





CÓDIGO CIVIL



# DERECHO CIVIL

## CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

DEL

# CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR EL DOCTOR

BALDOMERO LLERENA

(Catedrático del ramo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Capital de la Republica)

TOMO SÉPTIMO

BUENOS AIRES

CÁRLOS CASAVALLE, EDITOR

Imprenta y Librería de Mayo, Perú 191







# CÓDIGO CIVIL ARGENTINO



## TÍTULO XII

### De la forma de los testamentos

**3622**—Las formas ordinarias de testar, son: El testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado. (Concuerda con los arts. 3623—3624—3626—3632—3634—3636—3639—3651—3665—3672—3690.)

#### CONCORDANCIAS

(Coin Delisle, sobre el art. 969 frances)—Goyena, 565—Cód. de Chile, 1008—Cód. de California, 8750.

**Las formas ordinarias:** La forma extraordinaria es la de los testamentos especiales de que se habla mas adelante.

**3623**—Los diversos testamentos enumerados en el artículo anterior están sometidos á las mismas reglas, en lo que concierne á la naturaleza y estension de las disposiciones que contengan, y gozan de la misma eficacia jurídica. (Concuerda con los arts. 3622—3650.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 662 y 663, p. 92.

**En lo que concierne á la naturaleza y estension de las disposiciones:** En consecuencia, las reglas establecidas en los dos títulos anteriores, tales como lo de que no se deje por heredero á persona incierta, que no se hiera la legítima de los herederos forzosos, que no se pongan condiciones prohibidas, etc., son aplicables á toda clase de testamentos.



El testamento no es sino la manifestacion exterior de la última voluntad del testador; y desde que esa voluntad tiene ciertos limites establecidos por la ley en mira de un interes general, es claro que en cualquier forma en que se manifieste tiene que respetar la ley.

Creemos que el presente artículo, por lo mismo que encierra una verdad tan elemental, que si bien puede figurar en un tratado de derecho como en el de Aubry y Rau, ha podido suprimirse. Aun sin esa disposicion, á nadie se le podia ocurrir sostener que lo dispuesto por la misma ley respecto á la naturaleza y estension de las disposiciones testamentarias solo fuera aplicable á ciertas y determinadas clases de testamentos, siendo como son esas restricciones, en mira de interes general.

**3621**—Toda persona capaz de disponer por testamento puede testar á su eleccion en una ú otra de las formas ordinarias de los testamentos; pero es necesario que posea las cualidades físicas é intelectuales requeridas para aquella forma en la que quiera hacer sus disposiciones. (Concuerda con los arts. 3613—3617—3622—3639—3651—3665.)

#### CONCORDANCIAS

(Así, por ejemplo, un sordo-mudo ó un ciego, pueden hacer su testamento, ológrafo si saben escribir. Pero un mudo no puede testar por actos públicos, pues que se encuentra en la imposibilidad de dictar sus disposiciones. Lo mismo el sordo, que no puede oír la lectura del testamento. El testamento cerrado no puede ser hecho sino por las personas que saben leer y escribir)—Aubry y Rau, § 622, notas 2 á 5—Demolombe, tom. 21, n.º 81, *bis*—Nuestro comentario al art. 3617, al 3651 y al 3665.

**Que posea las cualidades físicas é intelectuales:** Al ocuparnos de cada clase de testamento en particular estudiaremos las diferentes cualidades que se exigen en cada una de ellas.

**3625**—La validez del testamento depende de la observacion de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni á favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador. (Concuerda con los arts. 3—950—973 y sigtes.—3613—3627—3631—3825.)

#### CONCORDANCIAS

(Novela 66, Cap. 1.—Chabot, tom. 2, p. 394 y 399—Savigny, tom. 8, p. 456)—Nuestro comentario al art. 12—Aubry y Rau, § 664, nota 3—Laurent, tom. 1, p. 238.



**De la ley que rija al tiempo de hacerse:** Según el art. 3611, la ley del domicilio del testador á tiempo de hacer el testamento es la que determina su capacidad; ¿se seguirá esta misma regla respecto á la forma del testamento? No: el principio á seguir en materia de forma es el del art. 950 que es el mismo del art. 12; pero modificado en cierto modo para el caso de revocacion de un testamento, por el art. 3825.

Así, los testamentos hechos en la república deben serlo precisamente en algunas de las formas establecidas por nuestro Código (art. 3634), sin distinguir el caso en que el testador está ó no domiciliado en la república, sea argentino ó extranjero, lo que está confirmado por el art. 3638. Esto no impide que los argentinos puedan testar en el extranjero en la forma determinada por el art. 3636. (Véase comentario al 3635).

**3626**—La forma de una especie de testamento no puede estenderse á los testamentos de otra especie. (Concuerda con los arts. 3622 á 3624—3670.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 604, notas 4 y 5—Demolombe, tom. 21, n° 54.

**No puede estenderse á los testamentos de otra especie:** Así, en un testamento cerrado no bastará que se ponga el número de testigos del testamento público; pero si en ese testamento cerrado no se han llenado todas las formalidades exigidas por la ley, puede valer como ológrafo si reúne las condiciones exigidas para esta clase de testamentos (art. 3670).

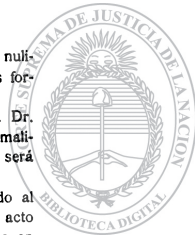
Por lo demás, habiéndose llenado las formalidades exigidas para una clase de testamento, nada importa que se haya agregado á mas la de otro testamento (art. 3628).

**3627**—La prueba de la observancia de las formalidades prescritas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo, y no de los otros actos probados por testigos. (Concuerda con los arts. 3607—3624—3626—3643—3644.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, Testamento, n° 1462)—Aubry y Rau, § 664, notas 6 y 7—Laurent, tom. 13, n° 324 y 325—Cortes, Vistas Fiscales, tom. 3, p. 147.

**Debe resultar del testamento mismo:** De modo que en



los testamentos por acto público, el escribano, so pena de nulidad, debe hacer mención expresa de que se han llenado las formalidades exigidas por la ley.

Si no se hace esa mención, se presume, como decía el Dr. Cortes, lugar citado, que no se han llenado; y si esas formalidades son exigidas bajo pena de nulidad, el testamento será también nulo.

Así, si el escribano omite decir que el testamento fué leído al testador en presencia de los testigos que vieron á éste, el acto sería nulo, y á la parte que sostuviera su validez fundándose en que tenía cómo justificar que se había llenado dicha formalidad, no se le podría admitir semejante prueba, puesto que la observancia de una formalidad exigida bajo pena de nulidad (art. 3658), no resultaría del testamento mismo, sino de una prueba estraña.

El testamento sería, pues, nulo absolutamente, é inútil la prueba de que se llenó la formalidad cuya mención se omitió.

1º No basta tampoco que se desprenda del conjunto general que esas formalidades se han llenado, es necesario que no haya duda alguna y esta duda tiene que existir mientras el escribano no diga espresamente que se cumplió con la ley.

Así, por ejemplo, si el escribano dice "Acabado de dictar el testamento, el testador manifestó estar conforme, y firmó, etc., etc.," no sería esto lo suficiente para dar por llenada la formalidad de la lectura del testamento exigida por el art. 3658. Considerando la ley entre los requisitos indispensables para la validez del testamento que sea leído al testador, no podía dejar, como dice Merlin (palabra *Testamento*, tom. 33), la prueba del cumplimiento de estos mandatos de la ley, abandonada á la incertidumbre de las pruebas judiciales.

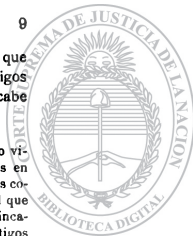
2º Por lo demas, la ley no exige términos sacramentales para hacer esas enunciaciones; basta que se empleen términos equivalentes. Laurent, tom. 13, núms. 349 y siguientes, trata extensamente el punto.

3º Á medida que tratemos de esas formalidades espondremos con mas detencion los principios á que cada una está sujeta.

Diremos sí, [que el cumplimiento de toda formalidad exigida por la ley, debe constar en el mismo testamento por declaracion expresa del escribano. En derecho frances se discute si es ne-

cesario ó no algunas de esas declaraciones, tales como la de que el testamento fué firmado en presencia del escribano y testigos (Marcadé, sobre el art. 973); pero por nuestro derecho no cabe discusion; todas deben mencionarse.

**3628**—El empleo de formalidades inútiles y sobreabundantes no vicia un testamento, por otra parte regular, aunque esas formalidades en el caso de haberlas supuesto necesarias, no pudiesen ser consideradas como cumplidas válidamente. Así, un número mayor de testigos del que exige la ley, no vicia el testamento, que queda válido á pesar de la incapacidad de alguno de ellos, cuando suprimiendo el número de testigos incapaces queda un número suficiente de testigos capaces. (Concuerda con el art. 3649.)



## CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 664, nota 8.

**Por otra parte regular:** Pero el testamento cerrado que á mas fuera todo escrito, fechado y firmado por el testador, valdrá como testamento ológrafo aunque no sea regular como cerrado (art. 3670).

1º Si el testador dispone que despues de hecho el testamento se llenen otras formalidades que no son exigidas por la ley, creemos que el testamento sería válido aun cuando esas formalidades no se cumplieren. El testador ha podido imponer su voluntad en las disposiciones de bienes, pero las formalidades del testamento solo la ley las impone; y por lo mismo el testador no podria crear por su sola voluntad otras nulidades que las que la misma ley ha creado.

**3629**—El testador no puede confirmar por un acto posterior las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, sin reproducirlas, aunque dicho acto esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos. Pero el testador puede referirse en su testamento á otro testamento válido en sus formas, que ha quedado sin efecto por haber caducado por incapacidad de los legatarios ó de los herederos instituidos. (Concuerda con los arts. 1003—1061—3620—3630—3632—3829.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 664, n° 8—Morlin, *Repert. verb. testament*, secc. 2, § 1, art. 4—Tropolong, n° 1459)—Laurent, tom. 13, n° 135—Nuestro comentario al art. 3620.



**No puede confirmar, etc., etc.:** Es necesario un nuevo testamento, no bastaría una simple escritura pública en la cual reprodujese las disposiciones contenidas en el testamento nulo, pues la última voluntad solo puede espresarse por testamento (art. 3632). Ese testamento que reproduzca las disposiciones contenidas en el anulado tiene que hacerse con todas las formalidades legales, sin que las faltas que tenga se puedan suplir con las observadas en el anulado. El acto vale, no como confirmación, sino por sí mismo, como testamento; es necesario un testamento nuevo, decía una Corte francesa, siguiendo el mismo principio adoptado por el artículo que estudiamos, para confirmar lo dispuesto en un testamento nulo; y en tal caso es el segundo acto el que produce efecto y no el primero. (Véase art. 3829, que es una repetición del presente.)

1º ¿Pueden los herederos confirmar un testamento nulo en sus formas?

En derecho francés esta es una cuestión que ha dividido á los jurisconsultos, como puede verse en Laurent, tom. 13, núms. 461 y siguientes. Por nuestro Código, la cuestión está resuelta por el art. 515, inc. 3, que considera como obligación natural la de pagar un legado dejado en un testamento nulo. Los que en derecho francés piensan que puede ser confirmado el testamento, se fundan precisamente en que el testamento nulo produce una especie de obligación natural.

**Pero el testador puede referirse en su testamento:** Así, por ejemplo, dice Troplong, citado, el testador puede decir: lego á Pedro lo que le había legado á Francisco en mi testamento de tal fecha, en razón de que Francisco ha muerto ya. Podía también decir que revocaba al legado hecho á Pedro para dárselo á Francisco, en razón de haberse éste hecho incapaz de heredar.

**3630**—La nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene; pero si se han llenado las formas, la nulidad de la institución de herederos por cualquier causa que fuere, no anula sus otras disposiciones. (Concuerda con los arts. 1039—1044—3629—3710—3715.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 494, n.º 7.

**No anula sus otras disposiciones :** Siempre que éstas sean independientes las unas de las otras.

1º Cuando se anula la institucion de un heredero, los bienes que hubiera recibido si no se hubiera anulado la institucion, acrecerán ó no á los otros herederos ó legatarios ó á los herederos *ab intestato*, segun la forma en que se hubiese hecho el llamado. Á este respecto se estará á lo que decimos en el comentario al título "Del derecho de acrecer".

**No anula sus otras disposiciones :** Se entiende, siempre que sean separables unas de otras; pero si la una es la razon de la existencia de la otra, es claro que ninguna de las dos puede existir.

**3631**—El testamento hecho con las formalidades de la ley vale durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formacion. Mientras no está revocado, se presume que el testador persevera en la misma voluntad. (Concuerda con los arts. 3613—3625—3635—3826—2827.)

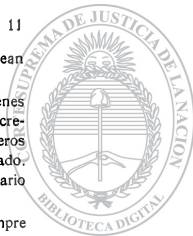
#### CONCORDANCIAS

(Ley 27, tít. 23, Lib. 6, Cód. Rom.—Grenier, n° 225—Coin Delisle, sobre el art. 969, n° 9)—Nota del codificador al art. 3613.

**Se presume que el testador persevera en la misma voluntad :** ¿Podrá admitirse prueba en contra de esta presuncion? Es indudable que no, puesto que tal prueba sería inútil desde que la voluntad del testador solo puede manifestarse válidamente en otro testamento, como lo ordena el art. 3827. De nada serviría probar que el testador tuvo la intencion de revocar ese testamento si realmente no lo hizo en la forma debida.

2º Téngase presente que el testamento hecho por persona que no está casada en el momento de hacerlo, queda revocado desde que contrajo matrimonio (art. 3826).

**3632**—Las últimas voluntades no pueden ser legalmente espresadas, sino por un acto revestido de las formas testamentarias. Un escrito, aunque estuviese firmado por el testador, en el cual no anunciase sus disposiciones sino por la simple referencia á un acto destituido de formalidades requeridas para los testamentos, será de ningun valor. (Concuerda con los arts. 3606—3607—3620—3629—3648—3829.)





## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 12—Merlin, *Repert. verb. testament.*, secc. 2, § 1, art. 4—Anbry y Rau, 665—Tropiong, *testamento*, núms. 1454 y sigtes.)—Las concordancias del art. 3620 y comentario al mismo.

**Aunque estuviese firmado por el testador:** Y aun cuando este acto fuese un testamento, como lo establece el art. 3620, en el cual ha podido reasumirse el presente.

Segun el principio sentado en aquel artículo y repetido en el presente, el testamento debe ser hecho de tal modo que por sí mismo baste para conocer la esencia de la disposicion, y la persona del agraciado; y aun cuando esto último puede quedar incierto en el testamento, no será un defecto si por algun acontecimiento determinado se pudiera conocer con certeza la persona agraciada, como lo hemos establecido en el comentario al art. 3621.

Los ejemplos que hemos puesto en el comentario al art. 3620 explican suficientemente el alcance del principio de que nadie puede testar por solo referencias á otros papeles.

**A un acto destituido de las formalidades, etc., etc.** Toda esta última parte del artículo nos parece completamente inútil existiendo los concordantes citados, especialmente los arts. 3620 y 3629.

En primer lugar, un acto escrito aunque esté firmado por el testador no puede valer como testamento si no tiene las formas establecidas para los testamentos; en segundo lugar, aunque ese acto sea un testamento no puede hacerse con referencia á otro acto que no sea un testamento cuyas disposiciones han quedado sin efecto por incapacidad de los legatarios ó de los herederos instituidos, segun el art. 3629.

Si el último acto es un testamento y se hace con referencia á otro testamento válido, será inútil si dispone lo mismo que ya está espresado en el primero; y si lo modifica habrá que espresar categóricamente qué disposiciones se revocan, y confirmar espresamente las otras que deja subsistentes, so pena de que se considere revocado todo el testamento anterior, como lo dispone el art. 3828, explicado por la nota puesta al pié del mismo por el codificador.

1° Lo que la ley quiere, y se desprende de los concordantes





citados, aun sin necesidad de la segunda parte del presente es lo siguiente: 1º Que la última voluntad solo se espese en testamento (1ª parte del presente artículo); 2º Que el testamento contenga la esencia de las disposiciones de bienes que haga el testador (art. 3620 y su comentario); 3º Que esas disposiciones no queden á determinarse por lo que conste en otros actos, aunque éstos sean auténticos (argumento del presente; 1ª parte, art. 3629 y 3829); 4º Que el testador puede referirse á un testamento válido confirmando espresamente lo que en el segundo testamento no se modifica (art. 3828); 5º Puede tambien referirse á un testamento que ha quedado sin efecto por incapacidad de los favorecidos (3629), y 6º Que pueda hacerse revivir un testamento revocado, por una retractacion hecha en forma testamentaria (art. 3831).

2º Por lo demas, el presente artículo, de no reasumirse en el 3620, ha debido figurar en el título anterior, lo mismo que el 3629, por corresponder mas al órden de ideas allí desarrolladas que á lo de que se ocupa el presente título.

**3633**.—En los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, debe ésta escribirse con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. El testamento no se tendrá por firmado cuando solo se ha suscrito el apellido, ó con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia á la cual no pertenece el testador. Sin embargo, una firma irregular é incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada á firmar de esa manera los actos públicos y privados. (Concuerda con los arts. 1012—3624, 2ª parte—3639—3658—3659—3666—3668.)

#### CONCORDANCIAS

(Merlin, *Repert. verb. Signature*, arts. 4 y 5—Toullier, tom. 5 núms. 363 y siguientes—Aubry y Rau, § 666—La Ley Romana dice: "*Nomina onim significandorum hominum reperta sunt; qui si quolibet otio modo intelligantur nihil interest*". Instik., *De legatis*, § 29—Delisle, art. 970, n° 41)—Cód. Frances, 973—Demolombe, tom. 21, núms. 101 y sigtes.—Laurent, tom. 13, núms. 358 y sigtes.—Baudry Lacantinerie, tom. 2, n° 562—Notas del codificador al art. 8639, § 3, y al 9680.

**Sin embargo, una firma irregular é incompleta, etc., etc.** La exigencia de la firma del testador sirve para constatar su presencia en el acto del testamento. Por firma no se entiende la escritura del nombre y apellido de una persona, si-



no, como dice el codificador en la nota al art. 3639, el nombre escrito de una manera especial, según el modo habitual seguido por la persona en los diversos actos sometidos á esta formalidad.

Por ilegible que sea una firma, si ella es la que usa habitualmente el testador se deberá considerar cumplida la exigencia de la ley respecto á la suscripción del testamento.

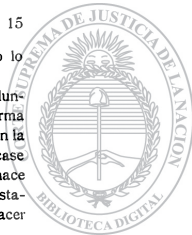
Lo que ésta quiere es que el testador manifieste su presencia poniendo la firma que acostumbra poner, poco importará que no contenga todas las letras con que se escribe el nombre y apellido, y aun creemos que con arreglo á lo dicho por el codificador en la nota al art. 3639, bastarian los signos, con tal que este sea el modo habitual de firmar el testador, para considerar como firmado el testamento. Pero bien entendido que esos signos deben tener un tipo especial que los distinga de los hechos por otra persona; lo contrario se prestaría á falsificaciones que no podrían descubrirse.

1º ¿Podrá suplirse la firma manuscrita por un sello? Pensamos que no, aun cuando el testador tenga costumbre de firmar así. Un sello puesto en un testamento no sería suficiente para probar que el testador asistió al acto, pues que cualquiera lo puede poner, ántes ó despues de la muerte. Esto se prestaría á muchos abusos.

2º ¿Será válido el testamento firmado por una persona de un modo distinto al que acostumbra firmar? La negativa nos parece indudable.

Así como cuando sabiendo el testador firmar declara que no sabe y firma otro á su ruego, se supone que no ha querido autorizar el testamento (art. 3660 y nota del codificador al mismo), así tambien el no poner el testador su verdadera firma, hace suponer que no ha querido firmar, y que ha puesto su nombre para sustraerse á la sugestion que le privaba de su libertad. Por ejemplo, si una persona acostumbra firmar con la inicial de su nombre y su apellido enteros, pone el nombre y el apellido enteros, ó viceversa, ó cambia completamente la rúbrica, hay lugar á suponer que no ha querido autorizar el testamento, y que pone así su firma para que se vea su falta de voluntad, al mismo tiempo para librarse de la presión que se le hace á firmar.

El nombre de la persona puesto allí, aunque sea por el mismo



testador, no vendría á ser lo que constituye *su firma*, como lo esplica el codificador en la nota al art. 3639.

3º Puede sin embargo suceder que teniendo el testador voluntad de firmar, la enfermedad solo le permitiere hacer una firma incorrecta, es decir, que los caracteres no fueran trasados con la claridad que acostumbra hacerlo el testador, y que lo verificase así. En este caso, valdría el testamento si el escribano hace mención espresa de que la enfermedad no le permitía al testador firmar en la misma forma de letra que acostumbraba hacer y que lo hizo como le fué posible (art. 3662).

No se debe confundir este caso con el puesto en el nº 2 de este comentario; allí el testador no ha adoptado su forma peculiar de firmar, mientras que el que tratamos ahora es el en que el testador escribiendo todos los caracteres con que acostumbra firmar los ha escrito de un modo incorrecto, ó porque le tiembla el pulso ó porque es la postura en que le permite ponerse la enfermedad; pero que se ve la intención de poner la firma tal como acostumbra hacerlo. Esto prueba, no solo la presencia del testador en el acto, sino también la voluntad de firmarlo.

4º Tampoco debe confundirse con el caso en que habiendo el testador ensallado firmar no lo ha podido hacer, y solo ha puesto algunas letras. En este caso esa firma incompleta no valdrá como tal (art. 3659—Laurent, tom. 13, núms. 358 y 372). El testamento sería nulo aunque el escribano afirmase que el testador no pudo ponerla completa. Para que valiera el testamento sería indispensable que se llenasen los requisitos exigidos por el art. 3662, es decir, que el testador declarase espresamente que no podía firmar, y que lo hiciese por él otra persona.

**3634**—Los testamentos hechos en el territorio de la República, deben serlo en algunas de las formas establecidas en este Código, bien sean los testadores argentinos ó extranjeros. (Concuerda con los arts. 12—950—3612—3622—3625—3631—3635—3636—3638—3825.)

#### CONCORDANCIAS

Ley 2, tit. 23, Lib. 6, Cód. Rom.—Ley 18, § 4, tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec. Félix—Derecho internacional privado, tom. 1, nº 73, Lib. 2—Art. 20 de nuestra Constitución Nacional.

**Deben serlo en algunas de las formas establecidas en este Código:** Por estas palabras se ve que el legislador



ha adoptado imperativamente la regla *locus regit actum*, para los testamentos hechos en la República, sean los testadores argentinos ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes. Al comprender en la regla á todas las personas sin distincion de nacionalidad, ni de domicilio, no ha hecho mas que hacer una aplicacion práctica del art. 1º del Código, que dispone que las leyes de la República obligan á todos los habitantes del territorio argentino nacionales ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes.

Pero para los testamentos hechos en país extranjero la regla *locus regit solemnitatem*, no es imperativa, sino facultativa. Esto se ve por los arts. 3635 y 3638, especialmente por este último, que faculta á todo el que se encuentra fuera de su país para adoptar en su testamento la forma prescrita en el lugar en que reside, ó en el país de su nacionalidad, ó en la República Argentina.

De modo que el testamento de un frances hecho en la República, solo será válido si es hecho con arreglo á las leyes de nuestro Código; pero si ese mismo frances está, por ejemplo, domiciliado en Chile y testa allí, no con arreglo á las leyes de Chile, sino con arreglo á las de Francia, ó segun las leyes argentinas, el testamento sería válido en la República. Lo mismo sería si estando domiciliado en la República, testa en Chile con arreglo á la ley chilena ó francesa, pues el art. 3638 no hace distincion entre nacionales ó extranjeros: dice simplemente que el que se encuentra *fuera de su país*, puede testar en cualquiera de esas tres formas, la de las leyes de su nacionalidad, la del país en que reside, ó las de la República.

Son las teorías de Fœlix seguidas por el codificador en el art. 12 (Derecho internacional privado, tom. 1, nº 83).

**3635**—Cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado á testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva á la República, y en cualquier época que muera. (Concuerda con los arts. 12—3625—3631—3634.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 999, y sobre él Coin Delisle)—Fœlix, Derecho Internacional privado, tom. 1, nº 77—Aubry y Rau, § 661, nota 1—Troplong, nº 1797.

**Por las leyes del país en que se halle** Puede tambien



testar en la forma establecida por nuestras leyes, por testamento ológrafo, por ejemplo. El art. 3638 suministra un argumento para esto, pues allí se autoriza á usar esa forma á cualquiera que se encuentra fuera de su país, y no podrían ser de peor condicion los argentinos que los extranjeros.

Nuestro artículo no debe entenderse con la restriccion puesta por Aubry y Rau al art. 999, en la nota 1 al § citado. Estos autores dicen que la facultad acordada por dicho artículo no facultá á los franceses para usar indistintamente cualquiera de las formas usadas en el país donde se haga el testamento.

El nuestro es mas espreso que el frances: el que se encuentra fuera de su país está autorizado por el presente y por el 3638 para usar indistintamente cualquiera de las formas usadas donde se halle en el momento de hacer el testamento, aunque esa forma no sea de las permitidas en la República para los testamentos hechos en el territorio del Estado.

Únicamente, y esta es la opinion de Coin Delisle respecto al art. 999, citado por el codificador, que si el testamento no constituye un auto auténtico, para producir efecto en la República, hay que hacerlo autenticar en la forma respectiva. Pero esto no es ya una exigencia sobre la forma misma del testamento, sino un medio de probar su autenticidad, es decir, que es hecho por la persona que aparece como testador.

1º Estando el art. 3638 concebido en términos generales, y comprendiendo en su generalidad á los argentinos tambien, como lo hemos dicho ántes, bien ha podido suprimirse el que estudiamos y dejar solo el 3638 agregándole la última parte del presente. Una prueba mas de que en este último está comprendido el que estudiamos es que los autores citados allí estudian en el art. 999 citado aquí, el mismo principio, y hacen comprender espresamente en una fórmula igual á la del art. 3638 la hipótesis prevista en el presente.

**Aunque vuelva á la República:** Estas palabras dan á entender que para que el testamento sea válido no necesita el testador hacerlo inscribir ó protocolizar en la República; eso pueden hacerlo los herederos despues de la muerte del testador. Las palabras que estudiamos sirven de aclaracion, para significar que tales testamentos no tienen una duracion limitada durante la vida del testador, como la tienen los testamentos especiales



(arts. 3684 y sus concordantes); y desde que no le exige al testador ninguna otra formalidad, por interpretacion no se puede exigir.

**Y en cualquiera época que muera:** Y cualquiera que sea el cambio que se opere en la legislacion, sea que este cambio se haga ántes ó despues de volver el testador á la República.

**3636**—Es válido el testamento escrito hecho en pais extranjero por un argentino, ó por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un Ministro Plenipotenciario del Gobierno de la República, un Encargado de Negocios, ó un Cónsul, y dos testigos argentinos ó extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la Legacion ó Consulado. (Concuerda con los arts. 979, inc. 1—3622—3635.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1028)—Cód. de California, 3885—Aubry y Rau, § 661, nota 2.

¿En qué forma debe ser hecho el testamento á que se refiere este artículo? Entendemos que puede ser hecho con arreglo á las formas establecidas en la República ó en la forma establecida por las leyes del país en que se haga (art. 3638).

Siendo escrito, cualquiera de las formas que se observe, con tal que sea ante el Ministro Plenipotenciario, el Cónsul ó el Encargado de negocios, que hacen las veces de escribano, y los testigos instrumentales marcados, el testamento será válido.

Pero es entendido que el autorizante del testamento debe conocer al testador, y conocerle tambien los testigos.

Sin esto sería fácil engañar al funcionario haciendo pasar por tal ó cual persona, á una supuesta.

**3637**—El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un Jefe de Legacion, llevará el visto bueno de éste, si existiese un Jefe de Legacion, en el testamento abierto al pié de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo Jefe al principio y al fin de cada página, ó por el Cónsul si no hubiese Legacion. Si no existiese un Consulado ni una Legacion de la República, estas diligencias serán llenadas por un Ministro ó Cónsul de una nacion amiga.

El Jefe de Legacion, y á falta de éste, el Cónsul, remitirá una copia del testamento abierto ó de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del Jefe de la Legacion ó del Cónsul en su caso, lo remitirá al Juez del último domicilio

del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el Ministro de Relaciones Exteriores á un Juez de primera instancia de la Capital para su incorporacion en los protocolos de la escribanía que el mismo Juez designe. (Concuerda con los arts. 90, inc. 7—3284—3677—3681—3692—3694—3695.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1029)—Cód. de California, arts. 8836 á 8838—Aubry y Rau, citado en el artículo anterior.

**Y que no haya sido ante un Jefe de Legacion:** Es decir, cuando solo ha sido hecho ante el Cónsul. Tambien si es un testamento cerrado debe llenar el mismo requisito.

Debe tenerse presente que la autenticidad de los documentos públicos otorgados en el extranjero es indispensable en la República.

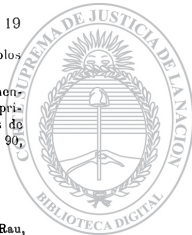
**Remitirá una copia del testamento, etc., etc.:** Los originales deben quedar depositados en el archivo del funcionario á quien se le entrega el testamento cerrado. Sería peligroso dejar un testamento cerrado en poder de los mismos interesados. Abierta la sucesion se pedirá el testamento para ser abierto por el Juez del lugar en que se abre la sucesion.

El testamento ológrafo debe mandarse original, para que en caso de duda pueda cotejarse la letra.

1º Al testamento ológrafo no hay necesidad de hacerlo visar por el Jefe de Legacion, pues teniendo los requisitos exigidos por el art. 3639 sería considerado válido en la República, como si fuera hecho aquí (art. 3638).

2º Los Ministros ó los Cónsules hacen las veces de escribano en los testamentos otorgados ante ellos. De la forma á observarse ya nos hemos ocupado en el comentario al artículo anterior.

**3638**—El testamento del que se hallare fuera de su país, solo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescritas por la ley del lugar en que reside, ó segun las formas que se observan en la Nacion á que pertenezca, ó segun las que este Código designa como formas legales. (Concuerda con los arts. 164—3634—3635—3825.)





## CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 1736—Fœlix, *Derecho internacional*, n° 55, y también 83—Merlin, *verb. Testamento* Sec. 2, § 4, art. 1, n° 3)—Cód. Frances, 999—Nuestro comentario á los arts. 9634 y 9635.

**Del que se halle fuera de su país:** Se comprende también en estas palabras á los argentinos (art. 3635 y su comentario).

Segun la forma que se haya seguido, serán las leyes que se aplicarán para juzgar su validez, sin que puedan aplicarse dos leyes á la vez (argumento del art. 3626) como medio de subsanar los defectos que tengan segun una legislación.

Si el testamento no es hecho en la forma ordenada por alguna de las leyes de los tres lugares señalados, será nulo.

## CAPITULO I

## Del testamento ológrafo

**3639**—El testamento ológrafo para ser válido en cuan'o á sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido (Concuerda con los arts. 3640—3643—3644—3647—3670.)

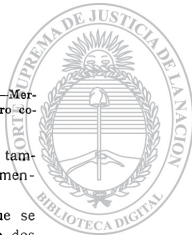
## CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 970—Coin Delisle, sobre el mismo art. n° 6—Demante, tom. 4, n° 115, § 3)—Nuestro comentario al art. 9633, y comentario al art. 9640.

**Todo entero:** Véase comentario al artículo siguiente.

**Fechado:** Debe ponerse el mes, el año y el día. No creemos indispensable que el año y el día se pongan en letras, aunque será mejor que así se haga para evitar alteraciones de fechas, mas fáciles cuando está en número que cuando está en letras. Respecto á la fecha errada ó incompleta, véase arts. 3642 y 3643.

El lugar que ocupe la fecha es indiferente, puede ponerse en el cuerpo del testamento, al principio ó al fin, ó separada del cuerpo del mismo. Téngase presente que despues de la firma, si se agrega algo hay que poner nuevamente la fecha y la firma (art. 3645).





1º ¿Debe el testamento ológrafo escribirse precisamente con tinta? Pensamos con Laurent, tom. 13, nº 171, que no es esto indispensable; que puede escribirse con sangre y también con lápiz.

Algunos autores creen que no se puede escribir con lápiz, por los inconvenientes que pueden resultar á causa de la facilidad de falsificar lo escrito.

Pero á esto se les contesta que esos inconvenientes debe mirarlos el legislador; él es el que decide si en razon de esos inconvenientes debe prohibirse escribir con lápiz, y desde que él no los ha puesto como tal, los Jueces tampoco deben ponerlos. La ley solo manda que el testamento sea escrito y el testamento escrito con lápiz no puede decirse que no es escrito.

2º El testamento copiado de un modelo dado por otro es válido, si el testador comprende lo que dice. Casi siempre los que desean hacer testamento y no saben cómo se hacen se aconsejan de otro y éste les hace el borrador de sus disposiciones para que el testador las copie.

3º El testamento puede ser hecho en distintas fojas de papel, sin necesidad de que cada una de ellas esté firmada; pero nada impide que las partes puedan probar que una de las fojas pertenece á otro testamento revocado. El Juez decidirá segun el contesto de cada foja, y segun el tiempo en que han sido escritas, lo que es fácil comprobar por procedimientos químicos.

Esto está aceptado por la jurisprudencia francesa, interpretando el art. 970, igual al nuestro (Laurent, tom. 13, nº 174).

4º La fecha del testamento puede ponerse ántes ó despues de la firma; la ley no determina un lugar preciso para ponerla (Dalloz, nº 2673, 1º; nº 2603, 2º).

**3640**—Si hay algo escrito por una mano estraña, y si la escritura ha-  
ce parte del testamento mismo, el testamento será nulo, si lo escrito ha  
sido por órden ó consentimiento del testador. (Concuerda con los arts.  
3647—3834.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 21, núms. 63 y 64—Coin Delisle, sobre el art. 970—Deman-  
te, tom. 4, nº 115 *bis*)—Nuestro comentario al art. 3639—Laurent, tom. 13,  
núms. 181 y sigtes.—Troppong, sobre el mismo artículo.



**Si la escritura hace parte del testamento mismo:** Si no hace parte, es decir, si es una interlineadura que suprimida deja completo el sentido de las disposiciones, debe suponerse que ha sido hecha sin el consentimiento del testador; en consecuencia, no anulará el testamento (Demante, citado). Pero si lo escrito por mano estraña es un complemento indispensable para entender la disposición, la presunción será de que lo escrito ha sido con el consentimiento del testador, y, por lo mismo, deberá declararse nulo el testamento.

1º Los interlineados hechos por el mismo testador, no son causa de nulidad, aun cuando no se encuentren salvados al final como se hace en los instrumentos públicos (Troplong, nº 1474).

2º Las testaduras que hay en el testamento, no salvados al final, no darán ocasión a una nulidad; pero la existencia de la disposición testada podrá dar lugar a prueba sobre si la testadura ha sido hecha por el testador ó por una mano estraña (Laurent, tom. 13, nº 185). Lo mismo sucede con las alteraciones que puede haber sufrido por un simple accidente (art. 3834 y sus concordantes).

Si no se prueba que lo testado lo ha sido por mano estraña, se declarará como anulado en esa parte el testamento, pero válido en el resto, pues que el testamento siempre queda completo, como dice Laurent, citado.

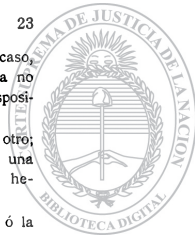
Mas si lo testado es la firma, es claro que el testamento quedará incompleto, y será nulo si no se prueba que la testadura de la firma ha sido hecha por otro que el testador (argumento del art. 989).

3º La prueba de que lo que aparece como testado ó destruido no lo ha sido por el testador, corresponde al que alega la validez del testamento (Fallos de la C. de A. de la C., tom. 8, Serie 2, p. 102 y 280).

Desde que él invoca como título aquello que aparece anulado, debe probar que esa destrucción no proviene del testador.

No sucede así cuando se presenta un testamento con todas las formas regulares y sin indicios de estar anulado; en este caso al que alega su nulidad ó su revocación corresponde establecer la prueba de lo uno ó de lo otro.

Pero cuando se presenta un testamento con la firma del tes-



tador ó con cláusulas borradas, el testamento, en el primer caso, no está en la forma regular, puesto que una firma borrada no vale, y en el segundo, existe el testamento pero no la disposición suprimida por la testadura.

El testador ha tenido facultad para hacer lo uno y lo otro; de consiguiente, mientras no se pruebe la entromisión de una mano estraña en esa testadura hay que suponer que son hechas par el mismo testador.

"Se ha sostenido, dice Laurent, n° 186, que la testadura ó la cancelacion es una revocacion del legado; y siendo el heredero deudor del legado, el que sostiene su revocacion debe probarlo.

"Hemos contestado ya que la raspadura ó testacion no es una revocacion propiamente dicha, sino una anulacion de lo que ha sido hecho."

3° La intervencion de un estraño, con la voluntad del testador, aunque sea en una sola de sus disposiciones anula todo el testamento.

**3641**—El testamento ológrafo debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos, y puede escribirse en cualquier idioma. (Concuerda con los arts. 999—1020—3663.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, testamento, n° 1503—Demolombe, tom. 21, n° 120.)

**Con caracteres alfabéticos:** Pero si el sordo mudo tiene un alfabeto especial, signos ó reglas gramaticales fijas, es indudable que podrá testarse. Lo que la ley quiere es que no quede duda de lo que el testador ha querido decir. Las faltas de ortografía y de sintáxis ó de lenguaje, no pueden anular por sí mismas el testamento, siempre que se entienda de un modo indudable lo que se ha querido decir (Fallos de la Cámara de Apelacion de la Capital, tom. 8, Serie 2, p. 280).

**3642**—Las indicaciones del dia, mes y año en que se hace el testamento, no es indispensable que sean segun el calendario: pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento. (Concuerda con los arts. 23—3643.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 668—Tropilong, *Testament*, n° 1482—Toullier, tom. 5, n° 365—Duranton, tom. 9, n° 80—Como si un testador escribiese: "firmado el *Viernes Santo de 1869*." En todo lo relativo á la fecha, véase Coin Delisle, sobre el art. 970, desde el n° 25)—Laurent, tom. 13, núms. 189 y siguientes.

**La indicacion del día, mes y año:** La fecha es prescrita bajo pena de nulidad para toda clase de testamentos (arts. 3639, 3657 y 3666). La razon es que es indispensable conocer la fecha para saber si el testador era ó no capaz de testar en ese tiempo.

2º Por fecha debe entenderse la indicacion del día, mes y año (arts. 1001, 3666 y argumento del presente).

3º La fecha enmendada por el mismo testador es válida; desde que éste tiene la facultad de poner separadamente la fecha á cada una de sus disposiciones, ó ponerlas á todas bajo una misma fecha, aunque sean escritas en distintos días, como lo establece el art. 3647, no habria inconveniente en que el testador, despues de haber puesto la fecha de su primer disposicion, la borrara para poner la de la última. La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en este sentido (Dalloz, 1846, n° 342).

4º Pero si á causa de la enmendatura hecha por el testador queda la fecha ilegible, se puede decir que no hay fecha, y en consecuencia el testamento será nulo por esta causa.

5º Si la fecha ha sido enmendada ó testada por otro, el testamento será válido, siempre que se pueda constatar la fecha testada ó borrada.

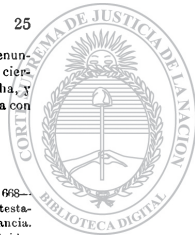
6º La falta de fecha en el testamento no puede suplirse por otras pruebas que acrediten la en que se hizo el testamento, pues es indispensable que en el testamento ológrafo se ponga por el mismo testador, y en el público el escribano autorizante.

**Por enunciaciones perfectamente equivalentes:** Por ejemplo, si se dice, firmo el día de Corpus de tal año, el día de tal batalla de tal año. Pero si la fecha está tan vagamente expresada que no se pueda saber cuándo fué hecho el testamento, debe considerarse á éste como sin fecha.

**3643**—Una fecha errada ó incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inad-



vertencia de parte del testador, y existen en el testamento mismo, enunciaciones ó elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. El Juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento. (Concuerda con los arts. 1191—3627—3642.)



## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 36—Grenier, tom. 1, n° 228, *bis*—Aubry y Rau, § 698—Troplong, núms. 1484 y 1489—Toullier, tom. 5, n° 361—Merlin cita dos testamentos de fechas incompletas tenidos por válidos en los Tribunales de Francia. Uno tenía la fecha *mil sept trente neuf*. El otro, *mil sept soixante quatre*, olvidada en ambos la palabra *cent*. *Verb. Testament*, secc. 2, § 1, art. 6, n° 1)—Laurent, tom. 13, núms. 205 y sigtes.

**Una fecha errada ó incòpleta:** Así, por ejemplo, si en el testamento se indica como fecha de su otorgamiento, al año 1890 y está escrito en un papel sellado emitido recién en 1891, se dirá que hay un error, y que el mismo testamento suministra un dato seguro para saber el año en que fué escrito. Desde que el testamento está todo escrito y fechado de mano del testador, y no hay motivo de sospecha que intencionalmente se ha querido cambiar la fecha, en razon, por ejemplo, de haber sido incapaz el testador en 1891, no habria razon para anularle. Laurent, lugar citado, trae muchos ejemplos de fechas erradas ó incompletas. Para el Juez es una cuestion de hecho que debe resolver segun las circunstancias en cada caso especial.

**3644**—El testador puede dispensarse de indicar el lugar donde ha hecho el testamento, y el error que cometa en la indicacion de ese lugar, no influye en la validez del testamento. (Véase art. 3657.)

## CONCORDANCIAS

(Grenier, tom. 1, n° 227—Toullier, tom. 5, n° 368—Aubry y Rau, § 698—Troplong, *Testament*, n° 1480—Demante, tom. 4, n° 115, *bis*—§ 2.)

**No influye en la validez del testamento:** Pero esto solo es así cuando no puede venir una nulidad por no observarse las formas del lugar en que se hace, ó la forma de las leyes á que debe sujetarse el testador en los casos enumerados en los arts. 3634, 3635 y 3638.

**3615**—Las disposiciones del testador escritas despues de su firma deben ser fechadas y firmadas para que puedan valer como disposiciones testamentarias. (Concuerda con los arts. 3646—3647.)

## CONCORDANCIAS

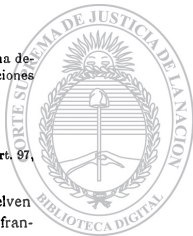
(Merlin. Testamento, secc. 2, § 1, art. 6, n° 7—Coin Delisle, sobre el art. 97, n° 35)—Laurent, tom. 13, núms. 213 y 216.

**Las disposiciones del testador:** Estas palabras resuelven entre nosotros la cuestion agitada entre los jurisconsultos franceses sobre si las aclaraciones del testamento puestas por el testador despues de la firma deben, so pena de nulidad, ser tambien fechadas y firmadas. Por nuestro Código esas aclaraciones que no constituyen *disposiciones*, no hay necesidad de que sean fechadas y firmadas por el testador. Así, en el ejemplo que cita Laurent, del testamento de una señora que despues de haber hecho varios legados instituye heredero universal sin nombrar al instituido, y despues de firmado y fechado el testamento advierte el olvido y pone debajo de la firma, una nota diciendo que habiéndose olvidado poner el nombre del legatario universal declara que se llama M. . . . ., el testamento no sería nulo, pues esta no es una disposicion desde que la institucion se encuentra en el cuerpo del testamento; es únicamente la reparacion de un olvido; en consecuencia, la nota forma parte integrante del testamento y como tal participa, como dice Laurent, de la fecha y firma bajo la cual está la disposicion misma.

Sobre todo, la fecha, que determina la época en que se hizo el testamento, sirve para conocer si el testador era ó no capaz de testar, y no de instituir tal ó cual persona de legatario, y desde que la disposicion misma está fechada y firmada, no habría razon para anular el testamento por un simple olvido del testador que él mismo ha reparado.

**Deben ser fechados y firmados:** ¿Constituyen estas disposiciones un segundo testamento? Es indudable que sí, y que la nulidad de las disposiciones posteriores fechadas y firmadas, no traen la nulidad de lo anterior, ó vice-versa, si unas y otras son independientes.

La prueba la tenemos en este mismo artículo: exige que las disposiciones escritas despues de la firma estén fechadas y firmadas para que valgan, es decir, para que valgan esas dis-



posiciones posteriores. Así, si solo están firmadas y no fechadas, serán nulas, pero no traerán la nulidad de las disposiciones escritas antes que la firma. La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en este sentido (Laurent, tom. 13, n° 217, Aubry y Rau, citado—Nuestro comentario al art. 3647).

1° Lo mismo debe decirse de las notas marginales que importen alguna disposición; deben ser también fechadas y firmadas.

**3646**—Cuando muchas disposiciones están firmadas sin ser fechadas, y una última disposición tenga la firma y la fecha, esta fecha hace valer las disposiciones anteriormente escritas, cualquiera que sea el tiempo. (Concuerda con los arts. 3645—3647.)

#### CONCORDANCIAS

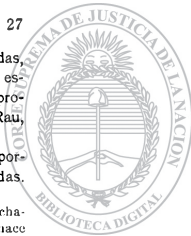
(Coin Delisle, sobre el art. 970, n° 96)—Laurent, tom. 13, núms. 212, 227 y 228—Trolong, Testamentos, 1490.

**Están firmadas sin ser fechadas:** Ó también si están fechadas pero no firmadas.

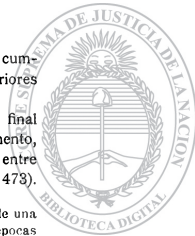
La firma debe ir al pie de la última disposición: las que queden fuera de esa firma no tienen valor alguno.

Esto no quita que el testamento sea escrito en varias fojas de papel y que solo la última sea firmada y fechada. Pero como puede suceder que el testador, después de haber escrito sus disposiciones en una foja, la haya dejado para principiarlo de nuevo el testamento, los Jueces están facultados á consultar el contesto de unas y otras y ver si todas las fojas no forman sino un solo testamento, ó si son escritos distintos, de los cuales los primeros han quedado sin efecto por los segundos. Puede suceder también que de un testamento revocado se tomen unas fojas para agregarlas al que últimamente haya sido confeccionado. En todos estos casos el Juez debe buscar un punto de conexión entre unas y otras fojas, ya sea en las palabras, en la numeración de las disposiciones, ó en el folio de las carillas de papel en que ha sido escrito el testamento. Este temperamento es aconsejado por la mayoría de los jurisconsultos (Laurent, tom. 13, n° 174).

Una Corte francesa declaró válido el testamento hecho en varias carillas de papel de las cuales la última, que estaba firmada y fechada, contenía solo el final del testamento y decía: “Ta-







les son mis voluntades testamentarias que espero serán cumplidas. Anulo todas las disposiciones testamentarias anteriores á la fecha de la presente". Seguí la fecha y la firma.

Este testamento fué atacado por creerse que la carilla final no correspondía á las otras carillas, sino á un otro testamento, y porque no formaban un solo todo por no estar ligadas entre sí ni por palabras ni de ningún otro modo (Troplong, n° 1473).

**3617**—El testador no está obligado á redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha. Si escribe sus disposiciones en épocas diferentes, puede datar y firmar cada una de ellas separadamente, ó poner á todas la fecha y la firma, el día en que termine su testamento. (Concuerda con los arts. 3645—3646—3667.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 668—Merlin, Repert. verb. Testamento, secc. 2, § 4, art. 3, núms. 6 y 7—Duranton, tom. 9, n° 33)—Laurent, tom. 13, n° 212—Nuestro comentario al art. 9645.

