nota 7ª § 3°. Pont trata satisfactoriamente en los números 153 á 156 del préstamo de cosa ajena.

[12] *Res perit domino* (nota 5ª hácia el art. 578). Á pesar de referirse el Código en los artículos 2013, 2075 § 1° inciso 1°, y 2834 á la capacidad para dar y recibir en mútuo, ha omitido legislar este punto. En principio, bastará la capacidad para contratar (art. 1161) ó para celebrar la compra-venta (vé el art. 1359), salvo las disposiciones peculiares de los artículos 135 §§ 2° y 3°, 279, 443 n° 8°, 450, n°s 8° y 3°, 1286, 1287 y 1360. Vé los artículos 210, 1303, y 1307, y la nota 49 al artículo 2834 citado. En contra, Pont, n° 160.

[13] La fecha cierta del instrumento privado no es requerida entre las partes contratantes, sinó respecto á sus sucesores por título singular y á los terceros: artículos 1029, 1035 y su argumento. En parte alguna del Código ni en ninguna obra de derecho se exige que el instrumento tenga fecha, cierta ó incierta, para hacer fé contra las partes contratantes (vé art. 1027).

Claro es tambien que la confesion ó juramento judiciales del mutuario es respecto á las mismas partes una prueba suficiente del contrato: nota al artículo 1194 y argumento del 2008 y del 2203 inciso 1°.

Los artículos 1192 y 1193 son el natural complemento del presente.

[14] Si la prueba testimonial se proscribe en la fianza, aunque importe ménos de doscientos pesos (art. 2008), con mayor razon debiera proscribirse en el mútuo, como lo hace Freitas implícitamente. Compara con Troplong, números 216 y 217. Aubry y Rau, § 394 número 2°.

[15] Con sujecion á lo dispuesto sobre la materia en los artículos 2168 á 2172. Cuando el préstamo sea gratuito, solo responderá de las consecuencias de los vicios ó defectos, si conociéndolos oportunamente, no lo previno al mutuario: argumento de los artículos 2167 y 2288. Pero si el préstamo es oneroso, responderá de ellos, aunque ignorase su existencia : nota 10 al artículo 2175.

2250. Art. 9°. — No habiendo convencion espresa sobre intereses, el mútuo *se supone* gratuito, y el mutuante solo podrá exigir los intereses moratorios, ó las pérdidas é intereses de la mora. *Freitas* 2219°. [Vé art. 622]. [16]

2251. Art. 10. — Si el mutuario hubiese pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado á continuar pagándolos en adelante. *Freitas* 2220°. [17]

2252. Art. 11. — El mutuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas *iguales* [18] de la misma especie y calidad que las recibidas. *De Cód. Francés* 1902°. [Art. 2242 inc. 2°].

2253. Art. 12. — Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el mutuario deberá pagar el precio de la cosa ó cantidad recibida, regulado por el que tenia la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución. *Goyena* 1647°. [19]

Art. 11. — L. 8ª, Tít. 1°, Part. 5ª. — L. 1ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. — L. 3ª, Tít. 1°, Lib. 12, Dig. [De Acevedo 2183°, y Goyena 1644°].

Art. 12. — L. 8ª, Tít. 1°, Part. 5ª. — L. 22, Tít. 1°, Lib. 12, Dig. — Cód. Francés, art. 1903. — Napolitano, art. 1775. — Holandés, art. 1801. — De Luisiana, art. 2982 [léase 2892. De Goyena, allí]. — Zachariæ, § 727 y nota 4ª. — Duranton, Tom. 17, n° 588. [La nota y cita son de Massé].

---

[16] Argumento de los artículos 1901 y 1905 franceses. Aubry y Rau, § 396 n° 1°. Pont, n° 246. El préstamo á interés es una variedad interesante de la locacion. Vé á Pont, números 221 á 229, etc.

Si el instrumento dice que el reembolso se hará en tal fecha (designándola), sin interés hasta entónces ó durante el plazo, los intereses no correrán desde el vencimiento mismo del plazo, y no se deberán sinó los moratorios; pues ello no importa la *convencion espresa* requerida por nuestro artículo. Vé á Pont, número 247.

Miéntras no se abone la deuda, los intereses simples convenidos continúan corriendo, despues de vencido el plazo (art. 717 del Cód. de Comercio; Aubry, allí, nota 3ª, 4ª edicion); pero entablada la demanda por capital é intereses capitalizados, se deben sobre el monto total ó á lo ménos sobre los intereses, los réditos simples que los jueces determinen en sus sentencias: argumento del artículo 719 del Código citado. Vé nuestro artículo 623. No obsta el 622.

[17] Pero podrá repetir los pagados, si lo hizo por error, mas no si efectuó el pago voluntariamente: artículo 781, etc., y argumento del 516. Compara con el artículo 1906 francés, con Aubry y Rau, § 396 notas 6ª y 7ª, y con Pont, números 252 á 254.

[18] Léase una *cantidad igual* de cosas. Las cosas devueltas deben ser de la misma especie y calidad de las recibidas: es la cantidad la que debe ser *igual:* artículos 608, 610 y 2242 inciso 2° citado.

Los artículos 2254 á 2256 hacen el presente innecesario.

El mutuario está tambien obligado á abonar los intereses en las épocas convenidas.

El artículo 744 tiene aquí exacta aplicacion.

[19] Este artículo viene á ser una escepcion del 608, y solo debe aplicarse en el caso de verdadera imposibilidad, reservándose el 608 para los demas casos de mora (compara con Troplong, n°s 284, 285, 294 y 299; Pont, n°s 199 y 228; en contra Aubry y Rau, § 395 nota 4ª, 4ª edicion): artículos 2255. Se trata de la restitucion, no de sumas de dinero, sinó de cantidades.

El lugar y tiempo en que debe hacerse la restitucion es el lugar y dia del vencimiento de la obligacion: art. 608 combinado con el 2255 citado.

2254. Art. 13. — Si la restitucion que debe hacer el mutuario consistiese en el pago de una suma de dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo 4° del Título *De las obligaciones de dar. De Freitas* 2218° *n°* 1°. [Arts. 616 á 624]. [20]

2255. Art. 14. — Si la restitucion consistiese en la entrega de cantidades que no sean dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo 3° de dicho Título. *De Freitas, allí, n°* 2°. [Arts. 608 y 613 á 615]. [21]

2256. Art. 15. — Si la restitucion consistiere en la entrega de cosas no consumibles prestadas como fungibles, las obligaciones del mutuario serán regidas por las disposiciones del Capítulo 2° del mismo Título. *De Freitas, allí, n°* 3°. [22]

—

TÍTULO XVII

Del comodato

2257. Art. 1°. — Habrá comodato ó préstamo de uso, cuando una de las partes entregue á la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble ó raiz, con facultad de usarla. *De Goyena* 1630° *inc.* 1°, *y Cód. Francés* 1874° *á* 1876°. [1]

Art. 1°. — L. 1ª, Tít. 2°, Part. 5ª.— Cód. Francés, arts. 1871 y siguientes.— Napolitano, arts. 1716 y 1747. — De Luisiana, arts. 2862 y 2863. — Instit., § 2°, Tít. 15, Lib. 3°. [De Goyena 1630°]. — El derecho del comodatario es un derecho puramente personal. Bajo esta relacion se distingue de los derechos del usuario y del usufructuario, que son derechos en la cosa. A mas, el derecho del usuario y el del usufructuario, comprende en todo ó en parte los frutos producidos por la cosa, miéntras que el comodatario no tiene sinó el uso de la cosa en el sentido estricto de la palabra. [De Pont, n° 66]. Si por el contrato le es permitido tomar una parte de los frutos, habrá á mas de comodato una donacion de frutos. [De Freitas 2258° § 3°]. — Véase Pont, n° 60. — «Pothier, n° 20. — Troplong, n° 17 ».

Si, pues, no se convino el lugar de la restitucion, se aplicará el artículo 747 inciso 3°, y no el 618 incisos 2° y 3°. Vé el 607.

Por lo demas, los artículos 748, 751, 752, 753 y 755 complementan la presente disposicion : artículo 2255 citado.

[20] Es una aplicacion del artículo 745.

[21] Es tambien aplicacion del artículo 745. Recuérdese el 2253 y lo dicho en la nota 19.

No nos referimos á los artículos 609 á 612, porque legislan el caso de constitucion ó trasferencia de derechos reales, que no es el nuestro.

[22] Pero, cuando el deudor es moroso, Freitas autoriza al acreedor para exigir la misma cosa con las pérdidas é intereses de la mora (como nuestro art. 605) ó su valor (lo que es muy justo y conforme á nuestro art. 608), ú otra cosa de la misma especie y calidad, siempre con los perjuicios de la mora; lo cual es mas conforme á la naturaleza de la obligacion (art. 2252, 608, etc.), que la facultad de resolucion que el artículo 605 acuerda al acreedor.

[1] Vé el artículo 1501. Agréguese á la definicion : *con cargo de devolverla en el tiempo convenido.* Compara con los artículos 2242, 2243 y 2245. El 2262 debió ser colocado aquí.

Parece que la recompensa acordada *ex post* no desnaturalizará el contrato. Maynz, §§ 321 nota 9ª y 323 nota 7ª (§§ 236 y 238, 4ª edicion). Compara con el artículo 2185 y con la nota 19 al artículo 1358.

2258. Art. 2°. — El comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa. La promesa de hacer un empréstito de uso no da accion alguna contra el promitente. *Freitas* 2569° §§ 1° *y* 3°. [2]

2259. Art. 3°. — Si el comodante es incapaz para contratar, ó está bajo una incapacidad accidental, [3] puede demandar al comodatario capaz ó incapaz por la nulidad del contrato, y exigir la restitucion de la cosa ántes del tiempo convenido: mas el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato. *Freitas* 2561° *n°* 1°. [Arts. 1165, 1049 y 1050]. [4]

2260. Art. 4°. — El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; mas el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz ó incapaz. *Freitas, allí, n°* 2°. [5]

2261. Art. 5°. — Si el comodatario incapaz no fuese menor *impúber*, y hubiere inducido con dolo á la otra parte á contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe devolver la cosa prestada, como si fuese capaz. [6]

2262. Art. 6°. — Cuando el préstamo tuviese por objeto cosas consumibles, solo será comodato, si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente. *Freitas* 2564° § 2°. [7]

2263. Art. 7°. — Es prohibido prestar cualquier cosa para un uso contrario á las leyes ó buenas costumbres, ó prestar cosas que estén fuera del comercio por nocivas al bien público. *De Freitas* 2566° § 2°, *y* 2565°. [8]

Art. 2°. — En cuanto á la última parte, Pont sostiene lo contrario en el comentario al art. 1874, n° 13, con algunas razones aparentemente buenas.

Arts. 3°, 4° y 5°. — Pont sobre el art. 1789, n°s 57 y 58. — Toullier, Tom. 7°, n° 587. — Duvergier, n°s 30 y siguientes. — Troplong, n°s 50 y siguientes.

Art. 6°. — La ley romana ya se ponia en este caso... *Nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.* — L. 3ª, § 6°, [tít. 6], Lib. 13, Dig. — La L. 4ª siguiente habla tambien del dinero que se presta para mostrarlo á otro y devolverlo despues — [De Goyena 1630°]. Véase Zachariæ, § 723 nota 4ª.

Art. 7° — Resulta de la resolucion del artículo, que el préstamo de una cosa prohibida por la ley debe ser declarado nulo [9] en toda hipótesis, lo mismo que el préstamo de una

---

[2] Vé los artículos 2211, 2216 con nuestra nota 8ª y artículo 3277.

[3] Artículo 1161.

[4] Esto sucede en todos los contratos; v. g. el mútuo, el depósito (art. 2198), mandato (1899 y 1900), etc.

[5] Es tambien corriente en todo contrato (vé arts. 2196 y 2197): artículos 1165, 1049 y 1050. Vé nuestra nota 40 al artículo 1900.

[6] Este artículo pudo omitirse, por ser una mera aplicacion del 1167, y debe complementarse con la escepcion allí establecida: vé la nota 52 á dicho artículo.

[7] Vé el artículo 2213 con sus notas, y nuestra nota al 1501. *Si fuesen prestadas como no fungibles*, es decir, como cosas ciertas ó cuerpo cierto, que debe restituirse idénticamente: artículos 581, etc., y 717 inciso 2° y nota del Dr. Velez al artículo 2213.

[8] Los artículos 1503 inciso 2° y 1505 traen idéntica disposicion. Vé las notas siguientes, y pueden verse los comentarios de Troplong y de Pont al artículo 1878 francés.

[9] Artículos 954, 1015, etc.

2264. Art. 8°. — Prohíbese á los tutores prestar bienes de sus pupilos, y á los curadores bienes de la curatela; [13] y en general, á todos los administradores de bienes ajenos, públicos ó particulares, que estén confiados á su administracion, á ménos que fuesen autorizados á hacerlo con poderes especiales. *Freitas* 2563°. [14]

2265. Art. 9°. — Ninguna forma es indispensable para el comodato, y toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga mas que la tasa de la ley. *De Freitas* 2567°. [15]

cosa no prohibida, cuando el prestador sabe [10] que ella debe servir para cometer un delito. Pero, ¿cuál es la posicion respectiva del que presta la cosa y del que la toma prestada? Segun muchos autores [11] debe negarse toda accion al prestador. Pero esta opinion conduce á un resultado ménos justo, de traerle un beneficio al deudor á costa del que hizo el préstamo, cuando no es ménos culpable que este. Sin duda que siendo nulo el préstamo, ese hecho no puede servir de fundamento para una accion en juicio; pero no por esto la nulidad del préstamo le impide hacer valer los derechos que tiene sobre la cosa independientemente de ese contrato. Anulado el contrato, el prestador, como propietario de la cosa, puede reivindicarlo del que la recibió en préstamo, *cuando* [puesto que] detiene sin causa una cosa que no le pertenece. [De Pont, n° 43]. Al que ha prestado la cosa, le queda pues la accion de dominio para recuperarla. [12]

---

[10] Si lo ignoraba, no hay duda que podrá repetir su cosa, y aun reclamar los perjuicios que se le hayan ocasionado: artículo 795 inciso 1° y nuestra nota 25 al artículo 1505.

[11] Duranton, XVII, 505; Troplong, n° 31; Massé y Vergé, nota 7 al § 723 de Zachariæ

[12] Ademas de la reivindicacion, tiene la accion *condictio sine causa*: artículos 792 y 794. En la nota 18 al 1661 condenamos la doctrina contraria.

El inciso 2° del artículo 795, en que se apoyan los que sostienen esa doctrina, no es aplicable al caso, pues no se trata del pago en retribucion de la promesa ó de la ejecucion de un hecho ilícito.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de las responsabilidades por el delito, si lo hay por parte del prestador, que es el caso que Troplong resuelve en su número 34; pero el préstamo de cosas nocivas al bien público y el de cosas destinadas á fines inmorales, raras veces constituirán un delito.

[13] Artículos 450 número 5° y 475 inciso 2°.

[14] Artículo 1883 número 12.

[15] No encontramos razon para esta peligrosa desviacion de los principios (art. 1194), tanto mas que en el mútuo se ha establecido otra cosa: vé el artículo 2218, y compara el presente con el 2203. De este modo podria darse los aires de depositario, carácter mucho mas favorecido que el de comodatario, pues aquel presta el servicio y este último lo recibe (nota al art. 2220); salvo, por supuesto, la prueba del uso de la cosa, que el comodante podría producir. Los autores franceses apoyan tambien nuestra tésis: vé á Troplong, números 58 y 59; Pont, número 30, etc. El artículo 2266 siguiente suministraría tambien un argumento á favor de nuestra proposicion, porque la locacion está sometida á los principios generales sobre la prueba de los contratos.

Lo dicho no se opone á que el prestador reivindique su cosa del que la tomó prestada ó del tercero, si procede la accion contra él; ú obtenga los daños y perjuicios contra el comodatario de mala fé, que destruyó, deterioró ó enagenó la cosa, cuando aquella accion no sea procedente; de acuerdo con los artículos 2769, 2779 á 2782, etc. Compara con Pont, números 32 á 35, y con los artículos 2568 § 1° y 2315 de Freitas.

Freitas, 2313°, admite toda prueba de la locacion (salvo en cuanto al plazo, precio y demas cláusulas, 2317° á 2321°), aunque el valor esceda la tasa de la ley, solo despues de entregada la cosa; pero antes de su tradicion, y cualquiera que sea el valor del contrato,

2266. Art. 10. — Son aplicables á la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba de la locacion. *De Freitas* 2568°. [16]

2267. Art. 11. — El comodante conserva la propiedad y posesion civil de la cosa. El comodatario solo adquiere un derecho personal de uso, y no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos á la cosa prestada. *De Troplong* n° 16; *Freitas* 2569° § 2° *inc.* 2°, *y* 238 *prusiano, Sec.* 1ª, *Tít.* 21, *Parte* 1ª. [17]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

2268. Art. 12. — El comodatario está obligado á poner toda diligencia en la conservacion de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa. *De Aubry* § 392 n° 2°. [Art. 511]. [18]

2269. Art. 13. — Si el deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de

Art. 11. — L. 1ª, Tít. 8°, Lib. 11, Nov. Rec. [Cita del art. 2351]. — L. 1ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. [De Goyena 1631°, y Acevedo 2187° § 2°]. — L. 8ª, Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — Código Francés. art. 1877. — Napolitano, art. 1749. — Holandés, art. 1777 [léase 1778. De Goyena, allí].

Art. 12. — L. 2ª, Tít. 2°, Part. 5ª. L. 2ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. — Instit., § 2°, Tít. 15, Lib. 3°. [De Acevedo 2191°, y Goyena 1635°].

---

proscribe las pruebas de testigos, de presunciones judiciales y de confesion estrajudicial puramente verbal (art. 2312 combinado con el 1949).

Es, pues, consecuente consigo mismo al establecer idéntica prescripcion en el comodato (donacion de uso, como la locacion es venta de uso), que no existe sin la entrega de la cosa (art. 2258). Pero á nuestro juicio, Freitas lo mismo que Troplong y el artículo 2175 chileno, no han sabido separar dos cuestiones distintas: la prueba de un contrato, de la repeticion de la cosa propia.

Ademas, Freitas se desvía tambien de los principios y cae en el arbitrario, cuando en su artículo 2314 establece que, probado que una cosa ha sido entregada, se entiende que lo ha sido en locacion, si el demandado no prueba que la recibió en préstamo, ó por otro título ó para otro fin; porque la prueba siempre incumbió al demandante y no al demandado; porque el comodato puede presumirse con igual ó mayor razon que el arrendamiento; y porque el poseedor puede demostrar que la cosa fué siempre suya ó de sus causantes, y si es mueble podria ampararse del artículo 2414. Compara con nuestra nota al artículo 1819.

La prueba de la entrega de la cosa apénas constituiria una presuncion á favor del tradente, y muchas veces lo sería tambien en contra suya.

[16] Amen de los artículos 2257 y 2263, esto ofreceria otra semejanza entre el comodato y la locacion; pero como nada hay establecido sobre la prueba del arrendamiento (vé los artículos 1545 y 1586), el presente viene á quedar sin efecto.

[17] Este artículo del Código prusiano es tomado de Goyena. Vé el artículo 2353 con su nota y el 2351.

El comodatario solo obtiene la mera tenencia (art. 2461 n° 1°), salvo que se le regalen los frutos (nota al art. 2257).