**El día que termine su testamento:** Cuando muchas disposiciones están bajo una sola firma, todas ellas forman un solo testamento; pero las distintas disposiciones firmadas y fechadas separadamente, aunque consten en un mismo papel, son independientes unas de otras, sin que la nulidad de una de ellas por vicio de forma traiga la nulidad de las restantes, como lo hemos dicho en el comentario al art. 3645.

**3618**—El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra escribir sus negocios. Las cartas por espresas que sean respecto á la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo. (Concuerda con los arts. 3620—3629—3632.)

#### CONCORDANCIAS

(El testamento debe ser un acto escrito, hecho precisamente para probar las últimas voluntades—Demante, tom. 4, n° 115, *bis*, § 6—En contra, Merlin, *Verb. Testament*, secc. 2, § 1, art. 5—Coin Delisle, sobre el art. 970, n° 24)—Nota del codificador al art. 9639)—Laurent, tom. 13, núms. 176 y sigtes. y 180.

**Las cartas por espresas que sean:** Comprendemos que una carta que no es destinada especial y únicamente para manifestar la última voluntad del que la hace no puede ser un testamento, y que esto es lo que el artículo quiere disponer. Pero, como

el testamento no tiene una forma determinada, creemos que este puede hacerse en forma de carta. En ese caso sería un acto escrito destinado únicamente á probar las últimas voluntades, como quiere el codificador, segun la nota al presente artículo.

Así, por ejemplo, si una persona se dirige á un amigo diciéndole, que, viéndose en peligro de muerte, dispone de sus bienes en la forma que indica en la misma carta, habrá aquí un testamento ológrafo, siempre que estuviese escrita, fechada y firmada por el disponente.

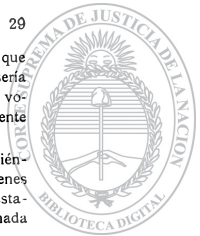
Esto no sería una carta en la cual se hicieran algunas disposiciones de bienes, sino que sería un testamento en forma de carta.

El codificador cita en contra de su artículo á Coin Delisle y á Merlin; pero estos autores estudian el caso de una carta que no tenga por único y exclusivo objeto disponer de sus bienes.

Otra cosa es, como decimos, un testamento redactado en forma de carta, aquí el Juez puede entrar á apreciar los términos de las disposiciones y ver si lo que el firmante ha querido es ó no hacer un testamento.

Hemos tenido en nuestro poder la carta de un suicida que decia así: "Amigo N. He resuelto quitarme la vida, y quiero disponer de mis pocos bienes: No tengo herederos forzosos; solo tengo dos tías que me han servido. Instituyo á mis dos tías llamadas N. y N. por mis únicas y universales herederas. Nombro á M. por mi albacea para que recoja mis bienes y se los entregue". En seguida la fecha y despues la firma. Nuestra opinion era y es que esto es un testamento ológrafo perfectamente válido; no es una carta misiva; es una pura y exclusiva disposicion de bienes. No llegó á someterse la cuestion á los Tribunales porque las herederas instituidas eran las únicas herederas legítimas que tenía el suicida.

No sería lo mismo si, en una carta misiva, el firmante dijera que piensa dejar á fulano y zutano tales ó cuales bienes, y que nombrará de heredero á tal otro, pues esto no pasaria de un simple proyecto, y aun podian ser simples cumplidos ó demostraciones de afeccion que no importasen una resolucion definitiva, como dice Frugole (testamentos, tom. 1, p. 117).



**3619**—El testador puede, si lo juzgare mas conveniente, hacer autorizar el testamento con testigos, ponerle su sello, ó depositarlo en poder de un escribano, ó usar de cualquiera otra medida que dé mas seguridad de que es su última voluntad. (Concuerda con el art. 3628.)

## CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 13, n° 230.

Aunque el testador use de cualquiera de las facultades acordadas por este artículo, el testamento no deja de ser ológrafo, y sujeto en todo á las formalidades de tal. No se convierte por esto en testamento por acto público. Se aplicará á mas lo dispuesto en el art. 3626.

Si hay pues algo escrito de mano estraña aunque conste que el testador ha declarado, al depositar el testamento, que esa es su última voluntad, el acto será nulo, puesto que se falta á una de las formas esenciales. No basta que una persona manifieste de una manera inequívoca su última voluntad: es necesario que la manifieste en la forma ordenada por la ley (art. 986).

**3650**—El testamento ológrafo vale como acto público y solemne; pero puede ser atacado por su fecha, firma ó escritura, ó por la capacidad del testador, por todos aquellos á quienes se oponga, pudiendo éstos servir de todo género de pruebas. (Concuerda con los arts. 984—3623—3692.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, desde el n° 1498—Marcadé, sobre el art. 970, n° 18—Demolombe trata esta materia estensamente en el tomo 21, desde el n° 142. Lo mismo Aubry y Rau, § 669. No es preciso entablar una acusacion de falsedad: basta limitarse á negar ó desconocer la escritura, y entonces se procederá á los medios de verificarla. Demante, tom. 4, n° 115 bis, § 8.

Todas las cuestiones á que pueda dar lugar un testamento ológrafo por su escritura, fecha ó firma del testador, se encuentran tratadas en Demolombe, tom. 21, desde el n° 59; y en Troplong, en el comentario al art. 970 del Código Frances)—Laurent, tom. 13, núms. 229 y sigtes.—Véase el n° 235 del mismo autor.

**Vale como acto público y solemne:** Este principio ha dado lugar á innumerables cuestiones entre los jurisconsultos del viejo mundo; ha sido declarada como una de las cuestiones mas arduas en derecho (Troplong, n° 1501—Demolombe, tom. 21, n° 148).



Nuestro codificador se ha decidido á declarar ley el principio que mejor le ha parecido; pero no por esto ha resuelto todas las dudas; sin embargo, tenemos ya un principio que puede servir de norma.

Es indudable que el que quiera atacar el principio adoptado no tiene mas que comparar los principios que rigen en materia de actos públicos, con las restricciones que se le ponen respecto á la autenticidad de los testamentos ológrafos. De esa comparacion resultará que éstos están muy lejos de reunir las condiciones en que la ley coloca á los instrumentos públicos, especialmente en cuanto á su forma probatoria.

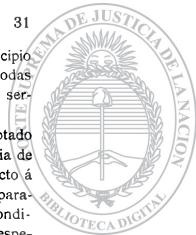
Así, las firmas puestas en los instrumentos públicos se consideran auténticas, mientras que las puestas en los testamentos ológrafos, necesitan, segun el art. 3692 ser reconocidas.

Pero tambien es indudable que tales testamentos no son propiamente instrumentos privados, pues que para su validez se exige ciertas formalidades indispensables, tales como la de que han de ser escritas, fechadas y firmadas por la mano misma del testador, lo cual no se exige para los instrumentos privados arts. 1016 y 1020 y sus concordantes).

De modo que el testamento ológrafo participa de muchos de los caracteres en que se distinguen estas dos clases de instrumentos. De aquí ha venido la discusion tenida entre los partidarios de una y otra doctrina. Nuestro codificador, en el conflicto, ha dado al testamento el carácter que por las solemnidades impuestas parecia acomodarle mas.

Pensamos que ha hecho bien en esto: menos lógico habria sido exigir las formalidades que se exigen en su formacion y atribuirle el valor de un simple documento privado, que declararlo acto público y solemne y restringir las consecuencias de este carácter.

El nombre puede no corresponder exactamente á lo que en estricto derecho se llama un acto público y solemne; no hay mal en esto, y con frecuencia vemos que los Códigos hacen esto. Pero exigir so pena de nulidad tales ó cuales formalidades para, despues de cumplidas, no darles valor alguno, es ilógico, informal; para algo se exige una formalidad; si ese algo no existe, la exigencia será una puerilidad impropia en un legislador. Así habria sido si nuestro Código, despues de exigir las



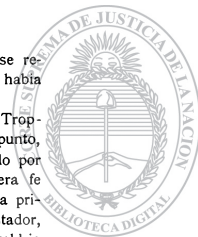
solemnidades que hemos visto en este título, no atribuyese resultado alguno á su cumplimiento, si resultara que todo habia sido un capricho del legislador.

"La ley estaria en contradiccion consigo mismo, dice Troplong, (nº 1492) á quien el codificador ha seguido en este punto, si exigiendo por una parte que el testamento fuera fechado por el mismo testador, quisiera por otra que esa fecha no hiciera fe sino desde el dia en que, como los otros actos bajo firma privada, habria adquirido fecha cierta por la muerte del testador, ó por la presentacion en juicio, ó por su registro. Mas valdria en tal caso dispensar en el testamento ológrafo la formalidad de la fecha."

1º Es necesario tener presente que cuando nuestro Código declara que el testamento ológrafo es un acto público y solemne lo hace en el sentido de que, como dice el mismo Troplong, lleva en sí la prueba de lo que contiene; que es una verdadera ley para el porvenir; que si encontrándose dos testamentos, uno en escritura pública y el otro en ológrafo de fecha posterior que revoca el primero, este último es el que vale porque su fecha hace fe contra el primero mientras no se pruebe que ha sido antedotado. Este testamento ológrafo posterior revocará al hecho anteriormente por acto público, porque para estos casos la ley le da la misma fuerza probatoria á uno y otro (art. 3827), lo cual no sucederia si el primero fuera considerado como instrumento privado.

Podemos decir entónces que el testamento ológrafo es un acto público respecto de todas las partes y terceros, para todos los efectos en que no fuera espresamente modificado por la ley. Fuera de esos casos tiene el testamento ológrafo la misma eficacia jurídica que el testamento por acto público (art. 3623).

De aquí se sigue que el que ataca le letra ó la firma sosteniendo que no son del testador está en la obligacion de probarlo una vez que en el testamento se han llenado los requisitos de que habla el art. 3692 y que esplicamos en el comentario al mismo, comparándolo con la nota al presente. Aunque esté ordenada la protocolizacion del testamento despues del reconocimiento de la firma hecha con arreglo al art. 3692, puede ser atacado como falso, pero ~~es~~ protocolizacion no ~~hace~~ cosa juzgada (Fallos de la C. de A. de la C., tom. 6, p. 468--Tom. 7, p. 454, Serie 2).



Que la capacidad del testador se presume mientras no se pruebe lo contrario; y por último que lo contenido en el testamento es la manifestación de la voluntad libre del testador. Sobre estos puntos estamos de acuerdo con Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 555. La demanda de nulidad debe entablarse ante el Juez de la sucesión (Fallos de la C. de la C., tom. 7, Serie 2, p. 237).



## CAPITULO II

### Del testamento por acto público

**3651**—El sordo, el mudo y el sordo-mudo, no pueden testar por acto público. (Concuerda con los arts. 1000—3617—3624—3668—3669.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 21, nº 168 y siges.—Duranton, tom. 9, nº 88.)

Creemos que el codificador hubierà hecho mejor en seguir en materia de testamento lo que está dispuesto en el art. 1000, y permitir testar á las personas de que se ocupa, siempre que sepan leer y escribir. El sordo que no puede oír la lectura del testamento podría leerlo, y remediar con esto el requisito exigido por la ley para los testamentos públicos, como se permite en los cerrados. (Véase nota del codificador al art. 3665.) Lo mismo decimos del mudo y del sordo-mudo; podrían leer su testamento y firmarlo en prueba de conformidad. Si se le permite hacer testamento cerrado, en el cual tiene que hacer las mismas manifestaciones, según el art. 3666, no vemos por qué no se les permita hacer testamento público. La razón dada por el codificador en la nota al art. 3624, no existe, pues que no es indispensable el dictado.

Si el mudo no puede dictar, puede dar escritas sus disposiciones, lo que está permitido por el art. 3656.

Que Demolombe y demás autores franceses sostengan que el mudo no puede testar no es extraño, puesto que por el Código Frances, art. 972, se exige que el testamento público sea *dictado* por el testador; por consiguiente, un mudo que no puede llenar este requisito de la ley, no puede testar por acto público; pero esto no es lo mismo por nuestro Código, desde que no se exige el dictado, pudiendo presentarse ya escrito, como lo autoriza el art. 3656.



La inconsecuencia que se nota en este punto en nuestro Código, viene de haber tomado la doctrina del artículo de los autores franceses que parten de bases muy diferentes á las de nuestra ley.

Por lo que hace á la lectura, que no puede oírlo el sordo, ya hemos dicho que puede suplirse con la lectura que haga el mismo testador como lo hace de la escritura pública de que habla el art. 1000.

**3652**—El ciego puede testar por acto publico. (Concuerda con los arts. 3617—3624.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, testamento, n° 540)—Nota del codificador al art. 3624.

**3653**—El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad ó afinidad inclusive, no puede concurrir á la redaccion del testamento. (Concuerda con los arts. 979 á 996—3664.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 670—Duranton, tom. 9, n° 52—Troplong, sobre el art. 972, desde el n° 1514—Demolombe, tom. 21, n° 173—Marcadé, sobre el art. 975, núms. 35 y sigtes.—Laurent, tom. 13, n° 252.

#### **No pueden concurrir á la redaccion del testamento:**

Si concurren, el acto será nulo, como se establece tambien en principio general en el art. 985.

El art. 3664 y la nota del codificador al mismo, se refiere á cuando sin ser el escribano pariente del testador, le deja algo á su favor, ó á favor de sus parientes. En ese caso no se anula el testamento sino que se deja sin efecto la cláusula en que les beneficia. (Véase su comentario.)

**3654**—El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar. (Concuerda con los arts. 3655—3666—3699—3700—3701—3706—3707.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1, tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec.—Ley 108, tit. 18, Part. 3ª.)

**Ante escribano público:** ¿Debe ser escrito por el mismo escribano, ó puede serlo por sus amanuenses? Esta cuestion

se ha suscitado ya en nuestros Tribunales con motivo de un testamento público que se presentó escrito por un empleado del escribano. Las partes dedujeron nulidad del testamento fundándose en estas circunstancias.

En uno de esos juicios el Dr. Molina Arrotea declaró nulo un testamento por no ser escrito por el mismo escribano (Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 3, p. 218). En ese fallo decía el citado Juez: "cuando se establece que el testamento *debe hacerse* ante Escribano, cuando se le prescribe que debe designar, bajo pena de nulidad del acto, *si lo ha hecho*, cuando de antemano se le ha enseñado (art. 998) que las escrituras públicas *deben ser hechas por él mismo* en el libro de registro, cuando finalmente la misma ley preceptúa que el testador *puede dictar* su testamento al escribano; no puede haber la menor duda que debe ser escrito de su puño y letra, y si esa duda pudiera emerger, no obstante las disposiciones recordadas, desaparecería, sin esfuerzo, en presencia de la nota que ilustra el art. 3622 y cuya letra explica satisfactoriamente el espíritu del codificador. . . . . no habría testamento *si la escritura por el escribano no fuese simultánea al dictado del testador*".

Sigue después defendiendo este principio con la opinión de los jurisconsultos franceses, entre ellos á Laurent, que dice: "*No se dicta á quien no escribe*", y Coin Delisle que enseña lo mismo.

El Fiscal de Cámara Dr. Cortes (tom. 1, p. 325 de sus Vistas Fiscales), decía que si bien el Código Civil (art. 998) al declarar que las escrituras públicas deben ser hechas en el protocolo por el mismo escribano, parece escluir toda intervencion estraña en los libros de Registro, cree que esta falta no traería la nulidad del testamento, por cuanto esta nulidad no está declarada por el Código al hablar de los testamentos.

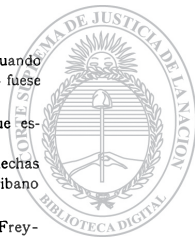
La Cámara de Apelacion de la Capital, en el tom. 8, p. 114 de sus fallos ha declarado que es válido el testamento aunque no sea hecho por el mismo escribano, porque el Código no declara espresamente esta nulidad.

No obstante el respeto que tenemos por la opinión del Dr. Cortes, y por los fallos de la Escma. Cámara, creemos que el que está en lo cierto es el Juez Dr. Molina Arrotea, en el fallo citado.

¿Cómo explicar las palabras del mismo codificador puestas en







la nota al art. 3622 citadas en el fallo de 1ª Instancia, cuando dice: no habrá testamento *si la escritura por el escribano no fuese simultánea al dictado*?

¿Acaso es lo mismo *escritura hecha por el escribano*, que *escritura hecha por un simple escribiente*?

¿Acaso el art. 998 que ordena que las escrituras sean hechas por *el mismo escribano*, es un mandato inútil á que el escribano puede sustraerse?

Este artículo ha sido tomado del 706 del proyecto de Frey-tas, que dice espresamente que deben ser hechos por el escribano y *no por sus amanuenses*, so pena de nulidad.

Ya en el comentario al citado artículo digimos que semejantes escrituras son nulas.

Pero es muy comun en nuestros Jueces el error de que en materia de testamentos no deben declararse otras nulidades que los espresamente declarados por la ley y contenidas en el título que el Código habla de los testamentos.

No hay jurisconsulto alguno que tal cosa sostenga. El testamento es un acto solemnisimo, el mas solemne de la vida, y todos los legisladores del mundo han tratado de rodearlo de las mayores formalidades posibles, para asegurar así mejor que el testamento sea realmente la voluntad postrera del hombre, como lo decia el mismo Dr. Molina Arrotea en el fallo citado.

El testamento es el acto jurídico en que la ley exige mas formalidades, en razon de su naturaleza misma. Por eso el legislador, en el art. 3625, para demostrar hasta dónde es indispensable llenar las formalidades de la ley ha dicho lo que para ninguna otra clase de escritura ha dicho. "Que la validez del testador depende de la observancia de la ley al tiempo de hacerse" y en el 3627 que la prueba de la observancia de esas formalidades debe resultar del testamento mismo.

La observancia de las formalidades prescritas es de la esencia del testamento; si se falta á esas formalidades, lo que queda es la *nada*, dice Merlin (Repertorio, palabra Testamento, Sec. II, § I. art. 6, tom. 33).

"El testamento es un acto escrito celebrado *con las solemnidades de la ley*", dice nuestro art. 3607. ¿Á qué solemnidades se refiere?

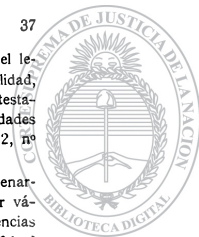
Es claro que á todas las impuestas por la ley, aunque el legislador no haya dicho que las impone bajo pena de nulidad, pues que ya es sabido que *todas las solemnidades* de los testamentos son de la esencia de las mismas; sin esas formalidades no hay testamento, como dice muy bien Troplong, tom. 2, nº 1742.

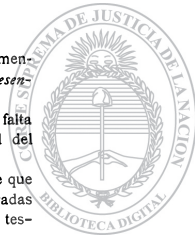
¿Qué importa que la ley diga que tal formalidad debe llenarse so pena de nulidad? ¿Acaso por esto se va á declarar válido un testamento en que no se hayan llenado ciertas exigencias de la ley sin la sancion espresa del efecto que produzca tal falta? Indudablemente no; el que la ley declare la nulidad por una falta determinada no quiere decir que la falta de otras no traiga tambien la nulidad. Así el art. 3652 dice que el escribano pariente del testador no debe concurrir á la formacion del testamento, sin decir si será nulo cuando se falta á este precepto, y sin embargo no creemos que á nadie se le puede ocurrir sostener que el testamento hecho por un hijo del testador sea válido por el hecho solo de que la ley no diga que es nulo.

El art. 3790 dice que los testigos deben entender el idioma del testador y el idioma en que se entiende el testamento, y no creamos que la Corte, siguiendo las teorías de que en materia de testamento no hay otras nulidades que las declaradas espresamente por la ley, admitiese como válido un testamento hecho en presencia de testigos que no conocen el idioma en que se testa.

El art. 3661 trae tambien otra disposicion que no está exigida bajo pena de nulidad, y sin embargo todo el mundo estaria de acuerdo en declarar nulo un testamento en que ninguno de los testigos supiera firmar. El art. 3666, dice que el testamento debe ser firmado por el testador, sin imponer espresamente esta condicion bajo pena de nulidad y nadie podrá decir que sea válido sin la firma del testador cuando sabe y puede firmar. Como estas podriamos citar innumerables disposiciones de la ley cuya falta de observancia harian á la misma Corte declarar nulo el testamento por esas faltas, aun cuando no estén exigidas bajo una sancion espresa y especial de nulidad.

En materia de testamento, repetimos, todo es esencial, no hay nada dispuesto por mera fórmula; por esto el mismo Dr. Velez





en la nota puesta al art. 3622 dice: "las formalidades testamentarias no son prescritas como pruebas, *sino como una forma esencial*, Y LA FALTA DE UNA SOLA FORMA ANULA EL TESTAMENTO".

Es falso, pues, el principio sentado por la Corte de que la falta de las formalidades testamentarias traigan unas la nulidad del testamento y otras no.

Se argumenta con el principio universalmente aceptado de que los Jueces no pueden admitir otras nulidades que las declaradas por la ley, como si cuando se demandase la nulidad de un testamento por vicio de forma, se pidiese que el Juez crease una nulidad. Lo que se pide es precisamente que no se declare válido el testamento que no está hecho con las formalidades de la ley.

Solo no haciéndose cargo de la naturaleza del acto se puede sostener la validez de un testamento en el cual se ha faltado en su formación á los mandatos espresos de la ley.

El Código al ocuparse de las escrituras públicas en general, declara en la última parte del art. 1004, que las formalidades que no son exigidas espresamente bajo pena de nulidad no anulan el acto, sino que hace al escribano pasible de una pena. Si esto mismo se hubiera querido aplicar por el legislador á los testamentos, habria puesto una disposicion como esa, y no habria redactado en los términos en que están los artículos y notas citadas anteriormente. Para los testamentos se ha legislado de una manera especial. Esto lo reconocen todos los juriscónsultos. Véase lo dicho por el del Dr. Cortes, copiado en nuestro comentario al art. 3658.

¿Dónde está, en materia de testamento, la disposicion que equivalga al art. 1004 citado? No existe, y si no existe no debemos separarnos del espíritu que ha guiado al legislador al ordenar formas especiales para los testamentos.

Por lo demas, el escribano debe usar de las mismas formalidades que se exigen para las escrituras públicas, tanto sobre la colacion que debe tener el testamento en el protocolo, cuanto sobre el modo de escribirlo y conocimiento de las partes. Todas las formalidades exigidas para las escrituras públicas deben adoptarse en los testamentos salvo en lo que está espresamente modificado por disposiciones espresas ó por la naturaleza misma del acto.

**Y tres testigos residentes en el lugar:** Parece, y es la

práctica seguida, que los testigos deben tener su residencia dentro del municipio donde se hace el testamento (argumento del art. 3655).

**3655**—En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano en el distrito de la Municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el Juez de Paz del lugar y tres testigos residentes en el Municipio. Si el juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos. (Concuerda con los arts. 979, inc. 1—3672 y sigtes—3689.)

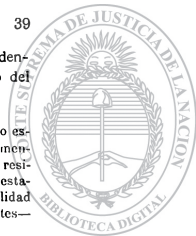
#### CONCORDANCIAS

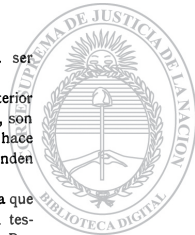
(Pothier, *Donaciones y testamentos*, Cap. 3, art. 3, § 2)—Troplong, sobre el art. 985.)

**No habiendo escribano:** Si lo hay, el testamento ante el Juez de Paz será nulo, salvo en caso de epidemia (art. 3689).

**Donde se otorgue el testamento:** Dada la naturaleza especial del testamento y los peligros que hay en el abuso que se haga de la facultad acordada á los Jueces de Paz de Campaña y á los miembros de las Municipalidades para autorizar testamentos, tenemos por indudable que el presente art. debe interpretarse restrictivamente.

Así, el testamento del residente en un distrito, puede ser hecho por el escribano de otro distrito si el testador va allí á testar; pero si el testador sale de su distrito donde hay escribano, para ir á testar á otro donde no lo hay, y lo hace ante el Juez de Paz ó un miembro de la Municipalidad, tenemos por indudable que el testamento será nulo: 1º Porque se hace muy sospechoso el testamento autorizado por un Juez de Paz ó un Municipal, hecho por una persona que en su distrito ó departamento tiene escribanos, y 2º porque la autorizacion concedida por el presente artículo á las personas indicadas debe limitarse á los testamentos de las personas residentes en el distrito ó departamento donde esos funcionarios residen y siempre que no haya escribano, salvo el caso del art. 3689, puesto que es únicamente por suplir la falta de escribano que se les dé la facultad de hacer testamento. Esta limitacion tiene mas razon de ser cuanto que para ser Juez de Paz ó Municipal no se exige la





idoneidad, buena conducta y garantías que se exigen para ser escribano.

Por regla general y especialmente en la campaña del interior de la República, los Jueces de Paz, salvo raras escepciones, son ó infelices paisanos que el primer pillo que se presenta les hace hacer lo que quiere ó son tinterillos de mala ley que se venden por algo menos que nada.

En nuestra campaña hay muchísimos hombres de fortuna que no saben leer ni escribir; se comprende desde luego que el testamento de uno de estos hombres hecho por un Juez de Paz que no es del distrito donde ha vivido, las mas veces será falso, pues lo natural habria sido que si queria testar lo hiciese ante el escribano de su Departamento y no ante el Juez de Paz de otro Departamento.

El testamento solo seria válido si apareciese hecho en otro departamento de aquel en donde reside el testador, por necesidad; como seria, por ejemplo, el caso de haberse enfermado y ser urgente testar ántes de volver á su departamento ó distrito. En ese caso apareceria el testamento hecho por necesidad y urgencia, y esto esplicaria que lo autorizase un Juez de Paz ó un Municipal y no un escribano.

1º Por lo demas, los testamentos de que habla el presente artículo deben llenar todas las formalidades de la ley para testamentos hechos ante escribano, tales como la lectura del acto, que los testigos vean firmar al testador; que el autorizante conozca á los testigos, que haga constar la edad, etc., etc., como lo ordena la última parte del art. 3689.

**3656**—El testador puede dictar el testamento al escribano, ó dárselo ya escrito, ó solo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. (Concuerda con los arts. 998 á 1000—3619—3657.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 972)—Troplong, sobre el mismo.

**O dárselo ya escrito**: En tal caso lo copiará literalmente, agregando las cláusulas de estilo; la segunda parte del artículo arguye en favor de esto, al facultar al escribano para redactar el testamento en la forma ordinaria cuando solo recibe del testador el apunte de sus disposiciones.

**3657**—El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, ó si solo ha recibido por escrito sus disposiciones. (Concuerda con los arts. 1001—1004—3644—3656—3658—3661—3705.)

## CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 13, núms. 253 y sigtes. Fallos del Dr. Belástegui, tom. 1, p. 123—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 3, p. 146.

**Designar el lugar en que se otorga:** Aparte del nombre, distrito, departamento ó pueblo donde se haga el testamento, debe espresar la casa en que se hizo, si fué en la oficina ó en casa del testador, designando á ésta con la individualidad posible. Así, si es en una ciudad determinará la calle y número de la casa del testador en que hizo el testamento.

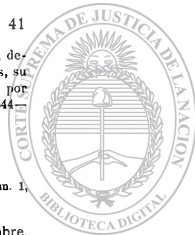
**Su fecha:** Que consistirá en el año mes y día. No se exige la hora; pero creemos que debió exigirse para mayor seguridad.

**Nombre de los testigos:** Debe designar tambien su estado; pero la falta en esto no sería un motivo de nulidad del testamento. Estos deben ser conocidos del escribano. (Véase comentario al art. 3699.)

**Su residencia:** Es decir, su domicilio, el cual deberá designarse tambien con la claridad posible; deberá designarse la calle y número en que viven.

**Y edad:** No basta que diga el escribano que son mayores de edad, como decia el Dr. Belástegui, en el fallo citado y confirmado por la Corte de Apelacion, y como decia el Dr. Cortes, en la Vista citada; debe designarse el número de años que tengan. Si así no se hace el testamento será nulo, segun la jurisprudencia á que se refiere el Dr. Cortes. El error sobre esto no lo invalida, como no invalida el error sobre la capacidad (art. 3697 y final de la nota del codificador al mismo artículo).

**Si ha hecho el testamento:** Espresándose si fué dictado ó si se dieron escritas las disposiciones para que el escribano redactara el testamento, como se establece en el art. 3656. La falta de cualquiera de estas designaciones anularia el testamento, lo mismo que la de si lo ha recibido escrito. Si se prueba que la designacion es falsa, el testamento será nulo, porque eso equi-





valdria ó no hacerlo, y precisamente la ley exige bajo pena de nulidad esta designacion, como un medio de asegurar la verasidad del testamento. No designar alguna de estas circunstancias ó hacer una designacion falsa es la misma cosa; y por consiguiente en uno y otro caso el testamento será nulo.

**3658**—Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo; y firmado por el testador, los testigos y el escribano. Uno de los testigos á lo menos debe saber firmar por los otros dos; el escribano debe espresar esta circunstancia. (Concuerda con los arts. 1001--1004--3633--3657--3659--3661.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1. tit. 23, Lib. 10, Nov. Rec.)—Cod. Frances, 972 á 974—Fallos de la C. de la C., Serie 2, tom. 4, p. 577—Cortes. Vistas Fiscales, tom. 1, p. 831, § 4 á 8—Nuestro comentario al art. 3633, n.º 3—Laurent, tom. 13, núms. 350 y sigtes. y 360—Demolombe, tom. 21, núms. 266 y sigtes.—Aubry Rau, § 670.

**Debe ser leído al testador:** Como esta es una fórmula esencial para la validez del testamento, el escribano, bajo pena de nulidad debe hacer mencion de que se ha cumplido, para que así conste en el mismo testamento, como lo exige el art. 3627, que se han llenado estos requisitos.

El Dr. Segovia, en la nota 85 á este artículo, cree que no es necesario esta mencion espresa, porque la ley entiende que el testamento fué leído al testador y que al que alegue lo contrario corresponde probarlo, porque al actor incumbe siempre la prueba. Tampoco cree que sea necesario mencionar que el testador firmó en presencia de los testigos.

Esta doctrina es completamente errada: es falso que en materia de formalidades testamentarias la ley suponga que se han cumplido aun cuando no consten en el mismo testamento; prueba de ello es el art. 3627, citado por el mismo Dr. Segovia, en el cual se dice que la prueba de la observancia de las formalidades prescritas *debe resultar del testamento mismo* y no de otras pruebas. Luego, pues, la prueba de que se ha llenado la formalidad de la ley debe constar del testamento mismo, como todas las formalidades; si allí no consta se presume precisamente lo contrario de lo que cree el Dr. Segovia, que no se han llenado. La doctrina de que en un testamento por acto público se debe suponer que el escribano ha cumplido con el mandato de



la ley, es contraria al testamento de la misma. Por mas que algunas veces esta precaucion de la ley al exigir mencion espresa de que el testamento fué hecho y firmado con todos los requisitos exigidos, pueda ser ineficaz para asegurar que el acto sea verdaderamente la espresion de la voluntad del testador, en la mayoría de los casos será un medio de evitar el fraude; sobre todo la ley lo manda y debe cumplirse (Laurent, tom. 13, nº 324).

La Cámara de Apelaciones de la capital, en el fallo citado y en el que se registra en el tomo 5, p. 47., declaró nulo un testamento por falta de la mencion de haber sido leído al testador. El Dr. Cortes, en la vista que se registra en el mismo tomo de fallos citado, opinó tambien que esa mencion era indispensable. Esto hasta ahora nadie lo ha puesto en duda. El fallo de la Cámara se fundó en los mismos argumentos que nosotros, el art. 3627, que no admite duda.

De manera que no solo el sentido gramatical del artículo que estudiamos está en contra de la opinion del Dr. Segovia, manifestado en la nota 85, sino tambien con la jurisprudencia. (Véase nuestro comentario al art. 3627.)

“Si por no decirse en términos espresos, dice el Dr. Cortes (Tom. 5 de los Fallos de la Cámara de la Capital, p. 51), que el defecto de lectura, como el de las demas solemnidades determinadas en el artículo anterior, se penase con la nulidad del acto, pudiera inferirse que esta solemnidad no era esencial por identidad de razon, habria que resolver lo mismo en el caso en que los testigos no hubiesen visto á la testadora y lo que es mas, la falta de su firma tampoco resultaria esencial contra lo que se declara positivamente y en términos generales respecto de los instrumentos públicos.

“Por último, citándose como concordantes del artículo, cuyo sentido examinamos, la Ley Recopilada que prescribe las formalidades que se debian observar en el otorgamiento de cualquier escritura pública y declarándose esencial en esta ley la lectura de lo escrito ante los otorgantes y testigos, ántes de firmarse, debe inferirse de aqui que igualmente en el artículo de que se trata debian considerarse esenciales las solemnidades que prescribia.”

No citamos la jurisprudencia francesa, porque en este caso tenemos la propia.

1º Lo único que puede presentar alguna dificultad es si el





escribano ha de decir espresamente que el testamento fué leído al testador ó si será suficiente que se valga de términos equivalentes para manifestar que así se hizo.

En el caso resuelto en el fallo mencionado, el escribano en vez de decir espresamente que el acto había sido leído á la testadora, concluía diciendo: "Bajo estos conceptos la testadora formalizó su testamento, y *previa ratificación* por ante los testigos don, etc., etc."

El Dr. Cortes sostuvo en aquella ocasion que si bien la lectura del testamento era indispensable para su validez no lo era igualmente, ni la ley lo exigía, el que en la escritura se dijera de un modo espreso haberse observado dicha formalidad: que en el testamento presentado se deducía ó se infería de su tenor, aunque de un modo implícito, que se había efectivamente dado lectura de él en presencia de la otorgante y de los testigos.

Pero el Juez Dr. Basualdo y la Corte dijeron que esto no era bastante; que era indispensable que se declarase espresamente que se había dado lectura.

Creemos que en el caso que estudiamos la Corte hizo bien en no declarar válido el testamento, pues que las palabras, *previa rectificación*, no inducen necesariamente á decir que el testamento fué leído á la testadora.

2º Pero creemos, sí, con el Dr. Cortes, Aubry y Rau, § 670, nota 68 y demas autores citados, que la ley no exige términos sacramentales, y que para indicar que se ha llenado la formalidad de la lectura como todas las demas exigidas por este artículo, el anterior y otros, el escribano puede valerse de términos que sean exactamente equivalentes.

Así, por ejemplo, el requisito exigido por este artículo de que el testamento sea leído al testador *en presencia de los testigos*, no se suple, dicen Aubry y Rau, con hacer mencion de que el testamento fué leído á los testigos, puesto que no constaría si fué tambien leído al testador. Lo mismo sería si el escribano dijera que el *testamento fué leído en el aposento del testador y al lado de su cama* puesto que con esto no queda constancia de que los testigos estaban presentes á la lectura.

Pero si el escribano dijera: "después de la lectura en presencia de los testigos, el testador dijo que persistía en su contenido,

equivaldría á una mencion espresa de la formalidad de que nos ocupamos.

Si únicamente se dijera que el testamento ha sido leído al testador y á los testigos, no quedaria constancia de que el testamento habia sido leído al testador en presencia de los testigos.

Podemos decir, entonces, que el escribano no está obligado á emplear tales ó cuales términos sacramentales, pero debe necesariamente dejar constatado de una manera indudable que el testamento fué leído y que esa lectura se hizo en presencia del testador y los testigos que oyeron la lectura. Lo mejor será que los escribanos se valgan de las mismas palabras que usa este artículo.

**Que deben verlo :** Es decir, que deben ver al testador. No bastará que el testador esté en una pieza y los testigos en otra oyendo la lectura del testamento. Es indispensable que los testigos vean al testador en el momento en que oyen la lectura y en el de firmar. De lo contrario no podrian dar fe de que el testador estaba vivo, ó que la persona á quien se leía era realmente la que aparecia como testador (nota del codificador al art. 3622, última parte y Coin Delisle, allí citado).

Tambien es indispensable que los testigos vean firmar al testador, pues de otro modo no podrian asegurar que la firma puesta en el testamento lo fué por el mismo testador; el escribano debe hacer mencion espresa de que el testador firmó en su presencia y la de los testigos, pues siendo este un requisito indispensable debe constar el mismo acto.

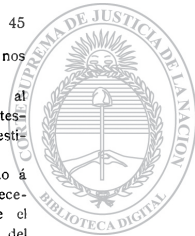
Laurent y Aubry y Rau, citados, estudian con detencion muchos casos prácticos que pueden presentarse. Estamos en un todo de acuerdo con las doctrinas del primero.

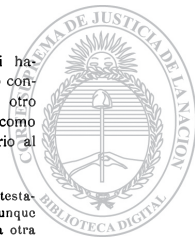
Debe tenerse presente lo dicho en nuestro comentario al art. 3627 sobre la necesidad de la mencion de haberse cumplido las formalidades establecidas por la ley.

**3659**—Si el testador muere antes de firmar el testamento, será este de ningun valor aunque lo hubiere principiado á firmar. (Concuera con los arts. 3633—3658.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 978)—Aubry y Rau, § 670, nota 75.





**Aunque lo hubiere principiado á firmar:** Pero si habiendo principiado á firmar, la enfermedad no le ha permitido concluir la firma, el testamento valdrá si el testador hace que otro firme por él y el escribano hace mencion espresa de esto, como lo ordena el art. 3662 y como lo decimos en el comentario al art. 3633, nº 4.

**3660**—Si el testador sabiendo firmar, dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado á su ruego por alguno de los testigos, ó por alguna otra persona. (Concuerda con los arts. 1045 y sus concordantes—3661—3662.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 973)—Laurent, tom. 13, nº 360—Aubry y Rau, § 670, notas 79 y sigtes.

**Dijere que no firmaba, etc., etc.:** El escribano debe interrogar al testador para que firme, y su contestacion es la que debe constar espresamente en el acto (última parte del art. 3662).

Si el testador, sabiendo firmar, dijese que no firmaba por no saber *escribir*, el testamento sería nulo tambien.

Si declara que no puede hacerlo, el escribano debe mencionar la causa por qué no lo hace. (Véase lo dicho en el comentario al art. 3662.)

**3661**—Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona ó alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar. (Concuerda con los arts. 1001—3657—3658—3660.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1, tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec.)—Marcadé, sobre el art. 973—Aubry y Rau, § 670.

**No supiese firmar:** La declaracion de no saber firmar debe constar en el testamento mismo. (Véase nuestro comentario al artículo siguiente).

**O alguno de los testigos:** Creemos que habria sido mejor que el codificador hubiera seguido en esto lo establecido en el art. 1001 para las escrituras públicas en general, exigiendo que el firmante á ruego no fuera testigo, tanto por ser mas con-

secuente, cuanto porque el testamento es mejor que tenga esta garantía mas.

**3662**—Si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, ó uno de los testigos. En este caso, dos de los testigos por lo menos deben saber firmar. El escribano debe espresar la causa por qué no puede firmar el testador. (Concuerda con los arts. 3660—3661.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 670, notas 76 y sigtes.—Laurent, tom. 13, núms. 360 y sigtes.—Nuestro comentario al art. 3633, núms. 3 y 4.

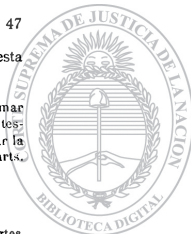
**El escribano debe espresar la causa por qué no firma el testador:** En estas palabras se comprende tambien el caso en que el testador no firma porque no sabe; pues siempre es indispensable saber la causa por qué el testamento no aparece firmado.

Ei Dr. Segovia cree lo contrario (notas 89 y 94). “Cuando el testador no sabe firmar, dice en la nota 94, *no es de necesidad que se consigne el motivo en el testamento* (artículo anterior), pues la imposibilidad tiene entonces una causa única, y es regular pensar que no ha firmado por no saber hacerlo, salvo que se pruebe otra cosa”.

No hay un solo autor que piense como el Dr. Segovia en este punto, incluso el Dr. Velez, en la nota puesta á este artículo.

¿Cómo es posible que un testamento aparezca sin firma del testador y no se espresé por qué no está allí la firma? La primera parte de la nota que hemos copiado está en contradiccion consigo mismo, pues eso de decir que cuando el testador no sabe firmar no se necesita que se espresé el motivo, da á entender que el escribano debe decir que el testador no sabía firmar, y al mismo tiempo que no debe mencionar este motivo. Precisamente el no saber firmar es un motivo, y con que se diga que el testador no sabía firmar, ya se dice que este es el motivo por qué no se firma; con eso se anuncia el impedimento y la causa.

La firma del testador es un elemento indispensable en el testamento; si esa firma no está puesta, el testamento será nulo, si no se esplica por qué causa no se encuentra allí la firma; y las mas veces esta causa será la de no saber firmar el testador.





Pero esto es necesario que se diga por él mismo, porque, como dice el codificador, la declaración *de no saber* ó no poder firmar suple la firma. ¿Cómo debe probarse esta declaración? Es claro que por el testamento mismo (Laurent, tom. 13, n° 361—Demolombe, tom. 21, n° 308).

El art. 3661, que legisla el caso de no saber firmar el testador dice que en esa hipótesis puede firmar por él otra persona; para que esto suceda es necesario que éste pida á esa persona que firme por él, lo que tambien debe espresar el escribano (última parte del art. 3658), y para pedirlo, necesariamente tiene que decirse por qué confiere este mandato. No sería posible declarar válido el testamento de Pedro que aparece firmado por Juan como á ruego de aquél, sin decirse por qué.

No es posible tampoco que esta causa de no aparecer firmando el testador se vaya á buscar despues de su muerte fuera del testamento mismo; es en el mismo testamento que se debe encontrar la causa de no haber firmado. ¿Cómo justificar que el testador ha tenido voluntad de firmar, si no aparece manifestando que no sabe firmar?

No basta que se diga que el testador no puede firmar, puesto que las causas pueden ser muy varias; es necesario que se diga por qué no firma, y como uno de los motivos puede ser el no saber, no habrá por qué ocultar el mas poderoso de los motivos. El art. 3674, exige espresamente que cuando el testador no *sabe ó no puede*, se mencione espresamente esta circunstancia; si allí y en otros casos análogos se exige esta manifestación, no vemos por qué se crea dispensada en el testamento público.

Todos los autores están contestes en afirmar que el escribano debe interrogar ó pedir al testador que firme; á esta exigencia el otorgante debe contestar algo si no pone su firma, y eso que conteste es lo que el escribano debe hacer constar, porque solo así se explicará la falta de firma.

1° La ley dice que debe espresarse la causa por qué no se ha firmado el testamento. ¿Si la causa espresada es falsa, se anulará el testamento? Tenemos por indudable que sí, porque ello probaría de dos cosas una, ó que el testador ha mentado para evadir firmar ó que no ha sido interrogado para que firme,



lo que equivaldría á decir que el testador no ha persistido hasta el último momento en su testamento.

Así, cuando sabiendo firmar declara que no sabe, la ley dice que el testamento es nulo; si afirma que no puede, sin haber hecho la prueba, será también nulo porque se supondrá que no lo ha querido hacer.

En este caso el escribano, para poder declarar con certeza cuál es la causa que le impedía firmar sabiéndolo hacer, debe pedir que el testador haga la prueba. Si no hace esa prueba, el testamento será nulo, puesto que no queda constancia de que su voluntad era firmar pero que no pudo; al escribano le es imposible en este caso espresar *la causa*, y no espresándose ésta el testamento es forzosamente nulo (Aubry y Rau, § 670, nota 80).

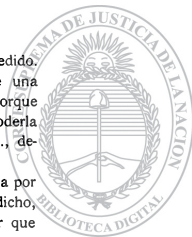
2º Cuando el testador ha ensayado firmar y no ha podido, la declaracion de impotencia debe hacerla él mismo, y el escribano hacerla constar.

No bastará, por ejemplo, que el escribano diga que habiendo el testador ensayado firmar no pudo hacerlo; es necesario que mencione á mas que el testador dijo no poder firmar; de lo contrario, el testamento, dice Laurent, tom. 13, nº 363, resultaría sin firma y sin declaracion del testador de no poder firmar.

La simple declaracion del testador, de no poder firmar, como lo hemos dicho ántes, no es suficiente para justificar la falta de firma, pues que con esa aseveracion no se tiene la seguridad de que sea cierto; la ley quiere asegurarse que esa declaracion es seria, y para esto hay necesidad que se mencione en el testamento la causa por la que no se firma. La declaracion de esa causa, como es natural, debe emanar del testador: en primer lugar, porque nadie mejor que él la conocerá y en segundo porque su declaracion importa manifestar que si pudiera firmar lo haría (Marcadé).

De modo que el escribano debe espresar lo que el testador le declare.

Puede suceder que el no poder firmar no sea por una causa del momento, sino porque desde ántes el testador estaba impedido para hacerlo. En el primer caso el escribano hará constar que á causa de la enfermedad no podía el testador firmar, en el segundo no necesita ensayar á firmar; basta que de-



clare que no puede y anuncie la causa que lo tiene impedido. Siempre la causa inmediata es necesario mencionarla de una manera especial. Así, por ejemplo, si no puede firmar porque le han cortado la mano, ó porque la tiene atada sin poderla mover, porque no puede sujetar la pluma en la mano, etc., deberá especificarse eso mismo.

3º Al exigir el artículo que el escribano espresé la causa por qué no se firma, su afirmación debe fundarse, como hemos dicho, en una declaración del testador. Ahora bien, el testador que tiene voluntad de firmar pero que no puede hacerlo, es seguro que dirá cuál es la verdadera causa. De aquí se deduce la afirmación que hicimos al principio del número 1 de este comentario, que si la causa espresada es falsa, el testamento será nulo. Allí pusimos un ejemplo; veamos otro.

El testador no sabe firmar; pero en el testamento aparece la enfermedad como la causa que le impide firmar. ¿Será válido este testamento? Indudablemente que no.

La ley dice que cuando no se espresa la causa, el testamento es nulo; y como una falsa causa es como si no existiera, resultará que el testamento es nulo por falta de esa declaración.

La ley no exige una causa cualquiera, sino la causa real de no firmar. Desde que una persona no sabe firmar no puede declarar que lo que le impide es la enfermedad, puesto que nadie mejor que él conocerá la verdadera causa; esto probaría que el escribano no lo había invitado á firmar, y que de su cuenta había hecho la declaración; pero entónces la declaración no es del testador, sino del escribano, con lo cual no se llena el requisito exigido por la ley, pues nada vale una declaración que está en oposición á la verdad. (Ferraroti, comentario al Cód. Italiano, art. 779).

Es necesario, dice Vazeille, sobre el art. 973, que la causa se conozca y que sea declarada fielmente.

También Laurent, tom. 13, nº 374, dice que una *declaración falsa no es declaración*; sería como quedar el testamento lisa y llanamente sin firma.

4º El no ser un impedimento la causa anunciada equivale también á la falsa causa; así, por ejemplo, si un testador dijera que no firmaba un testamento por estar mal de la vista, no supliría con esto la falta de firma, puesto que un ciego puede

testar por acto público y segun la nota del codificador al art. 3652, el ciego que sabe escribir, si bien no puede hacer testamento ológrafo, puede firmar el público.

5º Á las partes interesadas les es permitido probar que la causa espresada en el testamento como impedimento para firmar, es falsa, y si lo consiguen, el testamento será nulo.