[18] Compara con el artículo 1563. El comodatario responde de la culpa de sus agentes ó dependientes: art. 1111 y arg. de los artículos 2276 y 1563 citado. Vé nuestro artículo 2273 inciso 2°. El 2272 estaría mejor colocado aquí.

emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el valor anterior de ella, abandonando su propiedad al comodatario. *Chile* 2178° § 2° *inc.* 2°. [19]

2270. Art. 14. — El comodatario no puede hacer otro uso de la cosa, que el que se hubiese espresado en el contrato; y á falta de convencion espresa, aquel á que está destinada la cosa, segun su naturaleza ó costumbre del país. [20] En caso de contravencion, el comodante puede exigir la restitucion inmediata de la cosa prestada, y la reparacion de los perjuicios. *De Chile* 2177°. [21]

2271. Art. 15. — El comodatario no responde de los casos fortuitos, ó de fuerza mayor, con tal que estos accidentes no hayan sido precedidos de alguna culpa suya, sin la cual el daño en la cosa no hubiese tenido lugar; [22] ó si la cosa pres-

Art. 14. — Véase L. 3ª, Tít. 2°, Part. 5ª. — LL. 3ª y 5ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. — Cód. Francés, art. 1880. — Napolitano, art. 1752. — Holandés, art. 1781. — Austriaco, art. 972. [De Goyena 1631° y 1635°].

Art. 15. — L. 3ª, Tít. 2°, Part. 5ª, y L. 2ª y siguientes, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. — Inst., § 2°, Tít. 15, Lib. 3°. — L. 5ª, [§ 4°], Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, arts. 1882 y 1883. — Napolitano, arts. 1753 y 1754. — De Luisiana, arts. 2870 y 2871. [De Goyena 1635 y 1636. Los arts. 1883, 1754 y 2871 no son oportunos]. — Zachariæ, § 724 y nota 3ª. — Es preciso no confundir el caso en que el comodatario es culpable, por haberse servido de la cosa prestada, por mas tiempo que el designado en el contrato, y que *por causa de esta culpa perece por caso fortuito* ó de fuerza mayor, *como* [léase *con*] el caso en que la cosa perece por un accidente de esa naturaleza, pero independiente de toda culpa del comodatario, despues de haberse constituido en mora de devolverla. El comodatario puede, en este último caso, invocar la escepcion establecida en el artículo 66 del Título *Del pago*. [23] si la cosa hubiese igualmente perecido en poder del dueño, miéntras que en el primero su culpa no permite la aplicacion de esta escepcion. [24] — Véase Aubry y Rau, § 392 nota 2ª.

---

[19] Un deterioro tal se equipara á la destruccion total de la cosa (notas del Dr. Velez á los arts. 2936 y 3805); pero debe ser imputable al comodatario: artículos 2268, 2271 y 2272.

El valor á pagarse es el que tenía la cosa ántes del deterioro, cuando se hallaba en perfecto estado de conservacion; pero no responde de los daños y perjuicios, aunque en rigor debiera aplicarse el artículo 2276 (vé nuestra nota á su inciso primero). Solo si procedió con dolo, parece que el comodatario será pasible de los daños y perjuicios que hayan podido seguirse al comodante (vé art. 520).

[20] Idéntica disposicion á la del artículo 1506: vé la nota 16.

[21] La prescripcion del artículo 1561 es análoga á la de este inciso.

[22] Es una mera aplicacion del artículo 513; y el caso del inciso siguiente viene á quedar comprendido en el presente, porque precede una culpa del comodatario.

[23] El artículo aplicable directamente no es este, sinó el 893.

[24] Esta razon no satisface sobre todo en labios de Aubry y Rau, que eximen de responsabilidad al mismo ladron (§ 331 nota 6ª): compara con el artículo 2138 inciso 1°. Ademas, dado el supuesto en que se colocan, es contrariar la naturaleza de las cosas, decir que el objeto perece por culpa del comodatario, cuando lo ha sido por un caso fortuito que á todos alcanza y en el que nada influye el abuso ó retardo del deudor. Tendria, pues, aplicacion el artículo 893.

Podemos tambien decir que esos autores parecen confundir la hipótesis en que el caso fortuito ha ocurrido por culpa del comodatario (arts. 513, 2205, etc.), caso que no puede coincidir con el previsto en el artículo 893 y demas; con la en que el retardo, abuso ú otra falta del comodatario ha precedido al caso fortuito, sin haber influido en lo mínimo para que este se produzca. Aquí se supone que la causa única de la destruccion sea la

tada no ha perecido por caso fortuito ó fuerza mayor, sinó porque la empleó en otro uso, ó porque la empleó por un tiempo mas largo que el designado en el contrato; [25] ó si pudiendo garantir la cosa prestada del daño sufrido, empleando su propia cosa, no lo ha hecho así; ó si no pudiendo conservar una de las dos, ha preferido conservar la suya. *Aubry* § 392 *nota* 1ª. [26]

2272. Art. 16. — El comodatario no responde de los deterioros en la cosa prestada por efecto solo del uso de ella, ó cuando la cosa se deteriora por su propia calidad, vicio ó defecto. *De Goyena* 1637°, *y Freitas* 2580°. [27]

2273. Art. 17. — Cesa el comodato por concluir el tiempo del contrato, ó por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fué prestada, [28] y debe ser restituida al comodante en el estado en que se halle, con todos sus frutos y accesiones, [29] aunque hubiese sido estimada en el contrato. [30] Se presume que el como-

Art. 16. — L. 3ª, Tít. 2°, Part. 5°. — L. 5ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. L. 10, Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, art. 1881. — Napolitano, art. 1746 [léase 1756]. — Holandés, art. 1785. — De Luisiana, art. 2873. — Zachariæ, § 724. — Duranton, Tom. 17, n° 519. — Troplong, n° 89. [De Goyena, allí; Acevedo 2198°, y Massé y Vergé, nota 4 á Zachariæ].

---

fuerza mayor: allí, es causada por culpa del deudor, y sin esta, ó la fuerza mayor no habria tenido lugar, ó la cosa no habria perecido por causa de ella.

Pont da en su número 73 razones de poquísimo peso.

Nuestros artículos 893 y 3781 solo eximen en el caso de mora; pero el 2297 no distingue. Compara con el 2437.

El inciso 1° del 2276 no considera que el comodatario comete un abuso de confianza, y no puede ya decirse con la ley romana, que el comodatario efectúe un *hurto de uso*.

Otra cosa seria, si se atribuyese el dominio de la cosa. Su falta es entónces doble, y no debe ser de mejor condicion que el ladron. Vé los artículos 2374 y 2438 inciso 1°.

La razon de la disposicion del artículo 893 (vé la nota del Dr. Velez á ese art.) y la equidad (vé los arts. 2437, 3428 inc. 3° y especialmente el 789 citado por el Dr. Velez) alcanzan, pues, no solo al caso de mora propiamente dicho (art. 893), sinó al de simple retardo, al de uso distinto ó á otra falta del deudor ó comodatario, con tal que esa falta en nada haya contribuido para la destruccion de la cosa por el caso fortuito; y el citado artículo 893 solo en el caso contrario dejará de tener aplicacion. Vé á Goyena bajo su artículo 1635, y el artículo prusiano allí citado.

[25] Es aplicable á este inciso lo dicho en las dos notas precedentes.

[26] Código Francés 1881° y 1882°; Troplong, sobre ellos; Pont, n°s 93 á 95; Chile 2178° n°s 1° á 3°; Freitas 2579° n°s 1° á 3°.

El comodatario no puede ser de mejor condicion que el mandatario (art. 1910).

[27] En la locacion sucede lo mismo (art. 1571): vé nuestras notas 16 y 20.

[28] Cesa tambien por la pérdida de la cosa prestada (art. 1606 n° 3°), ó por la imposibilidad de su uso (art. 1606 n°s 4° y 6°), y en el caso del art. 2286. Si son varios los comodantes, se aplicará el artículo 1615 (art. 2682).

[29] Como en el depósito regular (art. 2212). Aunque el comodatario no restituya inmediatamente, miéntras no sea interpelado, no incurre en mora: artículo 509. Compáralo con el 1611. El artículo 618 es estensivo al comodato.

[30] El artículo 1883 francés consideraba en este caso que con la estimacion pasaban los riesgos al comodatario (vé nuestro art. 1319, y compáralo con el 1706), disposicion criticada justamente por Troplong en sus números 120 y 121, y que nuestro Código no ha aceptado. Puede verse el número 97 de Pont.

datario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario. *De Chile* 2180°, *y Freitas* 2575°. [31]

2274. Art. 18. — Si los herederos [32] del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, [33] hubieren enajenado [34] la cosa mueble [35] prestada, podrá el comodante, no pudiendo, ó no queriendo hacer uso de la accion reivindicatoria, ó siendo esta ineficaz, [36] exigir de los herederos el precio recibido, ó que le cedan las acciones que en virtud de la enajenacion les competan. *De Chile* 2187° § 1°. [37]

2275. Art. 19. — Si los herederos tuvieren conocimiento de que la cosa era prestada, deberán pagar todo el valor de la cosa, y resarcir el perjuicio al comodante; y aún podrán ser perseguidos criminalmente por abuso de confianza. *De Chile* 2187° § 2°. [38]

2276. Art. 20. — Si el comodatario no restituyese la cosa por haberse perdido [39] por su culpa, ó por la de sus agentes ó dependientes, [40] pagará al comodante el valor de ella. [41] Si no la restituye por haberla *destruido* [42] ó disipado, incurrirá en

Art. 17. — L. 9ª, Tít. 2°, Part. 3ª [léase 5ª], y L. 4ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. [De Goyena, allí, y Acevedo 2191°].