Supóngase, por ejemplo, que en el testamento se diga que no fué firmado porque la enfermedad no se lo permitia al testador: si se prueba que no era así, que el testador podia firmar el día que hizo el testamento, habrá que aplicar el principio sentado en el art. 3660, y decir que la declaracion del testador solo ha sido un pretexto para no firmar.

**3663**—Si el testador no puede testar sino en un idioma extranjero, se requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traduccion en castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse en los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma. (Concuerta con los arts. 999—3641—3700.)

#### CONCORDANCIAS

(Art. 121 del Cód. de Prusia)—Góyena, 566.

**Se requiere la presencia de dos intérpretes:** Son dos personas mas que intervienen fuera de los testigos.

**Harán la traduccion en castellano:** Esta traduccion la escribirá el escribano; y la escritura en lengua extranjera la harán los intérpretes si el escribano no sabe hacerla. Si el testador presenta el testamento escrito y firmado; creemos que será suficiente con protocolizar ese testamento, firmado por los testigos, y hacer la traduccion, sin necesidad de escribir el testamento en el idioma extranjero (argumento del art. 999).

**3661**—El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes ó aliados dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga á su favor. (Concuerta con los arts. 985—3288—3289—3653—3702 á 3707.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Holanda, art. 954—Prusiano, 133. Parte 1ª, Tit. 12—De Vaud, art. 655—Sobre la materia, véase Goyena, art. 614—Por el Cód. Frances, art. 975 combinado con el 1001, no solo no tienen efecto las disposiciones del testador





en provecho del escribano, de los testigos, y de los parientes dentro del cuarto grado, sino que es nulo todo el testamento. Siguen al Cód. Frances, el de Luisiana, arts. 1585 y 1586, el de Nápoles, art. 901, el de Austria, 564, y así lo enseñan los autores citados en la nota al art. 3653 de este Código. Nosotros decimos con Goyena, que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por solo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad ó idoneidad del escribano, ó testigos—Véase Coin Delisle sobre el art. 971, n.º 16)—Nuestro comentario al art. 3702.

**En un testamento por acto público:** Y tambien en el cerrado, pues militan las mismas razones.

**Sus esposas:** Es decir, del escribano ó de los testigos.

El Dr. Segovia, en la nota 95 de este artículo, critica el 3653, porque limita la prohibición puesta allí al tercer grado y por carecer de objeto desde que está el presente.

La crítica viene de que el Dr. Segovia no se ha fijado que en estos dos artículos legislan hipótesis completamente distintas, y por lo mismo la existencia del uno no quita, como él dice, *la razon de ser del otro*.

En el 3653, dice que el testamento no puede ser hecho por un pariente del testador en los grados allí enunciados; mientras que en el presente dice que no pueden ser herederos instituidos ni legatarios el escribano y testigos, ni los parientes ó esposos de éstos, pero que no son parientes del testador, como lo hacemos notar tambien en el comentario al art. 3653, y como lo dice el art. 3706.

Si el Código solo contuviera el presente artículo y no el 3653, los que sostuvieran la nulidad del testamento, no se apoyarían en el artículo que estudiamos, pues que no habla ni de nulidad, ni de parientes del testador. Encontrarían mas bien apoyo en el art. 985. Pero debe advertirse que el que estudiamos es una escepcion al 985, en la parte que declara nulos los actos en que el escribano tiene interes.

No hay, pues, razon de crítica. Donde está la verdadera dificultad de este artículo, y que no hemos encontrado donde la resuelve este autor, por mas que hemos seguido todas sus referencias, es al compararlo con los arts. 3702 y 3706. (Véase comentario al 3702.)



## CAPITULO III

## Del testamento cerrado

**3665**—El que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado. (Concuerda con los arts. 3617—3624—3668.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 978—De Chile, 1022—Véase LL. 2 y 14, tít. 1. Part. 6°)—Goyena, 602—Rogron, comentario al art. 971—Aubry y Rau, § 671, notas 1 á 4—Cód. de California, art. 3794.

**El que no sabe leer:** Y tambien el que no puede. Desde que el testamento cerrado puede ser escrito por un tercero, para que el testador pueda firmarlo consientemente es necesario que conozca su contenido, y no lo puede conocer el que no sabe ó el que no puede leer; ambos se encuentran en la misma condicion. De modo que el ciego no podria otorgar testamento cerrado.

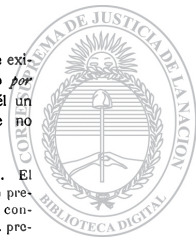
Sabiendo y pudiendo leer no es necesario, como dice el codificador en la nota á este artículo, que sepa escribir; pero es necesario que sepa firmar, pues que la firma es esencial (arts. 3666, 3668—Véase nº 4 de este comentario). Tampoco es necesario que conste que ha leído el testamento; desde que está firmado por quien puede leer, lo racional es pensar que lo ha leído, sin perjuicio de que el que ataca el testamento pruebe que el papel en que está le fué sustraído al testador con la firma en blanco, ó que de otro modo fué engañado, y que el testador firmó por error.

1º En la nota del codificador al art. 3624, se exige que el testador por testamento cerrado sepa *leer y escribir*, lo que parece contrariar la presente disposicion. Esto procede de la variedad de fuentes de donde ha sido tomada aquella nota y el artículo que estudiamos. Debe prevalecer la doctrina del testo esplicada por su nota respectiva.

2º Debe tenerse presente que para que el mudo pueda otorgar testamento cerrado debe saber y poder escribir, pues de lo contrario no podrá ni escribirlo él mismo ni dictarlo; es lo que se desprende del art. 3668.

3º Es indispensable que el que otorga testamento cerrado se-





pa firmar. Prueba de ello es el art. 3666, que, despues de exigir la firma del testador, agrega que si no puede hacerlo *por alguna causa que le haya sobrevenido*, puede hacerlo por él un tercero; como se ve no supone que no sepa, sino que no pueda.

**3666**—El testamento cerrado debe ser firmado por el testador. El pliego que lo contenga debe entregarse á un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, espresando que lo contenido en aquel pliego, es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, estendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros á su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiere hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona ó alguno de los testigos. El escribano debe espresar al estender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como tambien el lugar, día, mes y año en que el acto pasa. (Concuerda con los arts. 1001—1004 —3633—3654—3701.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 2, Tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 2, Tit. 1, Part. 6.—Cód. de Chile, art. 1028 —Cód. Frances, 976 y 977—Holandes, 987—Napolitano, 902 y 903—De Luisiana, 1577 y 1578—El Código de Vaud no admite el testamento cerrado. Ni la fecha, ni el secreto son de esencia del testamento cerrado. Delisle, núm. 18 y 22)—Aubry y Rau, § 671, notas 10 y sigtes.—Nuestro comentario al art. 9617—Goyena, 569.

**A un escribano público:** Pero es necesario que éste no sea ascendiente ó descendiente del testador, ó pariente en línea colateral hasta el tercer grado, como lo establece el art. 3653 en principio general. La misma razon que hay para prohibir que intervenga en el testamento público existe para aplicar la prohibicion al cerrado, lo mismo que la del art. 3664 (Demolombe, tom. 4, n° 121, *bis*).

**En presencia de cinco testigos:** Es aplicable á estos testigos lo dispuesto en el art. 3664.

**Espresando que lo contenido en aquel pliego, etc., etc.:** El escribano debe mencionar espresamente esta declaracion.

**Que le haya sobrevenido:** Cuando el artículo habla de causa sobreviniente se refiere á la que ha sobrevenido despues

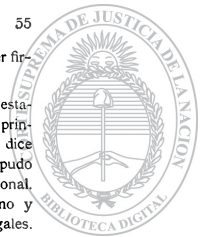
de firmado el testamento; pues éste debe necesariamente ser firmado, so pena de nulidad (1ª parte de este artículo).

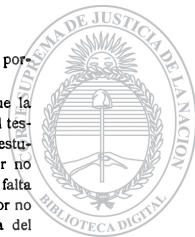
El escribano debe espresar cuál es la causa por qué el testador no firma esa acta, como es de regla, y lo establece en principio general el art. 3662. El Dr. Segovia, en la nota 106, dice que no es necesario que se mencione que el testador no pudo firmar, pero no funda su opinión en ningún argumento racional.

El testamento cerrado se compone del testamento mismo y de la carátula puesta por el escribano con las formalidades legales. Sin estar llenados todos esos requisitos, no hay testamento (Goyena, comentario al 569), si por lo menos no vale como ológrato (art. 3670). Uno de los requisitos esenciales, tanto del pliego que contiene las disposiciones testamentarias, como de la carátula es la firma del testador; si falta la firma en alguna de esas dos partes cuando el testador sabía y podía firmar, el testamento es nulo. Ahora bien, como puede suceder que el testador sepa firmar y no pueda, es indispensable que el escribano espique esta falta de firma porque ella servirá para demostrar que el testador ha persistido en su última voluntad hasta el momento de firmar, porque su declaración de no poder firmar equivale á la firma del testador, como dice el codificador en la nota al art. 3662. En el testamento cerrado la firma de la carátula equivale á la que se pone en el testamento por acto público, porque precisamente esa carátula es la que le da el carácter de auténtico; y no se puede racionalmente sostener que en este último acto no se observen las formalidades establecidas para el testamento público en el art. 3662.

Si no aparece allí la firma del testador se debe suponer que es porque no ha querido firmar, y sin su firma, ó sin su declaración de que firmaría si pudiera, el testamento no puede ser válido.

En derecho frances se exige espresamente esta aclaración, en el artículo citado; si nuestro Código no ha copiado en esto al Código Frances, ha sido indudablemente porque ya estaba dispuesto lo mismo en el art. 3662. Las razones en que se funda la última parte de ese art. 3662, son exactamente aplicables al caso que estudiamos; á esto se agrega que el testamento cerrado es también un acto público y solemne; tan indispensable es en el tes-





tamento público como en el cerrado la mencion de la causa por la que no se firma.

Aceptar la teoría del Dr. Segovia importaría aceptar que la carátula del testamento cerrado no necesita ser firmada por el testador, puesto que siempre se declararía válido aunque no estuviera allí su firma, mientras no se probase que el testador no quiso firmarle. Desde que la ley manda que se firme, la falta de firma sin explicación alguna, haría suponer que el testador no quiso firmar. La ley nunca supone que la falta de firma del que sabe hacerlo, en los actos que la exige, nace de la imposibilidad de ponerla, sino de su falta de voluntad, lo cual hace nulo el acto.

Lo contrario es apartarse completamente de los principios fundamentales que rigen en materia de testamento, en lo que respecta á la firma del testador.

No creemos que nadie suponga que no es necesario la firma del testador en la carátula y pliego de disposiciones del testamento cerrado, pues que tanto el presente artículo como el 3694 hablan espresamente de la firma del testador puesta en la carátula. (Véase Goyena, comentario al art. 569.)

**3667**—La entrega y suscripción del testamento cerrado, debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño, á no ser por breves intervalos, cuando algun accidente lo exigiere. (Concuerda con los arts. 3647—3666.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 3, Tit. 1, Part. 6<sup>a</sup>.—Cód. Frances, art. 976—De Chile, 1028—Napolitano, 902—Holandes, 988—De Luisiana, 1578. Estos Códigos exigen la unidad de tiempo y acción, porque de otra manera el pliego que contuviese el testamento podría ser cambiado)—Goyena, comentario al art. 569—Nota del codificador al art. 3622.

**Sin interrupcion por acto extraño:** Porque los testigos deben presenciar la entrega, y la declaración del testador de que esa es su última voluntad; si hubiera interrupción entre la entrega y la firma, los testigos no podrían tener certeza de que el testamento que se les presentaba á firmar era el mismo que habia sido entregado, como lo dice el codificador en la nota al art. 3622.

**3668**—El que sepa escribir aunque no pueda hablar, puede otorgar testamento cerrado. El testamento ha de estar escrito y firmado de su mano, y la presentación al escribano y testigos, la hará escribiendo sobre la cubierta que aquel pliego contiene su testamento, observándose en lo demás lo que queda prescrito para esta clase de testamentos. (Concuerda con los arts. 1000—3617—3633—3651—3669.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances. art. 979—Napolitano. 908—Holandes. 984—L. 10, Tit. 22. Lib. 6, Cód. Romano—Véanse LL. 6 y 13, Tit. 1, Part. 6.)—Goyena, 570 y su comentario—Nuestro comentario al art. 3617—Nota del codificador al art. 3624—Cód. de California, 8785 y 8787.

**Aunque no sepa hablar:** Y aunque sea sordo-mudo, pues no necesita oír dictado alguno, y puede leer lo que se escribe (arts. 3617 y 3669).

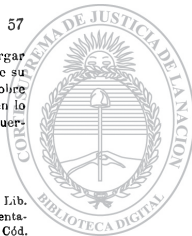
1º El testamento cerrado, lo mismo que el ológrafo (art. 3641), puede escribirse en cualquier idioma. Únicamente que en la carátula que debe poner el testador de conformidad á este artículo, debe observarse la solemnidad exigida en el art. 3663, es decir, intervendrán dos intérpretes.

No habria razon alguna para que, permitiéndose testar por testamento público ó por testamento ológrafo en idioma extranjero, no se permitiese tambien respecto al testamento cerrado.

Llenándose las formalidades de la ley para estos casos, no vemos dificultad alguna.

**Escrito y firmado de su mano:** Como la fecha no es indispensable en el testamento cerrado (Merlin, palabra Testamento, tom. 34, nº 10, p. 68), puesto que su fecha auténtica es la de la presentación del testamento (art. 1035, inc. 2—Laurent, tom. 13, nº 430), y es á lo que debe estarse para juzgar la capacidad del testador, creemos que aunque la fecha esté escrita por otro, el testamento no seria nulo; mucho mas cuando aquí no se exige como en el 3639 que esté fechado por el testador, bastando que esté escrito y firmado. Pero en esta forma no podria valer como testamento ológrafo en caso de ser nulo como cerrado.

2º Debemos hacer notar que solo cuando el testamento es válido como cerrado deberá juzgarse la capacidad del testador á la época de la presentación; si fuese nulo como cerrado, y, con arreglo al art. 3670, pudiera valer como ológrafo, la capacidad



del testador, sería juzgado en relación á la fecha puesta en el testamento. Lo contrario sería dar un efecto importante á un acto que no existe. (Laurent, tom. 13, n° 393.)

**Lo que queda prescrito:** Se refiere al art. 3666.

**3669.**—El sordo puede otorgar testamento cerrado. (Concuerda con los arts. 1000—3617—3651—3668.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 21, n° 406)—Cód. de California, 3785.

**Testamento cerrado:** Y también ológrafo. Para que el sordo pueda hacer testamento cerrado debe saber leer (art. 3665).

**3670.**—El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de algunas de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo si estuviere todo él escrito y firmado por el testador. (Concuerda con los arts. 986—987—3626—3639—3649.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 1563—La Ley Romana decía: *Nec creditus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.* L. 3, Dig. De test. militis—Troplong, *Testament*, n° 1654, espone los fundamentos de una y otra opinion. Hoy el mayor número de autores ha admitido la validez del testamento como testamento ológrafo. Véase Demolombe, *Testament*, núms. 408 y 409—Marcadé, sobre el art. 976—Toullier, tom. 5, n° 490—Duranton, tom. 9, n° 138—Coin Delisle, sobre el art. 976, núms. 6, y sigtes)—Laurent, tom. 13, núms 428 y 429.

**Si estuviere todo escrito y firmado por el testador:** Debe reunir para ser válido todos los requisitos del testamento ológrafo; en consecuencia, debe ser también fechado por el testador.

En este caso, la fecha por la cual se debe juzgar la capacidad ó incapacidad del testador, será la puesta en el testamento y no la de su presentación, como lo decimos en el comentario al artículo anterior.

1° Debe tenerse presente que el codificador habla aquí del testamento nulo por falta de alguna solemnidad para ser válido como cerrado, y no del testamento que el mismo testador ha inutilizado como cerrado. En este último caso, ni como ológrafo vale, pues si el testador rompe la carátula del testamento, aun-



que quede intacto el pliego de disposiciones, se supone que ha sido revocado, como dice el art. 3836.

2º Debe observarse tambien que nuestro Código rechaza la distincion que hacen algunos juriconsultos franceses entre el caso de haber el testador querido hacer especialmente un testamento cerrado y el en que ha querido hacerlo ológrafo, pero que con arreglo á la autorizacion dada por art. 3649, ha querido rodearlo de mas formalidades, y el escribano ha adoptado exactamente las del testamento cerrado. El articulo legisla para una y otra hipótesis. (Nota al mismo.)

**3671**—El escribano que tenga en su poder ó en su registro un testamento, de cualquier especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, á ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los danos y perjuicios que su omision les ocasione. (Concuerda con los arts. 1109 y 1112.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 14, Tit. 5, Lib. 3, Fuero Real—Cód. de Holanda, art. 980)—Goyena, 571.

**Siendo responsable de los danos y perjuicios:** Menos cuando ignora la muerte del testador. Se supone que la omision en dar aviso es porque se ha ignorado el hecho, salvo la prueba contraria que puedan establecer los perjudicados.

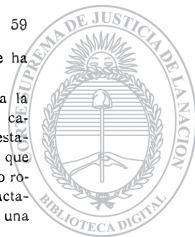
Si el escribano no conoce á los interesados y sabe que el testador ha muerto debe dar aviso al Juez competente para entender en la sucesion, y al cónsul respectivo si se tratase de extranjeros. “Muéstrelo ante el Alcalde hasta un mes”, dice la Ley 5, tit. 18, citada.

Si es testamento ológrafo ó cerrado, el que lo tiene debe remitirlo al Juez del domicilio del testador (art. 3691).

## CAPITULO IV

### De los testamentos especiales

**3672**—En tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedicion militar, ó en una plaza sitiada ó en un cuartel ó guarnicion fuera del territorio de la República, y asimismo, los voluntarios, rehenes ó prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados á la expedi-





cion, y los demas individuos que van acompañando ó sirviendo á dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga á lo ménos el grado de capitán, ó ante un intendente del ejército ó ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace. (Concuerta con los arts. 3655—3673—3679—3683—3688—3689.)

## CONCORDANCIAS

(Véase L. 4. Tit. 1. Part. 6<sup>a</sup>.—Inst., § 1, Lib. 2. Tit. 11—Cód. Frances, art. 981—De Chile, 1041—Holandes, 983—De Luisiana, 1590—Cód. Frances, 981 y 983—Laurent, tom. 13, n° 436—Cód. de Chile, 1043.

**En una expedición militar:** Aunque sea dentro de la República. Por la forma en que está redactado este artículo, y por las fuentes de donde ha sido tomado, solo las hipótesis que siguen á las palabras copiadas son las que están sujetas á la condicion de que las personas á que se refiere estén fuera del territorio de la República.

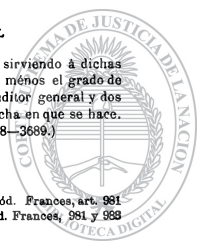
De modo que solo puede hacer testamento militar los que están en plaza sitiada ó en cuartel ó guarnicion fuera de la República; pero los que se hallen en expedicion pueden testar militarmente dentro y fuera del territorio. La última parte del art. 983 del Código Frances, de donde el nuestro tomó la exigencia de estar fuera del territorio del Estado para poder testar militarmente, dice que los que *están en cuartel ó guarnicion* en el interior no gozan del privilegio, sino bajo tales ó cuales condiciones.

1º En este punto es deficiente nuestro Código; no prevé el caso en que aun estando de guarnicion ó en una plaza sitiada dentro del territorio de la República no sea posible encontrar escribano, ó no se pueda hacer testamento ológrafo. El Código de Chile, no hace distincion entre los que están en la República y los que no (art. 1043).

El Código Frances, aunque exige, como hemos visto, que se esté fuera del territorio para poder testar militarmente, autoriza hacerlo aunque se esté dentro del territorio, en las circunstancias señaladas especialmente por el mismo Código (art. 983 frances).

Por mas justa que nos parezca la disposicion del Código Frances, pensamos que por interpretacion no se pueden establecer mas escepciones que las espresamente contenidas en la ley.

Ésta permite testar militarmente á los que están en una plaza



sitiada ó en un cuartel ó guarnicion *fuera del territorio de la República*, y desde que no establece ninguna escepcion, debemos decir que estando dentro del territorio no se puede testar sino en la forma ordinaria.

Esa forma ordinaria, ológrafo, cerrado ó público, es la regla general; las demas formas especiales son la escepcion, y como tal solo debe permitirse en los casos especial y espresamente determinados.

**Y dos testigos:** Véase comentario al art. 3675

**3673**—Si el que desea testar estuviera enfermo ó herido, podrá testar ante el capellan ó médico ó cirujano que lo asista. Si se hallase en destacamento, ante el oficial que lo mande aunque sea de grado inferior al de capitán. (Concuerda con el art. 3672.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior.

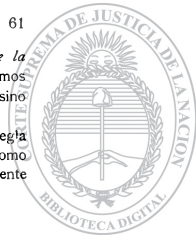
El testamento autorizado por este artículo, solo puede ser hecho por los que, á mas de las circunstancias indicadas en el mismo, se encuentran tambien en las condiciones de que habla el artículo anterior, en expedicion militar ó en plaza sitiada, etc., etc.

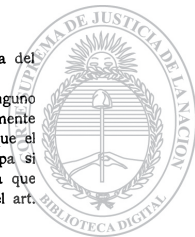
**3674**—El testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quien se ha hecho, y por los testigos. Si el testador no sabe ó no puede firmar, se espresará así y firmará por él uno de los testigos. De los testigos uno á lo menos debe saber firmar. (Concuerda con los arts. 988—3658—3661—3662.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 1402—Frances, 998.

**El funcionario ante quien se ha hecho y los testigos:** Como es un principio general exigido por la razon natural el que el testador firme, ó lo haga otro á su ruego, en presencia del que autoriza el testamento y los testigos, bajo pena de nulidad (nota del codificador al art. 3622 y comentario al art. 3658), y siendo por otra parte indispensable que las formalidades exigidas por la ley consten en el mismo testamento (art. 3627), es indispensable que en esta clase de testamento se haga tambien





mencion espresa de que fué leído y firmado en presencia del funcionario autorizante y testigos.

De lo contrario, si no habían visto firmar al testador, ninguno podría asegurar que el que aparecía como testador era realmente la misma persona nombrada. Es indispensable entónces, que el Juez que ha de decidir sobre la validez del testamento sepa si se ha llenado ó no este requisito tan esencial; esta prueba que debe encontrarse en el mismo testamento, como lo establece el art. 3627, y no fuera de él.

El Dr. Segovia en la nota 121, piensa lo contrario, error que ya hemos demostrado en el comentario al art. 3658 y 3662.

**Si el testador no sabe ó no puede firmar se espresará así:** Debe espresarse la causa por qué no se firma, espliando de este modo la ausencia de firma. Este requisito es indispensable en toda clase de testamento.

Tampoco cree necesario este requisito el Dr. Segovia, lo que es otro error como el anterior. (Véase comentarios allí citados.) Nuestro artículo ha sido tomado del 998 frances, el cual no deja lugar á duda al respecto.

1º Los testamentos especiales no están sujetos á las demas formas del testamento público.

**3675**—Los testigos deben ser varones mayores de edad, si fuesen solo soldados; pero hasta que tengan diez y ocho años cumplidos, de la clase de sargento inclusive adelante. (Concuerda con los arts. 990—3614.)

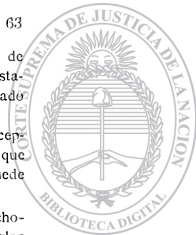
#### CONCORDANCIAS

Goyena, fin del comentario al art. 374.

**Pero bastará, etc.. etc.:** Todos los demas requisitos, que no sean espresamente esceptuados, exigidos en el título siguiente, deben reunir los testigos en esta clase de testamentos.

El Dr. Segovia, en la nota 124, cree que de esos artículos solo algunos deben aplicarse, otros no, y otros que es dudoso si se deben aplicar ó no, todo lo cual equivale á no decir nada ó cuando mas á decir que cada uno puede hacer lo que se le antoje.

Para nosotros no hay discusion posible en esto. Nuestro Código contiene un título especial destinado á determinar la capa-



cidad de los testigos en toda clase de testamento. Se trata de saber si tal ó cual persona ha podido ser testigo en un testamento, ¿adónde se recurrirá? Es claro que al título destinado á señalar qué personas pueden ser testigos.

Si no reúne los requisitos allí exigidos, y no hay una excepción espresa para determinada clase de testamentos, como la que contiene el presente respecto de la edad, es claro que no puede ser testigo.

Esto es lo racional, y no entrar á hacer diferencias caprichosas donde la ley no las hace. Los arts. 3696 á 3709 legislan para toda clase de testamentos; y donde el legislador no hace distinción, el intérprete tampoco debe hacerla, tratándose de actos de la misma naturaleza.

**3676**—Si el testador falleciere ántes de los noventa días subsiguientes á aquel en que hubiesen cesado con respecto á él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere á este plazo su testamento caducará. (Concuerda con los arts. 3635 y sus concordantes—3684.)

#### CONCORDANCIAS

(Institutos, Lib. 2, tít. 11, § 3—Cód. Frances. 984—Napolitano, 910)—Cód. de Chile, 1044.

**Noventa días subsiguientes:** Si ántes de los noventa días ha vuelto á estar en las condiciones del art. 3672, el tiempo trascurrido no se contará; principiarán á correr de nuevo una vez que hayan vuelto á cesar las causas.

**Valdrá como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria:** Si reúne los requisitos del testamento ológrafo, creemos que subsistirá aunque el testador muera despues de los noventa días (argumento del art. 3670), pues que no es propiamente un testamento militar aunque contenga las formalidades de tal (art. 3649).

**Su testamento caducará:** Pero si con ese testamento militar se ha revocado un anterior, hecho en la forma ordinaria. la revocación queda subsistente (art. 3830, 2ª parte).

**3677**—El testamento otorgado en la forma prescripta, si el testador falleciere, deberá ser remitido al cuartel general y con el vistobueno del

jefe de Estado Mayor, que acredite el grado ó calidad de la persona ante quien se ha hecho, y se mandará al Ministerio de la Guerra, y el Ministro de este departamento lo remitirá al Juez del último domicilio del testador para que lo haga protocolizar. Si no se conociere domicilio al testador, lo remitirá á uno de los Jueces de la capital, para que lo haga protocolizar en la oficina que el Juez disponga. (Concuerda con los arts. 3284—3286—3637—3681.

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 1045—Goyena, 375.

**Si el testador falleciere:** En cualquier tiempo que fallezca, siempre que no hayan cesado los motivos que habilitarán á la persona para testar militarmente, el testamento será válido, aun despues de noventa dias de su fecha de hecho.

**Para que lo haga protocolizar:** Las faltas que se cometan en esto, sea porque se manden á un Juez incompetente ú otro defecto de tramitacion no anularán el testamento; solo deberá mandarse subsanar los defectos.

**3678—**Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto. (Concuerda con el art. 3682.)

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, art. 1047.

**Actuará como ministro de fe, etc., etc.:** En tal caso deberán observarse todas las formalidades del testamento cerrado (art. 3682). La carátula será autorizada por el que actúe como oficial público.

1º Aunque nuestro artículo no dice aquí cuantos testigos deben actuar, en falta de una disposicion espresa como la contenida en el art. 3682 que limita á tres el número de testigos en el testamento marítimo cerrado, parece que deberá seguirse la regla general establecida en el art. 3666, é intervenir en el testamento cinco testigos como está mandado allí.

Creemos que mejor habria sido que en este artículo se limitase espresamente el número de testigos, como en los testamentos marítimos, á solamente tres, por identidad de razones.



2º El testamento cerrado hecho por el que puede testar militarmente, que no pueda valer como cerrado, ¿valdrá como testamento militar si reúne los requisitos de tal? Pensamos que sí, por las mismas razones aducidas por el codificador en la nota al art. 2670 al justificar la disposición que declara válido como ológrafo el testamento cerrado que no pueda valer como tal.

El codificador al admitir, en ese artículo, como ológrafo el testamento que no pueda valer como cerrado, se apoya además en los textos romanos y en Troplong, nº 1654; y esos textos y ese autor piensan que el testamento cerrado del que puede testar militarmente, si no puede valer como tal testamento cerrado, valdrá como militar (nº 1654, desde la p. 585 adelante, tom. 3).

**3679**—Los que naveguen en un buque de guerra de la República, sean ó no individuos de la oficialidad ó tripulación, podrán testar ante el comandante del buque y tres testigos, de los cuales dos á lo menos sepan firmar. El testamento debe ser fechado. Se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original. (Concuerda con los arts. 3678—3680—3688.)

#### CONCORDANCIAS

(Por el Código de Holanda, art. 994, se exige solo dos testigos; lo mismo Goyena, art. 578; por el de Luisiana, tres testigos, art. 1504—Por el de Chile, tres testigos, art. 1048)—Goyena, 578—Laurent, tom. 13, núms. 439 á 441.

#### Los que naveguen en un buque de guerra, etc., etc.

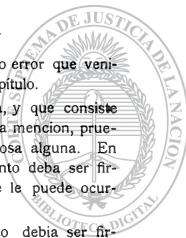
Para que valga el testamento es necesario que se esté en alta mar ó en punto donde no haya cónsul de la República (art. 3685).

**El testamento debe ser fechado:** Debe tambien indicar el lugar en que ha sido hecho, para los efectos del art. 3685.

Debe tambien ser firmado por el testador ó por otro á su ruego si no sabe ó no puede, como se ordena para toda clase de testamento. Debe tambien espresarse la causa por qué no se firma, sea que no sepa ó no pueda. Esto es un requisito tan esencial como la firma misma, porque esa declaracion equivale á la firma, como hemos dicho ántes.

El Dr. Segovia, en la nota 132, dice que no es necesario que se mencione que no sabe ó no puede firmar, porque este ar-





ticulo no exige esta mencion. Siempre el mismo error que venimos combatiendo desde el principio de este Capítulo.

El argumento que ahora pone el Dr. Segovia, y que consiste en decir que la ley no exige en este artículo esa mencion, prueba tanto que en este caso no llega á probar cosa alguna. En efecto: el artículo tampoco dice que el testamento deba ser firmado por el testador, y sin embargo á nadie se le puede ocurrir sostener que fuese válido sin su firma.

¿Por qué no dice el artículo que el testamento debja ser firmado? Porque no hay necesidad de repetir una cosa tan sabida como esta; porque en ningun caso el legislador supone que pueda haber testamento sin la firma del testador ó la de otro á su ruego; la esplicacion de por qué no aparece la firma del testador, suple á la firma misma. Por esto el art. 3674, para los testamentos especiales y el 3662 para los públicos, exigen esta manifestacion, sin la cual no vale el testamento. (Nota al art. 3662).

**3680**—El testamento será custodiado entre los papeles mas importantes del buque, y se hará mencion de él en el diario. (Concuerda con el art. 3683.)

#### CONCORDANCIAS

(Goyena, 580—Cód. de Chile, 917.)

**3681**—Si el buque, ántes de volver á la República, arribare á un puerto estranjero en que haya un agente diplomático ó un cónsul argentino, el comandante entregará á este agente un ejemplar del testamento, y el agente lo remitirá al Ministro de Marina, para los efectos que se ha dispuesto respecto al testamento militar. Si el buque volviese á la República, lo entregará al capitán del puerto, para que lo remita á iguales efectos al Ministerio de Marina. (Concuerda con los arts. 3677 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Goyena, 581 y 592—Cód. Frances, 991—Napolitano, 917)—Cód. de Chile, 1050.

**Entregará á este agente:** Esto se hace aun cuando no haya muerto el testador, por el peligro que corre de perderse el buque en el mar.

En esto se diferencia la remision de este testamento del militar, que solo se remite si muere el testador, art. 3677.

**3682**—Si el que puede otorgar testamento marítimo prefiriere hacerlo cerrado, se observarán las solemnidades prescritas para esta clase de testamentos, actuando como ministro de fe el comandante del buque ó su segundo ante tres testigos, de los cuales á lo menos dos sepan firmar, observándose lo demás dispuesto en este capítulo para el testamento marítimo. (Concuerda con los arts. 3665 y sigtes.—3678—3681.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1054.)

**Lo dispuesto en este capítulo:** Se refiere al duplicado, y á la remision de uno de ellos á los agentes consulares, en los casos del art. 3681.

**3683**—En los buques mercantes, bajo la bandera argentina, se podrá testar en la misma forma que en los buques de guerra, haciéndose el testamento ante el capitán, su segundo ó el piloto, observándose en lo demás lo dispuesto para los testamentos hechos en un buque de guerra. (Concuerda con los arts. 3679 á 3682.)

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 1055—Goyena, 578, inc. 5.

**Que en los buques de guerra:** Podrá tambien hacerse testamento cerrado en los buques mercantes. Los capitanes de los buques mercantes deberán observar tambien lo prescripto en el art. 3681 para los testamentos hechos en los buques de guerra, por la razon indicada en su comentario.

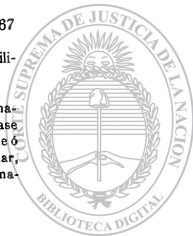
**3681**—El testamento no valdrá sino cuando el testador hubiese fallecido ántes de desembarcar, ó ántes de los noventa dias subsiguientes al desembarco.

No se tendrá por desembarco el bajar á tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque. (Concuerda con el art. 3676.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1052—Frances, 996—Napolitano, 922)—Goyena, 583.

**El testamento no valdrá, etc., etc.** Se refiere tanto á los testamentos hechos en buque mercante como en buque de guerra. (Véase las concordancias.)





Cuando el testamento es cerrado no caducará porque pasen los noventa días después del desembarque, por la razón indicada en nuestro comentario al art. 3876.

**3685**—El testamento no se reputará hecho en el mar, si en la época en que se otorgó se hallaba el buque en puerto donde hubiese cónsul de la República. (Concuerda con los arts. 3635—3636—3679.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 994—Goyena, 578, inc. 5.

**No se reputará hecho en el mar:** Es decir: cesará el privilegio de hacer testamento marítimo cuando se está en un puerto donde hubiese cónsul de la República; si se hace, será nulo, pues que solo se autoriza el testamento marítimo porque el testador no puede recurrir á otro medio, y desde que está en un puerto en que hay cónsul, puede valerse de la autorización dada en el art. 3636 y testar ante ese cónsul.

**3686**—Son nulos los legados hechos en testamento marítimo á los oficiales del buque, si no fuesen parientes del testador. (Concuerda con los arts. 3288—3289—3653—3664—3702—3706—3739.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 997—Troplong, núms. 725 y sigtes.

**En testamento marítimo:** Se comprende aquí á todos los testamentos hechos en el mar, sean ológrafo ó cerrado, por el peligro de presión que puede haber. La mayoría de los autores franceses interpretan del mismo modo el art. 997 frances, igual al que estudiamos.

1º Los concordantes citados son aplicables al testamento marítimo en lo que se refiere á la incapacidad para heredar, tanto los testigos como el que oficie de ministro de fe. (Troplong, nº 1731.)

La disposición del art. 3653 es también aplicable.

**3687**—Las personas que pueden testar militarmente y las que pueden otorgar un testamento marítimo, pueden testar en la forma ológrafo. (Concuerda con los arts. 3624—3672—3678—3679.)



## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 21, n° 455)—Nuestro comentario al art. 3678.

Si el testamento no puede valer como testamento marítimo ó militar, valdrá como ológrafo si reúne los requisitos de tal, (argumento del art. 3670, y nuestro comentario al 3678).

**3688**—Los militares embarcados en buque del Estado para una expedición militar, pueden testar militarmente, ó bajo la forma del testamento marítimo. (Concuerda con los arts. 3672—3679.)

## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 21, n° 450)—Vazeille, sobre el art. 965.

**Los militares embarcados**: Lo mismo que las otras personas enumeradas en el art. 3676, pues nuestro Código no contiene un privilegio especial para los militares; permite testar militarmente, no por el hecho de ser militar, sino por encontrarse en circunstancias especiales determinadas por la ley.

De consiguiente, todo el que se encuentre en idéntica circunstancia debe tener el mismo derecho.

**3689**—Si por causa de peste ó epidemia no se hallare en pueblo ó lazareto, escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, ó ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescritas para los testamentos por acto público. (Concuerda con los arts. 3655—3672—3690.)

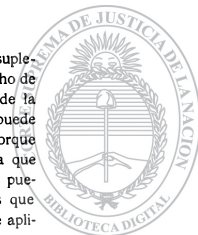
## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 985—Nuestro comentario al art. 965—Vazeille, sobre el art. 985, n° 2.

**No se hallare en pueblo ó lazareto**: Siendo el testamento hecho en tiempo de epidemia, y no tratándose de ciudades donde hay muchos escribanos, sino pueblos de campaña donde siempre son pocos, se presumirá que realmente no se hallaba escribano. Pero las partes interesadas podrán probar que había escribano el día que se hizo el testamento y que si se hubiese solicitado se habría encontrado.

Probado esto, el testamento sería nulo, porque se haría sospechosa la sinceridad del acto, y porque la autorización dada á





los municipales y á los jefes de lazaretos es puramente supletoria. Si no se ha buscado al escribano, que por el hecho de ser tal ofrece suficiente garantía, y se ha preferido abusar de la autorización de la ley para ir á buscar un municipal, que puede ni ser idóneo ni honrado, para hacer el testamento, será porque han encontrado conveniente que sea hecho por esa persona que no es depositaria de la fe pública, y esta conveniencia no puede sino tener por origen un fraude. Las consideraciones que hemos puesto en el comentario al art. 3655 son exactamente aplicables al presente.

**Ante un municipal:** Ó tambien ante el Juez de Paz, pues median aquí las mismas consideraciones que se han tenido en vista en el art. 3655 para permitir por ese artículo que el testamento pueda ser hecho por el Juez de Paz, á falta de escribano. Que éste falte porque nunca haya habido, ó por motivo de la epidemia, á los ojos de la ley tiene que ser lo mismo para el efecto de autorizar la formación del testamento por las personas indicadas en el citado art. 3655.

**Con las demas solemnidades:** Tanto respecto al número de testigos, lectura del acto, mencion de que se han llenado las formalidades legales, etc., etc.

Las incapacidades relativas al escribano y testigos, se aplicarán tambien á esta clase de testamentos.

## CAPITULO V

### De la apertura, publicacion y protocolizacion de algunos testamentos

**3680**—El testamento por acto público, hecho en la campaña ó en los pueblos de la campaña ante el Juez de paz, ó ante un oficial municipal, debe mandarse protocolizar á solicitud de parte, sin ninguna otra diligencia previa. (Concuerda con los arts. 116—3637—3655—3677—3681—3689.)

#### CONCORDANCIAS

Goyen, 592.

**Sin ninguna otra diligencia:** Nos parece peligroso el carácter de autenticidad que se da por este artículo á los testamentos á que se refiere.



Ha debido por lo menos exigirse el reconocimiento de la firma de los testigos, del otorgante y autorizante, como se exige por el art. 3694, para el testamento cerrado, cuya autenticidad, por lo mismo que es hecho ante un escribano, es mayor que la del que se hace un Juez de Paz de Campaña ó un Municipal. Véase lo que decimos en el comentario al art. 3655. Por el Código de Chile, art. 1020, se exige el reconocimiento de las firmas en esta clase de testamentos, lo que, como decimos, nos parece muy conveniente.

**3691**—El testamento ológrafo, y el cerrado, deben presentarse tales como se hallen, al Juez del último domicilio del testador. (Concuerda con los arts. 116—3284—3285—3690—3692—3694.)

#### CONCORDANCIAS

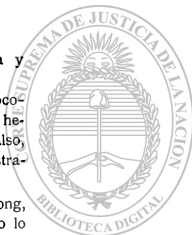
(Ley 2, tit. 2, Part. 6.—Cód. Frances, 1007)—Goyena, 592.

**3692**—El testamento ológrafo, si estuviere cerrado, será abierto por el Juez, y se procederá al exámen de testigos que reconozcan la letra y firma del testador. Resultando identidad en concepto de los testigos el Juez rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas, y mandará que se entregue con todas las diligencias hechas, al escribano actuario, y que se den copias á quienes corresponda. (Concuerda con los arts. 116—1033—3637—3650—3691—3694—3695.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, arts. 1648 y 1650—Frances, 1007—Napolitano, 983)—Goyena, 593—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 6, Serie 2, p. 468—Tom. 7, p. 457—Véase nuestro comentario al art. 3650—Código de Procedimientos de la Capital de la República, art. 713—Nota del codificador al art. 1033.

**Y se procederá al exámen de testigos, etc., etc.:** El reconocimiento de que habla este artículo no es precisamente un juicio contradictorio entre las partes, sino una semi-prueba al solo efecto de mandar protocolizar el testamento. Así, una vez que los testigos presentados declaren que en su opinion el testamento es de puño y letra del testador, aunque las partes interesadas lo tachen de falso ó de nulo, el testamento se mandará protocolizar; pero esto no influirá en nada ni hará cosa juzgada para el juicio ordinario que sobre falsedad deben seguir las partes que por esta causa atacuen el testamento (art. 713 del Código de Procedimientos, citado).



Mientras no se presenten testigos que reconozcan la firma y letra del testador, no se debe mandar protocolizar.

Pero una vez hecho este reconocimiento y mandato protocolizar, los herederos instituidos pueden pedir la posesion de la herencia, sin perjuicio de que si el testamento es tachado de falso, se suspenda esto y se tomen todas las medidas de administracion necesarias hasta terminar el juicio.

1º El primer juicio es meramente informativo, dice Troplong, nº 1821; pero el segundo, el de falsedad, es ordinario, como lo indica nuestro Código de Procedimientos.

2º El hecho de que el testamento ológrafo, que ántes ha estado cerrado, se encuentre abierto, no será causa para su nulidad, ni se debe considerar como revocado (Troplong, nº 1819); la carátula ó cerradura no es de su esencia, como lo es del testamento cerrado, como lo establece el art. 3836 y nota del codificador al mismo.

3º El Juez no está obligado á seguir la opinion de los peritos respecto á la autenticidad ó falsedad del testamento. (Véase comentario al art. 3659.)

**3693**—Todo el que tenga algun interes en el testamento cerrado, puede pedir al Juez que se abra. (Concuerda con los arts. 116—3694.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1, tit. 2, Part. 6º)—Goyena. 599 y su comentario—Código de Procedimientos de la Capital de la República, arts. 704 á 719.

**El que tenga algun interes:** Como no se puede conocer de antemano cuáles son los verdaderos interesados fuera de los parientes en grado sucedibles, parece que cualquiera que sea el que solicite la apertura del testamento diciendo que cree que es heredero ó legatario debe accederse al pedido. De esto no resultará ningun inconveniente, puesto que ántes de proceder á la apertura se debe citar á los herederos *ab intestato*, ó á sus representantes, al Defensor de Menores, cuando hubiese herederos menores, y al Agente Fiscal, cuando no hay ó no se conocen los herederos *ab intestato* (art. 707, Código de Procedimientos); y nada se habria perdido si resultase que el que pidió la apertura no tiene interes alguno en la sucesion.

**3694**—El testamento cerrado no podrá ser abierto sino despues que el escribano y los testigos reconozcan, ante el Juez, sus firmas y la del testador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó.

Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte, ó ausencia fuera de la Provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del escribano. (Concuerda con los arts. 116—1033—3691—3692—3695.)

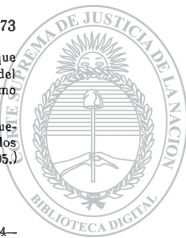
#### CONCORDANCIAS

(LL. 1, 2 y 3, tit. 2 Part. 6.—LL. 4 á 7, tit. 3, Lib. 29. Dig.)—Goyena, 594—Cód. de Chile, art. 1025—Cód. Frances, 1007—Demolombe y Troplong, sobre dicho artículo.

**Como lo estaba cuando el testador lo entregó:** Si el testamento estaba abierto y el pliego que contiene el testamento era independiente del de la carátula ó sobre en que estaba guardado, quedara aquél sin efecto alguno.

En efecto: roto el sobre dentro del cual está un testamento que no ha sido escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador, desaparece la seguridad que puede haber de que no ha sido cambiado por otro; desaparece la forma principal y esencial del testamento cerrado, que es la carátula, que garante su autenticidad. De nada serviría que los testigos reconociesen su firma puesta en la carátula, si no pueden asegurar que el pliego que está adentro es el mismo que entregó el testador, desde que no se encuentra la cerradura tal como él la dejó (art. 3836 y nota del codificador al mismo y su comentario).

1º Pero si el testamento está escrito en el mismo pliego en que está la carátula, y ha sido abierto con el consentimiento de todos los herederos, el hecho de no haberse observado el procedimiento marcado en este artículo para abrirlo, no puede invalidarlo, pues este artículo no contiene una disposicion de fondo, sino de fórmula (Demolombe, tom. 21, nº 503 — Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 591). Sabiendo que ha sido abierto despues de la muerte del testador, deja de ser aplicable el art. 3836, que declara quedar revocado el testamento cerrado roto ó abierto por el testador (nota al mismo artículo); y no siendo en pliego separado desaparece el peligro de la sustitucion. Cuando es en pliego separado del de la carátula, y no se ha protocolizado inmediatamente despues de la apertura, hay el peligro



de una sustitucion. En tal caso cualquiera podrá oponerse á la ejecucion del testamento.

2º Aunque éste se encuentre cerrado al presentarlo al Juez, si los testigos declaran que no lo está como lo entregó el testador, será declarado nulo, con arreglo al art. 3836, porque se presumirá que ha sido roto por el testador como medio de revocarlo, salvo que se pruebe plenamente lo contrario (art. 3835). Véase comentario á los artículos citados.

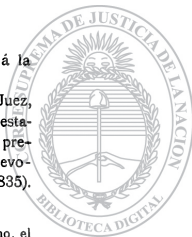
**3695**—Si por iguales causas no pudieren comparecer el escribano, el mayor número de los testigos, ó todos ellos, el Juez lo hará constar así, y admitirá la prueba por cotejo de letra. Cumplido esto, el Juez rubricará el principio y fin de cada página, y mandará protocolizar el testamento y dar á los interesados las copias que pidiesen. (Concuerda con los arts. 3637, 2ª parte—3692—3694.)

#### CONCORDANCIAS

Goyena, 595 y 596—Cód. de Chile, 1025.

**Por cotejo de letras:** Si no se pudiera hacer este cotejo por falta de firmas auténticas, podrá tambien probarse la autenticidad de la firma por testigos que abonen su identidad ú otros medios de prueba, como lo establece en principio general el art. 1033. El Juez no está obligado á seguir la opinion de los peritos si cree que las firmas no son auténticas cuando ellos creen que sí, ó viceversa, porque la comparacion de letras solo se ordena, como dice el codificador en la nota al art. 1033 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; pero si á la opinion de los peritos se agrega la del Juez, la prueba se considera completa, como lo ha establecido la Cámara de Apelaciones de la Capital (Fallos, tom. 3, Serie 1ª, p. 394, y tom. 8, p. 443).

---



## De los testigos en los testamentos

**3696**—Pueden ser testigos en los testamentos, todas las personas á quienes la ley no les prohíbe serlo. La incapacidad no se presume, y debe probarla el que funde su accion en ella. (Concuerda con los arts. 52—53—990—991—3702 á 3709 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

(L. 2, Dig., *De probat.*—Demolombe, tom. 21, n° 217—Troplong, *Testament*, n° 1685—Merlin, *verb. témoin, instrument*)—Laurent, tom. 13, n° 256—Nota del codificador al art. 9697.

**A quienes la ley no prohíbe serlo:** Como, en materia de testigos testamentarios, nuestro Código ha adoptado una legislación especial, debemos decir que las reglas generales establecidas en los arts. 990 y siguientes para los actos jurídicos en general, no son aplicables á los testigos de los testamentos. Aunque la mayor parte de las incapacidades declaradas por esos artículos están adoptados tambien en el título que entramos á estudiar, hay muchas otras que no lo están, y por lo mismo deben considerarse como no existentes respecto á los testigos testamentarios. Su capacidad ó incapacidad, sea relativa ó absoluta, debe regirse única y exclusivamente por lo dispuesto en el presente título, ó en otras disposiciones que se refieran especialmente á éstos, tales como la del art. 3664, por ejemplo.

Hay dos clases de incapacidades para ser testigos: unas *naturales* y otras *legales*, como las llama Demolombe, tom. 21, n° 178. En los Códigos que se diferencian del nuestro, como el frances y otros, que no contienen un título especial destinado á re-







glar de un modo completo estas dos clases de incapacidades, cuando se trata de saber si un testigo es capaz ó no, se indaga primero si la incapacidad que se le atribuye es legal ó absoluta; si es legal, la sancion de su incapacidad debe resultar de una disposicion espresa y especial para los testigos testamentarios; pero cuando la incapacidad es absoluta ó natural, no conteniendo esos Códigos un título especial como el nuestro, destinado á reglar una y otra incapacidad, la dificultad se decide por los principios generales que rigen en materia de testigos instrumentales en general, que no sean espresamente modificados para los testamentos. Esto entra en el órden natural y lógico de las cosas, y es lo que se ve en todas las cuestiones sobre la materia, tratadas por los escritores franceses.

Pero cuando dentro de las mismas reglas, diremos así, que rigen en materia de testamento, se ha reglamentado de un modo especial, tanto la incapacidad natural como la legal, no hay para que, ni se debe tampoco, recurrir á otra parte que á esas disposiciones especiales para resolver cualquier duda sobre la capacidad ó incapacidad de un testigo.

Podemos decir, entónces, que son capaces de ser testigos todas las personas que el presente título, ó en otras disposiciones que se refieran espresamente á testigos testamentarios, no estén declarados incapaces, aun cuando estén en las condiciones de ser declarados incapaces para ser testigos en otros actos públicos en general, pues el presente título como ley especial, deroga para los testigos de los testamentos todas las incapacidades no mencionadas y que puedan encontrarse en otra parte del Código como regla general. Tal sería la incapacidad derivada de órdenes sacerdotales de que habla el art. 990 ú otras así, que no están sancionadas como tal en el presente título.

3º La incapacidad, sea absoluta ó relativa, que no tenga un efecto especialmente determinado, como la establecida en el art. 3664, produce siempre la nulidad del testamento, pues que, como dice Demolombe, tom. 21, nº 221, la capacidad es cuestion de forma, y la forma, es indivisible y exigida bajo pena de nulidad (Demante, tom. 4, nº 120, *vis*,—Laurent, tom. 13, nº 289). La presencia del notario, dice este último autor, y de testigos capaces, es esencial en el testamento público (y tambien en el cerrado); por consiguiente, si el notario ó un testigo es incapaz,

el testamento es absolutamente nulo en el todo, por estar viciada la sustancia misma. Esta es la doctrina y la jurisprudencia universalmente aceptada (Demante, tom. 4, n° 120, *bis*).

**3697**—Un testigo incapaz debe ser considerado como capaz, si según la opinión común, fuere tenido como tal. (Concuerda con los arts. 923—929—991.)

## CONCORDANCIAS

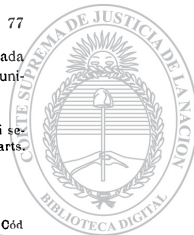
(Ley 9, tit. 1, Part. 7—Inst. § 7, Tit. 10, Lib. 2—Ley 1. tit. 23, Lib. 6, Cód. Rom.—Demolombe, tom. 21, n° 220—Marcadé, sobre el art. 980, n° 59—Trop-Long, testamento, n° 1686—Anbry y Rau, § 670)—Notas del codificador á los arts. 923 y 4007.

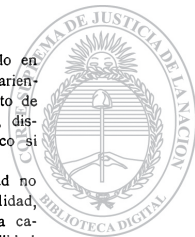
**Debe ser considerado como capaz:** Es decir, no invalida el testamento su falta de capacidad.

**Si según la opinión común, fuere tenido como tal:** El error sobre la capacidad del testigo, á que se refiere este artículo, es un error de hecho, que por lo mismo es excusable cuando la misma opinión común estaba equivocada; hay entonces un error invencible. Tanto el escribano como el testador no han podido desconfiar de la capacidad del testigo desde que en apariencia y en concepto general, no tenía ninguna; en tal caso, esa capacidad putativa suple la capacidad verdadera. Es por esto que el art. 3699 exige que los testigos sean conocidos del escribano. El conocimiento que el escribano tiene del testigo agregado á la opinión general de capacidad, es lo que disipa el error é impide la nulidad del testamento.

Pero, como lo da á entender muy bien este artículo, el error debe ser común y posible, ó lo que es lo mismo, invencible, como dice el codificador en la nota, pues si no tiene estos caracteres no hay capacidad putativa. Así, si un testigo, en concepto general, tiene toda apariencia de ser mayor de edad y él mismo declara que lo es, habrá un error excusable; pero si el aspecto físico de la persona demuestra á las claras que no es mayor de edad, no habrá error excusable y el testamento será nulo por defecto de capacidad del testigo.

Es necesario, dice Demolombe, lugar citado, que la opinión de capacidad sea el resultado de una serie de actos que formen, respecto de la persona del testigo, una posesión pública del estado que esta capacidad supone.





Para resolver si debe aplicarse ó no el presente artículo en un caso dado, el Juez solo tendrá que averiguar si la apariencia de capacidad del testigo ha sido tal, que en concepto de cualquiera podia pasar por capaz. No sería, por ejemplo, disculpable el error por la falta de conocimiento de parentesco si el testigo lleva el mismo apellido que el testador.

1º Probada la incapacidad de éste (porque la incapacidad no se presume, art. 3692, 2ª parte), por quien demanda la nulidad, al que sostiene la validez del testamento, fundándose en la capacidad putativa del testigo, corresponde demostrar la posibilidad de ese error, porque como escepcion que es, corresponde probarla al que la opone. El artículo considera capaz al testigo incapaz cuando median circunstancias especiales; por consiguiente, al que alega la existencia de esas circunstancias corresponde probarlo, debe probar que existe el error, porque, como dice Tropolong, éste no se presume; el que no es capaz se supone que tal es considerado por la opinion general. Así, probándose que uno de los testigos era incapaz, menor de edad, por ejemplo, el testamento será nulo si no prueba que la incapacidad no ha podido ser conocida por el escribano, porque en concepto general, y en razon de alguna de las circunstancias enumeradas por el codificador en la nota á este artículo esa incapacidad no ha podido ser conocida.

Casi siempre será imposible esta prueba, especialmente cuando se trata de la edad y la nulidad se entabla muchos años despues de la fecha del testamento.

2º Debe tenerse presente que el error disculpable es únicamente el de hecho, y no el de derecho; así, si se trata de un menor de edad que el escribano creia que podia ser testigo, aun siendo menor, tal error no sería excusable, con arreglo á los principios de derecho.

**3698**—La capacidad de los testigos debe existir al tiempo de la formacion del testamento. (Concuerda con los arts. 990—3613.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 22, tit. 1, Lib. 28, Dig.—Demolombe, tom. 21, n° 197—Tropolong, *Testamento*, n° 1684—Toullier, tom. 5, n° 405—Aubry y Rau, § 670)—Nota del codificador al art. 3664.

**A tiempo de la formacion del testamento:** La capaci-

dad sobreviniente, por cualquier causa que ésta sobrevenga, ya sea porque desaparezca el inconveniente físico ó legal que impedía ser testigo, el testamento no se valida.

**3699**—Los testigos deben ser conocidos del escribano. Si éste no los conociese, puede exigir ántes de otorgar el testamento, que dos individuos aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellas. (Concuerda con los arts. 1002—3654—3701.)

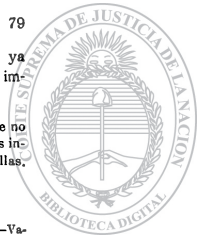
#### CONCORDANCIAS

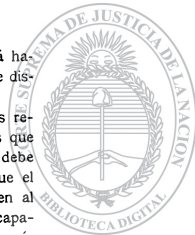
Troplong, testamento, n° 1680—Demolombe, tom. 21, núms. 189 y 228—Vazeille, sobre el art. 980.

**Los testigos deben ser conocidos del escribano:** ¿Qué efecto producirá la violacion de esta disposicion? El Dr. Segovia en la nota 5 á este artículo, dice que solo producirá una pena contra el escribano, pero que el testamento no será nulo; los motivos en que se funda este autor para sostener semejante cosa, no los da.

Tenemos por indudable que si los testigos no son conocidos del escribano, el testamento será nulo. Si fuera como dice el Dr. Segovia que la falta de este requisito no anulase el testamento en razon de no ser exigido espresamente bajo pena de nulidad, tendríamos que todas las disposiciones del presente título podian violarse sin que esto afectase en nada la validez del acto; que podría ser testigo el loco, el ciego, el sordo-mudo, etc., etc., pues que todas esas incapacidades están declaradas en los mismos términos que la del artículo que estudiamos sin declaracion espresa de nulidad. Esto de elegir á placer las distintas disposiciones del presente título para declarar que la violacion de unas no trae la nulidad y que la violacion de otros, concebidos en los mismos términos, trae las nulidades es simplemente un absurdo.

Nuestro Código ha adoptado un sistema especial en lo que se refiere á la capacidad de los testigos; ha consagrado un título especial tambien para determinar los requisitos que deben llenar los testigos para poder ser tales. En todo ese título no se encuentra la palabra *nulidad*; todas sus disposiciones son prohibitivas, porque hace condicion indispensable para la validez del testamento, que á las personas que intervienen no les esté prohibido hacerlo. Todos ellos tienen la misma fuerza, y desde que la ley no distingue, todas tienen que producir los mismos efectos.





tos, sin que al Juez ó al intérprete le sea permitido entrar á hacer distintas categorías de prohibicion donde la ley no hace distincion.

El testamento autorizado por testigos que no reúnen los requisitos exigidos por la ley está en las mismas condiciones que un testamento al cual le falta el número de testigos que debe llenar; en esta condicion se encontraría el testamento en que el escribano no conociera los testigos ó los testigos no conocen al escribano, se encontraría sin testigos, es decir sin testigos capaces como exige la ley. ¿Por qué el Dr. Segovia no declara válido un testamento en que los testigos son locos? Dirá tal vez que esta falta es mas grave; pero nosotros decimos que, aparte de que esto es cuestionable, al intérprete no le es permitido hacer distinciones sugeridas por su solo criterio donde la ley no distingue; y si en el mismo título y con las mismas palabras la ley prohíbe ser testigo al demente y al que no es conocido del escribano, sin hacer garantizar su personalidad por testigos conocidos, la falta de una ú otra cosa tiene necesariamente que producir el mismo efecto.

Esto por lo que hace á los principios que rigen en materia de interpretacion.

1º Si de aquí pasamos á examinar la razon misma de la disposicion, la doctrina surge con mayor facilidad.

El objeto que la ley se propone al exigir que el escribano conozca los testigos es que aquel pueda dar fe de la *capacidad de éstos*. Un escribano que no conoce á los testigos no puede dar fe de que viven en tal parte y que tienen tal nombre; precisamente con este objeto es que la ley exige que los testigos sean residentes en el lugar en que se otorga el testamento, como lo dice el codificador en la nota art. 3654.

Cuando el art. 3657 exige *bajo pena de nulidad* que el escribano designe el nombre, residencia y edad de los testigos, no se referia á una designacion inconciente, diremos así, como seria la que hiciera el funcionario que no conoce á los testigos, sino á una designacion á ciencia propia de que los testigos nombrados residen en tal ó cual parte y que tienen el nombre puesto en el cuerpo del testamento. Esa afirmacion debe hacerla el escribano con un conocimiento personal de lo que afirma, y no como una mera fórmula.

Basado esencialmente en el conocimiento que el escribano debe tener del testigo, dice Troplong, Testamento, tom. 3, n° 1680, es que la ley exige que aquél designe la residencia y nombre de los testigos.

Sin ese conocimiento es imposible establecer la identidad de la persona del verdadero testigo con el nombre indicado; y es precisamente con este fin que el art. 3699 dice "que cuando el escribano no conoce á los testigos puede exigir ántes de otorgar el testamento que dos individuos aseguren la identidad de su persona y residencia".

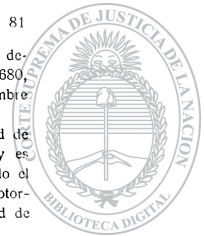
Por esta prevision del legislador se ve que el conocimiento de los testigos por parte del escribano no es una mera forma que no afecte la nulidad del testamento, sino, como dice Demolombe, tom. 21, n° 189, de la esencia de la forma del testamento, porque la falta por suposicion de persona, dice en el n° 228 del mismo tomo, *es de las mas temibles* de todas las falsificaciones.

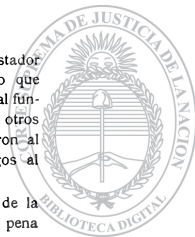
2° Muchas veces habrá que recurrir á los mismos testigos del testamento para saber si han llenado las formalidades exigidas por la ley, y en muchos casos esos testigos no podrán dar fe de nada por falta de conocimiento del escribano.

Así, por ejemplo, el art. 3658 exige que el testamento sea, bajo pena de nulidad, leído por el escribano y *firmado en su presencia*; si se alegase la nulidad del testamento por no haber sido firmado en *presencia* del escribano, los testigos que no conocian á éste no podrian declarar á ciencia cierta si la persona que hacía de escribano era realmente el que aparece como tal, ó si era un amanuense de éste; en tal caso no habria medio de averiguar la verdad.

Por este solo ejemplo se ve que la prevision del legislador es algo mas que un precepto impuesto al escribano: que es una cuestion de capacidad en el testigo.

Si el objeto de los testigos testamentarios es dar fe completa de las enunciaciones contenidas en el testamento, entre ellas la presencia del escribano á tiempo de la lectura y firma del testador, el testamento en que hay un testigo que no puede afirmar esto último, por no poder constatar la individualidad del escribano, es un testigo inútil, y si es inútil es como si no existiera, lo que traerá la nulidad del acto.





Así como es necesario que el escribano conozca al testador para constatar su individualidad y afirmar que es el mismo que firma el testamento, así también los testigos deben conocer al funcionario autorizante y éste á aquéllos, de modo que unos y otros puedan constatar también su identidad con los que asistieron al acto. Tal es el objeto de la prescripción de los testigos al acto (Revista Forense Chilena, tom. 4, p. 22).

3º Á todo esto debe agregarse que todas las exigencias de la ley en materia de testigos testamentarios son hechos bajo pena de nulidad del testamento; son disposiciones especiales que nada tienen que ver con los demás testigos de los instrumentos públicos en general, y esto se ve también por el título especial que á este objeto ha consagrado nuestro codificador.

**3700**—Los testigos deben conocer el idioma del testador y el idioma en que se extiende el testamento. (Concuerda con los art. 999—3663.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, 591—Demolombe, tom. 21, n° 197—Troplong, Testamento, n° 155)—Vazeille, sobre el art. 972.

El presente artículo es una repetición de lo dispuesto en el art. 3663.

**3701**—Los testigos deben tener residencia en el distrito en que se otorga el testamento. (Concuerda con el art. 3654 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, 189—Toullier, tom. 5, n° 397)—Las del art. 3654—Nota del codificador al mismo art. 3654.

Este artículo y sus concordantes son una consecuencia de lo dispuesto en el art. 3699.

Por lo demás, es también una repetición del 3654; y bien ha podido suprimirse.

**3702**—No pueden ser testigos los ascendientes ni descendientes del testador; pero pueden serlo sus parientes colaterales ó afines, siempre que el testamento no contenga alguna disposición á su favor. (Concuerda con los arts. 3653—3664—3686—3706—3707.)

## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 116—Tropilong, Testamento, n° 1603—Toullier, tom. 5, n° 392—Aubry y Rau, § 670, nota 21.

**Siempre que el testamento no contenga alguna disposicion á su favor:** Si hay alguna disposicion á su favor; será nulo el testamento, ó solo quedará sin efecto la disposicion, como en el caso del art. 3664?

Si no fuera mas que este artículo el que hubiera que combinar con el 3664, podríamos decir que cuando el testigo es pariente del testador y á mas legatario, todo el testamento sería nulo segun el presente; pero cuando el testigo no es pariente del testador y es al mismo tiempo legatario, el testamento no se anularia, sino que se dejaria sin efecto la disposicion hecha á favor de esos testigos, como lo establece el art. 3664, lo que, si bien habria en esto una inconsecuencia del Código, sería la única interpretacion posible. Pero es el caso que el art. 3706, impide esta interpretacion, y dificulta doblemente la cuestion.

En ese art. 3706 ya no se hace esta distincion entre los que son y los que no son parientes del testador: prohíbe lisa y llanamente ser testigo á toda persona que reciba algun favor por las disposiciones del testador.

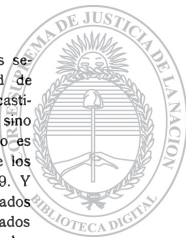
De aquí resulta, que el testamento que tiene por testigos á tales personas, será radicalmente nulo por falta de testigos: mientras que segun el art. 3664 solo se dejaria sin efecto el legado ó beneficio determinado en el testamento, quedando éste válido, como lo dice el mismo codificador en la nota á dicho artículo.

La dificultad que resulta de los testos se agrava, yendo á las fuentes de estas disposiciones. En efecto, el art. 3664 ha sido tomado del art. 954 de Holanda y del art. 614 del Proyecto de Goyena, quien declara separarse de la doctrina francesa sancionada por el art. 975 frances, al paso que el que estudiamos y el 3706 han sido copiados de Aubry y Rau, 670, y demas autores franceses que siguen la doctrina del Código de Napoleon, que anula el testamento en que los testigos son á la vez herederos ó legatarios.

Es indudable que segun estos dos últimos artículos de nues-







tro Código, el testamento hecho en las condiciones indicadas será nulo por falta de testigos capaces, pues la capacidad de éstos no es por nuestra ley una mera fórmula que se castigue con pena al escribano que pone testigos incapaces, sino una condicion de existencia del testamento mismo. Por esto es que se ha adoptado un sistema especial para la capacidad de los testigos, como lo hemos dicho en el comentario al art. 3699. Y si esto no bastase, lo dicen suficientemente los autores citados por el codificador en este artículo, y que son los mismos citados en el 3653, á los cuales hace referencia especial el codificador en la nota al 3664, diciendo que dichos autores declaran nulo el testamento hecho en presencia de testigos legatarios, como los de que habla el mismo art. 3664.

De modo que lo que aparece de la combinacion de todas estas citas y notas es que el Dr. Velez declara en el art. 3664. separarse de la doctrina francesa seguida por Aubry y Rau, Troplong, etc., y en los dos que estudiamos declara seguirlos, cuando precisamente legisla hipótesis iguales, testamento en que los testigos reciben por el mismo acto algo del testador.

Hemos consultado el punto con varios de nuestros colegas y todos han pensado que la única interpretacion es la siguiente. El art. 3706 solo contiene un principio general, cuyo alcance está limitado por el 3664.

Que la violacion del 3706 no trae la nulidad del testamento, si no simplemente la nulidad del beneficio.

La mente del codificador no puede ser otra; esto se demuestra fácilmente teniendo en cuenta que en el art. 3664, aparte de la disposicion, está la nota del codificador, en que haciéndose cargo del sistema frances que anula el testamento cuando el testigo es legatario, lo rechaza y dice espresamente que sigue el sistema adoptado por Goyena, al paso que el art. 3706 está introducido mas bien por un descuido, ó por una redundancia inútil. En el primero la mente del legislador es indudable, desde que el mismo se encarga de aclararla; el segundo ofrece duda sobre su alcance. En tal caso, lo racional es suponer que con esta disposicion no se ha querido derogar la primera, sino senalar en principio general una incapacidad cuyas consecuencias se determinan por el 3664.

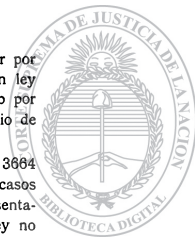


Nos confirma en esto lo espuesto por Goyena, citado por el codificador, en el comentario al art. 614, refiriéndose al Código de Holanda. El art. 991 de este Código contiene una disposición semejante á la del art. 975 frances, y 3706 nuestro, "pero el rigorismo literal del art. 991 Holandes (que es el mismo del 3607 nuestro), parece estar templado y debe explicarse, dice Goyena, por el 954". Este art. 954 á que se refiere Goyena, es exactamente igual al 3664 nuestro. De modo que nosotros podemos tambien decir lo que Goyena dice del Código de Holanda: que el rigor literal del art. 3706, igual al 991 de Holanda, está templado y debe explicarse por el 3664, equivalente al 954 de Holanda.

Quizá, esto tuvo en cuenta nuestro legislador al adoptar el art. 3706, sin entender por esto contrariar el 3664. Lo mejor habria sido suprimir el primero por innecesario. En el mismo caso se encuentra el art. 3707, respecto á los parientes del escribano, de que tambien habla el art. 3664.

1º ¿Será aplicable el mismo principio al testamento cerrado? Pensamos que no. Desde que el principio que debe regir es el sentado espresamente por el art. 3664, no podemos aplicarlo al testamento cerrado, puesto que ese artículo habla espresamente del *testamento por acto público*. Aunque el testamento cerrado puede considerarse tambien como acto público desde que interviene el escribano, no lo es tal en el sentido de la denominacion propia que le da nuestro Código; le llama simplemente *testamento cerrado*, en contraposicion al testamento por *acto público*, que debe ser hecho, segun el art. 3654, ante escribano público y tres testigos. El legislador consagra á cada clase un capítulos distinto; el uno con el epigrafe de "testamento por acto público", y el otro con el de "testamento cerrado".

De modo que aun cuando este último pueda considerarse, como decimos, público tambien, cuando el legislador habla de "testamentos públicos", sabemos que se refiere al testamento abierto hecho ante escribano y tres testigos, y no al cerrado, en el cual solo interviene el escribano para hacer su carátula (art. 3666). Por esto decimos que hablando el art. 3664 del testamento por acto público, no podemos estender su prohibicion al que no es tal en el sentido del Código.



Lo contrario sería establecer una incapacidad para recibir por testamento, como es la sancionada en el citado artículo, sin ley expresa, y solo por interpretación, lo cual está rechazado por el principio de que no hay incapacidad sin ley, y al principio de que lo odioso debe restringirse.

Por otra parte, siendo la incapacidad creada por el art. 3664 una incapacidad relativa, ella no debe aplicarse sino á los casos espresamente señalados, para no chocar con el principio sentado en el art. 3696 de que son capaces todos los que la ley no les prohíbe ser testigo.

Respecto á la razon misma de la distincion, diremos que no es lo mismo un testigo que sabe que es heredero y otro que ignora el legado que se le hace; el que acepta ser testigo en un testamento, sabiendo que en el mismo se le hace un legado, se supone que renuncia á él á fin de ser testigo, pues que sabe ó debe saberlo, que la ley le prohíbe ser las dos cosas, legatario y testigo; el que es legatario en un testamento cerrado, se supone que ignora el beneficio que se le acuerda en el testamento en que va á servir de testigo; y es de suponerse que á haberlo sabido no se habria prestado á ser esto último.

En este sentido ha sido interpretada uniformemente por los Tribunales de España la Ley 11, tit. 1º, Part. 6ª, citada por el codificador en el art. 3067. (Herrero, Código Civil Español, anotado, p. 162, nº 599, nota 3.)

Goyena, en el art. 2614, de donde fué tomado el 3664 nuestro, se refiere tambien espresamente al *testamento abierto*, denominacion que equivale en nuestro Código á *testamento por acto público*. Con esto se ve que nuestro artículo se ha referido á los mismos testamentos á que alude Goyena.

Por último, el mismo Código Frances en el art. 975 citado, solo habla de los testamentos *por acto público*, y no del mixto, que equivale entre nosotros al cerrado. Todos los intérpretes del derecho frances están de acuerdo en que no refiriéndose la prohibicion del artículo citado mas que á los testamentos por acto público, no están comprendidos en la prohibicion los testigos que intervienen en el cerrado (Troplong, nº 1609, *testamentos*). "La incapacidad relativa declarada por el art. 975, dice Demolombe, tom. 21, nº 371, debe restringirse á los testamentos de

que el mismo artículo habla, *los testamentos por acto público*". Véase Laurent, tom. 13, nº 501.

Es, pues, universalmente aceptado el principio de que la incapacidad, relativa sancionada en el art. 3664, y que es adoptado por todos los Códigos, aunque su falta produzca distintos efectos, como sucede en el francés que sanciona la nulidad del testamento y en el Código de España, que solo anula el legado, solo es aplicable á los testamentos abiertos y por acto público.

**3703**—El parentesco existente entre varias personas no es obstáculo para que sean simultáneamente testigos de un testamento. (Concuerda con el art. 3702.)

#### CONCORDANCIAS

(Por ejemplo, dos hermanos, ó un padre y su hijo—L. 22, Tit. 1, Lib. 28, Dig—Duranton, tom. 9, nº 117—Demolombe, tom. 21, nº 216—Aubry y Rau, § 670.)

**3704**—Los albaceas, tutores y curadores pueden ser testigos en el testamento en que fueren nombrados. (Concuerda con el art. 3696.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, nº 895—Troplong, *Testament*, nº 1601—Demolombe, tom. 21, nº 206.)

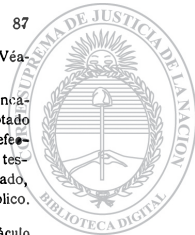
**Pueden ser testigos**: Se entiende, siempre que no se disponga algo á su favor en esos testamentos, pues entónces se sigue la regla del art. 3706. Piensan también así Demolombe y demás autores citados.

**3705**—Los testigos de un testamento deben ser varones mayores de edad. (Concuerda con los arts. 990—3657—3675.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 980—Ley 9, tit. 1, Part. 8—Instituta, § 6, tit. 10, Lib. 2—Goyena, art. 589—Véase Troplong, *Testamento*, nº 1673—Laurent, tom. 13, nº 258.

**Mayores de edad**: No bastará que sean emancipados, si son menores de edad. Téngase presente que el error común por el cual se creía que era mayor de edad un testigo menor de edad, impide la nulidad del testamento (art. 3697, nota del codificador y nuestro comentario al mismo).



**3706**—No pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algun favor por las disposiciones del testador. (Concuerda con los arts. 3664—3686—3702—3707.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 975—Ley 11, tit. 1, Part. 6°)—Goyena, 614—Las concordancias del art. 3702.

Sobre el efecto que produce la violacion de esta disposicion, véase nuestro comentario al art. 3702; alli hacemos el estudio del presente y del 3664, que sirve para determinar el alcance del que estudiamos.

**3707**—Tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de sus oficinas, ni sus domésticos. (Concuerda con los arts. 3664—3686—3702—3706.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 980)—Goyena, 614 y 590, inc. 1—Nuestro comentario al art. 3702.

**Los parientes del escribano:** El testamento en que hay testigos con esta incapacidad, es nulo absolutamente, como lo hemos dicho en el comentario al art. 3696.

**Los dependientes de sus oficinas:** No vemos la razon por qué, habiéndose puesto tanto cuidado para impedir el fraude en los testamentos, la presente disposicion se ha limitado á prohibir ser testigos solo á los dependientes del escribano autorizante y no á los dependientes de otras oficinas que estén autorizados para hacer escrituras públicas, como se establece en el art. 990 para las escrituras públicas en general.

Indudablemente es así, es decir que los dependientes de otras oficinas pueden ser testigos, pues las palabras, *de sus oficinas*, no admiten duda, á mas que las incapacidades declaradas en el presente título ó en otras disposiciones que se refieran especialmente á los testamentos son las únicas que impiden ser testigos en éstos, como lo hemos demostrado en el comentario al art. 3696. Los Jueces no pueden exigir en los testigos ni mas ni menos de lo que en el presente título se exige.

No hay que ir á buscar incapacidades por analogía. Pueden ser testigos en los *testamentos*, dice el art. 3696, *todos aquellos*



*á quienes no se les prohíbe serlo, ¿en qué actos? es claro que en los testamentos; ¿por qué leyes? por las que determinan la capacidad para ser testigos testamentarios y no por las que determinan la capacidad para ser testigos en los instrumentos públicos en general.* Goyena, donde nuestro artículo ha sido tomado, art. 590, inc. 2, se refiere expresamente á los dependientes del escribano autorizante.

**3708**—Los ciegos, los sordos y los mudos no pueden ser testigos en los testamentos. (Concuerda con los arts. 990—3700—3709.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 9, Tit. 1, Part. 6ª.—Instit., § 6, *De testament. ordin.* En cuanto al mudo, Demolombe, n° 194—Trop long, *Testament*, n° 1679—Marcadé, sobre el art. 980, sostienen que no hay inconveniente alguno, pues él puede explicar su pensamiento por signos. Otros juriconsultos piensan que deben ser escluidos absolutamente—Grenier, tom. 2, n° 254, y otros, los admiten cuando sepan escribir—Duranton, tom. 9, n° 104—Toullier, tom. 5, n° 392. Nosotros aceptamos la decision de la ley Romana, porque la explicacion de los testigos cuando fuese necesaria, seria únicamente por signos equivocados que no podrian nunca dar al Juez evidencia de lo que en el testamento habian visto ó entendido)—Goyena, 590, inc. 2.

Aun cuando los mudos puedan darse á entender por escrito, son inhábiles para ser testigos.

**3709**—No pueden ser testigos los que estén privados de su razon por cualquier causa que sea. Los dementes no pueden serlo ni aún en los intervalos lúcidos. (Concuerda con los arts. 990—3708.)

#### CONCORDANCIAS

(En contra Ley 20, § 4, tit. 1, Lib. 28, Dig.—Ley 9, tit. 1, Part. 6ª)—Goyena, 590, inc. 4.

**Por cualquier causa que sea:** Así, el que está borracho no puede ser testigo, por cuanto está privado de su razon, como lo estaria para testar (§ 2 de la nota del codificador al art. 3615) ó para cualquier otro acto jurídico.

La fuerza, la intimidacion, etc., impiden tambien ser válidamente testigos.

**Los dementes:** Aunque no sean declarados tales en juicio; pero como la incapacidad no se supone mientras no sea judicialmente declarada, al que alegase la nulidad del testamento



fundándose en la incapacidad mental de alguno de los testigos correspondería probar la existencia de esa incapacidad. Si está declarado demente, no se admitirá la prueba de que en el momento de ser testigo ya había cesado la incapacidad, pues es imposible determinar el momento desde que el demente recobra su juicio. Precisamente por razón de esta misma dificultad es que tampoco se permite probar que en el momento de ser testigo, el demente se encontraba en un intervalo lúcido.

El que alegare la nulidad del testamento no tendría más que probar la declaración de demencia; hecho esto el testamento será irremisiblemente declarado nulo.

---



## De la institucion y sustitucion de heredero

**3710**—La institucion de heredero puede ser hecha solo por testamento. El testador puede instituir ó dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas. (Concuerda con los arts. 3280—3565 y sigtes.—3715—3727.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 7, tít. 3, Part. 6.—Ley 1, tít. 18, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. de Austria, art. 554—Holandes, 921—Prusiano, 259 y 263)—Goyena, 624 y 625—Laurent, tom. 18, núms. 477 y sigtes.—Demolombe, tom. 21, núms. 524 y sigtes.—Cód. de California, 8942.

**Puede instituir ó dejar de instituir heredero:** La ley deja libertad al testador para repartir sus bienes como mejor le parezca, sea repartiéndolos en forma de legados, ó solo distribuyendo una parte en esta forma é instituir heredero en el resto, ó no instituir, y dejar que lo demas se distribuya con arreglo á la ley. La institucion de heredero, no es pues, esencial para la validez del testamento (Goyena, art. 625).

La sucesion testamentaria, como hemos dicho ántes, es una escepcion al órden de sucesion establecida por la naturaleza misma entre los parientes mas próximos; por consiguiente, como dice Laurent, tom. 13, nº 478, es mejor que el testador se separe lo ménos posible de este órden; así habrá puesto la ley civil mas en armonía con la ley natural fundado en los vínculos de sangre, que es la ley de Dios. El formulismo romano exigia otra cosa y se separaba en esto de las leyes de la naturaleza para dar lugar á las consecuencias de esas mismas fórmulas;







que exige como una de las solemnidades del testamento la institucion de heredero, *caput atque fundamentum tatius testamenti*; de aquí que no permitia morir parte testado y parte intestado. Por el sistema de nuestro Código se armoniza todo; por motivos especiales permite la sucesion testamentaria en contraposicion á la legitima ó *ab intestato*; pero reconociendo en esto solo una necesidad, deja que el causante pueda separarse en el todo ó en parte de las leyes que rigen la última.

Aunque la generalidad de los Códigos modernos no traen una disposicion semejante á la que estudiamos, aunque si á la del art. 3280, la doctrina que ha prevalecido es la sancionada aqui. Esta disposicion espresa servirá para resolver otras cuestiones que trataremos mas adelante.

**3711** El testador debe nombrar por si mismo al heredero. Si se refiere al que otro nombrará por encargo suyo, la institucion no vale. (Concuerta con los arts. 1148—1890—3619—3620—3630—3759.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 11, tít. 3, Part. 6.—Ley 1, tít. 19, Lib. 10, Nov. Rec.)—Nuestro comentario á los art. 3620 y 3621—Laurent, tom. 13, n° 486 y sigtes.

**Debe nombrarlo por sí mismo**: Debe hacerlo, á mas, de un modo inequívoco, como lo hemos establecido en el comentario á los arts. 3620 y 3621.

Por lo demas no es indispensable que la designacion se haga por el nombre y apellido del heredero; bastará cualquier otra designacion que sea clara. Así, por ejemplo, puede decir: "instituyo por mi heredero á los hijos de tal persona". Aquí habia una designacion clara, como lo exige el art. 3712.

**3712**—El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si la institucion dejare duda entre dos ó mas individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Esta disposicion rige igualmente en los legados. (Concuerta con los arts. 1148—3620—3621—3711.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 6 y 10, tít. 3, Part. 6.—Ley 9, tít. 9, Part. 6.—Cód. de Chile, 1056 y 1065)—Laurent, tom. 13, núms. 486 y sigtes.—Nuestro comentario á los arts. 3620 y 3621—Demolombe, tom. 31, n° 42.—Cód. de California, arts. 3507, 3508 y 3510.

**Con palabras claras:** Como hemos dicho ántes, no es indispensable que se nombre al heredero, puede designarse en otra forma que sea igualmente indudable que tal ó cual persona es el heredero. (Aubry y Rau, § 657, nota 1ª.)

Las partes interesadas pueden establecer pruebas para corroborar ó esplicar la designacion que haga el testador; pero si no obstante esa prueba el Juez abriga duda, debe declarar sin efecto la institucion de heredero. (Véase sobre este artículo á Aubry y Rau, que es de donde ha sido tomado, § 657.)

**3713**—Los herederos instituidos gozan, respecto de tercero y entre sí, de los mismos derechos que los herederos legítimos, menos en cuanto á la posesion hereditaria. Pueden ejercer todas las acciones que podría ejercer un heredero legítimo; pueden entablar las acciones que competian al difunto, aun antes que tomen posesion de los bienes hereditarios; pero no están obligados á colacionar las donaciones que, por actos entre vivos, les hubiere hecho el testador. (Concuerda con los arts. 3413—3414 y sigtes.—3476—3477—3768.)

#### CONCORDANCIAS

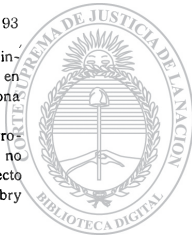
Aubry y Rau, § 722, notas 1 á 4—Demolombe, tom. 13. n° 158—Nuestro comentario al art. 3414—Nota del codificador al art. 3768.

**De los mismos derechos:** Y de las mismas obligaciones (arts. 3798 y sus concordantes).

**Ménos en cuanto á la posesion hereditaria:** No entran en posesion por el solo hecho de la muerte del testador, como entran ascendientes y descendientes (art. 3410), sino que deben pedir esa posesion al Juez de la sucesion (art. 3413).

**Aun antes que tomen posesion de los bienes:** La conciliacion de estas palabras con lo dispuesto en el 3414 la hicimos en el comentario al mismo, diciendo que aqui se refiere á la posesion material de los bienes, y allí á la posesion judicial.

1º Cuando los herederos testamentarios son al mismo tiempo herederos legítimos, pero no forzosos, la division de la herencia no se hace con arreglo á las disposiciones referentes á la sucesion legítima ó *ab intestato*, sino con arreglo á las disposiciones del mismo testador. El testador, por lo mismo que no se trata de herederos forzosos, sino de herederos puramente legítimos, hermanos, sobrinos, etc., etc., ha podido modificar el órden sucesorio y colocar en un mismo grado á todos los parientes





colaterales para que reciban la herencia por partes iguales (arts. 3721 y 3791), ó hacer partes desiguales, sin sujetarse tampoco á lo que se dispone en la sucesion de los parientes colaterales. En la duda sobre qué parte corresponde á cada heredero, se hace la division por partes iguales, como lo establece el art. 3721.

**3714**—Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos á quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porcion de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredacion. (Concuerda con los arts. 3525—3526—3527—3528—2529—3592 y sus concordantes—3600—3715—3744—3826.)

#### CONCORDANCIAS

Goyena, 640—Cód. de California, 3460.

Por nuestro derecho los herederos son forzosos, puramente legítimos y testamentarios. Bajo la primera denominacion se comprende á los descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente; en la segunda se comprende á los parientes colaterales, y en la tercera á todos los herederos instituidos que no son legítimos ni forzosos.

Se ha dudado si entre nosotros el cónyuge sobreviviente es ó no heredero forzoso cuando los bienes dejados son puramente gananciales. Para los que creen que el art. 3576 y sus concordantes, no dan al viudo ó viuda mas derechos que la mitad de gananciales, no es heredera forzosa, puesto que esa mitad se le da como socia y no recibe nada como heredera. Pero esta opinion la hemos combatido en los articulos citados, y hemos sostenido que el cónyuge sobreviviente en todos los casos en que hay gananciales es socia y heredera; y que en uno y otro concepto recibe dos partes distintas en la sucesion del cónyuge premuerto. (Véase comentario á los arts. 3576 y sus concordantes.)

**3715**—La pratericion de alguno ó de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó que nazcan, muerto el testador, anula la institucion del herodero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. (Concuerda con los arts. 3528—3529—3630—3714.)

## CONCORDANCIAS

(Goyena, 644)—Nota del codificador al art. 3528—Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 3, p. 343—Nuestro comentario al art. 3529—Trolong, n° 2424.

**Anula la institucion de heredero:** La pretericion, que consiste en no hacer mencion en el testamento de algun heredero forzoso del testador, es una desheredacion sin causa, prohibida por el art. 3745; y es por esto que la pretericion en ningun caso puede perjudicar al preterido.

Este puede reclamar su derecho por medio de una accion de nulidad de la institucion de heredero, ó por medio de una accion de peticion de herencia, segun sea el caso.

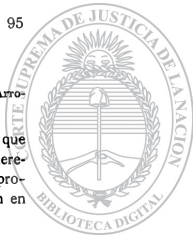
1° ¿Esta accion produce solo el efecto de hacer que se dé al heredero su porcion legitima, ó que se declare heredero al preterido con los mismos derechos de sus herederos?

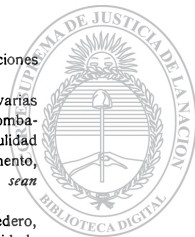
Pensamos que produce este último efecto, y que si el testador no ha dispuesto espresamente de su porcion disponible, los herederos instituidos no tienen derecho á quedarse con ella entregando al heredero preterido únicamente su porcion legitima.

El Dr. Segovia, en la nota 19 cree lo contrario; dice que el heredero instituido, *que lo sea forzoso*, podrá recoger la porcion disponible á *título de mejora*, no obstante quedar anulada la institucion de heredero á causa de la pretericion.

Esta interpretacion es contraria al testo espreso del art. 3524 que dice, que no hay mejora si en el *testamento no hay una cláusula espresa de mejora* (nuestro comentario al art. 3605). ¿Cómo podría un Juez autorizar al heredero instituido para retener la porcion disponible á título de mejora sin existir esa cláusula espresa en el testamento? Si lo ha mejorado *espresamente*, es claro que subsistirá la mejora, como lo declara la última parte del artículo que estudiamos, que respeta los legados y las cláusulas de mejora; pero el hecho de declarar a una ó mas personas herederas, pretiriendo algun heredero forzoso, nunca puede importar una cláusula de mejora, tal como lo exige la ley.

Es contraria tambien esa interpretacion al art. 3630, que dice que la nulidad de la institucion de heredero, *por cualquier causa que sea*, solo deja subsistentes las *otras disposiciones del testador*.





¿Cómo hacer de una institucion de heredero dos disposiciones *distintas*, para invalidar una y dejar subsistente la otra?

La institucion de heredero es una sola disposicion y no varias *disposiciones separables*, y si es así, con la doctrina que combatimos se contaria tambien el art. 1039, que dice que la nulidad de la institucion de heredero con respecto á todo el testamento, no perjudica las otras disposiciones, únicamente cuando *sean separables*, como lo declara el citado artículo.

Por otra parte, si se declara nula la institucion de heredero, es imposible sin una ley espresa, declarar divisible esa nulidad, es decir que exista para unos efectos y para otros no. Lo que es nulo, no produce mas efectos que los que la misma ley determina (argumento del art. 18).

Anulada la institucion de heredero, el testamento solo produce efecto respecto á las demas disposiciones separables é independientes de la institucion anulada, pero jamas puede producir efecto de válida la misma institucion anulada.

La accion que el heredero preterido entabla no es una accion de reduccion, sino una accion de nulidad como lo dice el mismo artículo. Como complemento á esto véase nuestro comentario al art. 3528, tom. 6, p. 354.

**3716**—El heredero instituido en cosa cierta y determinada, es tenido solo por legatario: no tiene mas derechos ni cargas que los que espresamente se le confieran ó impongan sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos. (Concuerda con los arts. 3501—3263—3279—3281—3499—3717 á 3720—3798.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Prusia, 263—De Austria, 554—De Vaud, 619—De Chile, 1104—Aubry y Rau, § 714)—Nuestro comentario á los arts. 2900, 2901 y 3499—Laurent, tom. 13, núms. 506 y sigtes.—Goyena, 726 y 928.

**En cosa cierta y determinada:** El nombre que el testador dé al beneficiado no hace cambiar el carácter que la naturaleza del beneficio le da. (Nota del codificador á este art. y al 3607.) Siempre el que recibe una ó varias cosas determinadas de la herencia, se considera legatario, aunque las cosas legadas comprendan todos los bienes de que se compone la sucesion (art. 3719).

Pero siempre que se reciba una parte alicuota de la sucesion;

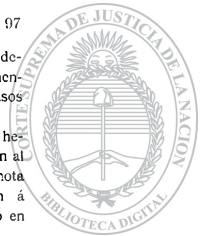
sea que se le llame herederos ó legatarios, sus derechos y deberes son los mismos, como lo hemos establecido en el comentario al art. 3499 y lo que dispone el art. 3798, salvo casos especiales y determinados.

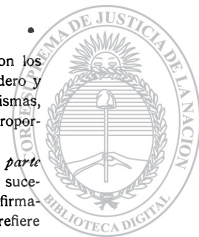
Por ejemplo, el legatario universal, está obligado como el heredero, al pago de las deudas de la sucesion, no en relacion al valor de los bienes recibidos, como piensa el Dr. Segovia (nota 12 al art. 3501), sino como dice el art. 3798, en proporcion á la parte alicuota que recibe. Esto mismo hemos sostenido en el comentario al art. 3499.

La verdad es que en nuestro derecho, legatario á título universal, es decir, legatario de una parte determinada de la herencia y heredero, es la misma cosa respecto á ciertos efectos que produce la institucion; si algunas veces el codificador usa de las palabras *legatario universal* refiriéndose á los que reciben, no tales ó cuales bienes determinados, sino una parte de la herencia, es porque se ha cuidado poco de las clasificaciones, y ha usado de las distintas expresiones adoptadas por las distintas legislaciones que le han servido de fuente.

Así, en la legislacion francesa, á diferencia de la Romana, toda disposicion testamentaria relativa á los bienes es un *legado* (art. 1002 frances), y se llama legado universal cuando es de todos los bienes y á *título* universal cuando es de una parte alicuota de la herencia (Duranton, tom. 9, nº 187). Nuestro legislador, sin adoptar una disposicion semejante á la del art. 1002 del Código Frances, ni la definicion del 1003, que autoriza el uso propio de la calificacion de *legatario universal*, ha adoptado el tecnicismo de los juriconsultos franceses dando así lugar á cavilidades de abogados mal preparados. Por derecho frances, solo es legado universal la disposicion por la que se deja á una ó varias personas conjuntamente el *todo* de la sucesion (Toullier, tom. 5º, nº 505); pero si solo se lega una parte de la herencia, el legado no será *universal* sino á *título* universal que es muy distinto (Aubry y Rau, § 714, nota 6).

Nuestro Código, por el contrario, considera legado universal ó legatario universal, al de todos los bienes ó al de una parte determinada de la herencia. Sin embargo, en el art. 3718, califica de *herederos* á lo que por derecho frances se llama legado á título universal. (Véase comentario á dicho art. 3718.)





1º Pero de la combinacion del artículo que estudiamos con los concordantes citados, se ve que las obligaciones del heredero y las del llamado legatario universal son exactamente las mismas, responden en proporcion de la cuota que reciben y no en proporcion al valor de los bienes.

Es por esto que el 3499 dice que los legatarios de una *parte determinada* de los bienes responden de las deudas de la sucesion en proporcion á la *parte que reciben*, lo cual está confirmado por el art. 3798; mientras que el art. 3501, que se refiere á los legatarios de objetos determinados, dice que éstos responden por el *valor de lo que reciben*. Véase comentario á los artículos siguientes hasta el 3720, y especialmente el comentario al art. 3717, donde tomamos en cuenta esta distincion.

**Se le confieran ó impongan:** Véase nº 1, de este comentario. No tiene pues la responsabilidad del heredero propiamente dicho, que le impone la ley independientemente de la voluntad de las partes, sino la del legatario impuesta, por los arts. 3501, 3795 á 3798 y las que las partes se impongan.

**3717**—La disposicion testamentaria por la cual el testador da á una ó muchas personas, la universalidad de los bienes que deja á su muerte, importa instituir herederos a las personas designadas, aun cuando segun los términos del testamento, la disposicion se eucuentre restringida á la nuda propiedad, y separadamente el usufructo se haya dado á otra persona. (Concuerda con los arts. 3279—3281—3716—3719—3720.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, nº 189—Aubry y Rau, § 714)—Nota del codificador al art. 3719.

**La universalidad de los bienes que deja á su muerte:** Pero para que esta disposicion importe institucion de heredero es necesario que se haga sin designacion de partes (art. 3719): si es en esta última forma la institucion será de legatarios.