---

[31] Lo mismo establecen el artículo 1618, respecto á la locacion, y el 2850 con relacion al usufructo. En las notas 16, 20, 27 y 28 hemos notado otras semejanzas con el arrendamiento, y una diferencia en la nota 29. Vé la nota 50 y el artículo 2286.

[32] Como todo poseedor tiene en su favor la presuncion legal de que su posesion es de buena fé (art. 2364), aunque la ignorancia de otra persona que no sea heredera sea ménos verosímil y ménos disculpable, cualquiera persona podria acojerse al beneficio de nuestro artículo, que es el mismo del artículo 2433 inciso 2°, si no aparece ó no se demuestra que le falta buena fé. Vé nuestra nota 47, al fin, sobre el artículo 2214. Puede compararse con Freitas 2578° § 2°.

[33] Si sabia, que la cosa era ajena, regirá el artículo siguiente, que no es mas que la aplicacion del 2276 inciso 2°, porque las obligaciones del comodatario pasan á sus herederos: artículo 1196. Código Francés 1879° inciso 1°; etc.

[34] Es aquí aplicable lo dicho en la nota 47 al artículo 2214.

[35] Lo mismo, si la cosa es raiz (nota 48 al art. 2214). *Eadem est ratio.*
El artículo chileno tampoco distingue. En la nota 63 al artículo 2780 se esplica por qué el artículo solo habla de cosa mueble.

[36] Con sujecion á los artículos 2769 y 2779 á 2782, segun que la cosa enajenada sea mueble ó raiz.

[37] Segun los artículos 1197, 2782 y su argumento tal cesion no es necesaria, y es sin duda por esto que el artículo 2214, separándose del artículo francés, calla al respecto. Vé el artículo 2433 con sus notas.

[38] Suponiendo que el Código Penal lo autorice (art. 1067). Vé nuestra nota 33.

[39] Es decir, destruido ó desaparecido absolutamente (art. 892).

[40] Artículo 1114. Como el locatario (vé el art. 1563).

[41] Y las pérdidas é intereses (arts. 511, 585, 2268 y su arg.). Seria inícuo que el benefactor no fuera completamente indemnizado.

[42] *Desviado*, ó mejor traspuesto ó enajenado, como dice Freitas, y así debe entenderse (arg. del art. 2275, respecto á la enajenacion), pues el inciso primero relativo al caso de *pérdida*, comprende el de *destruccion* (nota 39).

el crímen de abuso de confianza, y podrá ser acusado criminalmente, [43] ántes ó despues [44] de la accion civil para el pago del valor de ella, é indemnizacion del daño causado. *De Freitas* 2576° §§ 1° *y* 2°. [45]

2277. Art. 21. — Si despues de haber pagado el comodatario el valor de la cosa, la recuperase él ó el comodante, [46] no tendrá derecho para repetir el precio pagado y obligar al comodante á recibirla. [47] Pero el comodante tendrá derecho para exigir la restitucion de la cosa, y obligar al comodatario á recibir el precio pagado. *Freitas* 2576° § 3°, *y* 2511° §§ 1° *y* 2°.

2278. Art. 22. — Si la cosa ha sido prestada por un incapaz de contratar, que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitucion al comodante incapaz. *Chile* 2181° § 2°. [49]

2279. Art. 23. — El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitucion de la cosa, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante, salvo que haya sido perdida ó robada á su dueño. *Chile* 2183° § 1°. [50]

2280. Art. 24. — El comodatario no puede retener la cosa prestada por lo que

Art. 20. — LL. 3ª y 4ª, Tit. 2°, Part. 3ª [léase 5ª. De Goyena 1635°, y Acevedo 2195°].

Art. 21. — L. 7ª, Tít. 2°, Part. 3ª [léase L. 8ª, Part. 5ª]. — L. 17, al fin, Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — Porque el comodatario puede haber comprado otra cosa para sustituir á la perdida. [48]

Art. 23. — Cód. de Chile, art. 2183.

---

[43] Lo dicho sobre el artículo anterior (nota 38).

[44] De acuerdo con el artículo 1103.

[45] Las disposiciones de este artículo parecen aplicables al depósito, teniendo en cuenta el artículo 2201 para apreciar la culpa del depositario (vé el art. 2268) : nuestra nota al 2210.

[46] Pero si el comodante la *recupera*, debe optar por su devolucion. ó restituir lo que recibió en indemnizacion. No podria enriquecerse con daño del comodatario, quien tendria el derecho que el artículo 792 acuerda. Nota del Dr. Velez al artículo 637.

Por la misma razon, si la cosa está ya deteriorada, se deberá indemnizar al comodatario.

Lo dicho no es, por supuesto, aplicable, cuando no ha sido *recuperada*, es decir, obtenida por el mismo título, sinó adquerida por un título distinto. Mas, con relacion al comodatario, nada importan la forma y título porque se haya readquirido la cosa, pues, nuestro artículo no distingue.

[47] O á que la restituya, si él la recuperó.

[48] Esta razon es pobrísima y está muy léjos de satisfacer. El motivo mas natural del artículo es el favor que como benefactor merece el comodante, aunque sea con perjuicio del comodatario. Tal seria, si la cosa hubiese aumentado de valor.

Por esto, la disposicion del artículo, como de derecho escepcional, ha de interpretarse restrictivamente; y no debe negarse el derecho que el artículo 2113 acuerda al mismo poseedor de mala fé.

[49] No hallamos como pueda justificarse esta derogacion á los principios: vé artículo 734. Seria, pues, prudente hacer la restitucion con noticia del representante necesario del incapaz.

[50] Lo que dijimos á propósito de la prescripcion idéntica del artículo 2217, es aplicable al presente y al artículo 2281 que le complementa.

el comodante le deba, aunque sea por razon de espensas. *Goyena* 1638°. [Vé art. 2289]. [51]

2281. Art. 25. — Si se ha prestado una cosa perdida ó robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, [52] es responsable de los perjuicios que, de la restitucion al comodante, se sigan al dueño. Este por su parte tampoco podrá exigir la restitucion sin el consentimiento del comodante, ó sin decreto de juez. *Chile, allí,* §§ 2° y 4°. [53]

2282. Art. 26. — El comodatario está obligado á suspender la restitucion 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 á disposicion del juez. *Chile, allí,* § 1°. [54]

2283. Art. 27. — Cuando muchas personas han tomado prestado conjuntamente las mismas cosas, responden solidariamente [55] por la restitucion ó daños sufridos en ella. *Cód. Francés, allí; Goyena* 1639°.

2284. Art. 28. — Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada no puede repetirlos. *Cód. Francés, allí.* [56]

Art. 21. — « Cód. Francés, art. 1885. — Napolitano, art. 1747 [léase 1757. — Holandés, art. 1786. — De Luisiana, art. 2874. — L. 4ª, Tít. 23, Lib. 4°, Cód. Romano. — La L. 9ª, Tít. 2°, Part. 5ª, concede al comodatario la retencion de la cosa por las espensas que hizo en ella, siendo tales que con derecho las pueda demandar, es decir, siendo necesarias. Aceptamos la doctrina del Derecho Romano, pues seria en estremo duro que el comodante, despues de beneficiar al comodatario, se viese privado de su cosa por gastos mas ó ménos ciertos ó justos ». Véase Goyena, art. 1638. [De Goyena, allí].

Art. 25. — Cód. de Chile, art. 2183.

Art. 26. — Cód. de Chile, art. 2184.

Art. 27. — Cód. Francés, art. 1887. — Napolitano, art. 1149 [léase 1759]. — Holandés, art. 1788. — De Luisiana, art. 2876. — Zachariæ, § 724. — L. 5ª, § último, Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — En contra, L. 5ª, Tít. 2°, Part. 5ª. [De Goyena y Zachariæ, allí].

Art. 28. — L. 7ª, Tít. 2°, Part. 5ª, y L. 18, § 2°, Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — Código Francés, art. 1886. — Austriaco, art. 981. — De Baviera, art. 2° [léase 5°], Cap. 2°, Lib. 4°. [De Goyena, allí].

---

[51] Respecto á la retencion por razon de las espensas estraordinarias existe una gran cuestion entre los jurisconsultos franceses. Nuestro artículo consagra una escepcion á los principios consignados en los artículos 2412, 2468, 3941 y 3942. Compara con los artículos 2220 y 2225.

[52] Pasado el cual podrá hacer la restitucion al comodante sin responsabilidad alguna: argumento de este inciso y del inciso 3° del artículo 2217.

[53] Vé el artículo 2279 con nuestra nota 50. Compara con el 1614.

[54] Este artículo es mas bien materia del Código Penal. El artículo 1110 no le es aplicable como sancion de la infraccion (vé el 1108), y solo cuando la devolucion del arma ó instrumento importe una complicidad en un delito contra la persona ó propiedad (art. 1082), tendrá una sancion por este Código.

[55] Y se aplicarán los artículos 709 á 717, escepto el 716.

Uno de los comodatarios no podrá restituir la cosa prestada ántes de cesar el contrato (vé el art. 2273), sin el consentimiento de los otros (arg. del art. 1616); pero el comodante puede exonerarle de la responsabilidad de nuestro artículo, especialmente si renuncia á usar de la cosa.

[56] Puede decirse que este artículo está comprendido en la disposicion mas genérica del 2132, Troplong, n° 133, al fin, cita á Acursio en tal sentido.

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE

2285. Art. 29. — El comodante debe dejar al comodatario ó á sus herederos el uso de la cosa prestada durante el tiempo convenido, ó hasta que el servicio para que se prestó fuese hecho. Esta obligacion cesa respecto á los herederos del comodatario, cuando resulta que el préstamo solo ha sido en consideracion á este, ó que solo el comodatario por su profesion podia usar de la cosa prestada. *Aubry, allí, nº* 1°; *De Cód. Francés* 1879° *inc.* 2° *y* 1888°; *Pont, nº* 49.