1º De la combinacion de este artículo con lo dicho en el comentario al artículo anterior, y con lo que dispone en el art. 3719 resulta lo siguiente, y que es necesario tener en cuenta para las cuestiones que pueden suscitarse respecto á las obligaciones de los beneficiados: 1º Que aquel á quien el testador le deja cosas ciertas y determinadas de la sucesion, aun cuando éstas sean todas las de que se compone la herencia, es consi-



derado como legatario (arts. 3716 y 3719), aun cuando el testador le dé el nombre de heredero; 2º Que, por lo mismo, solo responde por las deudas de la sucesion con el valor de las cosas legadas (arts. 3501, sus concordantes y 3798); 3º Que la herencia dejada á varias personas con designacion de partes, es un legado, pero que toma el nombre especial de legado universal (arts. 3719 y comentario al 3716); 4º Que estos legatarios, á diferencia de los legados á título singular, responden en proporcion, no del valor de los bienes que reciben, sino en proporcion á la cuota en que son instituidos herederos (comentario al art. 3499); 5º Que la herencia dejada á varias personas conjuntamente, aunque sea bajo el nombre de legatarios, se consideran como herederos universales (artículo que estudiamos, y nota del codificador al art. 3719).

De modo que nuestro Código, si bien ha tomado en esta materia los principios generales del derecho frances, no lo ha seguido en sus clasificaciones; ha hecho legatarios universales á los que reciben una parte alicuota de la herencia; y herederos á los que reciben el todo sin designacion de partes, que es lo que por derecho frances se llama legatario universal (Duranton, tom. 8, nº 189).

Es por esto que en la legislacion francesa existe el derecho de acrecer entre los legatarios universales, como lo hay por nuestro derecho entre los herederos instituidos, que son los mismos; pero no hay ese derecho, como io establece el codificador en la nota al art. 3719, y lo da á entender en los arts. 3718 y 3814, respecto á los legatarios que entre nosotros se llaman universales, pero instituidos separadamente, á ménos de una disposicion espresa del testador (arts. 3718 y 3812).

Éstos, si bien tienen las mismas obligaciones que los herederos en lo que respecta á la parte en que son instituidos legatarios, no tienen los mismos derechos respecto de la herencia en que no han sido instituidos herederos. El heredero representa y continúa la persona del difunto, al paso que el legatario universal no.

El heredero siempre recibe el todo de la herencia, y si son varios, las reciben proporcionalmente, al paso que el legatario tiene un derecho limitado á la cuota determinada por el testador, y por mas que tenga el nombre de legatario universal, el





resto de los bienes se divide como *ab intestato*, si espresamente no se ha establecido el derecho de acrecer, (nota del codificador al art. 3810, § 2).

Mas adelante tendremos ocasion de estendernos sobre este particular.

**3718**—Si las disposiciones testamentarias absorbieran en legados la universalidad de los bienes del testador, solo se tendrán por institucion de herederos, cuando exista entre los diversos legatarios una conjuncion que pueda dar lugar al derecho de acrecer entre ellos. (Concuerta con los arts. 3281—3716—3812—3813—3816—3819.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 714, nota. 3—Troplong, *testamento*, n° 1768—Toullier, tom. 5, n° 505—Duranton, tom. 9, núms. 179 y sigtes.—Nuestro comentario á los dos arts. anteriores.

**Una conjuncion que pueda dar lugar al derecho de acrecer:** ¿En tal caso, el legatario es un verdadero heredero. Para que tenga lugar esta conjuncion es indispensable que no se designe parte al legatario; asi, si se dice: "*Lego todos mis bienes á Pedro, Juan y Diego*", habrá una verdadera institucion de heredero, y el derecho de acrecer nacerá sin mas que esto, por el solo misterio de la ley, como dice el codificador en el último párrafo de la nota al art. 3812, y en razon de la universalidad del título de cada uno de los herederos.

Si se dice: "*Lego mis bienes á Pedro, Juan y Diego para que los disfruten por iguales partes*", habrá tambien aqui un legado hecho conjuntamente, porque aqui la asignacion de partes iguales es mas bien un medio de dividir el legado, que no impide el derecho de acrecer, como lo establece el art. 3815 y lo esplica el codificador en la nota al mismo artículo.

Pero cuando hay asignacion de partes no hay entre los legatarios el derecho de acrecer (art. 3814), porque se supone que la voluntad del testador ha sido que cada legatario no reciba mas de lo que le ha asignado, no hay institucion de heredero, art. 3719. Asi, si dice: "*Lego la mitad de mis bienes á Juan, un cuarto á Pedro, y otro cuarto á Diego*", no hay un legado conjuntivo, son distintos legados, y no hay entre los legatarios el derecho de acrecer; si uno de ellos es incapaz de recibir el legado, su parte no acrece á los otros, sino que corresponderá á los he-



rederos *ab intestato* (notas del codificador á los arts. 3719 y 3814). Sin embargo, como la voluntad del testador es la que debe imperar ante todo, siempre que no hiera el derecho de los herederos forzosos, aunque el legado sea hecho con designacion de partes, habrá derecho de acrecer, si el testador establece *espresamente* tal derecho, como lo ordena el art. 3819, y nota al mismo.

Aquí el acrecimiento no viene por el ministerio de la ley como cuando el legado es hecho conjuntamente, sino por la voluntad espresa del testador.

La determinacion de partes puede ser con relacion á la determinada espresamente respecto á otro; esto no hará variar el derecho de las partes, porque siempre habrá determinacion de partes alicuotas, como dice Duranton, tom. 9, n° 186. Así, si el testador dice: Lego á Pedro el tercio de mis bienes y á Juan el *resto*, no será este un legado hecho conjuntamente, puesto que la parte de Juan, los dos tercios, está determinada por la de Pedro; el primero no tendrá, por consiguiente, derecho de acrecer, si Pedro se hace incapaz de recibir el legado (argumento al art. 3720).

Puede suceder que haciéndose varios legados de partes determinadas, en una de las partes legadas á varias personas haya derecho de acrecer, como si el testador dijera por ejemplo: "Lego una tercera parte á Pedro, otra á Juan, y otra á Diego, José y Antonio". En este caso el legado de estos últimos es conjunto y da derecho de acrecer, sin que éstos dejen de ser legatarios (art. 3812).

Véase el art. 3719, que es una consecuencia del presente.

**3719.**—No constituye institucion de heredero la disposicion por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignacion de partes. (Concuerda con los arts. 3281—3499—3716 á 3718—3720.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 714—Tropolong, testamento, n° 1768)—Nota del codificador, al art. 3281—Las concordancias y comentarios al artículo anterior.

**Con designacion de partes:** Esto viene á confirmar lo que hemos dicho ántes, que por nuestros derechos la diferencia entre el legatario universal y el heredero, no consiste en que entre estos últimos no hay derecho de acrecer, sino cuando el lega-



do es hecho conjuntamente; que las personas á quienes se les lega en esta última forma son verdaderos herederos, aun cuando el testador les designe con el nombre de legatarios; viceversa si se legan todos los bienes á varias personas con designacion de parte, aunque el testador les dé el nombre de herederos son legatarios. En este caso no tienen derecho de acrecer, á menos de una disposicion expresa del testador, en virtud de la facultad acordada por el art. 3819.

**3720**—Si despues de haber hecho á una ó muchas personas legados particulares, el testador lega lo restante de sus bienes á otra persona, esta ultima disposicion importa la institucion de heredero de esa persona, cualquiera que sea la importancia de los objetos legados respecto á la totalidad de la herencia. (Concuerda con los arts. 3279—3281—3501—3719 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 5, n° 513—Duranton, tom. 9, n° 187—Proudhon, *Usufruit*, núms. 601 y siguientes—Aubry y Rau, § 714.)

**Legajo lo restante de sus bienes:** Aquí no hay, como dice Toullier, una parte determinada, sino el todo de la herencia sacando los legados particulares. Si, por el contrario, el testador principia por hacer un legado á título universal de una parte de los bienes, y despues dispone del resto, aunque sea á título de heredero, uno y otro beneficiado deben considerarse legatarios, como lo hemos dicho anteriormente.

En el primer caso la parte del legatario particular que no es recibida por éste acrece al heredero, como acrece al legatario universal en derecho frances, que equivale lo que entre nosotros es un heredero testamentario (Duranton, citado).

**3721**—Los herederos instituidos sin designacion de partes, heredan por partes iguales. (Concuerda con los arts. 689—2707—2708—3791.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 17. tit. 3, Part. 6°—Institutos, Lib. 2. tit. 14, § 6°)—Nuestro comentario al art. 3713—Goyena. 626.

**Por partes iguales:** La division se hará por cabeza y no por estirpe, menos cuando viene por derecho de representacion.

**3722**—La institucion de herederos á los pobres, ó al alma del testador, importa en el primer caso, solo un legado á los pobres del pueblo

de su residencia; y en el segundo, la aplicacion que se debe hacer en sufragios y limosnas. (Véase arts. 41 y 3792.)

## CONCORDANCIAS

Goyena, arts. 610 y 611—Ley 20, tit. 3 y Ley 3, tit. 10, Part. 6.—Ley 8, tit. 3, Lib. 5, Rec. C.—Cód. de Chile, art. 105, última parte.—Fallos del Dr. Beláustegui, tom. 1, p. 20—Nota del codificador al art. 41—Revista de Legislacion y Jurisprudencia (Argentina), tom. 2, p. 430.

**Solo un legado á los pobres del pueblo de su residencia:** Los encargados de cumplir con estos legados son los albaceas ó ejecutores testamentarios, como es de práctica, segun lo establece el Dr. Beláustegui en el fallo citado.

La distribucion deberá hacerse, en falta de una disposicion espresa, como lo mandaban las leyes españolas, entre los hospitales, hospicios ó sociedades de beneficencia existentes en la parroquia en que vivia el testador, y si allí no existen, entre las que existan en la capital en que vivia.

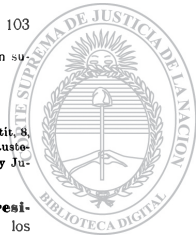
Pueden demandar la entrega de esos legados los representantes de esos establecimientos de beneficencia (art. 3767), quienes tienen la facultad de aceptarlos.

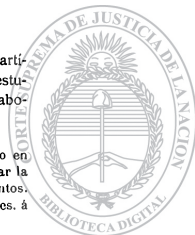
**En sufragios y limosnas:** ¿En qué proporcion? En falta de una disposicion espresa creemos que debe distribuirse por iguales partes; es decir, destinarse la mitad de lo legado para sufragios, como misas, funerales, limosnas para las iglesias, etc., etc., y la otra mitad para los establecimientos de caridad, tales como asilos de mendigos, hospitales, etc., etc. En el 5 considerando del Fallo del Dr. Beláustegui citado, se dice que al Ministerio Fiscal tocará vigilar sobre el cumplimiento de esas disposiciones testamentarias, lo cual nos parece racional, y sin perjuicio de la intervencion de los representantes de los interesados y del cura párroco donde deben hacerse los sufragios, que será el de la parroquia en que vivia el testador. (Véase las leyes españolas citadas.)

**3723**—El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar á éste un sucesor. (Concuerdia con los arts. 2724 y sigtes.—3730—3731 y 3732.)

## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 4, n.º 6—Cód. Francos, 886)—Nota del codificador al art. 3732—Nuestro comentario al art. 3732.





**El derecho de dar á éste un sucesor:** El presente artículo ha podido suprimirse, existiendo el 3732, pues el que estudiamos no importa sino prohibir la sustitucion fideicomisoria abolida por este último artículo.

**3724**—El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera ó no pueda aceptar la herencia. Solo esta clase de sustitucion es permitida en los testamentos. (Concuerda con los arts. 2824 y sus concordantes—3723—3725 y sigtes. á —3732.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1, tit. 5, Part. 6<sup>a</sup>—Ley 43, tit. 6, Lib. 28, Dig.)—Goyena, 629—Cód. Frances, 896 y 898—Proudhon, tom. 2, núms. 513 y sigtes.—Nuestro comentario á los arts. 2662 y 2824—Cód. de California, 3621.

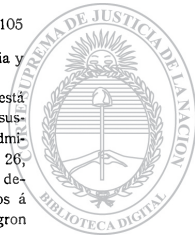
**O no pueda aceptar:** Ó que se haga indigno de heredar.  
**Solo esta clase de sustitucion, etc., etc.:** Por la nota al presente artículo se ve cuáles son los casos de sustitucion prohibidos por la ley, ó mas bien dicho, cuáles son los casos en que hay sustitucion. Si fuera de esos casos se presentan otros que ofrezcan duda se juzgará que no hay sustitucion. Así, no hay fideicomiso cuando se lega á uno el usufructo durante su vida y a otro la propiedad, con cargo de recibir este último los bienes recién cuando muera el usufructuario.

Lo mismo será en el caso de uso y habitacion. (Véase Aubry y Rau, § 694, n° 1.)

Aunque la sustitucion fideicomisoria se disfraze con la forma de un legado condicional, debe considerarse nula. Así, si el testador dice "lego mis bienes á Pedro ó dejo por heredero á Pedro, bajo condicion de que á su muerte ha de dejar tanto á Juan", será esta una sustitucion prohibida.

Lo que la ley prohíbe es toda condicion que coharte al instituido la facultad de disponer de los bienes que recibe ó de los que deje para despues de su muerte.

De modo que para que haya sustitucion es necesario que el testador instituya por herederos á dos ó mas personas y que unas vengan despues de las otras. Pero no será sustitucion la cláusula por la cual se deja á una persona de heredera con el cargo de pagar tales ó cuales legados.



Tampoco habrá cuando se hace un legado de beneficencia y se encarga á una persona ejecutarlo.

1º Debe tenerse presente que por derecho frances solo está prohibida la sustitucion fideicomisoria, y que muchas de las sustituciones que por nuestro derecho están prohibidas son admitidas por los escritores franceses (Aubry y Rau, § 694, nota 26, por ejemplo); de consiguiente no debe seguirse por nuestro derecho esa jurisprudencia, que puede dar lugar entre nosotros á muchos errores (nota del codificador al art. 3732 y Rogron citado allí).

2º La sustitucion puede tambien tener lugar para el caso en que el heredero de primer grado muera ántes que el testador.

**3725**—La sustitucion simple y sin espresion de casos comprende los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, y el caso en que no pudiera hacerlo. La sustitucion para uno de los dos casos comprende tambien al otro. (Concuerda con el art. 3725.)

#### CONCORDANCIAS

(Voet, Lib. 28, tit. 6, n° 12—Ley 2, tit. 5, Part. 6º)—Goyena, 630—Cód. de California, 3624—Cód. de Chile, 1157.

**Simple y sin espresion de casos:** Por ejemplo, cuando se dice: “dejo de heredero á Pedro y lo sustituyo á Juan”, ó tambien “dejo de herederos á Pedro y Juan y los sustituyo reciprocamente”. En uno y otro caso se entenderá que la sustitucion es para los casos del art. 3724.

**3726**—Pueden ser sustituidas dos ó mas personas á una sola, y por el contrario, una sola á dos ó mas personas. (Concuerda con los arts. 3727—3728.)

#### CONCORDANCIAS

(Institutas, Lib. 2, tit. 15, § 1—Cód. de Nápoles, art. 937)—Goyena, 631—Cód. de California, 3622—Cód. de Chile, 1158 y 1159.

**Dos ó mas personas á una sola:** Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente.

Quando los sustitutos son varios y no se designa la parte que deba recibir cada uno, se supone que reciben por iguales partes todo lo dejado al asignatario. (Véase Cód. de Chile, art. 1160 y arts. 3727 y 3820 nuestros.)

**3727**—Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán éstos en la sustitucion las mismas partes que en la institucion, si el testador no ha dispuesto lo contrario. (Concuerda con los arts. 3726—3820.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 3, tit. 5, Part. 6°—Instituta, Lib. 2, tit. 15, § 2)—Goyena, 633—Cód. de Chile, 1160—Cód. de California, art. 9680.

**Tendrán éstos en la sustitucion la misma parte:** Es decir, la misma parte que hubieran recibido los asignatarios de primer grado.

Así, por ejemplo, si se dice: Dejo á Pedro el quinto de mis bienes; á Juan dos terceras partes de lo que queda, y á Diego la otra tercera parte”, si falta Pedro, su parte se dividirá entre Juan y Diego tomando el primero dos terceras partes de lo que correspondía á Pedro y Diego una tercera parte de lo mismo.

De modo que cuando el testador sustituye recíprocamente varios herederos instituidos en partes desiguales, los asignatarios que queden se dividirán la porcion del que falte en proporcion á la parte alicuota de sus respectivas asignaciones. La redaccion del Código de Chile, art. 1160, es mas clara que la de nuestro artículo, la de Goyena y la del Código de California citados.

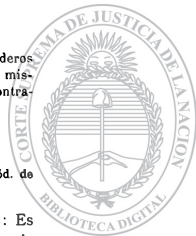
**No ha dispuesto lo contrario:** Es decir, si el testador no ha dispuesto que lo que reciban como sustitutos, no sean en proporcion á lo que reciben como asignatarios ó herederos.

**3728**—El sustituto del sustituto se entiende tambien serlo del heredero nombrado en primer lugar. (Concuerda con los arts. 3726—3727.)

## CONCORDANCIAS

(Véase Goyena, art. 632—Instit., Lib. 2, Tit. 15, § 3—LL. 27 y 41, Tit. 6, Lib. 28, Dig.—Supóngase que un testador instituye á Pedro por heredero en los dos tercios de su herencia, y á Pablo en el otro tercio; por Derecho Romano la parte de cualquiera de ellos que no pudiese ó no quisiese ser heredero, acrecia al que lo fuera; pero no por nuestro Derecho, segun el cual dicha parte corresponde á los herederos *ab intestato*.)

Pero si el testador dijere en el caso propuesto: nombro á Pedro por sustituto de Pablo, y á Juan por sustituto de Pedro, la parte de Pablo en el caso de no ser heredero, irá, no solo á Pedro, si lo es, sino á su sustituto Juan, caso de no serlo Pedro, porque Juan se entiende sustituto, no solo á Pedro, primer sustituto de Pablo, sino tambien á éste. De consiguiente, no devolverá la herencia á



los herederos *ab intestato*, mientras. Pedro sustituido en primer lugar á su sustituto Juan, quiera y pueda ser heredero—Goyena, 632—Cód. de Chile, 1158.)

**Del nombrado en primer lugar:** Y á quien se le nombró sustituto, puede suceder que entren los herederos nombrados no haya derecho de acrecer, y que solo á uno de ellos se le haya nombrado sustituto; en tal caso, como por nuestro derecho no hay inconveniente en morir parte testado y parte intestado, el sustituto del sustituto solo recojerá la parte de aquel á quien se le nombró sustituto. La otra parte se repartirá como *ab intestato*.

**3729**—El heredero sustituto queda sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas á la persona del instituido. (Concuerda con los arts. 3821—3822—3826.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 606—De Nápoles, 889)—Goyena, 634—Cód. de California, 3629—De Chile, 1161.

**Si no aparece claramente:** Esto puede resultar de los términos espesos del testamento, ó de la naturaleza misma de la carga ó condicion impuesta. Cuando éstas son personales, el testador no necesita esceptuar espresamente al sustituto, pero cuando no lo son, es indispensable que la limitacion sea espresa, pues la presuncion es que no ha querido limitarse la condicion ó carga al instituido en primera línea, *si non fuit evidens diversa voluntas*, como dice la ley Romana (74, Lib. 30, Dig.). Esta voluntad diversa, solo puede resultar claramente de la voluntad espresa del testador, ó de la naturaleza del cargo.

El art. 3629 del Código de California espresa el mismo pensamiento que el nuestro, pero en una redaccion mucho mas clara y que no deja lugar á dudas y cavilaciones. “Los sustitutos, dice, recibirán la herencia con las mismas cargas y condiciones con que debian recibirla los herederos; á no ser que el testador haya dispuesto *espresamente* otra cosa, ó que los gravámenes ó condiciones, *fueren meramente personales* del heredero”.

El Código de Chile, exige tambien una disposicion indudable del testador.

En la duda, debe suponerse que las cargas y condiciones pasan al sustituto.





**3730**—La nulidad de la sustitucion fideicomisoria no perjudica la validez de la institucion del heredero, ni los derechos del llamado ántes. (Concuerta con los arts. 1039—1842—2824—3731—3781—3823—3824.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 15, tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec.)—Goyena, 637—Cód. de California, 3642—Laurent, tom. 14, n° 488.

**De la sustitucion fideicomisoria:** Ó de cualquier otra sustitucion prohibida. Se tiene la sustitucion como no escrita.

**3731**—Lo dispuesto en este titulo sobre las sustituciones de herederos es aplicable igualmente á los legatarios. (Concuerta con los arts. 1842—2824—3723—3724—3781—3800.)

## CONCORDANCIAS

Goyena, 639—Cód. de California, 3632—Nota del codificador al art. 1842.

**Es aplicable igualmente á los legatarios:** De esto es una consecuencia lo dispuesto en el art. 3781.

Son igualmente aplicables estas disposiciones á los donatarios; en el art. 1842, última parte, tenemos una aplicacion práctica de esto, único caso en que pudiera haber duda sobre si las reglas establecidas aqui para la sustitucion, se aplican ó no á las donaciones en lo que no estuviera dispuesto espresamente lo contrario.

**3732**—Son de ningun valor las disposiciones del testador, por las que llame á un tercero al todo ó parte de lo que reste de la herencia, al morir el heredero instituido, y por las que declare inenajenable el todo ó parte de la herencia. (Concuerta con los arts. 1842 y sigtes.—2824—2825—3608 y sus concordantes—3723—3724.)

## CONCORDANCIAS

(Ambas disposiciones serian en verdad una especie de sustitucion fideicomisoria á favor del que sucediere al heredero instituido. Véase Cód. de Holanda, art. 926—Puedo decirse que es contra nuestra resolucioin, el art. 896 del Cód. Frances—Rogron, sobre dicho articulo, cita varias sentencias del Tribunal de Casacion contra lo que prescribe la primera parte de nuestro articulo)—Laurent, tom. 14, n° 503—Goyena, 636—Cód. de California, 3636.)

Como en Derecho Frances solo está prohibida espresamente la sustitucion fideicomisoria, se discute si aquellas sustituciones ó condiciones que no importan una verdadera sustitucion fidei-



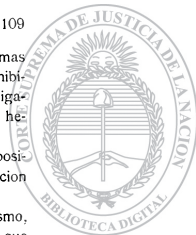
comisoria, están ó no prohibidas. Uno de los casos que mas duda ofrece es precisamente el en que, sin existir una prohibicion de enajenar, se impone al heredero ó legatario la obligacion de transmitir á su muerte las cosas que existan de la herencia que se le deja (Laurent, lugar citado).

Pero nuestro art. 3724 es mucho mas general que la disposicion francesa, y el presente viene á servir como de confirmacion á la generalidad con que está redactado dicho articulo.

Del presente del 3724 y de la nota del codificador al mismo, se desprende de una manera indudable que toda condicion que importe una restriccion al derecho de propiedad que el heredero adquiere despues de la muerte del testador, á favor de un tercero se tiene por no escrita, salvo los casos espresamente determinados por la ley, como cuando se lega el usufructo á una persona y la propiedad á otra.

Sin embargo, habria una verdadera sustitucion prohibida si, legándose la propiedad á una persona, se lega sucesivamente el usufructo á varias, con la condicion de recibirlas uno despues de otro, que anularia la sustitucion.

Fuera de los casos establecidos en el art. 3724, toda cláusula que importe una sustitucion, aunque se disfraze con otro nombre se tendrá como no escrita.



## TÍTULO XV

### De la capacidad para recibir por testamento

**3733**—Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces ó indignos. (Concuerda con los arts. 70—3287—3288—3290—3291 y sigtes.—3734 y sigtes.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 906)—Goyena, 606—Baudry Lacantinerie, tom. 2, n° 880—Laurent, tom. 9, núms. 1 y sigtes.—Nuestro comentario al art. 3290.

**Concebidos al tiempo de la muerte del testador:** Aunque no lo esté á la época de la formación del testamento, pues la capacidad ó incapacidad solo se determina por la época de la muerte del testador (art. 3287 y sus concordantes).

**No sean declarados indignos ó incapaces:** Sobre esta declaración, véase nuestro comentario á los arts. 3299 y 3304.

**3734**—No pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley. (Concuerda con los arts. 41—45—46—1806—2393—3288.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 4, tít. 3, Part. 6—Ley 3, tít. 22, Lib. 47, Dig.)—Goyena, 607, inc. 4—Cód. de California, 3439—Cód. de Chile, 963—Cód. Frances, 910—Marcadé, sobre dicho artículo.

**No permitidos por la ley:** Es decir, que no tengan el carácter de persona jurídica, lo que es muy distinto á no ser permitidos por la ley, pues que una corporación ó asociación puede estar permitida por la ley y no ser sin embargo persona jurídica.





Lo que la ley exige es que la persona del heredero sea de existencia visible ó jurídica, como dice el art. 3288, y como lo enseña la nota del codificador al presente artículo.

El codificador usa aquí impropriamente la palabra *corporación*, pues que su disposición no se refiere únicamente á lo que por nuestro Código se entiende por tal, sino también á todas las asociaciones; debió en tal caso decir corporaciones ó asociaciones, como lo hace Goyena. Sin embargo, puede ser que el codificador haya usado aquí intencionalmente tan solo la palabra *corporación* para referirse á las corporaciones religiosas, que entre nosotros no pueden existir como tales sin autorización previa de la autoridad eclesiástica y como personas jurídicas sin la autorización judicial, (art. 45 y nota al presente) y no á las demás asociaciones, por hablarse ya de éstas en el art. 3288. Véase lo dicho en el comentario al art. 3735. De todos modos, el principio es el mismo, pues que ninguna asociación puede adquirir por herencia sin ser persona jurídica. Nota del codificador al presente artículo.

1º De las palabras que estudiamos combinadas con lo dispuesto en el art. 3288, resulta que la institución hecha á favor de *corporación* ó *asociación* que no tenga á tiempo de la muerte del testador el carácter de persona jurídica, es absolutamente nula, salvo el caso del art. 3735.

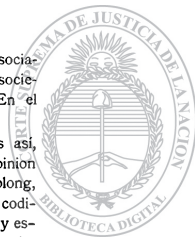
El Código establece que solo las personas de existencia visible ó jurídica pueden adquirir en ese carácter, y nada autoriza para creer que sea válida la institución de heredero á una sociedad industrial ó comercial no autorizada.

**3735**—Pueden, sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les defiere ó el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización. (Concuerda con los arts. 35—40—45—46—47—1806—2393—3288—3304—3621.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 968—Nuestro comentario al art. 47 y las concordancias de dicho artículo—Aubry y Rau, § 649, nota 6—Troplong, tom. 2, n° 612.

**Las corporaciones:** No se comprende aquí, como lo hemos dicho ya en el comentario al art. 47, las sociedades comercia-



les ó industriales, sino únicamente á las corporaciones ó asociaciones religiosas ó de beneficencia, tales como hospitales, sociedades de beneficencia, corporaciones religiosas, etc., etc. En el comentario al citado artículo damos las razones.

Hoy creemos con menos temor de equivocarnos que es así, porque el origen del presente artículo confirma nuestra opinion anterior. Ha sido tomado del nº 612 del tom. 2 de Troplong, á quien Aubry y Rau combaten en la nota citada por el codificador en contra de su artículo. Este autor habla espresa y especialmente de las corporaciones religiosas ó de beneficencia. Los mismos fallos que cita declarando válidos los legados hechos á corporaciones, tales como el hecho á las damas de Caridad de San Vicente, prueban bien claro que el presente artículo solo tiene la interpretacion que le damos. (Véase tambien Aubry y Rau, § 649, nota 9.)

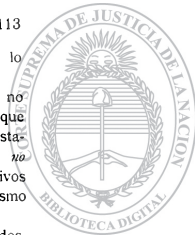
**3736**—Los tutores de los menores de edad, no pueden recibir cosa alguna por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela. Aun despues que hubieren cesado en la tutela nada pueden recibir por el testamento de los menores, si las cuentas de su administracion no están aprobadas. (Concuerda con los arts. 465—1808, inc. 4—3288.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 907—Vazeille sobre el mismo art.—Coin Delisle, sobre dicho art.—Aubry y Rau, § 649)—Nuestro comentario á los arts. 465 y 1808, inc. 4—Cód. de California, 3432.

**Despues que hubiera cesado la tutela:** Por cualquier causa que esto, es decir, por la emancipacion del menor, por llegar á la mayor edad ó porque se cambie de tutor, rige el mismo principio. Esto es, de jurisprudencia universal (Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 383, p. 258 y demas autores citados).

**Si las cuentas de su administracion no están aprobadas:** No basta pues que el tutor haya presentado la cuenta de su administracion, si ella no ha sido *aprobada*. La incapacidad principia con el recibimiento del cargo de tutor y concluye con la rendicion de cuentas. El Dr. Segovia en la nota 7 á este artículo sostiene que aun cuando el testo diga que el tutor es incapaz ántes de la *aprobacion* de las cuentas, debe entenderse que *capaz* aunque no estén *aprobadas* las cuentas con tal que



estén *presentadas*. La razon que da consiste en decir que lo contrario "sería exorbitante y sin precedente legislativo."

¡Magnífico modo de interpretar la ley espresa! ¿Con que no tiene *antecedente legislativo*? ¿y el testo espreso de la ley que dice terminantemente que el tutor nada puede recibir por testamento de los menores, si las cuentas de su administracion *no están aprobadas*? ¿Para qué quiere mas antecedentes legislativos el Dr. Segovia, que la misma ley, que la voluntad del mismo legislador?

Desgraciado del país en que sus Códigos fueran interpretados, no con arreglo á la voluntad espresa del legislador, sino con arreglo á lo que cada intérprete creyese que *debió decir* el legislador.

Un intérprete está facultado para criticar tal ó cual disposicion que no la crea justa, salvando así su criterio juridico, pero jamas es lícito llevar su pretension hasta querer imponer su propia opinion como ley á seguir por los Jueces; esto es cambiar el rol de intérprete por el de legislador, sin mas autoridad que la propia.

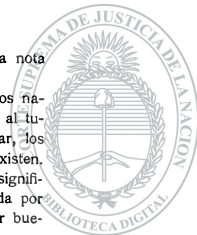
1º Aunque el *antecedente legislativo* que el Dr. Segovia busca para aceptar lo que manda espresamente este artículo está en el mismo testo de la ley, podemos citarle el del art. 465 y el del 1808, inc. 4 del Código, que prohiben respectivamente al tutor hacer contratos con su ex-pupilo, ó aceptar donaciones ántes de la *rendición de cuentas*.

Cuando en esos artículos se habla de *rendición de cuentas* se refiere al juicio de rendicion de cuentas terminado por la aprobacion judicial de ellas, y no á una simple presentacion de cuentas, como cree el Dr. Segovia.

Así lo entienden todos los jurisconsultos que se ocupan del art. 472 del Código Frances, citado por el codificador en el art. 465, incluso Laurent, citado en comentario á dicho artículo.

Esto como antecedente legislativo, que aun cuando no existiera, fuera del mismo artículo que estudiamos, no sería razon para decir que no se observe la ley, pues una ley no necesita antecedente legislativo para ser tal.

Respecto á que la disposicion tal como está redactada es exorbitante, diremos que no les parece así á Demolombe, tom. 18, nº 476, § II, y nº 482, á Coin Delisle, sobre el art. 907, á Au-



bry y Rau, § 649, nota 17, citados por el codificador en la nota al art. que estudiamos.

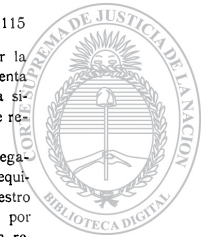
Léjos de ser exorbitante esta disposicion, la encontramos natural: mientras el Juez no haya desligado completamente al tutor por la aprobacion de las cuentas que debe presentar, los motivos de la incapacidad declarada por los artículos citados existen. Para los efectos legales, la presentacion de la cuenta no significa nada mientras ésta no sea aprobada en la forma exigida por el Código, pues que esa cuenta presentada tanto puede ser buena como mala.

"La autoridad del tutor, dice Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 386, existe aun despues de la cesacion de la tutela, y dura mientras la situacion pecuniaria del menor no sea definitivamente reglada; por eso es que nuestro Código deja *pendiente la incapacidad* durante el mismo tiempo". Se ve, pues, que no hay tal *exorbitancia* cuando jurisconsulto de esa talla, encuentran natural la prohibicion á que nos referimos.

2º "El artículo frances no hace tal exigencia," dice el Dr. Segovia en la nota á que nos hemos referido. Si la hace, decimos nosotros, como lo demuestra el testo del art. 907 frances, y como lo enseñan todos los intérpretes. "El menor, llegado á mayor edad, dice el citado artículo, no podrá disponer, sea por donacion entre vivos, sea por testamento, á favor del que ha sido su tutor *si* la cuenta definitiva de la tutela no ha sido *previamente rendida y verificada* (apuré). Este artículo frances equivale exactamente al nuestro, con la diferencia que por derecho frances la rendicion de cuentas no se hace en la misma forma que entre nosotros.

La mayoría de los autores franceses, entre ellos Aubry y Rau, §, 649, nota 17, dicen que para que desaparezca la incapacidad del ex-tutor es necesario que la rendicion de cuentas se haga con arreglo al art. 472 del Código Frances; otros menos exigentes, entre ellos Duranton, tom. 8, nº 119, dicen que no es necesario que la cuenta se rinda con arreglo al citado artículo para que desaparezca la incapacidad; que basta que *sea aprobado*, aun-que no se haya pagado el saldo.

Como se ve, aun aquellos autores mas liberales en esta materia exigen que la cuenta sea *aprobada* para que el legado hecho por el ex-pupilo á favor de su ex-tutor sea válido.



Rogron, en el comentario al art. 907, Frances, al estudiar la palabra, *apuré*, de que se vale dicho artículo, dice: "Una cuenta es *rendida* cuando ha sido *presentada*; y es *apuré* cuando ha sido *verificada* y aceptada por el *oyant-compte*", (encargado de recibir la cuenta judicial).

Luego, exigiendo el Código Frances para la validez del legado que la cuenta haya sido, no solo *rendida*, sino *apuré*, y equivaliendo esta palabra á la de *aprobacion* de que se vale nuestro artículo, resulta que es un error del Dr. Segovia decir que por derecho frances desaparece la incapacidad del ex-tutor para recibir legados de su ex-pupilo, por el hecho solo de la presentacion de las cuentas. La opinion de Rogron está apoyada por los Fallos de las Cortes Francesas, y por todos los jurisprudencias que se han ocupado de dicho Código, incluso Baudry Lacantinerie, que es de los mas modernos, y que el tom. 2, nº 386, dice: "*Apuré*, es decir, *verificada y aprobada por el menor*".

"A partir de esa fecha recien cesa la incapacidad del tutor, y el derecho comun toma su imperio".

Creemos que con estos antecedentes, no se puede dudar que la doctrina de nuestro artículo es igual á la francesa y que el Dr. Segovia está en un error al creer que por derecho frances, cese la incapacidad por la sola rendicion de cuentas y ántes de su aprobacion por el *oyant-compte*.

3º "Nada autoriza á pensar que nuestro legislador, agrega el mismo Dr. Segovia, haya querido incapacitar para siempre al tutor que no rindió una cuenta *verdadera ó exacta*."

¿Qué mas prueba de la voluntad del legislador que el mismo artículo que estudiamos? Es incapaz *mientras las cuentas de administracion no están aprobadas*, dice el legislador; y el Dr. Segovia agrega que nada autoriza que esa sea la *voluntad* del legislador. Tenemos por indudable que las disposiciones de un Código son el reflejo de la voluntad del legislador. Si es así, la nota á que nos referimos, está en contradiccion con este principio.

El ex-tutor que no quiere ser perpetuamente incapaz de recibir por el testamento de su ex-pupilo, tiene un medio muy fácil y muy honrado de hacer desaparecer esa incapacidad, y este es el de rendir cuenta fiel, como se lo manda la ley y como lo hará todo administrador honrado. Nada mas natural que





exista esta incapacidad, que el tutor tenga esta pena, mientras no cumpla con sus deberes como tutor. Precisamente es este un medio de compelerle á cumplir con su deber, y esto es lo que ha hecho el legislador.

4º El artículo como escepcion es de interpretacion restrictiva, y no debe, en consecuencia, aplicarse á los otros administradores de bienes ó guardadores de menores, como los patrones respecto á los aprendices, criados respecto á los amos, etc., etc., si no hay una disposicion especial para casos determinados que contenga prohibicion. (Véase Duranton, tom. 8, núms. 200 á 203.)

**3737**—Esceptuase de la disposicion del artículo anterior, los ascendientes que son ó han sido tutores de sus descendientes. Concuerta con los arts. 3736 y sus concordantes.

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 907—Duranton, tom. 8, n° 197—Aubry y Rau, § 649)—Cód. de California, 3433.

**Los ascendientes:** Creemos debe estenderse esta escepcion tanto á los ascendientes legítimos como á los naturales.

1º Quedan escludidos los demas parientes colaterales ó afines (Duranton, citado).

**3738**—El segundo marido de la viuda que se ha vuelto á casar y que conserva indebidamente la tutela de sus hijos del primer matrimonio, es incapaz de recibir por el testamento de los hijos menores del primer matrimonio de su mujer. (Concuerta con los arts. 236 á 239—1807, inc. 1.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, testamento, n° 625—Vazeille, sobre el art. 907, n° 6.)

**De los hijos menores del primer matrimonio:** Aunque sean mayores regirá la prohibicion del art. 3736, siempre que el segundo marido no haya rendido debida cuenta de su administracion de hecho.

**3739**—Son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fuesen parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con escepcion de la iglesia parroquial del testador, y las comunidades á que ellos perteneciesen. (Concuerta con los arts. 3740—3741.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 15, tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. Frances, art. 909)—Goyena, 613—Laurent, tom. 11, núms. 357 y sigtes.

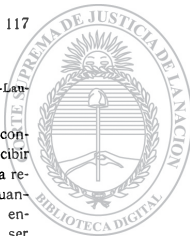
**En su última enfermedad:** De aquí se sigue que el confesor habitual del testador no es incapaz de suceder ó recibir por legado, si no le ha prestado los ausilios espirituales de la religion en la última enfermedad. Algunos han pensado que cuando el Código habla de confesores del testador en su última enfermedad, se referia á los que lo eran tal en el sentido de ser á esa época su director espiritual, aun cuando no lo confesase en la última enfermedad. •

Como no tenemos jurisprudencia propia al respecto hay que aplicar la que se ha formado respecto al Código Frances. Los Tribunales de aquel país han decidido de una manera uniforme que la incapacidad del ministro del culto solo tiene lugar cuando ha prestado sus ausilios espirituales en la última enfermedad del testador, que es cuando mas se puede temer la sugestion (Laurent, tom. 11, núms. 344 y 358—Demolombe, tom. 18, nº 516 y demas autores citados por éste). El Código de Chile, art. 965, que nuestro codificador ha tenido á la vista al redactar el que estudiamos, se refiere tambien espresamente al sacerdote que *hubiera confesado al difunto durante su última enfermedad*, agregando despues igual prohibicion al confesor habitual del testador durante los últimos dos años anteriores al testamento.

Si la mente de nuestro codificador hubiera sido la de inhabilitar al director habitual del testador aun cuando no lo hubiera confesado en su última enfermedad, habria adoptado íntegro el artículo chileno, declarando espresamente esta incapacidad. No lo ha hecho porque solo ha temido la influencia inmediata del confesor en la última enfermedad.

1º Otra condicion indispensable para que el sacerdote sea incapaz es que la disposicion testamentaria hecha á su favor lo haya sido durante esa última enfermedad, es decir, durante la enfermedad de que murió. Tambien esto es opinion unánime entre los jurisconsultos franceses. (Véase autores citados.)

2º Basta el hecho de ser confesor en la última enfermedad, es decir, de haberlo confesado en ella, como hemos dicho ántes, para que el sacerdote sea incapaz de recibir por testamento, aun





cuando no sea su confesor habitual. El Dr. Segovia cree que no; que el sacerdote que ha venido á ser inesperadamente confesor del disponente, no es incapaz de recibir por testamento, porque en este caso falta en gran parte la razon de la ley.

No vemos cómo es que en este caso pueda faltar la *razon de la ley*, al crear la incapacidad, cuando precisamente se realiza la hipótesis prevista por el artículo que estudiamos, que es la de ser confesor en la última enfermedad.

La ley prohíbe recibir al confesor en la última enfermedad, sin distinguir el caso en que lo ha sido inesperadamente, y el en que el confesor es el director espiritual habitual del testador.

Precisamente la razon de la prohibicion, como dice Troplong, está en la influencia que puede ejercer el confesor en el ánimo de un testador moribundo, influencia que la ley no la toma en cuenta, aunque pudiera existir, por parte de los confesores anteriores al de la última enfermedad.

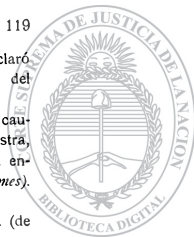
3º El sacerdote que sin haber sido el confesor del testador en la última enfermedad, es solo un consejero aunque haya permanecido al lado del enfermo durante su enfermedad, no debe considerarse incapaz de recibir por testamento; lo contrario sería crear una incapacidad sin ley.

"Es á la calidad de director de la conciencia del difunto en la última enfermedad, dice Toullier, tom. 3, nº 70, á la que se aplica la incapacidad para recibir."

4º Como la incapacidad de que nos ocupamos está fundada en la influencia que puede ejercer el confesor en el ánimo del enfermo, se ha suscitado la cuestion de si se puede admitir prueba en contra de esta presuncion para validar del testamento.

Pensamos que esta prueba es inadmisibile. El juicio mas notable que registra la jurisprudencia francesa es el de la nulidad del testamento del célebre abate Lacordaire, quien el 17 de Setiembre de 1860, testó dejando sus bienes al abate Mourey, que era á la vez su confesor.

Se sostuvo la validez del testamento alegando entre otros fundamentos, el que siendo Lacordaire un espíritu superior reconocido por todos, no podia haber la mínima duda de que la disposicion de sus bienes en favor de Maurey era el resultado de una libre determinacion y no una sugestion de este último, de cuyos honorables antecedentes no ha podido dudarse. La Cor-



te de Toulouse, por sentencia de 12 de Febrero de 1864, declaró que no podía entrar en este exámen porque los términos del art. 909, no lo autorizaban (Daloz, 1864, 2-9).

5° El hecho de poner la extrema-uncion á un enfermo no causa la incapacidad para heredar el sacerdote que la suministra, pues que éste no es propiamente un confesor en su última enfermedad (Daloz, núms. 386 y 387, palabra *Disposiciones*). Baudry Lacantinerie, tom. 2, n° 311.

**Los parientes:** Sean por consanguinidad ó por afinidad (de acuerdo, Dr. Segovia, nota, 11).

**Las iglesias en que estuviesen empleados:** Estas palabras y la escepcion puesta á continuacion demuestran que se refiere al cura párroco ó no, que fué el confesor del testador en la última enfermedad, cuando el testador dispone en su favor ó en el de la iglesia en que desempeña sus funciones, si no es la parroquia ó curato del testador.

**Y las comunidades á que ellos pertenecieron:** Es decir, son incapaces para recibir, las comunidades, ó conventos á que perteneciere el sacerdote que confesó al testador en la última enfermedad. Aunque la redaccion del artículo parece consignar que para esas comunidades hay la misma escepcion que para la iglesia parroquial del testador, estudiando detenidamente la frase se comprende que la conjuncion copulativa y sirve para unir esta última, no con la anterior, que es esplicativa ó coercitiva, sino con la de: "las iglesias en que estuviesen empleados". De modo que, con escepcion de la iglesia parroquial, son incapaces de recibir por testamentos las iglesias que estuvieren á cargo del confesor del testador en la última enfermedad, y las comunidades ó conventos á que perteneciere el confesor.

**3740**—Tiene la misma incapacidad el ministro protestante que á este al testador en su última enfermedad. (Concuerda con el art. 3739.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 907, n° 1—Coin Delisle, sobre dicho art., n° 29—En contra Toullier, tom. 5, n° 70—Vazeille, sobre el art. 909, núms. 7 y sigtes.)—Tropolong, tom. 2, n° 651.

**El ministro protestante:** Y tambien su iglesia, como se establece en el artículo anterior respecto á las Iglesias Católicas,



que no pueden quedar en peores condiciones que las protestantes. Las mismas razones que hay para crear la incapacidad de aquéllas, en razon de la asistencia del sacerdote católico declarado incapaz por los auxilios espirituales prestados al testador, los hay para incapacitar la iglesia del sacerdote protestante que prestó los ausilios de su religion al enfermo. El Código Frances no contiene la disposicion espresa que estudiamos; pero todos los autores estienden la prohibicion del art. 909 frances, á los sacerdotes católicos, como á los protestantes, en razon de la igualdad de razones que existen para incapacitar al primero.

Esa misma igualdad de razones debe invocarse para aplicar en todas sus partes las consecuencias que por el artículo anterior resultan para las iglesias católicas á causa de la incapacidad declarada respecto á sus ministros, en el caso allí legislado. (Véase nota del codificador al presente artículo.)

**3711**—Toda disposicion á beneficio de un incapaz es de ningun valor, ya se disfrase bajo la forma de un contrato oneroso, ó ya se haga bajo el nombre de personas interpuestas. Son reputadas personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes, y el cónyuge de la persona incapaz. El fraude á la ley puede probarse por todo género de pruebas. (Concuerda con los arts. 955—956—1807, inc. 1.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase Goyena, art. 616—Cód. Frances, 911—Holandes, 958—Napolitano, 827—De Luisiana, 1478—L. 10, Dig., *De his quæ ut*. En cuanto á la prueba, L. 3, § 3, Dig. *De jure fisci*, Troplong, sobre el art. 911—Coin Delisle, sobre dicho artículo, n° 7—Toullier, tom. 5, n° 84—Voet, Lib. 42, Tit. 2, n° 9—Vazeille, sobre el art. 911.)

**Ya se disfrase bajo la forma de un contrato oneroso:** ¿Á quién incumbe la prueba de que el contrato hecho entre el incapaz de recibir por testamento y el testador es solo una donacion ó un legado? Es indudable que fuera de los casos en que la ley presume que tales actos son á título gratuito, como la trasmision hecha por el testador á los herederos legítimos á título oneroso, de que habla el art. 3604, ú otros así, la prueba de la simulacion corresponde al que alega la nulidad del acto. Prueba de ello es la última parte del artículo que estudiamos, en la cual se declara que el *fraude á la ley puede probarse por todo género de prueba*; y como no es el adquirente

quien va á probar el *fraude á la ley*, sino los que sostienen la nulidad del acto, es claro que la sinceridad es la presuncion de la ley.

Todos los autores citados lo entienden tambien así, en razon de que, como dice Vazeille, la prohibicion de donar no impide ejecutar actos á título oneroso entre las personas á quienes está prohibido lo primero.

**Ya haya bajo el nombre de personas interpuestas:** Cuando la disposicion no se disfraza bajo la forma de un contrato oneroso, sino que se hace por medio de persona interpuesta, la presuncion de la ley no admite prueba en contrario, si la persona interpuesta es de las nombradas en el presente articulo. Hecho un legado á la madre, padre ó esposo de un incapaz se supone hecho al mismo incapaz, sin admitirse prueba en contrario. Así lo entienden Vazeille, tom. 2, nº 3, sobre el art. 911, Toullier, tom. 5, nº 78, y demas autores citados.

La razon es que esas personas interpuestas son tan incapaces como las mismas personas á quienes las leyes declaran positivamente incapacitados para recibir por testamento.