2286. Art. 30. — Si ántes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, sobreviene al comodante alguna imprevista y urgente necesidad de la misma cosa, podrá pedir la restitucion de ella al comodatario. *Cód. Francés, allí, y Chile* 2180° *nº* 2°. [57]

2287. Art. 31. — Si el préstamo fuese precario, [58] es decir si no se pacta la duracion del comodato ni el uso de la cosa, y este no resulta determinado por la costumbre del pueblo, [59] puede el comodante pedir la restitucion de la cosa cuando quisiere. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario. *Goyena* 1641°. [60]

2288. Art. 32. — El comodante que, conociendo los vicios ó defectos ocultos de

Art. 29. — L. 4ª, Tít. 16, Lib. 3°, Fuero Real. [De Acevedo 2191°]. — L. 17, Tít. 6° Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, art. 1888. — Napolitano, art. 1660 [léase 1760]. — Holandés, art. 1789. — De Luisiana, art. 2877. — Pothier, nº 27. — Duranton, Tom. 17, nº 537. [De Goyena 1640° y Aubry]. — Aubry y Rau, § 393. — Zachariæ, § 725.

Art. 30. — Cód. Francés, art. 1889. — Napolitano, art. 1761. — De Luisiana, art. 2878. [De Goyena 1610]. — Pont, sobre los artículos 1789 y 1790 [léase 1888 y 1889]. — Heinecio dice: *æquitas suadet ut si ipse commodans re sua indigeat, ille commodatario preferatur.* Instit. [léase *Recitaciones*], § 798.

Art. 31. — L. 1ª, Tít. 26, Lib. 13, Dig. — Cód. de Austria, arts. 974 y 975. — Prusiano, art. 230, Seccion 1ª, Tít. 21, Parte 1ª. [De Goyena, allí].

Los comentadores franceses deben ser consultados con gran cautela, adhiriéndose constantemente á las prescripciones de este artículo y del 2289, que le complementa, y teniendo en cuenta los artículos 2272 y 2443 inciso 3°.

[57] El comodato difiere en esto de la locacion: vé artículo 1499.

[58] El *precario*, es un comodato en que el prestador se reserva la facultad de pedir la devolucion de la cosa prestada en cualquier tiempo (Troplong, nºs 28, 46 y 155; Pont, nºs 51 y 53: Chile 2191°), ó sea el arbitrio de resolver el contrato. (Freitas 2590° nº 2°).

Constituye tambien un precario, la tenencia de una cosa ajena por ignorancia ó mera tolerancia de su dueño ó poseedor. Compara con el artículo 2195 § 2° del Código Chileno, que requiere no haya contrato prévio, y con Freitas 2590° nº 3°, que exige que el detentador no perciba los frutos de la cosa. Sobre la acepcion lata de la palabra precario, vé la nota del Dr. Velez al artículo 2482.

[59] O la naturaleza de la cosa prestada, debe agregarse (art. 2270 inc. 1°).

« Se entiende precario, dice el artículo 2195 chileno, cuando no se presta la cosa para un servicio *particular* (determinado), ni se fija tiempo para su restitucion. »

[60] Se echa la carga de la prueba sobre el comodatario demandado, no porque afirme, como dice Goyena, pues tambien el comodante afirma y le incumbe ademas la prueba como actor; sinó porque hay á favor de este una presuncion legal implícita; pues, en la duda, el artículo presume la obligacion ménos gravosa; es decir, que hay un precario y

la cosa prestada, no provino de ellos al comodatario, responde á este de los daños que por esa causa sufriere. *Goyena* 1643°; *Cód. Francés, allí.* [61]

2289. Art. 33. — El comodante debe pagar las espensas estraordinarias causadas durante el contrato para la conservacion de la cosa prestada, [62] siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento ántes de hacerlas, [63] salvo que fuesen tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro. *Goyena* 1642°. [64]

TÍTULO XVIII

De la gestion de negocios ajenos [1]

2290. Art. 1°. — Toda persona capaz de contratar, [2] que se encarga sin mandato [3] de la gestion de un negocio *que directa ó indirectamente* [4] *se refiere al*

Art. 32. — L. 6ª, Tít. 2°, Part. 5ª. — L. 18, § 3°, Tít. 6°, Lib. 13, Dig. — Cód. Francés, art. 1891. — Napolitano, art. 1763. — Holandés, art. 1790. — De Luisiana, art. 2880. [De Goyena, allí]. — Zachariæ, § 725. — Pont, sobre el art. 1891.

Art. 33. — Cód. Francés, art. 1890, y sobre él Pont. — Zachariæ, § 725. — « Pothier, nos 81 y siguientes. — L. 18, Dig. *commodat.* » [§ 2°, Tít. 6°, Lib. 13].

---

no un comodato. *In dubium minimum est sequendum. Plus favemus liberationibus quam obligationibus*: argumentos de los artículos 558 inciso 2°, 3013 y 3767, etc., y nuestras notas á esos artículos.

[61] El comodante nunca responde por las consecuencias de la evicción, salvo si procedió con dolo: artículos 1110, 2091, 2148 n° 2° y su argumento, y argumento del presente. Vé los artículos 2149 y 2150 con sus notas.

[62] Los gastos ordinarios que el comodatario haya tenido que hacer para conservar y poder usar de la cosa, son de su cuenta: artículo 2284 y nuestra nota á él.

[63] Si pudiéndolo, no lo hizo, creemos que el comodante será responsable solo en cuanto utilizó, por la *versio in rem*. Pont, n° 122, le considera como un gestor de negocios, con poca exactitud á nuestro juicio. Vé los artículos 2308, 2303 y 2305.

La posicion del depositario, que presta un servicio, es mas favorable: artículo 2226.

[64] Vé los artículos 1520 al fin, 1541 n° 3° y 1546.

[1] Vé el artículo 1872 n° 5°.

[2] Maynz, allí, en la nota 10 (§ 274 nota 13, 4ª edicion). Los gestores que tengan incapacidad relativa no deben ser de peor condicion que los capaces, y por intermedio de sus representantes necesarios (art. 57), podrian hacer valer sus derechos (vé art. 2300) á cargo de someterse á las obligaciones del mandatario: argumento de los artículos 1899 y 2299. Pero pueden optar por la nulidad del acto jurídico (arts. 1049, 2301, etc.), y solo quedarán obligados por la *versio in rem* y por sus actos ilícitos. No se opone á esto lo que dicen Aubry y Rau en la nota 1ª, y Massé y Vergé en la nota 1ª, § 622 de Zachariæ.

[3] O escediendo los límites de su mandato. Pothier, *Mandat*, n° 177; Aubry y Rau, allí, nota 2ª. O en la errada creencia de que es su mandatario. Aubry, allí. O en virtud de un mandato nulo ó anulado. Maynz, nota 8ª al § 359 (§ 274 nota 10, 4ª edicion); Freitas 3427° nos 1° y 2°. Vé el artículo 2291 siguiente.

El mandato puede ser legal, convencional ó judicial: vé el artículo 1872.

[4] Como si el negocio fuese comun á él y á otro, y solo tenia en vista su propio interés: artículo 2304. Vé el 2711, y la nota 9ª.

patrimonio de otro, [6] sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestion, [6] sea que la ignore, se somete á todas las obligaciones [7] que la aceptacion de un mandato *importa* [8] al mandatario. *Aubry, allí, y Maynz* § 359 *nota* 2ª. [Vé art. 2305].

2291. Art. 2º. — Para que haya gestion de negocios es necesario que el gerente se proponga hacer un negocio de otro, y obligarlo eventualmente. El error sobre la persona no desnaturaliza el acto; pero no habrá gestion de negocios, si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciese los negocios de otro, [9] ni cuando en la gestion ha tenido solo la intencion de practicar un acto de liberalidad. *Maynz* § 359 *nº* 2º. [10]

Art. 1º. — LL. 26 y 27, Tít. 12, Part. 5ª. — Instit. § 1º, Tít. 28, Lib. 3º. — LL. 1ª y siguientes, Tít. 5º, Lib. 3º, Dig. — Cód. Francés, arts. 1372 y 1373, — Napolitano, arts. 1326 y 1327. — Holandés, arts. 1390 y 1391. — De Austria, art. 1039. [De Goyena 1892º]. — Maynz, § 536 [léase 356 ó 359]. — Zachariæ, § 622. — Aubry y Rau, § 440. — Es preciso que el negocio preexista á la gestion. Si yo hago trabajos en una cosa ajena que necesita reparaciones, hay gestion de negocios; pero si construyo una casa en terreno de otro, hay creacion [vé arts. 2590 á 2592], pero no gestion de negocios. Esta creacion no da por sí nacimiento al cuasi-contrato de que tratamos. — Delamarre y Lepoitevin, Tom. 1º, nº 125. — Zachariæ, § citado, nota 3ª. [De Massé y Vergé].

El acto puede establecer relaciones obligatorias entre el gerente y diferentes personas. Así, cuando yo hayo el negocio que un mandatario se habia obligado á hacer por un tercero, hay gestion de negocios no solo entre yo y el mandatario, sinó entre el tercero, el mandatario y yo, porque el mandante y mandatario tienen el uno y el otro interés en mi gestion. [De Maynz, § 359 nº 1º nota 3ª].

Art. 2º. — Maynz, § 356 [ó 359].

---

[5] Las palabras en bastardilla son de Maynz, § 359 nota 2ª. No importa que el dueño del negocio sea absoluta ó relativamente incapaz (arts. 54 y 55): artículo 2299.

[6] Y no pudo impedirla: si pudiendo hacerlo, no lo hizo, habria un mandato tácito: artículo 1876. Si despues de comenzada la gestion, su dueño recien vino en conocimiento de ella, su carácter de gestion queda ya determinado y no se cambia, aunque aquel no la estorbase. *Initium est expectandum.* El dueño ha podido verse en el caso de dejar que el negocio se consuma, y no séria justo considerarle por el hecho mismo como un mandante: vé el artículo 2302 y el 2306.

[7] El gestor tiene mas estrictas *obligaciones* que un mandatario (vé los arts. 2293 á 2307); pero sus derechos son mas limitados (vé arts. 2299 á 2304), salvo que intervenga ratificacion (art. 2306).

[8] Es error tipográfico: léase *impone*, como dicen Aubry y Rau.

[9] Faltando la intencion de gestionar el negocio ajeno, seria injusto someterle á las severas obligaciones del gestor de negocios ajenos, que no ha tomado sobre sí; salvo que su error fuese indisculpable (vé art. 930). Compara con la nota del Dr. Velez al artículo 785.

Podrá ejercer la *versio in rem* (arts. 2304 y 2308); pero á cargo de demostrar con la rendicion de cuentas que el dueño ha utilizado con el negocio. Compara con los artículos 2292 y 2294 del Código Chileno.

Pothier, Duranton, Marcadé y Massé y Vergé, nota 3ª al § 622 de Zachariæ; Freitas 3427ª nº 3º, y nuestro artículo 2304 siguiéndole con poca discrecion, establecen que hay gestion de negocios. Vé nuestra nota 4ª.

[10] Desde que se gestione á sabiendas un negocio ajeno, el fin ó propósito que se lleve en ello, no debe cambiar la naturaleza del acto, y no deberia tener mas consecuencia que disminuir su responsabilidad (arg. del art. 318 § 2º del Cód. de Comercio). El artículo 2293

2292. Art. 3°. — Comenzada la gestion, es obligacion del gerente continuarla y acabar el negocio, y sus dependencias, hasta que el dueño ó el interesado se *hallen* en estado de proveer [11] por sí, ó bien hasta que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia. *Goyena* 1892° § 1°; *Freitas* 3430° *n°* 1°.

2293. Art. 4°. — El gestor de negocios responde de *toda culpa* en el ejercicio de la gestion, aunque aplicase su diligencia habitual. [12] Pero solo estará obligado á poner en la gestion del negocio el cuidado que en las cosas propias [13] cuando se encargase del negocio en un caso urgente, [14] ó para librar al dueño de algun perjuicio si nadie se encargara de sus intereses, [15] ó cuando lo hiciera por amistad ó afeccion á él. *De Freitas* 3430° *n°* 3°. [16]

2294. Art. 5°. — Si el gestor hubiese puesto en la gestion otra persona, responderá por las faltas del sustituto, aunque hubiese escogido persona de su confianza. *Freitas, allí, n°* 2°. [17]

2295. Art. 6°. — Si fuesen dos ó mas los gestores, la responsabilidad de ellos no es solidaria. *Freitas, allí, n°* 5°. [Vé art. 2301]. [18]

Art. 3°. — Cód. Francés, arts. 1372 y 1373. — Napolitano, arts. 1326 y 1327.— Holandés, arts. 1390 y 1391. — De Austria, art. 1039. [Son citas de la nota anterior].

Art. 4°. — Maynz, § 356, letra A. — Zachariæ, § 622 nota 8ª. — « Instit., § 1°, Tít. 28, Lib. 3°. — L. 3ª, § 9°, Tít. 5°, Lib. 3°, Dig. — Véase L. 30, Tít. 12, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1374. — Napolitano, art. 1328. — Holandés, art. 1392. » [De Goyena 1893°].

Art. 6°. — Maynz, § 356 letra A y § 304, nota 11.

---

apoya fuertemente lo que dejamos establecido. Compara con Marcadé sobre el artículo 1375 francés, y con Freitas 3427° n° 9° y 3437° n° 4°. La Ley 4ª, Tít. 5°, Lib. 3°, Dig. no apoya la doctrina de estos.

[11] O mas propiamente: « Debe continuar en la gestion del negocio y sus dependencias hasta que lo termine, ó que el dueño ó interesado se halle en estado de proveer por sí, ó resuelva algo al respecto ». Freitas y Goyena, allí.

[12] O con mas propiedad: « El gestor de negocios está obligado á poner toda diligencia (vé el art. 2268) en el desempeño del negocio »; no le basta poner su diligencia habitual, y su culpa se apreciará con arreglo al artículo 512.

Las palabras *toda culpa* de Freitas se refieren á la grave y á la leve, que él y Maynz admiten, pero que nuestro Código no acepta. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 512 citado.

[13] No puede ser de mejor condicion que el socio y el depositario (arts. 1726 y 2204): así mismo, hay en esto una desviacion del principio consignado en el artículo 910.

Habria sido mas acertado juzgar su diligencia con ménos severidad en estos casos; pero el artículo 2296, que modifica el presente inciso, remedia el defecto notado en lo que respecta á la gestion inepta.

[14] Como los casos de urgencia se refieren generalmente á aquellos en que se trata de evitar un perjuicio inminente (vé arts. 1516 y 2289), no es fácil determinar el alcance de esas palabras de Freitas; á no ser que digamos que se trata de esas oportunidades fugaces que se presentan para realizar un negocio ventajoso.

[15] O en otros términos, para librar al dueño de un perjuicio en sus intereses, que si álguien no se hubiera encargado de ellos, hábria esperimentado.

[16] Vé nuestra nota 10; y tambien el artículo 1820.

[17] Su responsabilidad es mayor que la del mandatario: artículo 1926.

[18] Este artículo pudo omitirse, porque nuestro Código (art. 1922), á diferencia de Frei-

2296. Art. 7°. — El gestor responde aun del caso fortuito, si ha hecho operaciones arriesgadas, que el dueño del negocio no tenia costumbre de hacer, [19] ó si hubiese obrado mas en interés propio que en interés del dueño del negocio; [20] ó si no tenia las aptitudes necesarias para el negocio; ó si por su intervencion privó que se encargara del negocio otra persona mas apta. *Maynz* § 359 *notas* 17 *y* 18, *y Freitas, allí, n°* 4°, *y* 3431°. [21]

2297. Art. 8°. — El gestor no responde del caso fortuito, si probase que el perjuicio habria igualmente tenido lugar, aunque no hubiese tomado el negocio á su cargo, [22] ó cuando el dueño del negocio *se aprovechase* de su gestion. *De Freitas* 3432° *n*os 1° *y* 2°. [23]

2298. Art. 9°. — La gestion no concluye hasta que el gerente haya dado cuenta de su administracion al dueño del negocio ó á quien lo represente. Toda clase de prueba será admitida respecto á la gestion, y á los gastos causados en ella. *Freitas* 3433° §§ 2° *y* 3°. [Vé art. 2521]. [24]

Art. 7°. — Maynz, lugar citado.

Art. 8°. — Respecto á la primera parte, véase el artículo 66 del Título *Del Pago*. En cuanto á la segunda, Regla 29, Tít. 34, Part. 7ª.

Art. 9°. — Zachariæ, § 622 nota 10. — Troplong, *Du Mandat*, n° 146. — Duranton, Tom. 13, n° 356. — No se trata en efecto de probar una convencion ó una obligacion, sinó el hecho de donde la obligacion resulta. [De Massé y Vergé, en la nota 10 citada].

---

tas, no establece solidaridad entre los mandatarios, aunque sean conjuntos. Vé los artículos 1872 n° 5° y 2290.

[19] Porque el caso fortuito ocurre entónces por culpa de su parte: artículos 513, 2271, etc.

[20] Y con mas razon si solo tuvo en mira su propio interés (art. 2304). Porque importa una especie de estafa (vé arts. 2137 y 2138), y debe sufrir el perjuicio quien trata de sacar un lucro ilegítimo; ó porque viéndole la ley conducirse como dueño, por vía de pena de su temeridad, le aplica la máxima *res perit domino* (las cosas perecen para su dueño).

[21] En estos dos últimos casos su responsabilidad podria ser severísima; pero parece inícuo responsabilizarle por el caso fortuito, cuando no ha ocurrido por su culpa: vé nuestra nota 19. Compara con el artículo 2437 y con Massé y Vergé, nota 7ª al § 622 de Zachariæ.

[22] Esta escepcion, aun tratándose de los casos de grave culpa y hasta de dolo del artículo anterior, tiene un alcance decisivo en la tésis que respecto al comodatario sostuvimos en la nota 24 hácia el artículo 2271.

[23] *Quisiere aprovecharse*, dice Freitas con ménos propiedad. El que quiere el provecho de un acto, se sujeta á sus consecuencias. (El mismo, art. 3100 n° 3°). Aquí, como en el caso análogo del artículo 2303, la accion es la *versio in rem*: notas del Dr. Velez á los artículos 2299 y 2303 citado.

El *provecho* aparecerá del resultado final de las negociaciones (arg. L. 16, Tít. 5°, Lib. 3°, Dig.), como un saldo de ganancias anteriores respecto á la pérdida causada por el caso fortuito; lo cual se determinará por la rendicion de cuentas (art. 2298 inc. 1°).

En ellas habrán debido computarse los gastos y las indemnizaciones del artículo 2300.

[24] La gestion es un acto jurídico (vé nuestra nota 96 hácia el art. 1190 á 1191), puesto que constituye un cuasi-contrato; aunque Freitas, 3400° y 3402°, parece considerar el acto lícito de la gestion como *no* jurídico.

Pero aunque fuese un contrato, al dueño del negocio, especialmente si lo ignoraba (vé el art. 2290 con la nota 6ª), le habia sido imposible obtener una prueba escrita de la gestion: vé el artículo 1192.

2299. Art. 10. — Toda persona, *incapaz aún* de contratar, [25] cuyos negocios hayan sido atendidos, ó administrados por un tercero á quien ella no hubiese dado mandato al efecto, queda sometida á las obligaciones que la ejecucion del mandato impone al mandante, [26] con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, [27] aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debia resultar, ó que ella hubiese cesado. *Aubry*, § 441 *notas* 10 *y* 12. [Vé nota al art. 2443].