1º Cuando nuestro articulo habla de padre, madre, hijos y descendientes, se refiere tanto á los legitimos como á los naturales.

2º Fuera de las personas nombradas en el presente artículo no se consideran interpuestas los otros parientes del incapaz; pero nada impide, dice Toullier, tom. 5, nº 79, la prueba de que son realmente personas interpuestas.

Esto no contradice la disposicion del art. 3739, que declara incapaz, no solo al confesor sino á todos sus parientes dentro del cuarto grado.

**3742**—Las per-onas interpuestas sobre que dispone el articulo anterior, deberán volver los frutos percibidos de los bienes desde que entraron en posesion de ellos. (Concuerda con los arts. 3305 á 3307.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 4, tit. 28, Part. 8)—Toullier, tom. 5, nº 83—Vazeille, sobre el art. 911, nº 15.

**Desde que entraron en posesion de ellos:** Deben considerarse como poseedores de mala fe para todos los efectos legales.



**3743**—Toda disposición testamentaria caducará, si aquel á cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador. (Concuerda con los arts. 1790—1803, inc. 2—3282—3419—3799 y sus concordantes—3800—3801.)

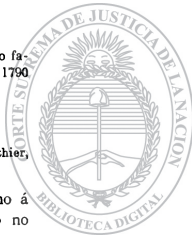
## CONCORDANCIAS

(L. 35, Tit. 9. Part. 6<sup>a</sup>.—Cód. Frances, art. 1039—De Luisiana, 1690—Pothier, *Donat, testaments*, Cap. 6, § 1)—Goyena, 723—Toullier, tom. 5, n° 672.

**No sobrevive al testador:** Cuando el legado es hecho á favor del legatario y sus herederos, la muerte del legatario no causa la caducidad del legado (art. 3800).

El presente artículo bien ha podido suprimirse por estar ya el mismo principio sentado en los concordantes citados.

---



## TÍTULO XVI

### De la desheredacion

**3744**—El heredero forzoso puede ser privado de la legitima que le es concedida, por efecto de la desheredacion, por las causas designadas en este título, y no por otras aunque sean mayores. (Concuerda con los arts. 172—3291 á 3297—3714—3715.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 4 y 8, tít. 7, Part. 6—Novela 115, Cap. 3—Cód. de Nápoles, art. 849—De Luisiana, 1609—De Austria, 768)—Goyena, 666—Nuestro comentario al art. 3297.

**Por efecto de la desheredacion:** Se diferencia en esto de las causas por indignidad, que producen la exclusion por el solo mandato de la ley.

**Por las causas designadas en este título:** Y tambien por la de que habla el art. 172 y sus concordantes.

1º Creemos que hay en las palabras que estudiamos una gran inconsecuencia en el legislador.

En efecto: segun las palabras que estudiamos la desheredacion por testamento solo puede tener lugar por las causas enumeradas en el art. 3747, al paso que la incapacidad por indignidad puede tener lugar por muchos otros, fuera de las enumeradas en ese art. 3747, como puede verse por los arts. 3291 á 3296.

Una persona puede ser indigna de heredar, y sin embargo no poder ser desheredada. Si la ley encuentra justo privar de la herencia á una persona por tales ó cuales causas, por qué esa persona no podrá ser escluida por el mismo testador? Es cierto que, como hemos dicho en el comentario al art. 3297, el he-







cho de que el difunto teste, no hace desaparecer la incapacidad si el testamento no contiene alguna disposicion á favor del indigno; pero muchas veces la causa de indignidad solo será conocida por el testador, y no queriendo que se divulgue hasta despues de su muerte, se encontraria impotente para castigar la falta cometida contra él si no es de las enumeradas en el art. 3747, desde que no puede desheredarle por una causa que, si bien le hace indigno, no puede el testador por sí hacerle producir el efecto que le hace producir la ley.

Todos los Códigos y leyes citadas por el codificador, dicen que son *causas de desheredacion, las mismas que lo son de indignidad*.

Goyena, que así lo establece en el art. 671, dice comentando esa disposicion: "Es imposible desconocer, generalmente hablando, la analogía entre las causas de indignidad y las de desheredacion".

En apoyo de su artículo, Goyena cita el art. 848 del Código Napolitano, el 737 Sardo, el 897 de Luisiana, el 770 de Austria, que ponen tambien entre las causas de desheredacion las de indignidad. Se apoya tambien en el Fuero Real y leyes de Partida que disponen lo mismo.

"La indignidad, dice el autor citado, es mas lata por cuanto alcanza á los herederos estraños, testamentarios ó legítimos, y puede ser posterior á la muerte; pero si es anterior, y sabiéndolo el testador, quiere hacerlo valer, ¿cómo no bastará para desheredar lo que escluye de la herencia ya deferida?"

"¿Lo que hace indigno á un estraño, no bastará para desheredar á un descendiente ó ascendiente, cuyos vínculos son tan estrechos y tan sagradas las obligaciones?"

Pensamos que nuestro codificador hubiera hecho mejor en seguir en este punto á Goyena, y Códigos citados.

**3745**—La causa de la desheredacion debe estar espresada en el testamento. La que se haga sin espresion de causa, ó por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningun efecto. (Concuerda con los arts. 1044—3715—3744.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 8, tit. 7, Part. 6ª—Novela, 115, Cap. 3—Cód. de Nápoles, 851—De Austria, 771—De Luisiana, 1616)—Goyena, 680—Cód. de California, arts. 3649 y 3651.



**Es de ningun valor:** Segun esto, el testamento no se anulará, como no se anula en el caso del art. 3715, se tendrá únicamente como no hecha la desheredacion.

El desheredado sin causa, ó por una causa no espresada recogerá la herencia en proporcion á su haber hereditario y no tan solo su parte de legitima, como lo hemos dicho en el comentario al citado art. 3715.

La desheredacion sin causa ó por una causa que no sea de las enumeradas por la ley, no impide que los otros herederos puedan demandar la exclusion de la herencia al desheredado, si existe alguna causa que lo haga indigno, pues solo una disposicion á favor del indigno hace desaparecer la indignidad, como lo hemos dicho en el comentario al art. 3297.

El Código de California, resuelve lo contrario, pero lo hace por medio de una disposicion espresa (art. 3651, última parte).

**3746**—Los herederos del testador deben probar la causa de desheredacion, espresada por él, y no otra, aunque sea una causa legal, si la causa no ha sido probada en juicio en vida del testador. (Concuerda con los arts. 1101 á 1104.)

#### CONCORDANCIAS

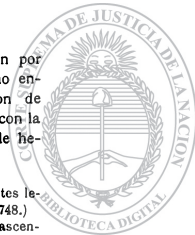
(Ley 8, tit. 7, Part. 6.—Novela 115, Cap. 3—Cód. de Nápoles, art. 851—De Austria, 771—De Luisiana, 1616)—Goyena, 608—Cód. de California, 9050.

**Deben probar la causa de desheredacion:** De modo que la simple enunciacion hecha por el testador no hace fe por sí sola. Respecto á la prueba que debe establecerse y á la influencia del juicio criminal en el civil, véase nuestro comentario al art. 3291.

**Si no ha sido probada en juicio:** En tal caso, bastará á los herederos del testador presentar en forma auténtica la sentencia. (Véase, nº 3 de nuestro comentario al art. 3291.)

1º ¿En qué tiempo se prescribe la accion que el heredero tiene para reclamar de la desheredacion? Pensamos que esta debe prescribirse como toda accion personal, por diez años (nota del codificador al art. 4023. Nuestro comentario al art. 3536, nº 3).

Algunos creen que esta accion se prescribe por treinta años, con arreglo á lo dispuesto en el art. 4020; pero debe tenerse en cuenta que lo que ese artículo hace prescriptible á los treinta



años es la de petición de herencia, y no la de reclamación por la desheredación. El que reclama de esa desheredación, no entabla una acción de petición de herencia, sino la acción de nulidad de la desheredación. Tiene más bien semejanza con la acción de rescindir de la partición, que con la petición de herencia.

**3747**—Los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes legítimos ó naturales por las causas siguientes: (Véase arts. 172—3748.)

1º Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante;

2º Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente; (Concuerda con el art. 3291.)

3º Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión ó de trabajos forzados. (Concuerda con el art. 3293.)

#### CONCORDANCIAS

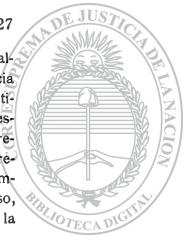
Cód. de Chile, 1208—Goyena, 672—Nuestro comentario al art. 3746.

**A sus descendientes:** El presente artículo y el siguiente, como se ve, solo hablan de los ascendientes y descendientes, pero nada dice el Código de los cónyuges. ¿Puede uno de ellos desheredar al otro? El Dr. Segovia en la nota 1ª á este título cree que sí, siempre que concurra alguna de las causas enumeradas en el presente artículo. Dice que siendo los cónyuges herederos forzosos como los descendientes y ascendientes no sería justo que aquéllos queden en mejor condición que éstos.

Pensamos que está en un error este autor. En primer lugar, no es cierto que por el hecho de no poder uno de los cónyuges desheredar al otro queden en mejores condiciones que los descendientes y ascendientes, puesto que el esposo que ha sufrido las injurias de que habla el artículo que estudiamos puede pedir el divorcio (art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil), y si resultan ciertos los hechos, se decretará como es consiguiente, el divorcio; y en tal caso es incapaz de heredar el cónyuge culpable, como lo establece el art. 3574.

De modo que los cónyuges no pueden cometer impunemente las faltas comprendidas en el artículo, y quedar así en mejores condiciones que los otros herederos.

Precisamente esta es la razón por qué el codificador no habla



aquí de los cónyuges. Contra el cónyuge que comete tales faltas el otro tiene el recurso del divorcio, y como consecuencia necesaria, la inhabilidad para heredar, con lo cual queda castigada su falta. Contra el descendiente ó el ascendiente el testador no ha tenido en vida el medio de incapacitarlos para heredar; y por esto la ley les permite castigarlos con la desheredacion. Si bien la ley los incapacita por tales faltas, no siempre pueden ellas ser conocidas por los herederos; en tal caso, para que no queden impunes, la ley permite castigarlas con la desheredacion.

Es indudable, porque la ley lo establece, que el testador puede perdonar á su ofensor y no desheredarle; ahora bien, cuando el esposo ofendido no intenta la accion de divorcio correspondiente, es porque perdona á su cónyuge la falta cometida, ó por lo menos la ley supone ese perdon (art. 71, Ley citada); y entonces ningun principio se viola por el hecho de venir á heredar no obstante su falta, como no se viola tampoco principio alguno cuando el ascendiente ó descendiente culpable hereda al testador en razon de haberlo éste perdonado nombrándolo heredero.

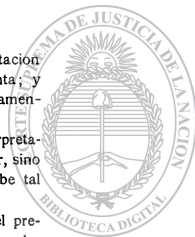
Tal es la razon porque el Código no habla de la desheredacion de los cónyuges, están desheredados por la ley si el ofendido no los perdona.

Debemos advertir que esto no es una innovacion de nuestro Código; está en casi todos los Códigos, como puede verse especialmente el de la Baja California, arts. 3645 y siguientes, y Goyena, que han sido las fuentes de donde tomó nuestro codificador el título que estudiamos; en estos Códigos no se habla una palabra de los cónyuges.

Esto por lo que hace á la razon misma de la supresion.

1º Las reglas de interpretacion dan tambien el mismo resultado. La desheredacion es una pena, y, por lo mismo, es de estricta interpretacion (art. 3746), tanto respecto á los casos en que tiene lugar como respecto de las personas.

Solo se puede desheredar totalmente por las causas enumeradas en el presente artículo, y desde que la ley dice espresamente que esas causas son para desheredar á los *descendientes* y á los *ascendientes*, es claro que no se puede racionalmente, sin faltar á las reglas mas elementales de interpretacion, decir que cuando la ley habla espresamente en dos articulos distintos de



una clase de herederos, se hagan extensivas por interpretacion esas mismas disposiciones penales á otra clase muy distinta; y mucho menos cuando, como hemos dicho, hay razon fundamental para hacerlo así.

Con lo dicho desaparece, no solo la base de la interpretacion del Dr. Segovia, que es la injusticia que cree encontrar, sino tambien se demuestra que el testo espreso de la ley prohíbe tal desheredacion.

2º Contra las causas de desheredacion establecidas en el presente artículo no puede alegarse prescripcion. Es un derecho que la ley acuerda á perpetuidad al testador.

**3718**—El descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior. (Concuerda con el art. 3747 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Goyena, **ap. 772**—Véase comentario al artículo anterior.

**Por los dos últimos casos:** Los castigos materiales que el descendiente haya sufrido del ascendiente, por injustas que sean, no serían, por consiguiente, una causa de desheredacion, si ellos no han llegado hasta atentar contra la vida.

**3719**—Los descendientes del desheredado que sobrevivan al testador, ocupan su lugar, y tienen derecho á la legítima que su ascendiente tendria si no hubiese sido desheredado, sin que este tenga derecho al usufructo y administracion de los bienes que por esta causa hereden sus descendientes. (Concuerda con los arts. 287, inc. 4—3301, repetido—3303—3553—3556.)

#### CONCORDANCIAS

Goyena, 673—Nuestro comentario á los arts. 3551 y 3556.

**Que su ascendiente tendria:** En el comentario al art. 3301, igual al presente, hemos discutido las principales cuestiones que pueden resultar de esta disposicion. (Véase los autores allí citados.)

**3750**—La reconciliacion posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredacion ya hecha. (Concuerda con los arts. 3291—3297.)

## CONCORDANCIAS

(Véase Voet, Lib. 5, Tit. 2, n° 81, y L. 2, Tit. 9, Lib. 3, Fuero Real—El Cód. de Baviera, Lib. 3, cap. 3, art. 16, dice: “La reconciliacion probada del testador anula la desheredacion.”—El de Austria, art. 772: “La desheredacion no puede ser invalidada sino por una revocacion espresa y formal”.—El Derecho Romano y las Leyes Españolas guardan silencio sobre la materia, si es que no pueden aplicarse á las causas de desheredacion las leyes sobre remision de injurias).—Nuestro comentario al art. 3291, tom. 6, p. 29—Goyena, 670—Código de California, art. 3654.

**La reconciliacion:** La reconciliacion importa perdon; en consecuencia, el perdon puede ser espreso ó tácito. Así lo entiende Goyena, de donde nuestro codificador tomó su artículo, en cuyo comentario se manifiesta conforme con Voet, citado por el codificador.

De modo que aun cuando el testador no revoque el testamento en que consta la desheredacion, si el desheredado prueba que se habia reconciliado con el testador, quedará aquélla sin efecto.

Es la reconciliacion por sí sola, y no precisamente la revocacion del testamento, lo que deja sin efecto la desheredacion; pero esto no quita que tambien ésta pueda borrarse por disposicion espresa hecha tambien en testamento.

Aunque una manifestacion de voluntad del testador hecha en otro acto que no sea un testamento, no puedo revocar á este último (art. 3827), servirá sin embargo, como prueba de la reconciliacion.

---



## TÍTULO XVII

### De los legados

**3751**—Pueden legarse todas las cosas y derechos que están en el comercio, aun las que no existen todavía, pero que existirán después. (Concuerda con los arts. 953—1173—1799—2336—2337—3004—3834—3838.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 10, 12 y 15, Tit. 9, Part. 6ª. *Et quidem*, dice la Ley Romana, *corpora legari omnia et jura et servitutes possunt*, L. 41, Dig., *De Legatis*, 1—Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 291, n° 109)—Toullier, 5, núms. 486 y sigtes.

Por nuestro derecho una persona puede distribuir sus bienes por donación entre vivos ó por testamento; en este último caso puede distribuirlos instituyendo herederos y legatarios ó puramente herederos, ó puramente legatarios. No todas las legislaciones admiten esto; el derecho francés, por ejemplo, no admite que el hombre puede hacer herederos; solo la ley, dicen, puede hacer los herederos fundándose en los vínculos de sangre. El hombre solo instituye legatarios, pero no herederos. De aquí que en derecho francés toda disposición testamentaria hecha á favor de quien no es un heredero forzoso es un legado (Laurent, tom. 13, núms. 477 y siguientes).

En derecho francés el legatario á título universal equivale al heredero; pero entre nosotros, como en los países que han seguido el derecho Romano, hay una gran diferencia entre el heredero y el legatario, aunque éste sea universal. El heredero representa y continúa la persona del difunto, al paso que el legatario aunque sea á título universal, no. Nuestro legatario universal no representa sino una parte de la herencia, mientras que el heredero representa al difunto de una manera indivisible, aun-



que no sea heredero sino de una parte de la herencia; entre los herederos hay el derecho de acrecer, al paso que entre los legatarios no hay tal derecho si el testador no lo ha establecido espresamente. (Véase nuestro comentario al art. 3716.)

**3752**—El testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella. (Concuerda con los arts. 3753—3754—3756.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1021—Napolitano, 975—De Vaud, 696—De Luisiana, 1632—Marcadé, sobre el art. 1021—Demante, tom. 4, núms. 166, *bis*, desde el § 1 al 6—Vazeille, sobre el art. 1021, n.º 9.)

**Es de ningún valor:** Los concordantes citados modifican el presente artículo.

**3753**—El legado de cosa que se tiene en comunidad con otro, vale solo por la parte de que es propietario el testador, con escepcion del caso en que el marido legue alguna cosa que corresponda por gananciales á marido y mujer. La parte de la mujer será salvada en la cuenta de división de la sociedad. (Concuerda con los arts. 1807, inc. 2—2677—2682—3752.)

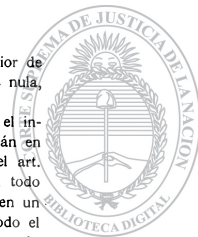
## CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, L. 30, § 4, *De Legatis*, 3, y L. 5, Dig., *De Legatis*, 1—Voet, Tit. *De Legatis*, n.º 28—Troplong, *Testament*, n.º 1949. En cuanto á la escepcion, Cód. Frances art. 1423—Duranton, tom. 9, n.º 249—Troplong, n.º 1950—Véase Demante, tom. 4, n.º 166 *bis*, § 6—Coin Delisle, sobre el art. 1021, núms. 12 y sigtes.)—Goyens, 681—Baudry Lacantinerie, tom. 2, n.º 621.

**Vale solo por la parte de que es propietario el testador:** Es decir, que es propietario en el momento de hacer el testamento y no en el momento de su muerte. Decimos esto porque el artículo anterior autoriza espresamente esta interpretación, pues dice que el legado de cosas ajenas es nulo aun cuando el testador posteriormente adquiera la propiedad. Así, si Juan y Pedro tiene en condominio un inmueble, y Juan hace un legado por el todo del mismo inmueble, aunque á su muerte el inmueble le pertenezca en el todo, por compra hecha á Pedro de su parte, el legado solo valdrá por la mitad del inmueble, puesto que á la época del legado solo esa mitad le corres-







pondia; en la otra mitad era nulo, y la adquisicion posterior de esa parte ajena no valida ese legado en la parte que es nula, como lo establece el art. 3752 (Troplong, nº 1952).

1º Pero supóngase que en vez de adquirir el testador el inmueble por compra, lo adquiere por licitacion. ¿Se aplicarán en este caso las consecuencias del principio establecido en el art. 2696? Pensamos que sí, en caso de haberse legado el todo de la cosa comun. Así, por ejemplo, Pedro y Juan tienen un inmueble en comun: Juan hace á Diego un legado de todo el inmueble tenido en comun. Con posterioridad el testador queda por *licitacion* con el todo de este inmueble. En este caso, decimos, el legatario tiene derecho á demandar á los herederos de Juan toda la cosa legada, porque en virtud del principio establecido en los arts. 2695 y 2696, y en razon de una ficcion de la ley se consideraria que Juan habia sido propietario de! inmueble desde el origen de la division. De aquí resultaria que no podria aplicarse lo dispuesto en el art. 3752 que declara nulo el legado de cosa ajena.

En el ejemplo que habiamos puesto ántes, el testador adquirió tambien, es cierto, el todo del inmueble ántes de morir, pero como lo adquirió por compra, resulta que solo era propietario desde que hizo esa compra y no desde que constituyó el legado; al paso que cuando queda con el todo por *licitacion* ó *adjudicacion*, se considera propietario desde ántes de hacerse el legado. (Véase comentario á los arts. 2693 y 2696.) Esa adquisicion hecha por licitacion ó adjudicacion viene á tener efecto retroactivo al dia de la adquisicion en comun (Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 621—Laurent, tom. 14, nº 137).

2º En virtud del mismo principio, si el inmueble legado pasare por efecto de la licitacion ó adjudicacion, al otro comunero, el legado quedaria sin efecto, porque resultaria que el testador nunca habia tenido derecho á lo legado, y que el otro condómino habia sido propietario esclusivo de la cosa, como dice el art. 2695. Los herederos del testador, en tal caso, no tendrian que pagar ni la mitad del valor de la cosa que comprendia el legado. La licitacion y la particion, producen por nuestro derecho exactamente los mismos efectos (arts. 2695 y 2696).

El legado vendria á ser nulo entónces por haberse legado una cosa ajena, como son nulos todos los derechos reales cons-



tituidos por uno de los comuneros (arts. 3503, 3504 y sus concordantes y nota del codificador á dicho artículo). Desde que ese legado es nulo, mal puede producir el efecto de obligar á los herederos á entregar al legatario el precio de la licitacion (Dalloz, 1826, nº 3787—En contra Troplong, nº 1953.

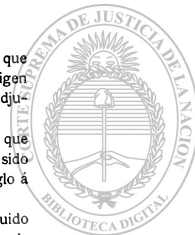
3º Lo mismo será si la licitacion ó la adjudicacion se hace despues de la muerte del testador, por los herederos de éste.

4º Cuando el testador no ha legado el todo de la cosa tenida en condominio, sino únicamente la parte que le correspondia en él, como por ejemplo si dice: "*Lego á Pedro la mitad de tal inmueble que posco en condominio con Juan*" ó bien "*Lego á Pedro la parte que me corresponde en el inmueble que tengo en condominio*", aunque por el resultado de la particion ó licitacion el testador quede con todo el inmueble, ó quedasen los herederos, el legatario no tendria mas derecho que á la mitad ó á la parte proporcional que el testador tenía en el inmueble. En este caso dice Laurent, tom. 14, nº 137, siguiendo Durantou, tom. 9, nº 248, no puede suponerse que la intencion del testador ha sido legar toda la cosa, puesto que no le pertenecia en el todo. Los términos mismos del legado demostrarian esto, desde que en un caso hablaba de la mitad de la cosa y en el segundo de la parte que le correspondia en la misma, derecho que la adjudicacion en el todo por licitacion no puede hacer variar. El legatario solo tendria derecho á recibir la mitad, el tercio, etc., segun fuese el derecho que tenía el testador.

5º Hasta aquí nos hemos ocupado del caso en que el inmueble tenido en condominio sobre el cual versa el legado es uno y determinado.

¿Se aplicarán las mismas soluciones cuando la cosa legada forma parte de una sucesion deferida al testador, pero indivisa al tiempo de hacerse el legado? Pensamos con Troplong y Baudry Lacantinerie que sí.

6º 1.º Ejemplo: el testador dice: "*Lego á Pedro tal inmueble que me corresponde en condominio con mis coherederos en tal sucesion*". En este caso, si el inmueble legado no toca en lote á los herederos del testador, sino que les toca otro inmueble distinto ó se les adjudica muebles créditos ó cualquier otra cosa, el legado no produce efecto alguno. La razon es que siendo la division solo *declarativa* y no *traslativa*, como lo establece el



art. 3503, la division de la herencia tiene los mismos efectos que la del condominio, que hace considerar que desde el origen de la indivision el inmueble adjudicado ha pertenecido al adjudicatario exclusivamente (art. 2695).

De modo que si el inmueble legado toca en lote á otros que los herederos del testador, resultará que éste nunca ha sido propietario y en consecuencia, el legado será nulo con arreglo á lo establecido en el art. 3752.

Así como la hipoteca ó cualquier otro derecho real constituido por uno de los herederos sobre un inmueble de una sucesion, de la cual era coheredero indiviso, queda sin efecto si el inmueble hipotecado toca en lote á otro de los herederos, y viceversa, se valida si toca al que constituyó el derecho (comentario al art. 3503 y sus concordantes), así tambien el legado está sujeto á los mismos resultados.

En estos casos, dice Baudry Lacantinerie, parece natural que el legatario intervenga en la particion para evitar que ésta se haga en fraude de sus intereses.

7º ¿Puede el legatario podrá licitar el inmueble legado? Pensamos que no, porque el legatario es un tercero con respecto á los coherederos.

El legatario no adquiere ningun derecho sobre la cosa mientras que no se hace la division; para que el legatario pudiera tener derecho á licitar tendria que tener un derecho real sobre la cosa legada, derecho que no lo tiene desde que el testador no ha podido transmitirle tal ó cual parte material en el inmueble objeto del legado (art. 2680).

El testador, en su carácter de coheredero, era el representante del difunto; de consiguiente, era dueño de una parte como del todo del inmueble; el legatario no: es un sucesor á título singular cuyo derecho en la cosa legada, lo adquirirá ó no segun que ella toque ó no en lote al testador. El derecho de éste es sobre el todo de la herencia; el del legatario es sobre una cosa determinada sobre la cual el testador no ha podido ejercer un acto jurídico que importe el ejercicio actual é inmediato del derecho de propiedad, como dice el art. 2680. (Véase sus concordantes.)

Sin embargo, nada impide que el legatario pueda intervenir en la division para prevenir fraude á sus intereses; no seria justo



negar este derecho concedido en principio general á todo acreedor.

En derecho frances se ha admitido esto sin dificultad (Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 621, p. 411).

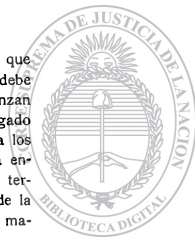
8º 2º Ejemplo: "*Lego á Pedro la mitad del inmueble que tengo en comun en tal sucesion*". En este caso, si la cosa toca toda en lote al testador, el legatario adquirirá únicamente la mitad que se le ha legado. Si toca á otro heredero, nada podrá reclamar por la razon indicada en el nº 5 de este comentario.

9º 3.º Ejemplo: Un testador á quien corresponde la tercera parte de una sucesion establece un legado en estos términos: "*Lego á Pedro los derechos que tenga sobre tal inmueble de la sucesion de B*". Si el inmueble á que se refiere el legado viene á corresponder en el todo al testador, en virtud del principio de retroactividad que hace considerar al testador como propietario de todo el inmueble, el legatario adquirirá tambien el todo de dicho inmueble, y no solo una tercera parte. Desde que el legado no está limitado á la tercera parte, sino que se hace de todos los derechos que se tengan, el testador no ha podido ignorar que podia llegar á corresponderle el todo del inmueble, lo que indudablemente habrá estado en su mente al hacer el legado. Esto por una parte, y por otra, entregando todo el inmueble, no se hace mas que entregar con él al legatario los derechos que por la participacion que solo es *declarativa* resultó que tenia el testador en el inmueble legado. Esto no seria mas que ajustarse á los términos del testamento. "El efecto del legado, dice Laurent, tom. 14, nº 137, refiriéndose al caso propuesto, será entonces determinado por el resultado de la participacion; si la cosa entera cae en el lote del testador el legatario tendrá derecho á ella, pues que le ha sido donada; si no cae en su lote, el legado quedará sin efecto, pues que la cosa legada no entra al patrimonio del testador; se considera que éste nunca ha tenido derecho sobre ella".

El legatario no tendria tampoco derecho á que se le pagase el valor del legado de los otros bienes del testador.

**Será salvada en la cuenta de division de la sociedad:**

Es decir, se le adjudicará á la mujer un valor igual á la mitad del de la cosa legada.



Si los bienes del marido ó la mitad de los gananciales que haya de entregarse á los otros herederos, y de los cuales debe la mujer sacar la mitad de los gananciales legados, no alcanzan para salvar la parte de la mujer, parece indudable que el legado debe disminuir, ó suprimirse del todo en la parte que afecta los intereses de la mujer. No sería justo obligar á la mujer á entregar su parte de gananciales legada por el marido á un tercero, cuando no hay otros bienes con que hacerse pago de la parte que le corresponde, ó cuando los otros herederos del marido no le responden por su parte, descontándose la cuota con que debe contribuir á pagar el legado.

El artículo no importa en manera alguna, como algunos creen, modificar los derechos hereditarios ó sociales de la mujer. Solo importa una modificación á lo dispuesto en su primera parte, en el sentido de que, legado el todo de una cosa perteneciente á la sociedad conyugal, aunque solo toque en lote una parte á los herederos del marido, toda la cosa será entregada al legatario á costa de los herederos que deben pagar á la mujer la parte que á ella le haya correspondido en la cosa legada (Trop-long, nº 1950, citado por el codificador). El pago del legado se hará, ó con la misma cosa legada ó entregando la mitad que ha caído en lote á los herederos y el valor de la otra mitad que ha correspondido á la mujer.

Esto no sucede, como hemos dicho antes, cuando la comunidad de la cosa legada no es con la mujer, sino con un tercero. En esto consiste únicamente la diferencia; es válido en el todo aunque solo corresponda al marido ó sus herederos una mitad y la otra á la mujer. Cuando la comunidad es con un tercero, será válido en el todo ó en parte según le toque el todo ó parte de la cosa á los herederos del marido.

**3751**—Si el testador ordenare que se adquiriera una cosa ajena para dárla á alguna persona, el heredero debe adquirirla y dárla al legatario; pero si no pudiese adquirirla porque el dueño de la cosa rehusare enajenarla, ó pidiere por ella un precio excesivo, el heredero estará solo obligado á dar en dinero el justo precio de la cosa. (Véase art. 3752.)

Si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario, antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido á título oneroso, y á precio equitativo.

## CONCORDANCIAS

(LL. 37 y 38, tit. 9, Part. 6º)—Proudhon, núm. 1397 y sigtes.—Baudry Lacantinerie, tom. 2, n° 620, *bis*—Goyena, 379, inc. 2—Cód. de California, 3576—Cód. de Chile, art. 1106—Ley 43, tit. 9, Part. 6º.

**Ordenare que se adquiera:** Esta disposición del testador tiene que ser espresa: de lo contrario el legado sería nulo por ser de una cosa ajena. No basta la voluntad tácita del testador que se adquiera la cosa, como sucede cuando sabe positivamente que la cosa que lega es ajena; puesto que según el art. 3752, aunque el testador sepa que la cosa es ajena, el legado es nulo; es necesario que espresamente ordene que se adquiera.

Así, si el testador dijera “Lego á Pedro tal propiedad que pertenece á Juan” no podrá decirse para validar el legado que al decir esto el testador ha entendido ordenar que los herederos adquieran la cosa, porque el art. 3752 estaría en contra; tendría que agregar “la cual quiero que adquieran mis herederos”, ú otras palabras semejantes.

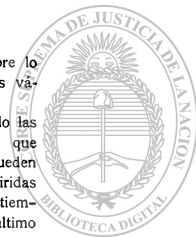
**Debe adquirirla y darla al legatario:** Si se lega una cosa vendida por el testador con pacto de retroventa, los herederos están obligados á pagar el precio de la retroventa aunque él sea escesivo. La razón es que aquí el testador sabe de antemano lo que costará la adquisición, y es en ese concepto que hace el legado. Si los herederos dejan pasar el tiempo y pierden el derecho de recuperar la cosa, tendrán que adquirirla á cualquier precio ó pagar al legatario el precio de la venta y á más el mayor valor de la cosa.

1º Si se lega el usufructo de una propiedad ajena con cargo de adquirir los herederos el usufructo ó la propiedad para cumplir con el legado, y los herederos no pueden hacer la adquisición por escesivo precio ó porque el dueño no quiere venderla ni constituir usufructo, el legatario tiene derecho á que los herederos le den una renta proporcionada á la que habría producido el usufructo. Téngase presente lo dispuesto en el art. 3603.

**El justo precio de la cosa:** El cual se determinará por el Juez en vista de dictamen pericial.

**Antes del testamento:** El Dr. Segovia al estudiar estas palabras resuelve de su propia autoridad que el legado hecho en las condiciones de este inciso sería nulo “siendo la cosa





legada del legatario el legado sería nulo", dice. ¡Siempre lo arbitrario! ¿Por qué ha de ser nulo si la ley dice que es válido?

Precisamente este artículo y el anterior vienen legislando las escepciones que tiene el principio sentado en el 3752 de que no se pueden legar las cosas ajenas, estableciendo que se pueden legar las cosas tenidas en comunidad con otros, las adquiridas durante el matrimonio, las cosas ajenas cuando al mismo tiempo se encomienda á los herederos su adquisicion, y por último las que son del mismo legatario, resolviendo que en este último caso lo que se debe pagar es el valor de la adquisicion hecha por el legatario, si no es escesivo.

Nuestro Código ha seguido en esto al de Chile, artículo citado, y tambien la ley 43 de Partida que habla de la adquisicion hecha despues por el legatario.

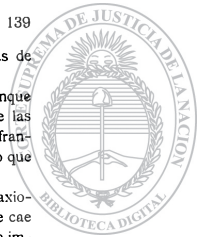
El legado, en el caso del inciso que estudiamos, viene á ser mas bien del valor de la cosa que de la cosa misma.

No hay, pues, tal nulidad, contradiccion ó cosa que se parezca, entre las palabras que estudiamos y el art. 3752. La cita que hace el Dr. Segovia del art. 682 del Proyecto de Goyena, no muestra otra cosa sino que este codificador dispone lo contrario que el nuestro.

Prueba algo mas, y es que hay dos doctrinas diametralmente opuestas; una que declara válido el legado de cosa que al tiempo de hacerse es propia del legatario, y otra que lo declara nulo. Goyena sigue esta última, y lo ha declarado espresamente siguiendo el principio romano. *Quia quod proprium est legatarii, amplius ejus fieri non potest*, principio que no impedia aun por derecho romano que se legasen las mismas cosas del heredero (Ley 62, § 8 de *legat*).

No es, como dice el autor citado, que no existe mas doctrina que la establecida en la nota trascrita, y que las palabras que estudiamos son una contradiccion originada de un descuido; es la adopcion de un principio que otros Códigos siguen.

Aun en derecho frances, que no hay una disposicion espresa como la que estudiamos, se discute si el legado hecho en las condiciones del inciso que estudiamos es válido ó no, discusion que tiene su origen, como dice Laurent, tom. 14, nº 132, en la



distincion que hacia el derecho romano de legados de cosas de otros ó legados de cosas del heredero.

Toullier, tom. 5, nº 517, afirma como indudable que aunque el Código prohíba legarse las cosas ajenas, el legado de las cosas del heredero sería válido. Si esto es así en derecho frances, con mayor razon no debemos declarar nulo un legado que nuestra ley dice espresamente que es válido.

Se ve, pues, que lo que el Dr. Segovia sienta como un axioma, es precisamente lo contrario; error en que fácilmente se cae cuando se juzga la disposicion ligeramente y por la primera impresion que causa su lectura, sin preocuparse de la razon que el legislador ha tenido para adoptarla.

**A precio equitativo:** Si el precio pagado no es equitativo, se pagará lo que estime el Juez con arreglo al justo precio de la cosa, el cual se determinará por peritos, como en el caso de que habla el inciso anterior.

**3755**—Si la cosa legada estaba empeñada ó hipotecada ántes ó despues del testamento, ó gravada con un usufructo, servidumbre ú otra carga perpétua, el heredero no está obligado á librarla de las cargas que la gravan (Concuerda con los arts. 2899—3839.)

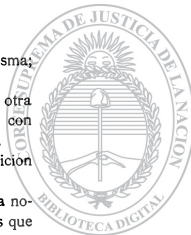
#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, art. 1135—Cód. Frances, 1020—Demante, tom. 4, nº 165 bis, §§ 1 y 2. Cuando la cosa está hipotecada ó empeñada, el derecho Español y el Romano establecen que el heredero debe darla libre al legatario, porque la deuda que la grava es á cargo de la sucesion. Así lo disponen, L. 11, Tit. 9, Part. 6ª.—Instít., Lib. 2, Tit. 20, § 5; pero esas leyes y la doctrina tienen solo origen en las sutilezas del derecho. Nosotros partimos del principio de que las liberalidades deben restringirse mas bien que ampliarse. La hipoteca, la prenda, son una manera de enajenacion, y si el testador hubiese enajenado la cosa legada, el legado queda revocado. Por esta misma consideracion el legatario debe recibir la cosa tal como se halle con los gravámenes que ella reconoce) —Troplong, núms. 1943 y sigtes.—Duranton, tom. 9, núms. 465 y 466.

**No está obligado á librarla de las cargas que la gravan:** La cosa pasa al legatario con la hipoteca ó la carga que a grava, como dice el art. 3839.

Si á causa de la hipoteca el inmueble es rematado, el legatario no podrá reclamar de los herederos. Si del precio de venta hay algun sobrante, éste pertenecerá al legatario; pero si falta, únicamente los herederos serán los responsables para con el acreedor.





El legatario solo responde de la hipoteca con la cosa misma; lo que falte es deuda de la sucesion y no suya.

En cambio, si la deuda se estingue por prescripcion ó por otra causa que el pago, el legatario no quedará obligado para con los herederos; él solo aprovechará la estincion de la deuda.

1º No es dudoso que el testador pueda por una disposicion espresa dejar la deuda á cargo de los herederos.

2º La critica que el Dr. Segovia hace en la nota 14, á la nota del codificador, es injusta. Para demostrarlo no hay mas que leer la nota del codificador al art. 3839, en que dice qué clase de enajenacion es la constitucion de una hipoteca, y la nota al 2807 respecto al usufructo.

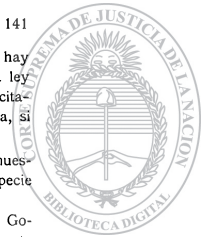
**3756**—El legado de cosa indeterminada, pero comprendida en algun género ó especie determinada por la naturaleza, es válido, aunque no haya cosa de ese género ó especie en la herencia. La eleccion será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior ó inferior, habida con consideracion al capital hereditario, y á las circunstancias personales del legatario. (Concuerda con los arts. 601—602—3757—3758.)

#### CONCORDANCIAS

(La L. 23, Tit. 9, Part. 6ª, esplica con bastante claridad la disposicion del artículo—Véase Cód. Frances, art. 1022—Holandes, 1015—Napolitano, 977—Vost, Lib. 33, Tit. 5, n° 6—Troplong, *Testament*, n° 1558. El Derecho Romano acordaba al legatario elegir: pero bajo la regla *id. esse observan dum ne optimus nec pessimus accipitur*. Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 389, n° 18—*Instit.*, *De Legatis*, § 22. En las obligaciones alternativas, la eleccion corresponde al deudor y por este principio dejamos la eleccion al heredero. La eleccion debe circunscribirse á las cosas de una calidad mediocre. Mas esta limitacion no tendrá lugar cuando el testador haya autorizado al legatario á elegir entre varias cosas la que le sea mas agradable. En tal caso podria tomar la mejor. Hay una gran diferencia entre el derecho indefinido de tomar una cosa entre otras, y el derecho de elegir de esas cosas la que mas convenga. Véase Vazeille, sobre el art. 1022, n° 5)—Nota del codificador al art. 2826—Goyena, 691—Toullier, tom. 5, n° 516—Cód. de Chile, 1115 y 1116.

**Determinada por la naturaleza:** Si es determinada por el hombre y no se encuentran cosas de ese género entre los bienes del testador el legado será nulo, como lo establece la Ley 23 de Partidas, que el codificador dice que esplica el alcance de su artículo.

Así, si se dice "lego un caballo" hayan ó no caballos en el patrimonio del testador, el heredero deberá adquirir uno para



cumplir con el legado; pero si se dice "lego una casa" y no hay casas en la sucesion el legado será nulo, como lo declara la ley citada, lo cual es conforme tambien con el Código de Chile citado. Si hay casas, se entregará una de ellas, ó la que haya, si no hay mas que una.

Goyena, en su art. 691, hace estensiva la disposicion de nuestro artículo á las cosas comprendidas en algun género ó especie determinada por el hombre.

Nuestro Código, ha tenido á la vista el citado artículo de Goyena, como se prueba por las citas que hace, tomadas de este autor; pero parece indudable que ha suprimido intencionalmente las palabras, "ó por designacion del hombre" que trae Goyena en seguida de los que estudiamos.

Despues en el comentario á su artículo, Goyena pone como ejemplo de un género ó especie determinada por el hombre, una cosa de esta especie.

De modo, pues, que las palabras que estudiamos tienen por objeto limitar las cosas indeterminadas que pueden ser objeto de un legado, escluyendo los comprendidos en algun género ó especie determinada por el hombre.

**3757**—Siempre que el testador deje espresamente la eleccion al heredero ó al legatario, podrá el heredero en el primer caso, dar lo peor, y en el segundo, el legatario escoger lo mejor. (Véase art. 3756 y sus concordantes—3759.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 23 y 25, tit. 9, Part. 6ª—Pothier, *Ad. Pand.*, p. 389)—Nota del codificador al art. 3756—Goyena, 692—Vazeille, sobre el art. 1022, n° 5.

**Deje espresamente:** Por ejemplo, si dice: "Lego á Pedro el caballo ó la cosa que él elija de entre los que tengo de mi propiedad" habrá una autorizacion espresa para que el legatario haga la eleccion. Lo mismo será si se dice: "De los muebles de mi casa lego á Pedro el objeto que él elija".

1º ¿Qué se resolveria si el testador dijera: "Lego á Pedro los muebles que él elija de los que adornan mi casa?" En este caso, dice Vazeille sobre el art. 1022, la Corte de Bruselas ha juzgado que semejante legado, tan bajamente espresado, no daría derecho al legatario para elegir todos los muebles, sino uno solo.



Pensamos que esto sería restringir demasiado la facultad del legatario. La voluntad del testador en semejante cláusula no sería otra que legar todos sus muebles, dejando á la prudencia del legatario, el uso de esta facultad. Cuando mas podría restringirse á los necesarios para el uso del legatario en consideracion á las circunstancias personales de éste y al capital hereditario. (Véase Troplong, nº 1962.)

**3758**—En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones alternativas. (Concuerda con los arts. 635 y sigtes.—2826—3756—3757—3780.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 1959 y sigtes.)—Nuestro comentario al art. 2826—Goyena, 690.

**Legados alternativos:** Debe tenerse presente, dice Troplong, que hay una gran diferencia entre el legado alternativo y el legado de una cosa indeterminada comprendida en una especie determinada. Teniendo en cuenta las disposiciones de los arts. 635 y siguientes se notará bien esa diferencia. Sobre algunas cuestiones que pueden presentarse en el legado alternativo, puede verse nuestro comentario al art. 2826 y los autores allí citados.

**3759**—El legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero pero puede el testador dejar al juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo. (Concuerda con los arts. 3619—3620—3711—3757.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 29, tit. 9, Part. 6\*)—Laurent, tom. 14, nº 148—Goyena, 558.

**A juicio del heredero el importe del legado:** No se trata aquí de dejar á voluntad del heredero pagar ó no el legado, lo que está prohibido por los arts. 3619 y 3620; se trata simplemente de una facultad limitada acordada al heredero para fijar el monto del legado, tomando por base una circunstancia determinada. La fijacion del valor del legado debe tener un limite para que sea válido: de lo contrario sería como dejar á voluntad del heredero el cumplir ó no con la disposicion testa-



mentaria. Así, por ejemplo, no sería válido el legado hecho en esta forma: "Lego á Pedro la cantidad que quiera darle mi heredero Juan". Este sería un legado completamente ilusorio, sería dejar la disposicion al arbitrio de un tercero lo cual está prohibido por el 3619, última parte y art. 3760, 1ª parte, puesto que el heredero podría fijar en un peso, por ejemplo, el valor del legado. Pero si el testador dijera: "Lego á Pedro la cantidad que necesite para poder concluir su carrera, debiendo mi heredero Juan determinar la cantidad necesaria", había aquí una base, y ya el legado no quedaría al arbitrio del heredero, pues que si bien él fijaría la cantidad á recibir por Pedro, éste podría reclamar si no le era suficiente en consideracion á su condicion personal y al monto de los bienes dejados (art. 3790).

Para que valga, pues, el legado cuyo monto se deja al arbitrio de un tercero, es necesario que esa facultad tenga un límite, que bien puede ser en relacion al total de los bienes de que se compone la sucesion, en relacion á la produccion de tal ó cual inmueble ó en relacion á las necesidades del legatario, etc., etc.; en una palabra: que el Juez en caso de desacuerdo entre el heredero y el legatario tenga una base para resolver si el primero ha cumplido con la voluntad del testador. La voluntad del heredero, por sí sola no puede servir de base para la determinacion del importe del legado, pues que con su sola voluntad podía dejar sin efecto el legado, fijándole un importe que equivalga á nada. No se vería en esto una voluntad seria en el testador (Comentario al art. 3792).

Piensen lo mismo Troplong, nº 1956 y Maynz, tom. 3, § 429, p. 627.

1º Por lo demas, al legatario debe considerársele autorizado para pedir se le obligue al heredero á fijar el monto y la oportunidad de pagarlo, si no hace una ú otra cosa. El Juez podrá tambien fijarla por sí mismo si el heredero abusa de su facultad y fija para el pago una época que no ha podido entrar en el ánimo del testador; tal sería, por ejemplo, el caso en que el heredero fijase un plazo demasiado largo para hacer el pago, sin motivo alguno. El Juez fijaría entonces un plazo racional, teniendo en cuenta lo que verosimilmente haya sido la voluntad del testador en razon de las circunstancias particulares de cada caso (art. 3792).

**3760**—El legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algun modo, es de ningun valor. Si se lega la cosa fungible, señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, si él no ha designado la cantidad; y si la ha designado hasta la cantidad designada en el testamento. Si la cantidad existente fuese menor que la designada, solo se deberá la existente, y si no existe allí cantidad alguna de la cosa fungible, nada se deberá. (Concuerda con los arts. 1170—1171—3759—3792.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 18, tit. 9, Part. 6ª—Cód. de Chile, 1112)—Laurent, tom 14, n° 148—Trop-  
long, tom. 4, n° 1955.

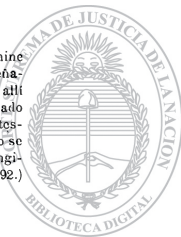
**No se determine de algun modo:** Esto es una cuestion de hecho, que el Juez resolverá en cada caso particular, pues la determinacion de la cantidad legada depende muchas veces del objeto que manifestamente se ha propuesto el testador (Trop-  
long, n° 1956). Así, pues, no será necesario para la validez del legado que el testador fije de antemano la cantidad que lega; basta que lo haga en relacion á las necesidades del legatario, ó que en el mismo testamento se encuentren los elementos necesarios para que pueda determinarse ese valor (arts. 3790, 3792 y su comentario).

Solo cuando la liberalidad es tan bajamente espresada, como si se dijera: "Lego vino á Juan", se declarará nulo el legado. Por derecho Romano algunos autores pensaban que en este caso debia entenderse que se legaba la cantidad de vino necesaria para el consumo del legatario.

Esta interpretacion no puede adoptarse entre nosotros, en vista de los términos del artículo que estudiamos. Tampoco se acepta por los jurisconsultos franceses. Troplong, refiriéndose á un ejemplo semejante al nuestro dice: "Si las circunstancias accesorias, no vienen en auxilio para poder conocer la voluntad del testador, pienso que el legado deberá considerarse como inútil".