2300. Art. 11. — El gestor [28] puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestion le hubiese ocasionado, con los intereses desde el dia que los hizo; y el dueño del negocio está obligado ademas á librarle ó indemnizarle de las obligaciones personales que hubiese contraido. *De Aubry, allí.* [29]

Art. 10. — LL. 26 y 27, Tít. 12, Part. 5ª. — L. 2ª, Tít. 5º, Lib. 3º, Dig. — Cód. Francés, art. 1375. [De Goyena 1894º]. — « Es preciso no confundir, dice Zachariæ [léase Massé y Vergé], la utilidad de un negocio en su significado jurídico con el provecho que saque el dueño. Un negocio puede haber sido convenientemente conducido para el dueño desde el principio hasta el fin, y tener un buen resultado sin que el dueño se aproveche de él por alguna circunstancia independiente de la gestion y del gestor. Así un *negotiorum gestor*, por ejemplo, se ha propuesto hacer reconocer y liquidar un crédito, y terminada la liquidacion, el deudor quiebra y el crédito es perdido; el acreedor, en tal caso, no saca ningun provecho de la gestion, y sin embargo la gestion ha sido útilmente emprendida. Cuando la accion del gerente está fundada sobre la utilidad de la gestion, la accion que le corresponde es la del *negotiorum gestorum*. Cuando está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, su accion es de *in rem verso* : § 622 nº 10 [léase nota 10].

Art. 11. — LL. 26 y 28, Tít. 12, Part. 5ª. — Cód. Francés, art. 1375. — Napolitano, art. 1129. — Holandés, art. 1393. — L. 10 [§ y L. 19, § 4º], Tít. 5º, Lib. 3º, Dig. — L. 18,

---

[25] Léase, *aun la incapaz de contratar, ó aunque sea incapaz*. Pero esta proposicion de Aubry y Rau es falsa en derecho, y el artículo 2198 incurre en el mismo error. El incapaz jamas se obliga sinó hasta la concurrencia de lo que utilizó con la gestion, *in quantum locupletior*, como se establece en el artículo 2304, y es corriente en derecho romano (Maynz, § 359 nota 11, ó § 274 nota 14, 4ª edicion). Esta es la única doctrina razonable y jurídica. Si el incapaz solo queda obligado en cuanto le convenga ó utilice, cuando contrata por sí ó acepta un pago (arts. 734, 1166, 1900, 2196, etc.); con mas razon las oficiosidades de un tercero, de que no tiene conocimiento, no podrán obligarle y ménos perjudicarle.

Decimos que podrá ser perjudicado, porque tendría que pagar los gastos é indemnizaciones (art. 2300), cuando el provecho era quizá ninguno (final de nuestro art.). Vé la nota del Dr. Velez al presente artículo, que es tomada de Massé y Vergé, anotadores de Zachariæ.

[26] Segun este artículo y el 1872 nº 5º, los artículos 1951, 1953, 1957, 1958 y 1959 nº 2º, serán aplicables al dueño del negocio, en cuanto lo permitan los tres artículos siguientes (2300 á 2302), que legislan la materia casi completamente. Vé nuestra nota 43 al artículo 2307.

[27] Es decir, con tal que el negocio haya sido bien y prudentemente emprendido y dirigido (vé art. 2293 inc. 1º); v. g., si el negocio era tal que el dueño lo habría hecho, si se hubiera hallado presente.

El artículo 2303 complementa al presente.

[28] En el caso del artículo precedente, se entiende; pues en los del artículo 2303 la responsabilidad del dueño por los gastos y las deudas es limitada. Los artículos 2901 y 2902 contienen aplicaciones de este inciso.

[29] Como está dispuesto en el mandato por los artículos 1951 á 1953. Debe gozar tambien del derecho de retencion: artículo 3912. Compara con el artículo 2226.

2301. Art. 12. — Cuando el negocio ha sido de dos ó mas dueños la responsabilidad no es solidaria. *Freitas* 3434° *n°* 4°. [30]

2302. Art. 13. — El dueño del negocio no está obligado á pagar retribucion alguna por el servicio de la gestion, ni á responder de los perjuicios que le resultasen al gestor del ejercicio de la gestion. *Freitas, allí, n°s* 2° *y* 3°. [Vé arts. 1954 y 1955]. [31]

2303. Art. 14. — Si el negocio no fuese emprendido útilmente, ó si la utilidad era incierta al tiempo que el gestor lo emprendió, [32] el dueño, cuando no ratificó la gestion, [33] solo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio. *Freitas* 3436°. [Vé arts. 2299 y 2300].

2304. Art. 15. — Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño solo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestion, [33] cuando el gestor creyó hacer un negocio propio; [34] ó cuando hizo un negocio que era comun á él y otro, teniendo solo en mira su propio interés; [35] ó si el dueño del negocio fuese menor ó incapaz y su representante legal no ratificara la gestion; [36] ó cuando hubiese emprendido la gestion del negocio por gratitud como un servicio remuneratorio. *Freitas* 3437°. [37]

[Tít. 18, Lib. 2°], Cód. Romano, *De negot. gestis.* Sobre si los intereses deben correr desde el dia de la demanda, ó desde que los gastos [léase *anticipos*] fuesen hechos, ha habido una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos. Nosotros aceptamos la opinion de Aubry y Rau, § 441 nota 11, de Duranton, Tom. 13, n° 674, y de Troplong, *Du Mandat*, n° 620 [léase 680]. [De Goyena 1894°, y de Aubry].

Art. 12. — Zachariæ, § 622. — Toullier, [Tom. XI], n° 48. — Lo mismo está dispuesto sobre el mandato en el artículo 53 de dicho Título. [30]

Art. 13. — Cód. de Chile, art. 2290. — Proyecto de Goyena, art. 1891. [Respecto á los perjuicios, están en contra].

Art. 15. — Pothier, n°s 190 y 193. — En estos casos el gestor solo tiene la accion de *in rem verso*. [De Aubry, § 441 nota 13].

---

[30] A diferencia de lo establecido en el artículo 1947, respecto á los mandatarios. Los artículos 1922 y 1923 no se refieren al caso del presente artículo, sinó al del 2295; y el artículo 1943 legisla el punto con relacion á terceros.

[31] Zachariæ, § 622 nota 10, y Aubry, § 441 nota 13, 4ª edicion, se inclinan hácia esta opinion. La oficiosidad del gestor, y la necesidad de no gravar demasiado al dueño que no ha consentido, justifican la disposicion de nuestro artículo como el temperamento mas prudente y seguro.

[32] La utilidad será incierta, cuando v. g. se emprendió una operacion arriesgada, ó se buscó principalmente el propio interés (art. 2296), y acaso tambien cuando se carecía de las aptitudes necesarias (dicho art.).

[33] Pues si la ratifica, se aplica el artículo 2306.

[34] Pero adviértase que entónces no hay gestion, y es un caso de la *versio in rem* propiamente dicha, regido por el artículo 2308. Vé el 2291 inciso 2° y nuestra nota 9ª.

[35] O buscando principalmente su propio interés (nuestra nota 32).

[36] Vé las notas 25 y 33. Es indudable que la ratificacion debe hacerla el mismo dueño, cesando su incapacidad.

[37] Porque no se comprendería un acto de gratitud que perjudicase al benefactor.

2305. Art. 16. — El que hace el negocio de una persona contra su espresa prohibicion, no puede cobrarle lo que hubiere gastado, [38] á no ser que tuviese un interés legítimo en hacerlo. *Aubry, allí.* [39]

2306. Art. 17. — Cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiere emprendido los negocios de otra, la ratificacion del dueño del negocio equivale á un mandato, y *se* somete para con el gestor á todas las obligaciones del mandante. *Aubry* § 441 *nota* 17. [40]

La ratificacion tiene efecto retroactivo al dia en que la gestion principió. *Freitas* 3442° § 4°. [41]

2307. Art. 18. — El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestion, hizo con terceros, aunque los hiciese á nombre del dueño del negocio, [42] si este no hubiese ratificado la gestion. Los terceros, miéntras el dueño del negocio no ratifica la gestion solo tendrán derecho contra el gestor, y solo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra este correspondian al gestor. *De Freitas* 3444°. [43]

[1°. DEL EMPLEO ÚTIL] [44]

2308. Art. 19. — Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hi-

Art. 16. — Aubry y Rau, § 441 y nota 16. — « Duranton, Tom. 12, n° 19. — En contra. Pothier, n° 189. »

Art. 17. — Aubry y Rau, § 641 [léase 441].

Art. 18. — Aubry y Rau, § 441 al fin.

---

[38] Vé los artículos 728 y 2031 con lo allí dicho.

[39] Aun cuando el móvil haya sido un interés de afeccion únicamente ó de honor de familia, segun la opinion de Aubry y Rau, en su 4ª edicion; y siempre que su intencion no haya sido practicar un acto de liberalidad pura (final del art. 2291 y Maynz, § 359 nota 6ª, ó § 274 nota 9ª); lo que no obsta á nuestra doctrina de la nota 10.

[40] Esta es la mejor doctrina (arts. 1938, 2299 y 2307); aunque en el artículo 1163 § 2 se haya seguido irreflexivamente el derecho romano (Savigny, lugar citado, allí. Maynz, § 359 nota 9ª, ó § 274 nota 12, 4ª edicion). Las distinciones que Troplong, *Mandat.* n°s 131 y 619, y Freitas 3112°, establecen son arbitrarias.

En vez de *se somete*, léase en el artículo *le somete*.

[41] Y se aplicarán los artículos 1932, 1937 inciso 1°, y 1938. Vé el artículo 2100 con la nota 77.

[42] Es forzoso considerar esto como una escepcion al principio del artículo 1162 inciso 2°, y que no podría justificarse.