**Si no existiese allí cantidad alguna:** Véase sobre esto el comentario al 3764.

**3761**—La especie legada se debe en el estado que exista al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los útiles necesarios para su uso, que existan en ella. (Concuerda con los arts. 952—2315 á 2317—2319 á 2323—2520—2910—3762—3763—3765—3779—3824.)



## CONCORDANCIAS

(LL. 37 y 42, tit. 9, Part. 6°).—Cód. de Chile, 1118.—Cód. Frances, art. 1018.—Troplong, núms. 1930 y sigtes.—Laurent, tom. 14, núms. 140 y sigtes.—Goyena, 689.

**En el estado en que exista:** Respecto á los deterioros, véase art. 3779, y á las mejoras, art. 3762.

**Comprendiendo los útiles necesarios para su uso, que existan en ella:** Lo que el legislador ha querido establecer aquí es que la cosa se entregue con todos sus accesorios, salvo las restricciones especiales, tales como las del art. 3762, que existan á tiempo de la muerte del testador. Las obligaciones del heredero respecto á esto, son las mismas impuestas al vendedor por el art. 1409. Véase nuestro comentario al art. 2835, nº 7 y art. 3779. El art. 3763, última parte, es un ejemplo del caso legislado en el presente. Si se lega, por ejemplo, un molino ú otro establecimiento industrial, el legado comprende todas las maquinarias y útiles necesarios que existan en él. Los autores citados en las concordancias traen varios ejemplos. Debe entregarse todo aquello que forma parte integrante de la cosa legada; en caso de duda, la interpretacion debe ser restrictiva, con arreglo al principio general establecido en el art. 3765. Debe á mas tenerse en cuenta la intencion que resulte de las palabras usadas por el testador, y las costumbres del lugar, como dice Troplong, nº 1932, para conocer la estension del legado.

1º Cuando la ley se refiere á lo necesario para el uso de la cosa, se deben entender el uso á que ésta estaba destinada á la época de la muerte del testador.

**3762**—Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado despues del testamento no se comprenden en el legado; y si lo nuevamente agregado formase con lo demas, al tiempo de abrirse la sucesion, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valiesen mas que el predio en su estado anterior, solo se deberá al legatario el valor del predio; si valiesen ménos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones ó mejoras. (Concuerda con los arts. 2588—2669—2820—2835—3761—3779—3799.)



## CONCORDANCIAS

(Pothier, tom. 2, p. 338, n° 329—Ley 37, tit. 9, Part. 6ª—Cod. Frances, 1018 y 1019—Holandes, 1010—Tropolong, 1940—Aubry y Rau, 722—Coin Delisle, sobre los arts. 1018, 1019—Demante, tom. 4, n° 64, bis)—Cód. de Chile, 1119—Las concordancias del artículo anterior—Laurent, tom. 14, n° 142.

**Que el testador le haya agregado:** Los terrenos agregados por aluvion, accion, etc., etc., no quedan comprendidos en este artículo, pues los aumentos naturales acrecen al legatario, quien debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre (art. 3761). Esto es de jurisprudencia universal (Laurent, tom. 14, n° 142).

**Solo se deberá al legatario el valor del predio:** ¿Tendrá el legatario derecho á exigir en este caso, que se le entregue el predio con todas las agregaciones, pagando el valor de estas últimas? Pensamos que no. Las palabras que estudiamos, dan á entender bien claramente que esas agregaciones hacen desaparecer el legado del predio para convertirlo en legado de cantidad. Esto por una parte, y por otra la hipótesis que resuelve á continuacion de la que estudiamos.

Allí dice que si el valor de lo agregado es menor que el valor de la cosa, en el estado en que se legó, deberá entregársele al legatario, con cargo de pagar ese mayor; de modo que el artículo, poniéndose en los dos casos, los resuelve de un modo absoluto.

Tal vez podría decirse que lo que la ley ha querido establecer con las palabras que estudiamos es que, en el caso resuelto, los herederos no puedan obligar al legatario á recibir la cosa y pagar los aumentos, ó á renunciar al legado; pero nosotros diremos que si tal hubiera sido el pensamiento del legislador le habria dado espresamente derecho para exigir la cosa pagando el aumento ó exigir se le pague solo el precio primitivo del legado. Cuando dice que *solo se deberá al legatario el valor del predio*, la palabra, *solo*, de que se vale la ley, significa que eso es lo *único* á que el legatario tiene derecho.

2º En la segunda hipótesis, es decir, cuando lo agregado vale ménos que lo legado, el legatario no podrá exigir tampoco que se le pague su valor; tendrá que pagar ese mayor valor, que





viene a ser una carga, ó renunciar el legado (art. 1854, combinado con el 3774).

3º El legatario tiene derecho á intervenir en la determinación del valor de los aumentos hechos por el testador, tanto en el nombramiento de los peritos que hayan de hacer la tasación, como en la aceptación del precio calculado. En caso de disconformidad, el Juez resolverá como en todos los casos de tasación en general.

4º Cuando se lega una universalidad de bienes, como si se dice: "Lego todos los inmuebles que poseo en tal Provincia ó en tal Departamento", se comprenden legados únicamente los que el testador poseía allí á la época del testamento y no los otros bienes que con posterioridad haya adquirido separadamente en la misma Provincia ó Departamento.

**3763**— Si se lega una casa con sus muebles ó con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderán comprendidos en el legado sino los muebles que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella; y así, si se legase de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella. (Concuerda con los arts. 2323—2520—2761—2762 )

#### CONCORDANCIAS

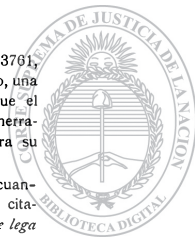
Cód. de Chile, 1121—Nuestro comentario al art. 2835, núms. 7 y 8.

**Una casa con sus muebles:** Si es simplemente la casa, sin hablar nada de muebles, el legado comprende únicamente el suelo y edificios, salvo los casos legislados en el art. 3761.

**Que las que sirven para el cultivo:** Tales como los animales de servicio, máquinas de agricultura, etc., etc., pero no las haciendas de cría que contenga el inmueble legado.

1º Debe advertirse que cuando el artículo habla de entregar las cosas que sirven para el cultivo de una hacienda de campo, se refiere á cuando, como en el caso del legado de una casa, el testador dice: "con todo lo que se encuentra en ella", pues esta segunda parte del artículo no es sino un ejemplo del principio, ó hipótesis establecida en la primera parte del mismo. Si se lega simplemente "tal estancia", sin agregar mas, solo se entiende legado el suelo y lo edificado y plantado, pero no los inmuebles por destino.





Otra cosa es, como hemos dicho en el comentario al art. 3761, cuando se lega un establecimiento industrial, como un molino, una fábrica. En tal caso se entiende, aunque no se diga, que el legado comprende á mas del inmueble todos los útiles ó herramientas que se encuentran en la misma y que sirven para su marcha.

No sucede lo mismo en una hacienda de campo, como cuando el testador dice: "*Lego tal estancia*", que es el ejemplo citado por el codificador. Por esto es que el artículo dice: *si se lega de la misma manera*, para significar que el legado de una hacienda de campo solo comprende las cosas y animales que sirven para el cultivo, cuando éste se ha hecho en la forma indicada en la primera hipótesis; es decir *con todo lo que se encuentre en ella*, como dice el artículo.

Por mas generales que sean los términos empleados por el testador al hacer el legado, siempre se entenderá restringido á las cosas de que habla la disposicion que estudiamos. Para que se comprendan otras es necesario, como dice el Código de Chile, de donde ha sido tomado nuestro artículo, que se especifiquen especialmente.

**3761**—El error sobre el nombre de la cosa legada, no es de consideracion alguna, si se puede reconocer cuál es la cosa que el testador ha tenido la intencion de legar. (Concuerda con los arts. 928 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 14, n° 154.

**Si se puede reconocer, etc., etc.** El mismo principio del artículo, es aplicable al error sobre el lugar en que se encuentra la cosa. Así, por ejemplo, si en el caso del art. 3760, se dice: "*Lego tales títulos de renta que se encuentran depositados en tal Banco, desde tal ó cual fecha*", si resulta que no es en el Banco designado en el que están los títulos de renta, sino en otro, habrá un error que en nada afectará la validez del legado. Pero si resulta que á la época de hacerse el testamento, el testador tenía allí títulos depositados, y que despues sacó, con arreglo á la última parte del citado art. 3760, nada se deberá,



pues que se supondrá que con este hecho el testador ha revocado el legado.

1º Otro tanto debe decirse de las demas cosas fungibles de que habla dicho artículo, y entenderse la última parte en el sentido de que no se deberá lo legado si nada se encuentra en el lugar designado, á la muerte del testador, siempre que esta falta sea porque el testador ha sacado de allí las cosas fungibles que habian á la época en que se hizo el testamento; si el testador los ha sacado es porque ha querido dejar sin efecto el legado. Pero si resulta que en el lugar designado no han existido nunca las cosas legadas sino en otra parte, lo natural es pensar que ha habido en esto un error por parte del testador al designar el lugar en que se encontraban las cosas fungibles legadas. No es de suponerse que, sabiendo el testador que allí no habia nada, hubiera solo querido hacer una farsa de legado en un momento tan solemne como es la formacion de un testamento.

La misma razon que el legislador ha tenido para no declarar nulo el legado en que se ha padecido un error al designar la cosa legada, hay para declarar válido el legado en que el error consiste en la designacion del lugar en que se encuentra lo legado, siempre que se comprenda que hay error, como sería el caso de que nos ocupamos.

En toda disposicion testamentaria hay que encontrar un pensamiento serio por parte del testador, y sería desconocer esto declarar que no existe legado cuando la cosa legada no existe en el lugar designado, no porque se haya sacado de allí por el disponente, sino porque nunca ha existido.

**3765**—En caso de duda sobre la mayor ó menor cantidad de lo que ha sido legado, ó sobre el mayor ó menor valor, se debe juzgar que es la menor ó de menor valor. (Concuerda con los arts. 3760—3761.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 5, tit. 33, Part. 7.—Ley 9, Dig. *De reg. juris*)—Nuestro comentario al art. 2835, n.º 9.

**3766**—El legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde la muerte del testador, y trasmite á sus herederos el derecho al legado; los frutos de la cosa le pertenecen, y su pérdida, deterioros ó aumentos son de su cuenta. Esta disposicion se aplica á los legados hechos á término cierto ó con una condicion resolutoria. (Concuerda con

los arts. 377-553-573-2373-2520-2522-2667 á 2669-2820-3265-3610-3775-3777-3779-3793-3799-3800-3801-3804.)

## CONCORDANCIAS

(LL. 34 y 37, tit. 8, Part. 6ª-Cód. Frances, 1014-Aubry y Rau, § 717-Troplong, n° 1876)-Goyena, 697 y 698-Notas del codificador á los arts. 2769, 3799 y 3804.

**Es propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión:** Es propietario como lo es el comprador de un inmueble que ha pagado el precio, pero á quien no se le ha hecho la tradicion. Para adquirir la posesion y en consecuencia derechos reales, es indispensable la entrega por parte del heredero, pero una entrega en el sentido que decimos en el comentario al art. 3770.

El Dr. Segovia en la nota 35, dice que el legatario adquiere derechos reales sin necesidad de tradicion. Á nuestro juicio esto es un error y pensamos que está en contra del principio general sentado en el art. 577 y sus concordantes, que es indispensable la tradicion para adquirir la posesion y derechos reales sobre la cosa, y en contra de las terminantes disposiciones de los arts. 3775 última parte, 3767, 3768 y sus concordantes, y por último en contra de lo dicho por el codificador en las notas á esos mismos arts. 3767, 3768 y 3775.

El Dr. Segovia al afirmar que el legatario no necesita que se le haga tradicion de la cosa legada, se apoya en el art. 3265 que establece que para adquirir derechos reales por sucesion no se necesita de la tradicion; este autor confunde los derechos del heredero, que son á los que se refiere el citado artículo y sus concordantes, con los derechos del legatario; confunde el derecho á la *posesion* con el derecho *de posesion*.

Para lo primero, es decir, para comprender que la última parte del art. 3265, se refiere puramente á los herederos, basta leer los arts. 3410 á 3413.

Por esos artículos se ve que hay herederos que adquieren la *posesion* de la herencia sin ninguna formalidad, y otros que necesitan que el Juez se las dé. De modo que aun los mismos herederos, si no son descendientes ó ascendientes, necesitan que se les dé la posesion que hace las veces de tradicion para adquirir derechos reales (art. 3414), con lo cual se ve que la escepcion



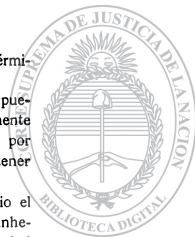


del art. 3265 referente á la necesidad de la tradicion para la adquisicion de los derechos reales, y el ejercicio útil de las acciones que de él nacen, solo comprende á los descendientes y ascendientes del autor de la sucesion; y si ni siquiera se comprende á todos los herederos, mal pueden considerarse comprendidos en la misma escepcion los legatarios, de quienes dice el codificador espresamente que no adquieren la posesion sin que el heredero haga la tradicion. Hay mas, el mismo codificador en la nota al art. 3768 dice que la necesidad de la demanda para la entrega del legado es una consecuencia de la posesion hereditaria del heredero legítimo y del instituido, que no varía por la disposicion del testador al establecer el legado; son los herederos los que entran en posesion de los bienes, y no el legatario, y es por esto que los últimos necesitan que el heredero les dé una posesion que la ley no les da. El ejemplo puesto por el codificador al final de la nota que nos ocupa es la mas convincente prueba de que es un error del Dr. Segovia creer que el legatario no necesita tradicion para adquirir derechos reales sobre la cosa legada.

Respecto á lo segundo, es decir, respecto á lo que adquiere el legatario por la muerte del testador, es solamente un derecho á la *posesion* y no la posesion misma, que es muy distinto, como puede verse por el art. 2468 y sus concordantes. Refiriéndose á esto mismo Laurent, tom. 14, nº 62 dice que la necesidad de la entrega está en que su derecho de propiedad no está reconocido; "es solamente por la entrega que se constata que es propietario; hasta entónces su propiedad es un derecho abstracto, que puede vender, es verdad, y que lo trasmite á sus herederos, pero que no tiene su ejercicio".

En la necesidad de dar al legatario la facultad de ejercer ciertas acciones reales, tales como la reivindicatoria, cuyo ejercicio venia á ser incompatible con el carácter especial del derecho del legatario á quien el heredero no habia puesto en posesion de la cosa legada, Merlin ideó la citacion del heredero al juicio reivindicatorio. Este sistema fué seguido por nuestro legislador en el art. 3775; y en la nota al mismo artículo, el Dr. Velez habla del sistema de Merlin.

Si el legatario adquiriese la propiedad plena desde el momento



de la muerte del testador, no habia para que tomar este término medio adoptado por nuestro Código.

Solo estudiando desde su origen ciertas disposiciones se puede llegar á conocer su verdadero alcance; y esta precisamente es una de esas disposiciones que no se les puede interpretar por su simple lectura, como lo ha hecho el Dr. Segovia sin tener en cuenta para nada sus antecedentes.

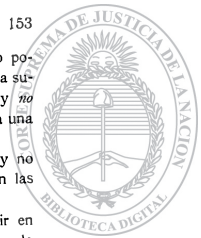
Es, pues, la tradicion lo que le hace adquirir al legatario el título de propietario con todas las cualidades y derechos inherentes al título de tal; antes solo hay un derecho de propiedad limitado. Es por esto que no se puede decir que el legatario sea propietario en el sentido absoluto sin la tradicion hecha por el heredero, como dice Hureaux, tom. 5, nº 117.

Respecto al modo como puede hacerse la tradicion al legatario, véase nuestro comentario al art. 3770.

El mismo codificador, en la nota al art. 3767, dice: "Una cosa es la propiedad, *otra la posesion de la cosa legada*. Si la *propiedad* es adquirida desde la muerte del testador, *la posesion* es deferida *hasta la entrega* voluntaria ó forzada que haga el heredero".

Ya hemos dicho, que lo que el legatario adquiere por la muerte del testador es la propiedad de la cosa que le da derecho á *la posesion*, que debe demandarla de los herederos, como lo establece terminantemente el art. 3767 y nota del codificador al mismo, pero no la posesion misma (Troplong, nº 1875). Prueba de ello es tambien el art. 3768, y tambien el 3775, en el cual se da al legatario derecho para reivindicar la cosa legada, *pero con citacion del heredero*. ¿Por qué es esa citacion al heredero? Es claro que es porque el legatario, á quien no se le ha hecho la tradicion de la cosa, á quien no se le ha permitido aun tomar posesion de ella en algunas de las formas de que habla el art. 3770, no tiene todavía derecho real sobre ella para entablar por sí solo una accion real como es la reivindicatoria. Si el legatario aprovecha los frutos y son de su cuenta los aumentos ó deterioros de la cosa, es porque los efectos de la posesion se retrotraen al dia de la muerte del autor de la sucesion.

"La propiedad de la cosa legada, dice Pothier, *Donaciones*, nº 239, pasa á la verdad al legatario sin ningun hecho ni tradicion, desde el dia de la muerte del testador, *pero no adquiere la posesion sino desde el dia de la tradicion y entrega* que se hace.



Hasta el momento de esa *tradicion*, el heredero es el justo poseedor de las cosas legadas, como de las otras cosas de la sucesion; el legatario está obligado á demandar la entrega, y *no puede por si mismo* entrar en posesion; si lo hace, sería esta una vía de hecho por la cual el heredero podría demandarlo."

Esta doctrina es la que ha seguido nuestro codificador, y no la que el Dr. Segovia cree, pues que el Dr. Velez hasta en las notas se ha valido de los mismos términos que Pothier.

Podría creerse que lo que el Dr. Segovia ha querido decir en la nota 35 á que nos referimos es que el legatario adquiere la propiedad sin necesidad de tradicion; pero esto á mas de decirlo el mismo artículo, no guardaría consonancia con el § 2 de esa nota, en que dice que á consecuencia de esto, el *derecho real del legatario* se transmite por su muerte á los herederos. Sin posesion no se adquiere ningun derecho real; entonces es claro que lo que el autor citado quiere afirmar en su nota es que la posesion de la cosa legada la adquiere el legatario sin necesidad de tradicion; todo lo cual proviene, como decimos, de confundir la propiedad con la posesion. (Véase lo dicho en el comentario al art. 3770.)

Mas creemos que ha habido una ligereza de este autor, resultado de sentar principios absolutos nada mas que porque parezcan buenos, sin recordar que se está ligado por la ley que se estudia y que no es dado á los intérpretes separarse de ella, sin distinguir que lo hace en virtud de su criterio propio y no del espíritu de la ley. Una cosa es la ley y otra la bondad de la doctrina que adopta. Si el intérprete cree que la doctrina es mala, puede emitir su opinion, pero sin desconocer lo que la ley manda.

Decimos que atribuimos á un descuido la nota á que nos referimos, porque el mismo autor en la nota 45 al art. 3768 reconoce que la ley exige la tradicion, pero opina que en *rigor no habia necesidad de tradicion*, lo cual es ya muy distinto, pues entre creer que la ley no exige tradicion y creer que *la tradicion ó entrega* ordenada por la ley, por lo mismo que no varia el título, es una formalidad sin objeto, hay una enorme diferencia. Tambien en el § 4 de la misma nota reconoce que el legatario es mero tenedor antes de la tradicion.

Pero aun en esta misma nota, 45 el Dr. Segovia se muestra rehacio y rechaza, no como mala doctrina, sino como doctrina



existente y obligatoria entre nosotros, el que la entrega del legado varía el título de la posesion del legatario. "La tradicion ó entrega no varía el título", dice el Dr. Segovia; sin embargo el Dr. Velez, autor de nuestro Código, y en consecuencia del art. 3768, Laurent, tom. 14, n° 44 y Duvergier sobre Toullier, tom. 3, nota 1, p. 396, dicen que en virtud de esa disposicion, la entrega *es la que varía* el título, y que el legatario que tiene la cosa como locatario debe pedir la entrega del legado *para variar su título de posesion* (Aubry y Rau, § 718, notas 1 y 4). Por lo que hace á la nota del Dr. Velez al art. 1816 que se refiere á la donacion manual y al art. 2357 que se refiere á los actos jurídicos entre vivos, citados por el Dr. Segovia en apoyo de lo que él cree que es la doctrina del codificador, nada tienen que ver con la declaracion especial y espresa del art. 3768, su comentario y nota citada.

Véase, sobre los efectos de la mora en entregar el legado, el comentario al 3779.

**3767**—El legatario no puede tomar la cosa legada sin pedirla al heredero ó albacea, encargado de cumplir los legados. Los gastos de la entrega del legado son á cargo de la sucesion. (Concuerda con los arts. 3400—3768—3770—3775 —3795 á 3797.)

#### CONCORDANCIAS

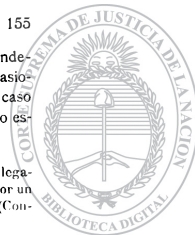
(LL. 37 y 88, tit. 9. Part. 6ª—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 337, n° 332—Una cosa es la propiedad, otra la posesion de la cosa legada. Si la propiedad es adquirida desde el día de la muerte del testador, la posesion es deferida hasta la entrega voluntaria ó forzada que haga el heredero —Troplong, *Testament*, n° 1875 —Demante, tom. 4, n° 158, *bis*, § 2 —Los gastos para hacer un pago son siempre de cuenta del deudor)—Goyena, arts. 700 y 701, § 3—Cód. Frances, 1014 y 1015 —Hureaux, tom. 5, núms. 115 y 123.

**Sin pedirla al heredero**: Como el heredero que no es descendiente del testador no puede entrar en posesion de la herencia sin pedirla al Juez de la sucesion, si es moroso en pedir esa posesion, el legatario puede solicitar el nombramiento de un curador á la herencia. Éste podrá tambien con este objeto iniciar el juicio testamentario.

1º El art. 3766 dice que las pérdidas ó deterioros de la cosa son de cuenta del legatario. Esto solo es aplicable á cuando el heredero no es moroso en entregar la cosa; si lo es, si no entrega la cosa no obstante el mandato del Juez dado en virtud

de la demanda, ó si habiéndose opuesto á entregarla es condenado á ello, responde de todos los deterioros de la cosa, ocasionados por su culpa ó por caso fortuito, si en este último caso no prueba que la cosa habria igualmente sufrido el deterioro estando en poder del heredero (arts. 3777 y 3779).

**3768**—Los legatarios están obligados á pedir la entrega de los legados, aunque se encuentren á la muerte del testador en posesion, por un título cualquiera, de los objetos comprendidos en sus legados. (Concuerda con los arts. 2353—3400—3713—3767—3795.)



#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 718, y notas 1 y 4—Zachariae, § 717, nota 2—Demante, tom. 4, n° 158 bis, § 4—En contra, Toullier, tom. 5, n° 541—Véase Vazeille, sobre el art. 1015, núms. 4 y siguientes. La necesidad de la demanda de la entrega de los legados, es una consecuencia forzosa de la posesion hereditaria del heredero legítimo, ó del instituido en el testamento, cuyos efectos no pueden ser neutralizados, ni por una disposicion del testador, ni por un hecho unilateral del legatario, sino solo por la entrega del legado ordenada por los Jueces y consentida por el heredero. La entrega del legado varia el título de la posesion anterior. Así, el legatario que detiene la cosa legada como locatario, es necesario que pida su entrega para variar su título de posesion)—Nuestro comentario á los arts. 3490 y 3766—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 150.

**Aunque se encuentre á la muerte del testador en posesion:** Lo contrario, dicen Aubry y Rau, § 718, nota 4, sería dar derecho al legatario para cambiar por sí mismo el carácter de su posesion, haciendo unilateralmente y por su sola voluntad cesar la posesion del heredero.

Esto sería tambien contrario á lo dispuesto en nuestros arts. 2353 y sus concordantes.

Debe advertirse que, como lo hace notar el fallo citado de los Tribunales de Córdoba, que si bien el legatario está obligado á pedir la entrega de la cosa, esa entrega no importa precisamente el hecho de tomar materialmente la posesion de la cosa legada, sino que el título del legatario sea verificado y reconocido por los que tengan interes en contestarlo. (Véase comentario al art. 3770.)

De modo que el reconocimiento del título de heredero, basta por sí solo para que se cambie la causa de la posesion del legatario que antes habia poseído la cosa por otro título (Laurent, tom. 14, n° 44).



**3769**—Esceptuase de la disposicion del articulo anterior el legado de liberacion. El legatario puede pedir que se le devuelva el título de la deuda, si existiere. (Concuerda con los arts. 3767—3768—3782—3785.)

## CONCORDANCIAS

(Demante, tom. 4, n° 658, *bis*, § 5)—Aubry y Rau, § 718, nota 8—Laurent, tom. 14, n° 46.

**El legado de liberacion:** Porque en tal caso no tiene objeto la demanda de posesion. Al demandar el título de la deuda, el heredero reconocerá ó no la validez del legado.

**3770**—La entrega voluntaria del legado que quiera hacer el heredero no está sujeta á ninguna forma. Puede hacerse por cartas, ó tácitamente por la ejecucion del legado. (Concuerda con los arts. 974—3766.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 718)—Véase Laurent, tom. 14, n° 58.

**Puede hacerse por cartas:** Esto prueba lo que hemos dicho en el comentario al art. 3768, que la entrega que la ley exige no es mas que el consentimiento por parte del heredero ó del albacea en su caso, para que el legatario tome la cosa; no es una tradicion material de la cosa lo que el heredero debe hacer y el legatario exigir, es únicamente consentir que el heredero tome esa posesion, es ponerlo en la posibilidad legal de hacer actos posesorios sobre la cosa legada.

Como la validez del legado depende de que con él no se afecten los derechos del heredero, la ley, no obstante dar la propiedad al legatario desde la muerte del testador, hace conservar al heredero su posesion hereditaria para que á título de tal pueda retener la cosa legada si por alguna razon el legado es nulo. Esto es mas fácil y mas justo que obligarlo á ir á reivindicar del legatario la cosa legada en caso de que ésta tenga que volver á la masa. Pero cuando el heredero consiente en que se pague el legado es porque cree que no hay razon para oponerse á su entrega; renunciando de esa posesion que la ley le da derecho á conservar, pasa inmediatamente al legatario, sin necesidad de ningun otro acto. Para que el heredero pueda consentir en el legado es necesario que se demande su entrega; como dice Laurent, tom. 14, n° 44.



Es por esto que el artículo que estudiamos dice que la entrega puede hacerse por cartas; no supone el absurdo de que en la carta el heredero le remita materialmente la cosa, sino que en ella consienta en que el legatario adquiera la posesion de la cosa legada.

El Dr. Segovia, en la nota 47 á este artículo, dice que “ni la palabra hablada, ni la escrita pueden suplir ó importar una tradicion”—pero como el Código dispone espresamente lo contrario, y es la opinion casi unánime de los autores, como puede verse en Laurent, tom. 14, nº 57, la opinion de este autor no puede ser seguida so pena de ir contra el testo de la ley. “Puede hacerse por cartas”, dice el artículo que estudiamos, ¿qué cosa? es claro que la entrega; y como la entrega es la tradicion, resulta que la palabra escrita puede importar una tradicion segun nuestro Código. El Dr. Segovia que tan liberal se muestra al estudiar el art. 3766 al extremo de creer que el legatario no necesita que se le haga tradicion de la cosa, al estudiar el presente exige una entrega material, sin consentir que la palabra escrita pueda equivaler á esa tradicion.

**3771**—Los legados subordinados á una condicion suspensiva ó á un término incierto no son adquiridos por los legatarios, sino desde que se cumple la condicion, ó desde que llegue el término. (Concuerda con los arts. 545 y sigtes.—569—3766—3772—3773—3790.)

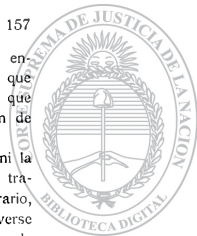
#### CONCORDANCIAS

(Tropiong, *testamentos*, 1872—Pothier, *Donat*, Cap. 5—Part. 2, §§ 31 y sigtes.—Aubry y Rau, § 717.)

**O á un término incierto**: Siempre que este término importe condicion. (Véase comentario al art. 3772.)

**Desde que se cumple la condicion ó llega el término**: Desde esa época recien le pertenecen los frutos, si esta se cumple despues de la muerte del testador. Véase nuestro comentario al art. 3610 y nota del Codificador al art. 557. Si se cumple antes, el legado queda puro y simple, y entonces se aplica lo dispuesto en el art. 3766. (Aubry y Rau, § 717, nota 11.)

En cuanto á los efectos que produce el cumplimiento de la condicion respecto de terceros, estando las disposiciones testamentarias hechas bajo condicion sujetas á lo dispuesto para las



obligaciones condicionales (art. 3610), se observará lo dicho por el codificador en la nota al art. 543 y el art. 551. (Véase comentario al art. 3772.)

**3772**—Si una condicion suspensiva ó un término incierto es puesto, no á la disposicion misma sino á la ejecucion ó pago del legado, éste debe considerarse como puro y simple, respecto á su adquisicion y trasmission á los herederos del legatario. (Concuerda con los arts. 544—3766—3771—3799.)

#### CONCORDANCIAS

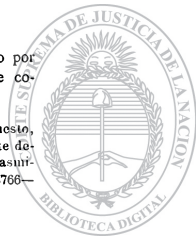
(Tropiong, n° 396—Aubry y Rau, § 717—Pothier, *Donat.* Cap. 5, Sec. 2)—Duranton, tom. 9, núms. 291 y sigtes.—Laurent, tom. 13, n° 533 á 536—Baudry Lacantinerie, tom. 2, n° 652—Nuestro comentario al art. 3899.

**No á la disposicion misma sino á la ejecucion ó pago del legado:** La determinacion de si el legado es bajo condicion suspensiva ó es simplemente á plazo, es de suma importancia. En el primer caso el legatario no adquiere su derecho sino desde que se cumple la condicion, y aunque haya muerto primero el testador, el legado queda sin efecto (arts. 3743, 3799). En el segundo, por el contrario, el legado se supone hecho para el legatario y sus herederos, y siendo á plazo ó bajo condicion resolutoria, se adquiere desde la muerte del testador (art. 3766 y última parte); de consiguiente, la muerte de éste antes del cumplimiento del plazo, pero despues de la muerte del testador, no invalida el legado (arts. 3766, 3800 y nuestro comentario al art. 3610, n° 2).

¿Cómo se determina cuando hay plazo y cuando hay condicion?

Los jurisconsultos franceses buscan la solucion en la intencion del testador, y esta intencion la deducen de las palabras empleadas al hacer la liberalidad (Aubry y Rau, § 717, notas 5 y 6). Indudablemente, la intencion del testador es lo que primero debe tenerse en cuenta al interpretar sus disposiciones; pero en la duda, por nuestro derecho tenemos mejor guía que la que se tiene en derecho frances. Nos referimos al art. 3610, que dice que á las disposiciones testamentarias hechas bajo condicion es aplicable lo dispuesto respecto á las obligaciones condicionales.

El art. 529 dice que la condicion que se refiere á un acontecimiento que sucederá necesariamente, *no importa una verdadera condicion* solo difiere su exigibilidad.





El 569 dice tambien, corroborando esto, que cualquiera que sean las palabras empleadas en una obligacion, se entenderá haber plazo y no condicion, siempre que el hecho futuro sea *necesario* aunque sea incierto.

De modo que segun estas disposiciones, entre nosotros no habrá que buscar el sentido de las palabras para saber si un legado es condicional ó es á plazo; únicamente habrá que distinguir si el hecho futuro es cierto ó incierto en cuanto á su realizacion. Si es cierto en cuanto á su realizacion aunque sea incierto respecto de la época en que sucederá, habrá plazo y no condicion y si el hecho es incierto en su realizacion habrá condicion. Esto es para los casos en que el testador espresamente no le haya dado el carácter de condicional al legado que segun la regla espresada es solo á plazo, ó viceversa, le haya dado el carácter de plazo á lo que por sí es una condicion.

Así, por ejemplo, si el testador dice: "Lego á Pedro tal suma que le será entregada *cundo llegue* á la mayor edad", debe entenderse por nuestro derecho lo mismo que si se dijera: "Lego á Pedro tal suma *si llega* á la mayor edad". En ambos casos el legado será condicional, puesto que no es seguro que el legatario llegue á la mayor edad, desde que puede morir antes de esa época. Las palabras *si, ó cundo*, no pueden tomarse en cuenta por nuestro derecho, como se hace en derecho frances (Duranton, tom. 9, n° 293, en contra Laurent, tom. 13, n° 536), porque, como hemos dicho antes, la distincion que hay que hacer con arreglo á los arts. 529 y sus concordantes es muy distinta.

El testador puede hacer que el legado en los ejemplos citados no sea condicional; si dice: "Lego á Pedro tal cosa que le serán entregados el dia que hagan 22 años de su nacimiento" habrá solo un legado á plazo, pues que es para pagarse en una época fija que llegará indudablemente.

La doctrina que adoptamos indudablemente encontrará alguna resistencia, por cuanto resulta que nuestro Código se ha separado de la doctrina romana, francesa, y la moderna americana, á cuyo frente está el Código de Chile. Necesitamos entonces demostrar como es que se ha separado de esas doctrinas, para lo cual nos serviremos de la comparacion de los textos.

En primer lugar, el Código Frances no contiene una disposi-



cion equivalente á la de nuestro art. 3610; tiene si equivalente á la del que estudiamos, que es el art. 1041. De aquí la necesidad de interpretar las palabras del testador para conocer si su intencion ha sido imponer al legado una condicion ó un plazo; no hay una regla fija como la del art. 529. En derecho frances, como en derecho romano se aplican por analogía á los legados, las disposiciones que rigen las obligaciones en general; pero como esa aplicacion se hace puramente por analogía, hay que separarse de ellos cuando la naturaleza especial del legado lo exige. (Laurént, tom. 13, nº 533).

Desde luego, los intérpretes franceses no pueden avanzar de un modo absoluto y establecer una regla fija, como la que autoriza de un modo absoluto nuestro art. 3610 al decir que las disposiciones testamentarias condicionales se rige por las reglas relativas á las obligaciones condicionales, encontrándose entre esas reglas á que la misma ley sujeta á los legados, el art. 529. Sin embargo, Duranton adopta casi la misma regla de nuestro artículo. (Véase nº 291 y sigtes., tom. 9.)

Otro tanto sucede respecto al derecho romano. (Troplong, 390 y sigtes.—Maynz, § 500.)

La idea de nuestro art. 3610 ha sido indudablemente tomada del art. 1070 del Código de Chile. En ese artículo se establece que las asignaciones testamentarias condicionales están sujetas á las reglas establecidas para las obligaciones condicionales, *pero con las modificaciones que van á espresarse*, dice el texto chileno

Entre esas modificaciones de que habla el art. 1070 de Chile está el art. 1085 del mismo Código que dice: "La asignacion desde dia *cierto pero indeterminado es condicional*, y envuelve la condicion de existir el legatario en ese dia".

El art. 1081 dice que, "Es dia cierto, pero indeterminado, *si necesariamente ha de llegar*, pero no se sabe cuando, como el dia de la muerte de una persona".

Como se ve, si bien el Código de Chile autoriza aplicar á los legados condicionales las reglas establecidas para las obligaciones condicionales, salva espresamente el caso de que trata el art. 1085, porque sin esa escepcion espresa se habria interpretado que el legado hecho bajo la condicion de la realizacion de un hecho que necesariamente ha de suceder, se consideraria como legado á plazo y no como condicional.



De consiguiente, habiendo adoptado nuestro Código en su art. 3610 el principio del art. 1070 del Código de Chile, sin la escepcion espresa contenida en el 1085, es indudable que para determinar si un legado es condicional ó es á plazo debe estarse á lo dispuesto en nuestro art. 529, salvo solo la intencion espresa en contrario manifestada por el testador, como lo hemos dicho en el comentario al citado artículo.

El Dr. Segovia en la nota 50 á este artículo, despues de criticar á Demolombe, Aubry y Rau, Maynz, Pothier y demas autores que se han ocupado del punto, concluye diciendo que lo único razonable es investigar ante todo la voluntad del testador; pero esto es resolver la cuestion con la cuestion misma. Precisamente la dificultad está en el modo de encontrar esa voluntad del testador, que es lo que todos quieren que se respete, incluso nuestro codificador, que haciéndose cargo de la dificultad, ha establecido como norma el art. 3610, que corta toda vacilacion y deja á salvo la facultad en el testador de separarse espresamente de esa regla.

Por lo demas, contra la opinion de este autor de que en la duda de si el legado es condicional ó á plazo, debe estarse á lo primero, está el principio de que en la duda se debe estar por la validez de los actos. No insistimos sobre esto porque pensamos que en nuestro Código ya no puede existir duda al respecto que no esté resuelta en las distintas disposiciones sobre obligaciones condicionales.

Creemos tambien que es un error del Dr. Segovia decir que la distincion hecha en el artículo que estudiamos desaparece con el art. 3789. Parece que este autor encuentra la contradiccion en las palabras: *ó á un término incierto*, de que se vale el art. 3799, comparados con los mismos de que se vale el que estudiamos.

Parécenos que la contradiccion desaparece si se tiene en cuenta que *término incierto* no quiere decir precisamente término que no se sabe si llegará, sino tambien al que se sabe que llegará pero que no se conoce la época; el art. 3799 se refiere al primero, y el presente á este último, como se ve por la nota del codificador á éste. Véase lo que decimos en el comentario á dicho art. 3799.

**Respecto á su adquisicion y trasmision á los herederos:** Es decir, se adquiere á la muerte del testador, si el le-

gatarío le sobrevive, y trasmite á sus herederos el mismo derecho aunque no sobreviva al vencimiento de plazo (arts. 3766 y sus concordantes).

**3773**—El legatario, bajo una condicion suspensiva ó de un término incierto puede, ántes de llegar el término ó la condicion, ejercer los actos conservatorios de su derecho. (Concuerda con los arts. 546—3436—3458—3610—3771—3802.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 717—Troplong, 287)—Nuestro comentario á los arts. 3458 y 3610.

**Los actos conservatorios de su derecho:** Tales como pedir la separacion de patrimonios (art. 3436 y nota del codificador al presente); puede reivindicar la cosa de terceros, con citacion del heredero (art. 3775).

Puede tambien pedir se decrete la inenajenabilidad del inmueble hipotecado por parte de los herederos (argumento y comentario al art. 3458 y los concordantes del 3610), ó pedir su sequestro si los herederos deterioran la cosa.

1º ¿Puede el legatario exigir fianza de los herederos para que estos entren en posesion del inmueble? Los dos autores citados por el codificador en este artículo profesan doctrinas contrarias.

"Pensamos, dice Troplong, nº 287, con Frugale, que el heredero en caso de temor grave y fundado, podrá ser obligado á dar fianza. Nada es mas sagrado que la última voluntad, y es necesario impedir que el heredero la haga ilusoria por su mala gestion." Piensan lo mismo Demolombe, tom. 22, nº 316—Delvincourt, tom. 2, p. 321.

Á su vez Aubry y Rau, refutando la doctrina de estos autores, dicen que no hay razon alguna para dar este derecho á los legatarios bajo condicion ó á término desde que no puede demandar la cosa mientras la condicion ó el plazo no se cumplan".

Pensamos que lo mas natural es que los legatarios puedan exigir fianza en todos los casos en que peligre el cumplimiento ó pago del legado, como lo puede exigir todo acreedor personal. (Véase nota del codificador á los arts. 546, 3558, 3610 y sus concordantes y comentarios.)

2º Las cargas pueden ser temporales ó perpetuas. (Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 3, p. 152.)



**3774**—Los legados hechos con cargas son regido por la disposición sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza. (Concuerta con los arts. 558—1826 á 1829—1851 á 1868—3805—3807—3821—3822—3841—2842—3849.)

## CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 3841—Aubry y Rau, § 715, testo y notas 3 y sigtes.  
—Laurent, tom. 13, núms. 546 y sigtes.

**Los legados hechos con cargo**: Esta clase de legado tiene mas analogia con el legado bajo condicion resolutoria que con el hecho bajo condicion suspensiva; y así, debe considerarse al legatario como dueño de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, sin perjuicio del derecho acordado á los herederos por el art. 3841 y sus concordantes.

**Por las disposiciones sobre las donaciones**: De consiguiente, el cumplimiento de las cargas puede ser demandado, no solo por los herederos sino tambien por los terceros en cuyo beneficio han sido impuestos (arts. 1852 y 1853). Pero si los cargos no se cumplen, los terceros no pueden pedir la renovacion, sino su ejecucion (art. 1853).

Como complemento á este artículo véase nuestro comentario al 3841 y tambien el comentario al art. 3780.

**3775**—Cuando el legado sea de un objeto determinado en su individualidad, el legatario está autorizado á reivindicarlo de terceros detenedores con citacion del heredero. (Concuerta con los arts. 2513—2758 —3421—3422—3766—3767—3768—3786.)

## CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 5, n° 572—Aubry y Rau, § 722—Vazeille, sobre el art. 1015, n° 5)—Nuestro comentario al art. 3766.

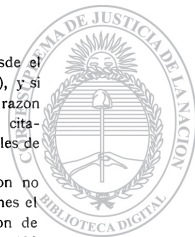
**Determinada en su individualidad**: Aunque el legatario tenga solo una parte en la cosa, puede reivindicarla (art. 2679).

1° Tambien puede reivindicarse una universalidad de cosas (art. 3764 y nota del codificador al mismo); pero no puede reivindicarse una parte alícuota de la sucesion.

**A reivindicarlo de terceros**: Puede entablar todas las acciones reales y posesorias, porque todas ellas son tendentes á asegurar sus derechos, que es el objeto que el presente artículo







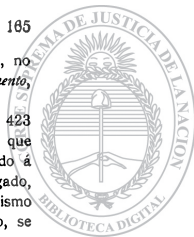
se propone. El legatario es dueño de la cosa legada desde el momento de la muerte del autor de la sucesión (art. 3766), y si puede reivindicarla con citación de los herederos, con doble razón debe poder entablar las acciones posesorias con la misma citación. Así lo ha resuelto también un Fallo de los Tribunales de Córdoba (Tom. 2, p. 150).

1º Debe tenerse presente que la acción de reivindicación no puede ser entablada contra los terceros adquirentes á quienes el heredero de buena ó de mala fe que ha estado en posesión de la herencia, haya hecho tradición de la cosa (arts. 3429 y 3430—Aubry y Rau, § 722, nota 21). Respecto á la petición de herencia, véase Laurent, tom. 14, nº 173.

Es solo contra los que no tienen su título de los herederos que el legatario puede reivindicar.

2º La acción de reivindicación no puede entablarla contra el mismo heredero como lo cree erradamente el Dr. Segovia, en la nota 56. Solo tiene una acción personal por la entrega de la cosa, acción de la cual el heredero podrá defenderse esceptuándose con la nulidad del legado ó por otra causa de esta naturaleza, como lo enseña el codificador en la nota al presente artículo y en la puesta á los arts. 3767 y 3768. El objeto de la demanda del legatario contra el heredero es que su título de tal sea reconocido, y como consecuencia la entrega de la cosa, y es precisamente por esto que cuando el legatario entabla la acción de reivindicación contra terceros, debe hacerlo con citación del heredero. Véase sobre esto nuestro comentario al art. 3766. Por otra parte, el artículo que estudiamos y los autores citados por el codificador solo hablan de acción de reivindicación contra terceros y no contra el heredero mismo, porque contra éstos tiene una acción especial por la entrega de la cosa, que no es propiamente una reivindicación (arts. 3767 y 3768—Toullier, nº 574, nota 5, tom. 5).

También en el nº 566 y siguientes Toullier prueba con buenas razones que lo que el legatario tiene contra el heredero es una acción personal para que lo ponga en posesión de la cosa legada. Si nunca ha tenido esa posesión, mal puede entablar la acción de reivindicación, sino en los casos espresamente determinados por la ley. (Véase nuestro comentario á los arts. 3766 y 3776—Vazeille citado, y Laurent, tom. 14, nº 173.) Por otra



parte, desde que se le da una accion real contra terceros, no vemos objeto que el heredero tenga mas accion la *ex testamento*, para la entrega de la cosa.

El Dr. Segovia cita en apoyo de su teoría á Maynz §§ 423 y 427, 4ª edicion), pero el Dr. Segovia no toma en cuenta que en derecho romano las cosas pasaban de muy distinto modo á lo que pasa entre nosotros, respecto á la posesion del legado, y en relacion á ciertos legatarios, como puede verse en el mismo Maynz, citado. En derecho romano, despues de Justiniano, se concedieron espresamente tres acciones distintas, como puede verse en Troplong, tom. 4, nº 1793, lo cual no sucede por nuestro Código, que no concede espresamente sino una accion personal.

**Con citacion del heredero:** Esta citacion viene á equivaler á la demanda de entrega; y desde que el heredero consienta en la demanda entablada por el legatario en su propio nombre, la tradicion queda hecha, pues ese consentimiento equivale á la tradicion, como lo hemos dicho al estudiar el art. 3766.

1º Los gastos del juicio de reivindicacion iniciado por el heredero contra los terceros son á cargo de la sucesion, pues que el art. 3767 establece que los gastos de entrega son á cargo de esta última.

La reivindicacion no es sino el medio de traer la cosa á poder del legatario; son entónces gastos de entrega.

La razon de la citacion del heredero está en que no habiendo hecho entrega de la cosa al legatario, este último no ha podido adquirir el derecho real necesario para entablar por sí solo una accion real como es la de reivindicacion; lo cual confirma lo que hemos dicho en el comentario al art. 3766.

2º La accion concedida por el presente artículo al heredero no impide que los herederos mismos puedan reivindicar los inmuebles, si el legatario no lo hace.

**3776**—Los herederos están obligados personalmente al pago de los legados en proporcion de su parte hereditaria; pero son solidarios cuando la cosa legada no admite division. (Concuerda con los arts. 686—691—612—693—3496—3498—3778—3779—3795 á 3798.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1017—Ley 23, Dig. *Delegatis*, 2—Pothier, *Pand*, tom, 2, p. 388, nº 307)—Troplong, núms. 1920 y sigtes.



**En proporcion de su parte hereditaria:** Este principio á mas de la escepcion contenida al final del artículo que estudiamos, tiene la de los arts. 3777 y 3778, y el caso en que uno solo de los herederos hubiera sido encargado de cumplir con el legado (art. 3497 y sus concordantes).

Téngase presente que el legatario, para asegurar mas su derecho tiene la accion de separacion de patrimonios, con lo cual conseguirá crear un privilegio sobre los bienes de la sucesion para ser pagados con ellos antes que los acreedores personales del heredero. Pero una vez confundidos los patrimonios, si el legado no es de un cuerpo cierto que puede perseguir de cualquiera de los herederos en cuyo poder se encuentre por medio de la accion *extestamento* (art. 3778), su deuda no tiene privilegio alguno respecto de los acreedores personales del heredero. Por derecho frances, al contrario, el legatario tiene una hipoteca tácita legal sobre los bienes de la sucesion, que le permite ejercer su accion por el pago del legado con preferencia á los acreedores del heredero (2ª parte del art. 1017, Código Frances—Troppong, nº 1928).

No siendo la deuda de un cuerpo cierto, es claro que la accion contra los herederos no es solidaria, sino que tiene el legatario que demandar á cada uno de ellos con arreglo á la parte que le corresponde en la herencia. (Art. 3776 Toullier, tom. 5, nº 555).