[43] Por aplicacion del artículo 1197. Esto viene á limitar el alcance del artículo 2299, que somete á las obligaciones de un mandante, al dueño cuyos negocios han sido útilmente conducidos (vé arts. 1932 y 1919), restringiendo esto en relacion al gestor, como es muy justo. Aubry y Rau, en el lugar citado, y Maynz, § 359 nota 26 (§ 274 nota 29, 4ª edicion), le reputan mandante aun en relacion á terceros, doctrina que parece menos jurídica: argumento de los artículos 1163 y 2306. La asimilacion que Maynz pretende establecer entre el mandato y la gestion es no solo arbitraria, sinó incongruente con su doctrina de que la gestion no se convierte en mandato á pesar de la ratificacion (nuestra nota 40).

[44] Como el *empleo útil* (arts. 2311 y 2312) es una variedad ó aplicacion de la accion

ciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos á aquellos en cuya utilidad se convirtieron. *De Freitas* 3416° *y* 3445°. [45]

2309. Art. 20. — Entran en la clase de gastos del artículo anterior, los gastos

---

de in rem verso (nota del Dr. Velez al art. 728: vé sin embargo el art. 2310 al fin), nos ocuparémos brevemente de ella.

Esa accion es la sancion de la regla de equidad, que no permite enriquecerse con daño de otro: *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri*. Ley 206, Tít. 17, Lib. 50, Dig. *de regulis juris*. Regla 17, Tít. 34, Part. 7ª (notas del Dr. Velez á los arts. 499, 784, 2143, 2569, 2591 y 2596). Y debe acordarse siempre que el patrimonio de una persona se encuentre enriquecido, sin causa legítima, con perjuicio del de un tercero, y este no pueda obtener lo que le pertenece ó le es debido (propiedad y crédito) por la accion especial de un contrato, cuasi-contrato, delito ó cuasi-delito (vé la nota al art. 1746), ó por la reivindicacion. Aubry y Rau parece que no distinguen bastantemente bien ambas acciones, atribuyendo la funcion reivindicatoria á la *de in rem verso*.

Cuando la repeticion se hace legal ó materialmente imposible (arts. 2196, 2764, 2766, 2769, 2780 y 2782), la accion *de in rem verso* tiende á obtener el valor de la cosa que se ha aprovechado, ó de los gastos y deudas, hasta la concurrencia de la utilidad existente al tiempo de la demanda en los bienes del demandado. Vé la nota del Dr. Velez al artículo 728.

No fundándose esta accion en un contrato ó acto jurídico cualquiera, sinó en el *hecho provechoso*, para el que no es necesaria la capacidad jurídica, aquella se dá á favor y frecuentemente en contra de los incapaces: artículos 197, 731, 1166, 1900, 2196, 2198 y 2301, inciso 3°, nota del Dr. Velez al artículo 43 y nuestras notas 26 al artículo 2198, y 25 al artículo 2299.

Fuera de los artículos enunciados, constituyen aplicaciones especiales de la accion *de in rem verso*, los siguientes pasages: nota al artículo 637 y artículos 728, 733, 908, 1719, 1722, 1959 n° 1°, 2038, 2303, 2304, 2433, 2143 inciso 1°, 3170, 3428 inciso 1° y 3545.

La prueba del provecho corresponde al que deduce la accion: artículo 1166.

¿Cuándo se dirá que el demandado ha aprovechado ó enriquecídose? Los jurisconsultos discrepan mucho al respecto, como se verá en Maynz, § 308 nota 26 (§ 223 nota 28, 4ª edicion); Aubry y Rau, que en los §§ 317 nota 18, y 579 nota 12, 4ª edicion, dan soluciones opuestas; Demolombe, XXVII, n°s 194 á 198.

Nosotros creemos que para apreciar la estension de la responsabilidad, no puede adoptarse una solucion absoluta: que el incapaz no debe quedar obligado á mas de lo que utilizó (arts. 2301, 2299 con nuestra nota 25 y su arg.); y que es preciso distinguir entre el pago, que es un acto necesario, y el contrato que lo es voluntario. Lo prueba el caso del poseedor de mala fé (art. 2443 y nota).

Así, creemos con Maynz y Demolombe (allí, n°s 194 y 195 y XXIX, 175), que hecha la inversion de lo recibido por el incapaz de una manera prudente, no es preciso que ella subsista en todo ó en parte, y puede ser reclamada en el todo, siempre que esa utilidad no haya cesado por culpa del demandante: argumento del artículo 2299.

¿El pago hecho á un incapaz podrá repetirse por la *condictio sine causa*? Demolombe cree que sí (n° 199); pero tal solucion nos parece mas equitativa que jurídica. Así el artículo 1166 autoriza la repeticion solo despues de declarada la nulidad del contrato, á peticion del incapaz (art. 1165); aunque pueda decirse que no es lo mismo contratar que pagar ó cumplir una deuda ú obligacion.

Pero si efectuó el pago, creyendo capaz al acreedor, sostenemos que si tuvo razon para errar, podrá repetirlo (vé art. 930): argumento del artículo 735.

[45] O al tercer adquirente por título gratuito: artículo 2312. Vé nuestra nota 49.

funerarios hechos con relacion á la calidad de la persona y usos del lugar, no reputándose tales [los] gastos en bien del alma despues de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia, ni ningunos otros, aunque el difunto los hubiese determinado. *Freitas* 3448°. [46]

2310. Art. 21. — No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente, [47] y cuando este no tuviese bienes, por las personas que tenian obligacion de alimentar al muerto cuando vivia. *Freitas* 3449° § 2°. [Vé arts. 367 á 369].

2311. Art. 22. — Júzgase útil todo empleo de dinero [48] que aumentó el precio de cualquiera cosa de otro, ó de que le resultó una ventaja, ó mejora en sus bienes, aunque despues llegase á cesar la utilidad. *Freitas* 3451° § 2°. [49]

2312. Art. 23. Si los bienes mejorados por el empleo útil del dinero se hallasen en el dominio de un tercero, á quien se le hubiesen trasmitido por título oneroso, el dueño del dinero empleado no tendrá accion contra el adquirente de

Art. 20. — Sobre los gastos funerarios, véanse L. 12, Tít. 13, Part. 1ª. — L. 8ª, Tít. 6ª, Part. 6ª, y 30, Tít. 13, Part. 5ª. — L. 17, Tít. 5°, Lib. 42, Dig., y L. 45, Tít. 7°, Lib. 11, id. [De Acevedo 712°, y Goyena 1925°]. — La Ley 12 citada de las Partidas, disponiendo sobre los gastos funerarios, dice así: « *Mas si ficiese con intencion de las cobrar, develas aver, maguer no las mande ninguno facer, maguer le contradigesen que las non ficiese, devengelas dar de los bienes del muerto, ante que paguen ninguna cosa de las mandas que ficiese en su testamento, nin de las debdas que debia, en cualquiera manera que las deba, é ante que partan ninguna cosa de su aver los herederos que la ovieren que aver; solo que aquestas despenzas sean fechas mesuradamente, catando la persona de aquel por que son fechas.* »

En cuanto al privilegio respecto á los bienes inmuebles, queda suprimido en el Libro 4°, [51] cuando haya otro acreedor hipotecario que tenga inscrito sobre ellos un derecho real.

---

[46] Este artículo no armoniza con el 3882 n° 1°, que le sirve forzosamente de complemento.

[47] Ya porque la manutencion es carga de la sociedad conyugal (art. 1276 n° 1°); comprende la asistencia en las enfermedades (art. 372), y nuestro artículo considera los gastos funerarios como una estension ó el complemento de la obligacion de alimentar; ya porque el cónyuge sobreviviente será generalmente heredero del premuerto (arts. 3572 á 3578).

[48] Lo mismo deberá decirse de todo trabajo, de la cosa mueble empleada, y en general de todo valor ó cosa con valor por sí. *Eadem est ratio.* Dr. Velez, final de su nota al artículo 728.

[49] Suponiendo que la cesacion de la utilidad no haya sido causada por la culpa del mismo que realizó el empleo útil: argumento del artículo 2299. Vé nuestra nota 44, hácia el fin.

El artículo 1551 resuelve, sin embargo, otra cosa en el caso del locatario, y respecto al poseedor de mala fé, el artículo 2243 con mas razon; lo que prueba que las disposiciones absolutas son siempre peligrosas. *¡ Omnis deffinitio in jure periculosa !*

El incapaz solo queda obligado por la utilidad actual: argumento del artículo 2304, Freitas 3452° § 2°. Compara con el final del artículo 1166.

[51] El privilegio es sobre la generalidad de los muebles: artículo 3882 n° 1°. Así es que las palabras siguientes del Dr. Velez carecen de sentido (vé el art. 3110), y un acreedor hipotecario sin derecho real (vé el art. 2505 n° 5°), no se comprende.

esos bienes; pero si la trasmision fué por título gratuito, podrá demandarlos *el* que los tiene hasta el valor correspondiente al tiempo de la adquisicion. *Freitas* 3454°. [50]

---

[50] No encontramos una esplicacion jurídica satisfactoria de este artículo. No tratándose de la reivindicacion de la cosa por su dueño (vé los arts. 2769, 2779 y 2780), el título de la adquisicion debiera ser indiferente, y podria mas bien tenerse en cuenta la buena ó mala fé del adquirente. Compara con los artículos 2414 y 2415. Vé el artículo 594 y el 592, á que Freitas se refiere, si bien no tiene exacta aplicacion á nuestro caso.

Así, en la nota al artículo 3894 la simple enajenacion, sea por título oneroso ó por título gratuito, hace perder el privilegio acordado al que conservó con su peculio una cosa mueble.

Ademas, nuestro artículo no parece armonizar con el principio consignado en el 3268. En lugar de, *el que los tiene,* debe leerse en el artículo, *del que los tiene.*

FIN DEL TOMO PRIMERO