Ellos responden de los legados que no escedan de la porcion disponible, en la proporcion en que son herederos, no solo con los bienes que reciben sino con los suyos propios, á menos de haber aceptado la herencia con beneficio de inventario. Para el caso de ser la sucesion insolvente, véase art. 3797.

1º Aun cuando el legado sea de un cuerpo cierto y determinado, el legatario no puede, ni tomar por sí mismo la posesion, ni pedirla directamente al Juez aunque presente el testamento en que ha sido instituido legatario, como puede hacerlo el heredero instituido respecto á la posesion de la herencia; tiene necesariamente que demandar directamente al heredero para que se lo entregue.

La posesion de la herencia la da el Juez al que justifica su título, porque no hay otros que la tengan; pero tratándose del legatario, la posesion la da el heredero, puesto que es él quien tiene esa posesion, como lo hemos establecido con Pothier en el

comentario al art. 3766 (Toullier, tom. 5, nº 566). Esto ha sido juzgado así por las Cortes francesas, como lo enseña Laurent, tom. 14, nº 43.

**3777**—Si la cosa legada es divisible y ha perecido por hecho ó culpa de uno de los herederos, solo responde del legado el heredero por cuya culpa ó hecho se ha perdido la cosa. (Concuerda con los arts. 679—697—698.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, testamento, nº 1925—Ley 19, Dig. *Deposit vel contra*—Pothier, Obligaciones, 305 y 306)—Nuestro comentario al art. 661—Nota del codificador al art. 686.

**Por cuya culpa ó hecho se ha perdido la cosa:** Si son varios los que han tenido culpa en la pérdida de la cosa, Pothier enseña que la obligacion de ellos es solidaria; así debe entenderse tambien por nuestro derecho, siguiendo los principios generales que rigen la materia.

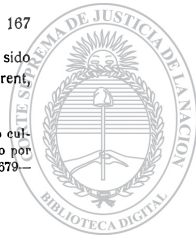
1º Si en el mismo legado ha establecido el testador lo que se deba pagar en caso de que lo legado no se pueda pagar por cualquier causa, parece que los herederos responderán todos en proporcion de su parte, aunque el hecho principal no se pueda prestar por culpa de uno de los herederos (Pothier, citado por el codificador).

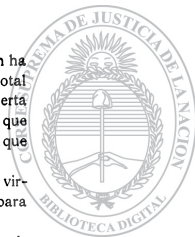
**3778**—Si, legado un cuerpo cierto, por el efecto de la particion hubiese sido comprendido en el lote que le hubiere correspondido á uno de los herederos, los otros continuarán, sin embargo, obligados al pago del legado, sin perjuicio de la accion del legatario para perseguir por el total de la cosa á aquel á quien se dió en su lote. (Concuerda con los arts. 676—677—3497—3776.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, Testamento, nº 1924)—Pothier, Obligaciones, núms. 301 y 302—Nota del codificador al art. 675.

**Los otros continuarán, sin embargo, obligados, etc.:** Esta obligacion tendrá exactamente el mismo efecto que ántes de la particion ó adjudicacion; es decir, si es una cosa divisible, su responsabilidad será solo proporcional á su parte hereditaria, y si es indivisible serán obligados por el todo.





1º Pothier, siguiendo á Dumoulin, de donde esta disposicion ha sido tomada, dice que cuando el legatario persigue el pago total del heredero á quien ha correspondido en lote la cosa cierta legada, debe hacer citar á juicio á los otros herederos, para que así puedan éstos usar tambien de los medios de defensa que tengan contra el legatario.

Pensamos que lo mismo debe hacerse entre nosotros, en virtud de los fundamentos que nuestro codificador ha tenido para adoptar el art. 3775. Véase Pothier, 316.

Esa citacion á juicio á los otros herederos es la demanda de entrega que el legatario está obligado á entablar contra los que deben darle la cosa legada. La accion que el legatario tiene contra ese heredero es una accion personal, como decimos en el estudio del art. 3775, nº 2.

Aun en la hipótesis de haberse entregado la cosa legada á uno de los herederos, siempre regirá en su caso el art. 3777.

2º Creemos sin embargo que adjudicada la cosa legada á uno de los herederos, si éste creyéndose dueño de ella porque se le hubiera adjudicado sin la condicion de entregarla al legatario, destruye la cosa, los otros herederos serían tambien responsables de ella, pues que el heredero que estaba en posesion del legado, al destruirlo obraba como propietario, y en virtud de un título dado por los mismos coherederos.

Estos no han podido, como dice Dumoulin, desligarse de la obligacion que tenían para con el legatario, entregándosela en propiedad á uno de sus coherederos; y así como este hecho no los desliga de su obligacion segun el artículo que estudiamos, tampoco los puede librar de reparar la pérdida de la cosa, que en este caso viene á suceder por culpa de todos, desde que todos le han dado al heredero el título de dueño en virtud del cual la ha destruido. (Véase art. 3779.)

Lo mismo sería si el heredero adjudicatario hubiese enajenado la cosa á un tercero de buena fe, contra el cual no puede entablar accion reivindicatoria (nuestro comentario al art. 2775). En este caso la accion personal la ejerceria contra cada heredero en proporcion á su parte hereditaria.

**3779**—Los herederos ó personas encargadas del cumplimiento de los legados, responden al legatario de los deterioros ó pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente á la muerte del tes-

tador, sea por su culpa ó por haberse constituido en mora de entregarla, á menos que en este último caso, las pérdidas ó los deterioros hubiesen igualmente sucedido, aun cuando la cosa legada hubiese sido entregada al legatario. (Concuerda con los arts. 511 á 513—585 á 587—789—892—3761—3777.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 722)—Nuestro comentario al art. 2910—Nota del codificador al art. 3766.

**Sea por su culpa ó por haberse constituido en mora:**

Los deterioros ocasionados sin culpa del heredero pero con posterioridad á la muerte del testador, y ántes de constituirse en mora son de cuenta del legatario, sin necesidad de que el heredero ó encargado de pagarlo pruebe que la cosa se hubiera deteriorado aun en poder del legatario.

1º El heredero se constituye en mora desde la demanda de entrega que debe hacer con arreglo al art. 3767, siempre que se haya resistido á entregarlo y hubiera recaído un fallo condenatorio; pero si la demora en la entrega depende de las tramitaciones judiciales y de los pasos previos á la entrega que hay que dar, la mora solo principia desde que debió ser entregada.

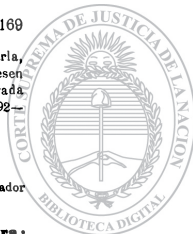
2º La culpa en el deterioro de la cosa consiste en la falta de los cuidados de conservacion que el heredero debe poner respecto á la cosa legada (art. 512 y nota del codificador á dicho artículo. Véase Ley 41, tit. 9, Part. 6ª).

De modo que el deterioro de la cosa puede venir por omision ó por un hecho del heredero; en uno y otro caso es responsable, aun cuando no se constituya en mora.

**3780**—El legatario de cosa cierta no tiene derecho á la garantia de la eviccion; pero si el legado fuese de cosa indeterminada en su especie, ó de dos cosas legadas bajo alternativa, sucedida la eviccion puede demandar otra cosa de la especie indicada, ó la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa. (Concuerda con los arts. 604—2145 y sigtes. —2915—3756—3758.)

## CONCORDANCIAS

(Véase L. 41, Tit. 9, Part. 6ª—L. 58, Tit. 2, Lib. 21, Dig.—Merlin, *Repert. verb. legataire*, § 6, n° 25—Duranton, tom. 9, n° 254—El legado, resultando ser de la cosa ajena, seria de ningun valor. El heredero no puede transferir al legatario



derechos mas estensos que los que pertenecian al difunto sobre la cosa legada. Otra cosa seria si se tratase de un legado de género, ó de cosas en una forma alternativa—Demante, tom. 4, n° 163 bis, § 1)—Nuestro comentario al art. 2096—Aubry y Rau, § 722, notas 10 y 11—Nota del codificador al art. 3752—Laurent, tom. 14, núms. 148 y 172.

**No tiene derecho á la garantía de evicción:** Pero cuando el legado es con cargo, por lo mismo que, segun el art. 3774, debe regirse por lo dispuesto respecto de las donaciones de la misma naturaleza, el legatario tendrá derecho á la garantía de la evicción en los mismos casos en que la tiene el donatario en la donacion con cargo ó remuneratoria (arts. 2149 y 2150). Respecto al legatario, esto no es propiamente una garantía de evicción, sino mas bien una indemnización.

Debe tenerse presente que en los otros casos enumerados en el art. 2146 el legatario no tiene derecho de garantía (art. 3752).

**De cosa indeterminada en su especie:** Es decir, de cosas indeterminadas pero comprendidas en algun género ó especie determinado por la naturaleza, como dice el art. 3756, cosa legada *in genere*, dice Duranton, de donde nuestro codificador tomó su artículo.

**O la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa:** El Dr. Segovia en la nota 64 á este artículo dice que las palabras que estudiamos es bajo el supuesto que la eleccion no corresponda escepcionalmente al heredero por disposicion expresa del testador. Pensamos que esto es un error de facilísima demostracion. El artículo se refiere á todos los casos, tenga ó no la eleccion el heredero, pues no porque tenga éste la eleccion va á dejar de regir la disposicion contenida en las palabras que estudiamos; siempre tendrá el legatario derecho de pedir la otra cosa comprendida en la alternativa.

Prueba de ello es el art. 3758 que establece terminantemente que en el legado alternativo se observará lo dispuesto para las obligaciones alternativas; y en el título de las obligaciones de esta clase está el art. 639 que dice que cuando uno de los objetos prometidos no pudiera darse por *cualquier* causa, debe darse el que ha quedado; aquí se habla en el supuesto de que la eleccion corresponda al deudor, que en el caso del legado es el heredero. Véase tambien art. 641 y nota del codificador al mismo.





Así, pues, aunque el heredero tenga escepcional y espresamente, como en el caso del art. 3757, la eleccion de la cosa comprendida en la alternativa, no está autorizado á negarse á entregar lo que haya quedado, como lo da á entender el Dr. Segovia, fundándose en que elige la que no puede prestar ó aquella de que ha sido privado el legatario. Desde que esa cosa ajena no ha podido legarse, es claro que el heredero no puede elegirla para hacer el pago; en tal caso la eleccion tiene forzosamente que recaer en las que están en condiciones de ser legadas.

Á parte de esto: el artículo no hace distincion alguna, se refiere á todos los legados hechos bajo alternativa; desde luego no hay razon alguna para hacer tal distincion; mucho mas cuando el art. 3757, no modifica en nada respecto á esto el principio que rige en materia de obligaciones alternativas; ese artículo solo importa dar derecho al heredero ó al legatario, segun sea á quien se acuerde el derecho de eleccion, para elegir la peor ó la mejor de las cosas comprendidas en la alternativa, derecho que no tiene el heredero cuando la eleccion la hace solo en virtud del principio establecido en el art. 3756.

1º Duranton, lugar citado, y demas autores franceses, entre ellos Laurent y otros, dicen que el heredero aunque no sea responsable por la eviccion de la cosa cierta legada, será responsable si el legatario ha perdido el pleito por culpa del heredero, por no haber este presentado los titulos en tiempo ó por cualquier otra causa de esta naturaleza. En este caso, dice Laurent, tom. 14, nº 172, siguiendo á Aubry y Rau, § 782, nota 12, el legatario no tendrá accion de garantía, es cierto, puesto que no la tiene en ningun caso, pero tendrá una accion nacida de un cuasi-delito, ó la accion nacida de la obligacion que tiene el heredero de entregar la cosa, y en todo caso, de una falta.

Pensamos que lo mismo debe resolverse entre nosotros. El legatario no tiene derecho á la garantía de eviccion, porque la ley supone que al recuperar el tercero la cosa es porque no era del testador, y como es nulo el legado de cosas ajenas (art. 3752 y nota del codificador al que estudiamos), el legatario nada puede reclamar en virtud de ese acto nulo. Pero cuando la cosa es sacada del patrimonio del difunto ó del poder del lega-





tario, únicamente por negligencia del heredero, porque éste no opuso las defensas que tenía, y deja que el tercero la reivindicue sin derecho alguno, es claro que no se puede decir que el legado es nulo, puesto que la cosa no es ajena; es únicamente por negligencia ó malicia del heredero que el legatario se ve privado de la cosa legada; y entonces, justo es que aquél responda del perjuicio causado por su malicia ó negligencia.

2º El legatario evincido, ¿tiene recurso contra aquel de quien el testador hubo la cosa legada? Pensamos que sí, en caso de ser el legado con cargo, que es cuando se rige con arreglo á lo dispuesto respecto á las donaciones.

Así, como al donatario se le permite por el art. 2154 ir contra el que enajenó la cosa por título oneroso al donante, no vemos inconveniente para que el Código permita que en los mismos casos tenga este recurso el legatario. De lo contrario, quién vendría á aprovechar el legado sería el vendedor que trasmitió la cosa legada al testador, lo cual se ha querido impedir con el art. 2096, como lo establece el mismo Dr. Velez en la nota á dicho artículo. Véase Duranton, tom. 16, núms. 276 y demas autores allí citados.

El testador que trasmite una cosa á otro se supone que trasmite todos los derechos reales (art. 3775) y personales que le corresponden con motivo de esa cosa. Dar accion al legatario contra el tercer enajenante, es cumplir de la única manera posible la voluntad del testador; y sobre todo, sin perjuicio para nadie, sino para el enajenante que de todos modos es responsable por la eviccion.

Cuando el legado de cosa ajena se hace ignorando esta circunstancia el testador, la nulidad viene, como dice el codificador en la nota al art. 3752, porque hay un error ajeno á la voluntad del testador; y desde que éste se puede remediar, no vemos inconveniente en conceder la accion á que nos referimos.

Á mas de esto, el art. 3774 dice que los legados con cargo están sujetos á las reglas establecidas respecto á las donaciones de la misma naturaleza, con lo cual se viene á autorizar implícitamente la aplicacion del art. 2154, que autoriza al donatario ejercer la accion que aquí damos al legatario. Véase los concordantes á este artículo.

Aquí se transmitirían al legatario únicamente los derechos que



el testador tenía respecto de la cosa legada, con lo cual no se contraría en nada el fundamento del artículo que estudiamos, puesto por el codificador en la nota al mismo, de que los herederos no pueden transmitir al legatario otros derechos que los que tenía el testador, cosa que aquí no sucede, desde que, como decimos, no se transmiten sino los derechos que tenía el testador, entre ellos el de ir contra el que le transmitió la cosa por título oneroso.

Pero si fué transmitida por título gratuito, por lo mismo que no la tiene el legatario contra el testador, aquél no la tiene contra el tradente.

Debe advertirse que el mismo principio sobre nulidad del legado de cosa ajena rige respecto á la donacion, como puede verse por los artículos citados y por la nota del codificador al art. 3752; en consecuencia no se puede argumentar en contra de lo que sostenemos con la nulidad de la liberalidad, cuando para la donacion hay una disposicion espresa como la del art. 2154.

**3781**—Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla y la enajenacion no compromete ningun derecho de tercero, la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita. (Concuerda con los arts. 1364—2337, inc. 2—2613—3612—3724—3725—3730—3731—3732.)

#### CONCORDANCIAS

Nuestro comentario al art. 2613 y las concordancias de dicho artículo—Nota del codificador al 3608—Cód. de Chile, art. 1126—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. I, p. 178.

**Y la enajenacion no compromete ningun derecho de tercero:** Por ejemplo, si el testador habia adquirido la cosa bajo alguno de los pactos establecidos en los arts. 1365 y siguientes; la prohibicion del testador debe ser respetada por el legatario por el término que debia durar la obligacion del testador. Vista Fiscal, citada en las concordancias.

**Se tendrá por no escrita:** Estas palabras vienen á confirmar lo que hemos dicho en el comentario al art. 2613, de que si la prohibicion de no enajenar escede del término de diez años, la prohibicion no se reducirá á este limite, sino que se tendrá como no escrita.



Por lo demas, nada impide que el testador prohíba la enajenacion por el término señalado en el art. 2613, diez años.

**3752**—Legado el instrumento de la deuda, ésta se entiende remitida; legada la cosa tenuta en prenda, se entiende tambien remitida la deuda, si no hay documento público ó privado de ella; si lo hubiese y no se legase, se entiende solo remitido el derecho de prenda. (Concuerda con los arts. 870—874—875—876—877—886—3769—3783—3784—3785.)

#### CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, L. 47, Tit. 9, Part. 6ª—L. 3, Tit. 3, Lib. 34, Dig.—Véase el art. 877 de este Código, y su nota. En cuanto á la segunda parte, en contra, L. 46, Tit. 9, Part. 6ª)—Troplong, núms. 1974 y sigtes.

**3753**—La remision de la deuda que hiciere el testador á su deudor, no comprende las deudas contraidas despues de la fecha del testamento. (Véase art. 3782.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Austria, 696—Troplong, testamento, nº 1978, y tambien núms. 143 á 145—Goyena, 689.

**Despues de la fecha del testamento:** Supóngase que despues de hecho el testamento el legatario ha contraído nuevas deudas, y que con posterioridad el testador hace otro testamento confirmando en todas sus partes el primero, pero sin hacer mencion especial en el segundo testamento de la deuda contraída posteriormente á la formacion del primero ¿se entenderán legadas las deudas contraidas entre la formacion del primero y segundo testamento?

Tenemos por indudable que no. Desde que el segundo testamento no haga mencion espresa de esas deudas, y si solo una reproduccion del primero, las palabras que estudiamos tienen forzosamente que ser aplicadas. Así lo resuelve tambien Troplong, citado.

1º Supóngase que el legado de la deuda sea condicional ¿podrán los herederos, pendiente la condicion, exigir el pago del legado?

Por derecho romano este punto ha sido estensamente discutido, y ha pasado al derecho frances sin solucionarse aun. Sin tener nuestro derecho las sutilezas propias del derecho romano, pensamos con Troplong, que los herederos no pueden, *pendente*

*conditione*, cobrar el crédito que forma el legado condicional de la deuda.

Ese legado condicional, debe por lo menos importar una próroga del plazo que el deudor tenía para pagar. El testador, con el legado viene á convertir la obligacion pura y simple en condicional, lo cual impide que el deudor sea compelido á pagar *pendente conditione*; cuando mas los herederos podrán tomar las medidas conservatorias acordadas á todo acreedor condicional, por el art. 546 y nota del codificador al mismo.

Troplong, núms. 143 á 145 sostiene esto mismo con muy buenas razones y con la autoridad de Pothier.

**3784**—El legado de la deuda, hecho á uno de los deudores solidarios, si no es restringido á la parte personal del legatario, causa la liberacion de los codeudores. (Concuerda con los arts. 707—708—3782.)

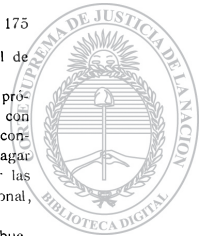
#### CONCORDANCIAS

(Vazeille, sobre el art. 1023, n.º 3)—Goyena, 1064.—Nota del codificador al art. 707—Pothier, *Obligaciones*, núms. 260 y 275—Nuestro comentario al art. 881—Freytas, 1225.

**Si no es restringido á la parte personal del legatario:** Como el principio general es que la remision de la deuda hecha á favor de uno de los deudores solidarios estingue la obligacion (art. 707—Goyena, 1061, y nota del codificador al 707 nuestro), para que el legado se considere restringido á la parte que el legatario tenía en la deuda, es necesario que haya al respecto una declaracion espresa del testador; para esto no hay términos sacramentales. Así, si el testador dice: "*lego á Pedro la parte que le corresponde en la deuda de que me es codeudor con fulano y sutano*", es claro que se entenderá legada una parte proporcional á la que asignaba el título ú origen de la deuda; pero si se dice: "*lego á Pedro la deuda que tiene á mi favor solidariamente con fulano y sutano*", ú otras palabras semejantes, se entenderá que lo que se lega es el todo de la deuda.

En tal caso, los derechos del legatario respecto á sus codeudores se determinaron con arreglo á lo dispuesto en el art. 689. (Véase art. 717.) Véase los autores citados en las concordancias, especialmente Pothier.

**Causa la liberacion de los codeudores:** Para esto es ne-



cesario que si hay varios acreedores, sean solidarios (arts. 691 y 705).

**3765**—El legado hecho al deudor principal, libra al fiador, mas el legado hecho al fiador no libra al deudor principal. (Concuerda con los arts. 525—880—2004.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior—Nuestro comentario al art. 2004.

**No libra al deudor principal:** Aunque la fianza sea solidaria, regirá el mismo principio.

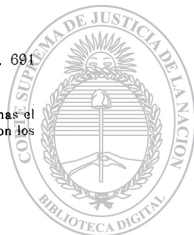
**3766**—El legado de un crédito á favor del testador, comprende solo la deuda subsistente y los intereses vencidos á la muerte del testador. El heredero no es responsable de la insolvencia del deudor. El legatario tiene todas las acciones que tendria el heredero. (Concuerda con los arts. 1437—1446—1476—1484.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 15 y 47, tit. 9, Part. 6ª—Inst., Lib. 2, tit. 20, § 21)—Goyena, 686—Laurent, tom. 14, n° 166.

**A la muerte del testador:** Si ántes de morir cobra el crédito el testador, los herederos nada deberán, pues esto probaria que el legado habia sido revocado. “Pero si aquella debda, dice la Ley 15 de Partida, citada por el codificador, ó cosa de que fizo la manda el testador, en su vida la aviesse ya demandada é rescebida de aquel que gela devia, *entonce non le valdria tal manda*, nin sería tenuto el eredero de dar la estimacion dellas, por que se entiende que la revocó, pues que la demandó é que gela dieron”.

Lo mismo dice Goyena, citado, de donde el codificador tomó su artículo. La jurisprudencia francesa ha decidido lo contrario, fundándose en la intencion del testador (Laurent, tom. 14, n° 166). Para nosotros es precisamente la intencion del testador lo que decide la cuestion en favor de lo sostenido por Goyena. Desde que el testador hace *desaparecer* el crédito que lega, es claro que se debe creer que su intencion ha sido revocar el legado; éste solo comprende la deuda *subsistente á la época de la muerte del testador*, dice el artículo que estudiamos; esto decide





la cuestion. La ley de Partida citada esceptúa espresamente el caso de pago voluntario, pero nuestro Código no ha adoptado esta escepcion; y la jurisprudencia tampoco debe esceptuarla.

1º Pero supóngase que en vez de cobrar el testador el credito, el deudor le paga voluntariamente, ¿tendrá el legatario derecho á cobrar de los herederos el valor recibido por el testador?

Indudablemente que no, pues que faltaria la cosa legada, desde que á la muerte del testador ya no existia el crédito, como dice Goyena siguiendo el derecho romano; mucho menos si se tenía en cuenta que los herederos no responden de la existencia del crédito legado (art. 1484).

**3787**—Lo que el testador legare á su acreedor no puede compensarse con la deuda.

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1023—L. 85 Dig., *De legatis*, 2.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 334, n° 312—Vazeille, sobre dicho artículo. El legado es un título de pura liberalidad, y se presume que siempre es hecho *animo donandi*, aun cuando sea á un acreedor del testador. Las Leyes Romanas así lo decidian admitiendo al acreedor legatario de la prenda afectada á la seguridad del crédito, á reclamar la deuda contra la sucesion)—Troplong, núms. 1970 y 1971—Laurent, tom. 14, n° 164.

**No puede compensarse con la deuda:** Esto tiene lugar aun cuando la deuda del testador para con el legatario se haya contraido despues de la formacion del testamento, pues el fundamento de la ley es siempre el mismo.

1º Si el legado es remuneratorio, y lo que el testador debiera al legatario fuera por los servicios que con el legado se pretende remunerar, es claro que podrá compensarse, puesto que la presuncion de que el legado es hecho *animo donandi*, desaparece ante la manifestacion del testador, como dice Laurent, tom. 14, n° 164.

Lo que si, que el legatario, aun cuando haya aceptado el legado, puede alegar que lo dejado es menos que el valor de los servicios prestados, y demandar su pago.

Pero si el legado es para remunerar servicios que dan derecho á una accion en juicio, es claro que el legado no será gratuito.

Tampoco podrá compensarse aun cuando el legado sea remu-

neratorio cuando el testador es deudor del legatario por otra deuda distinta de la que se tuvo en mira remunerar.

**3786**—El reconocimiento de una deuda, hecho en el testamento, es reputado como un legado mientras no se pruebe lo contrario, y puede ser revocado por una disposición ulterior. (Concuerda con los arts. 499—718—3789.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1183—Troplong, *Testamento*, 2059)—Toullier, tom. 5, núms. 696 y sigtes.—Nota del codificador al art. 3741, al fin.

**Puede ser revocado por una disposición ulterior:** Esta revocación no produce efecto cuando se prueba que el reconocimiento hecho en el testamento no era una liberalidad sino que la deuda existía realmente. Pero esta prueba debe ser otra que el reconocimiento del testador, como dice Troplong, siguiendo á Frugale, porque el testamento revocado no debe producir efecto alguno. (Pothier, *Donacion y testamentos*, nº 310.)

En este caso subsiste la deuda, no en virtud del testamento, sino en virtud de la prueba de la existencia de aquélla.

1º Debe tenerse presente que cuando se hace un legado á un incapaz de recibir por testamento, disfrazado bajo la forma de un contrato oneroso, como el reconocimiento de una deuda, por ejemplo, al que alega que la deuda es simulada le corresponde la prueba. (Nota del codificador al art. 3741, al fin—Toullier, tom. 3, nº 637, al fin.)

2º Si el testamento en vez de ser revocado, es nulo por defecto de formas, servirá al acreedor como principio de prueba por escrito para probar que el reconocimiento de la deuda contenida en el testamento anulado no era una mera liberalidad. Esto lo funda en muy buenas razones Toullier, tom. 5, nº 637.

3º Si el testador declara que la deuda que una persona tenía para con él ha sido pagada por otra, por igualdad de razones á las de este artículo, se supondrá que esto es solo el legado de un crédito, como el de que habla el art. 3786, salvo también la prueba en contrario. De consiguiente, será revocable también como el legado del crédito y como el reconocimiento de deuda. Así lo entiende también Troplong, nº 2063.



**3789**—Si el testador manda pagar lo que cree deber, y no debe, la disposicion se tendrá por no escrita. Si en razon de una deuda determinada se manda pagar mas de lo que ella importa, el exceso no es debido, ni como legado. (Concuerda con los arts. 499—500—793 y sigtes.—954—3789—3832.)

## CONCORDANCIAS

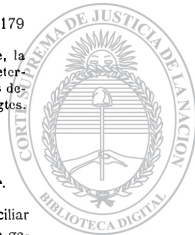
Cód. de Chile, 1132)—Tropilong, n° 259—En contra Ley 19, tit. 9, Part. 6°.

**La disposicion se tendrá por no escrita:** Para conciliar esta disposicion con la anterior, que tomados en un sentido general son idénticas en su fondo, hay que restringir la presente al caso en que el mismo testador manifieste duda sobre la existencia de la deuda; es decir, que el mandato de pago venga á ser condicional para el caso en que se deba. De otro modo se entenderá que hay legado, como en el caso del artículo anterior.

Así, por ejemplo, no hay diferencia en estas dos cláusulas: “Declaro que debo á Pedro mil pesos”, y esta otra: “Quiero que mis herederos ó albaceas paguen á Pedro mil pesos que le debo”.

En los dos casos, decimos no hay otra cosa que el reconocimiento de una deuda; y suponiendo que ella no existiera, se consideraria como un legado perfectamente válido, segun el art. 3788, pues no hay razon para suponer *animo donandi*, en un caso y no en el otro. Reconocer una deuda es mandarla pagar y mandarla pagar es reconocerla; luego, no se podria, sin poner en contradiccion estas dos disposiciones, decir que el reconocimiento de una deuda debe considerarse como un legado cuando no se prueba que ella existe; y que la orden de pago debe considerarse como no escrita y no como un legado cuando se prueba que la deuda no existe.

Es por esto que pensamos que el artículo solo tiene aplicacion cuando el testador demuestra claramente que no tiene la intencion de hacer un legado. Así, por ejemplo, cuando el testador dice: “*Mando que se paguen á Pedro mil pesos que creo que le debo procedente de tal cosa*”, ó tambien: “*que él dice que le debo*”, ó tambien: “*que ha empleado en tal cosa en mi provecho*, etc., etc.”, habria solo el reconocimiento de una deuda, y probado que esa deuda no existia, se consideraria como no escrita la cláusula de reconocimiento. Es pues, aplicable este artículo solo al caso en







que hay error por parte del testador; por esto es que dice: "Si el testador manda pagar lo que *creo deber*, etc., etc." Véase nota del codificador al art. 3832.

**3790**—El legado de alimentos comprende la instruccion correspondiente á la condicion del legatario, la comida, el vestido, la habitacion, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de diez y ocho años, si no fuese imposibilitado para poder procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario. (Concuerda con los arts. 267—330—331—372—4027, inc. 2.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 24, Tit. 9, Part. 6°—Véase L. 5, al fin, Tit. 33, Part. 7°, y L. 2, Tit. 19, Part. 4°—L. 1, Dig., *De alimentis, vel cibariis legatis*—Pothier, *Pand.*, tom. 2, páginas 412 y 413, núms. 3 y 9)—Goyena, 694—Nota del codificador al art. 3880, n° 4—Nuestro comentario al art. 3603—Laurent, tom. 14, n° 80—Troplong, núms. 1897 y sigtes.

**A la condicion del legatario:** Y á la fortuna ó porcion disponible del testador. El art. 3603 será aplicable en su caso; véase su comentario.

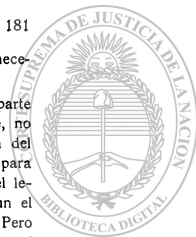
**Hasta la edad de diez y ocho años:** ¿Y si el legado es hecho á una persona mayor de diez y ocho años? Se debe entender, á no haber una limitacion espresa en contrario, que es por la vida del legatario como lo enseña Pothier, citado, p. 413, n° 9 (art. 2822 y sus concordantes).

**Si no fuese imposibilitado para poder procurarse los alimentos:** Es decir, que tuviera imposibilidad material, por enfermedad ó falta de trabajo; pero no porque no quiera trabajar, pues la ley no puede permitir se fomenté el ocio. Ejemplo de ello son las disposiciones relativas á las obligaciones que tienen los padres de dar alimentos á sus hijos, solo hasta la edad en que se supone que puedan trabajar.

Pero esto solo es para el caso en que el legado de alimentos está limitado á la edad de diez y ocho años del alimentado.

Mas cuando es hecho á una persona que ha pasado de esa edad, será porque el testador bien ha visto que no podrá proporcionarárselos, ó porque habrá querido constituir una renta vitalicia, si no ha limitado espresamente la duracion de la obligacion impuesta á sus herederos (Goyena, art. 694 y su comentario).

1° La cantidad anual ó mensual que los herederos deben dar



al legatario será fijada por el Juez teniendo en cuenta las necesidades de éste y la fortuna del testador.

Pero en el legado de alimentos, sin determinación por parte del testador de la cantidad y periodos en que debe pagarse, no regirá lo dispuesto en el art. 3793 respecto a la adquisición del legado. Cuando el legado es de una cantidad determinada para pagarla en periodos determinados, por poco que sobreviva el legatario al principio del periodo, éste se debe entero, según el art. 3793. (Véase nota del codificador a dicho artículo.) Pero en el legado de alimento con determinación solo hecha por el Juez, los periodos señalados por éste no constituyen legados distintos; este legado es mas personal, pues es dado única y exclusivamente para llenar las necesidades del legatario; y desde que ésta muere, el legado debe concluir pues que ya es inútil, como dice Voët, “dùm mortuos alimenta non habent relationem” (Merlin, palabra Alimento, art. 11, p. 208—Goyena, art. 695 y su comentario).

Pero si el legatario ya habia recibido la cantidad designada, no creemos que los herederos estén obligados a su devolución, a título de deuda, si no consta positivamente que a la muerte del legatario los herederos recibieron esa cantidad sobrante.

**3791**—Lo que se legue indeterminadamente a los parientes, se entenderá legado a los parientes consanguíneos del grado mas próximo, según el orden de la sucesión *ab intestato*, teniendo lugar el derecho de representación. Si a la fecha del testamento hubiese habido un solo pariente en el grado mas próximo, se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato. (Concuerda con los arts. 3548—3562 y sigtes.—3621—3721—3722.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1064)—Goyena, 562—Nuestro comentario al art. 3713.

**Según el orden de la sucesión ab intestato:** Con las exclusiones y en las proporciones allí establecidas.

**Los de grado inmediato:** Por partes iguales. El artículo supone la existencia de un pariente que por el grado en que se encuentra excluye a los de grado próximo; por consiguiente en la duda de lo que ha querido legar el testador, se supone que ha

querido llamarlos por partes iguales y por cabeza. (De acuerdo Dr. Segovia, nota 77.)

**3792**—Si el legado se destinase á un objeto de beneficencia sin determinarse la cuota, cantidad ó especie, estas se determinarán conforme á la naturaleza del objeto, y á la parte de los bienes disponibles por el testador. (Concuerda con los arts. 640—3605 y sus concordantes—3759—3760—3765.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 1066—Troplong, tom. 2, núms. 612 á 614—Nuestro comentario á los arts. 3758 y 3759—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 1, p.174—tom. 3, p. 156.

**A la naturaleza del objeto y á la parte de los bienes disponibles:** Esta escepcion al principio general del art. 3760, lo mismo que la del art. 3735, es únicamente por el favor especial que la ley ha dispensado á los legados de beneficencia; esto mismo hace que en la duda sobre el mayor ó menor valor del legado no se aplique el principio general del art. 3765, sino que se esté en favor de la institucion, siempre que no perjudique la legitima, ni el orden establecido en el art. 3759.

La determinacion sera una cuestion de hecho que el Juez debe resolver en vista á los datos que proporcionaran los mismos establecimientos de beneficencia, con arreglo á sus necesidades. Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 1, p. 174.

Así, por ejemplo, si el testador dice: “Lego la cantidad necesaria para el sostenimiento de veinte enfermos de tal hospital”, se entenderá que se lega una cantidad que, al interes legal produzca una renta suficiente para el gasto que, segun los libros del hospital, demanden los veinte enfermos. Si el testador dice: Lego la cantidad necesaria para concluir tal hospicio, tal iglesia, etc., etc., se entenderá legada la cantidad necesaria para la obra, que resulte de los presupuestos que se hayan hecho. Véase la Vista Fiscal del Dr. Cortes, citado.

**3793**—Si es legada una cantidad determinada para satisfacerla en tiempos establecidos, como en cada año, el primer término comienza á la muerte del testador, y el legatario adquiere el derecho á toda la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque solo haya sobrevivido al principio del mismo término. (Concuerda con los arts. 746—2081—3766—3794.)



## CONCORDANCIAS

(Ley 15, Tit. 11, Part. 5.—Ley 22, tit. 1, Lib. 23, Dig.—Ley 1, tit. 53, Lib. 6, Cód. Rom.)—Goyena, 696—Nota del codificador al art. 2070—Nuestro comentario al art. 3790.

**3794**—En los legados anuales ó á términos designados hay tantos legados como años ó términos. Una sola prescripcion no puede estinguirlos: son necesarias tantas prescripciones, como haya años ó términos. (Concuerda con los arts. 640—3793—4027, inc. 3.)

## CONCORDANCIAS

(L. 4, Dig., *De annuis legatis*—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 377. núms. 1 y 2—Troplong, *Testament*, n° 1893.

De la resolucíon de los artículos anteriores resulta que por el año que comienza el legado es puro y simple; pero en los otros años está subordinado á la condición de si el *legatario vive*, á no ser que el legado hubiese sido hecho al legatario y sus herederos, ó á una comunidad ó establecimiento que no muera, aunque mueran todas las personas que lo componian al tiempo del testamento. Es preciso no confundir el legado anual con el legado de una suma cierta, cuyo pago se fija en diversos términos. Entónces no hay sino un solo legado y no es preciso que el legatario sea capaz tantas veces como términos haya para el pago; basta que lo sea á la apertura de la sucesiön—Pothier, en sus *Pandectas*, tom. 2, pág. 378, pone las reglas para distinguir si el legado es anual, ó si solo es sobre una suma divisible, únicamente en cuanto á su pago.)

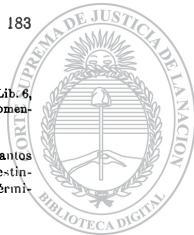
El segundo inciso de este artículo es una consecuencia del primero. Hay otra mas, que hace notar tambien Troplong, y es que se necesita la capacidad necesaria para adquirir por testamento, cada vez que se haya de adquirir el valor de una anualidad ó período.

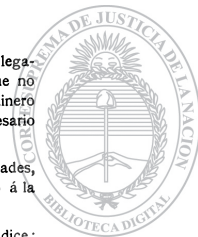
1º Las reglas dadas por Pothier para distinguir si el legado es anual ó sobre una suma divisible, únicamente en cuanto al pago, á que se refiere el Dr. Velez en la nota puesta á este artículo, son las siguientes:

1ª Que el legado se supone anual cuando el número de años es indefinido, como por ejemplo, si se dice: Legó á Tisius tal suma anual, ó todos los años”.

2ª “Cuando el número de años es limitado, es necesario distinguir si el pago por año ha sido ordenado en el interes del heredero ó del legatario.”

“Si el pago ha sido ordenado en el interes del heredero *exonerandi gratiâ*, el legado no será anual.”





“Si el pago por año ha sido ordenado en el interes del legatario, por ejemplo, para asegurarle los alimentos, ó porque no tenga á su disposicion una suma demasiado fuerte de dinero que su carácter disipador la llevaria á dilapidarla, es necesario decir que el legado es anual.”

El legado de una suma cierta, pero pagadera por anualidades, no es sino un legado á plazo, que se adquiere por el todo á la muerte del testador (art. 3772).

Del Sol, pone estos dos ejemplos. “Cuando el testador dice: “Lego á Pedro una pension anual de 1,000 francos”, y tambien cuando dice: “Lego á Pedro una pension anual de mil francos durante 5 años, se entenderá en ambos casos que el legado es anual; en el primer caso, que hay tantos legados como años viva el legatario y en el segundo, habrá cinco legados anuales distintos; si el legatario muere a los dos años, los herederos del testador no tendrán que pagar a los herederos del legatario las otras tres anualidades, pues en uno y otro caso el legado está subordinado á la condicion de que el legatario viva al tiempo en que cada anualidad debe pagarse”.

Pero si el testador dice: “Lego á Pedro 5,000 francos que serán pagados en cinco anualidades”, el legado es uno solo pero á plazo. Sobreviviendo al testador adquiere toda la suma; y si muere ántes de completarse las cinco anualidades, los herederos del legatario podrán seguir cobrándolas hasta completar la suma legada. (Véase nuestro art. 3772, sus concordantes.)

1º El legado de alimentos, aunque esté determinada la suma anual ó mensual que haya de pagarse, concluye con la muerte del legatario (art. 3790 y su comentario).

**3795**—Si los bienes de la herencia ó la porcion de que puede disponer el testador, no alcanzasen á cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porcion disponible; en seguida se pagarán los legados de cosa cierta, despues los hechos en compensacion de servicios, y el resto de los bienes, ó de la porcion disponible, en su caso, se distribuirá á prorrata entre los legatarios de cantidad. (Concuerda con los arts. 1824—1825—3398—3400—3501 — 3601—3602—3605 — 3767—3776—3796—3797—3798—3879, inc. 1—3880—3922.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 2, tit. 11, Part. 6.—Aubry y Rau, § 723—Marcadé sobre el art. 1024—Laurent, tom. 12, núms. 175 y sigtes.—Tropiong, núms. 1985 y sigtes.—Toullier, tom. 5, n° 558—Nuestro comentario al art. 3602, n° 2, 3482, n° 2.

**Las cargas comunes:** Que deben soportarlas los herederos y los legatarios á título universal, pues unos y otros se consideran con la misma obligacion respecto de las deudas y cargas de la herencia (art. 3417—Nuestro comentario al art. 3499). Entre nosotros no puede haber la cuestion que hay en derecho frances sobre si unos y otros están obligados por las deudas *ultra vires*. Véase Laurent, tom. 14, núms. 100 y siguientes.

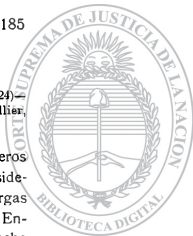
Téngase presente lo que hemos espuesto en el comentario al art. 3602, sobre el modo de formar el capital liquido de la sucesion.

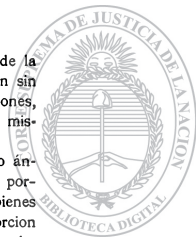
**De la porcion disponible:** La razon de esto la hemos dado en el comentario al art. 3602, tom. 6, p. 435.

**Los hechos en compensacion de servicios:** Se refiere aquí á los legados gratuitos, ó en compensacion de servicios que no dan lugar á cobrarlos judicialmente (véase art. 1822), pero no á los legados á título oneroso ó con carga; éstos se rigen, segun el art. 3774, por lo que se dispone respecto de las donaciones de la misma naturaleza. No están, por consiguiente sujetos á reduccion; como no lo están las donaciones (art. 1832, inc. 2), y deben considerarse como deudas de la sucesion que deben sacarse ántes que todos los otros legados (nuestro comentario al art. 3484, n° 2).

1° Para gozar del derecho acordado en el presente artículo cuando el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente, es necesario que los acreedores y legatarios hayan pedido la separacion de patrimonios (arts. 3433, 3446—Véase 3343) del difunto y del heredero, pues de lo contrario entrarán con los acreedores personales del heredero, sin mas privilegio ó preferencia, que los que les dé la ley en virtud de la naturaleza especial del crédito. Nota del codificador al art. 3797—Tropiong, n° 1985. (Véase art. 3501.)

2° Debe tenerse presente que las donaciones dispensadas de ser colacionadas, no sufren reduccion en virtud de los legados posteriores (comentario al art. 3484, n° 2—Véase Laurent, tom.





12, nº 175) y que en caso de ser insuficientes los bienes de la sucesion para cubrir las donaciones y legados, se dejarán sin efecto, si necesario fuere, los legados ántes que las donaciones, como lo establece el art. 3602 (véase nuestro comentario al mismo, nº 1).

Esto tiene lugar, sea que las donaciones se hayan hecho ántes ó despues de la formacion del testamento; si son ántes porque el donatario ya habia adquirido irrevocablemente esos bienes y el testador no podia contar con ellos para calcular su porcion disponible; y si despues, porque se entiende que el testador ha querido disminuir tácitamente la liberalidad hecha, disminuyendo su porcion disponible (Laurent, tom. 12, nº 176).

3º Hemos dicho en el comentario al art. 3602 que esta preferencia de la donacion con respecto al legado, no puede ser derogada por el testador; pero otra cosa es respecto á los mismos legados: no vemos inconveniente en que el testador pueda establecer el órden de reduccion entre los legatarios. Esto es de jurisprudencia universal (Laurent, tom. 12, nº 180, y tom. 14, nº 124).

**Los legados de cosas ciertas:** Es decir, determinada en su individualidad, como las de que hablan los arts. 3766, 3775, 3778, etc., etc., pero no el de cosas inciertas pero indeterminadas en cuanto á su especie ó de cosas fungibles, como las de que hablan los artículos 3756, 3760, 3780, segunda parte, etc.—Véase 2º inc. del art. 3798 y Laurent, tom. 14, nº 125.

4º Cuando haya de sufrir reduccion el legatario de cosas ciertas, tendrá derecho á quedarse con la cosa, por ser propietario de ella, (art. 3766) pagando la cantidad que le correspondia con arreglo á la parte que le toque.

5º El alcance del art. 3501, debe esplicarse por el presente. Véase Chabot sobre el art. 871, nº 2.

**3796**—Cuando la sucesion es solvente, los legatarios no son responsables por las deudas y cargas de la sucesion, aunque las deudas hubiesen sido contraidas para la adquisicion, conservacion ó mejora de la cosa legada. (Concuerda con los arts. 3398—3400—3499—3501—3754—3762—3795—3797.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1024—Aubry y Rau, § 723, nº 3—Marcadé, sobre el art. 1024)—Tropolong, nº 1982—Laurent, tom. 14, núms. 98 y sigtes.



**Cuando la sucesión es solvente:** Es decir, cuando la porción de bienes dejados á los herederos que no son forzosos, es igual ó mayor que el valor de las deudas. Como el heredero que no es forzoso, no tiene legítima aunque su título de tal llegue á ser ilusorio porque los bienes dejados no alcancen mas que para cubrir las deudas, nada pueden pedir á los legatarios.

**Los legatarios no son responsables por las deudas:** Se refiere á los legatarios de cantidades ó de cosas determinadas, de que habla el art. 1501, y no á los legatarios de una parte determinada de la sucesión, de que habla el art. 3499.

1º El principio sentado en las palabras que estudiamos tiene varias escepciones; una de ellas es la del art. 3755, otra cuando el testador ha encargado al legatario pagar tal ó cual deuda en virtud del legado, que entonces toma el nombre de legado con cargo (art. 3774). Laurent, trae tambien el ejemplo en que el legado consiste en un derecho hereditario en que hay activo y pasivo; en este caso dice, el legatario adquiere aquél y paga éste (Marcadé, citado).

2º El art. 3762 constituye una escepcion al presente.

**3797**—Cuando la sucesión es insolvente, los legados no pueden pagarse hasta que estén pagadas las deudas. Si hay herederos forzosos, los legados sufren reduccion proporcional hasta dejar salvas las legítimas. (Concuerda con los arts. 3398—3400—3401—3475—3501—3502—3601—3602—3776—3795—3796.)

#### CONCORDANCIAS

(Tropilong, núms. 1985 y 1987)—Fallo de la Cámara de la Capital, serie 1, tom. 6. P. 903.

**No puede pagarse hasta que estén pagas las deudas:** Esto es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3398 respecto á los acreedores oponentes, véase su comentario y tambien el del 3402.

1º Si se hacen esos pagos registrá lo dispuesto en el art. 3398, para cobrar de los legatarios, aunque sean de buena fe.

**Sufren reduccion proporcional:** Pero con las preferencias establecidas en el art. 3795.

2º El presente artículo ha podido suprimirse por estar ya establecida espresamente la disposicion que contiene en algunos de los concordantes citados.



**3796**—Todos los que son llamados á recibir la sucesion ó una parte alicuota de ella, sea en virtud de la ley, sea en virtud de testamento, están obligados al pago de los legados en proporcion á su parte, salvas siempre las legítimas de los herederos forzosos. Los que no son llamados sino á recibir objetos particulares, están dispensados de contribucion para el pago de los legados, cualquiera que sea el valor de esos objetos, comparado al de toda la herencia, á no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario. (Concuerda con los arts. 3343—3499—3501—3591—3718—3720—3776—3795.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, §§ 716 y 726)—Cód. Frances, art. 1024—Laurent, tom. 14, núms. 93 y sigtes.—Nuestro comentario al art. 2901—Tropolong, núms. 1982 y sigtes.

**Sea en virtud de testamento:** Se refiere aquí tanto á los herederos testamentarios como á los legatarios universales. Por nuestro derecho los legatarios universales y los herederos instituidos ó legítimos que no son forzosos (véase nuestro comentario á los arts. 3716 y 3717) tienen los mismos derechos y obligaciones; todos ellos responden de las deudas y legados, no en proporcion al valor de los bienes que reciben, como sucede con los legatarios á título singular, sino en proporcion á su cuota hereditaria, es decir, mas allá del valor de los bienes que reciben, si han aceptado la herencia pura y simplemente.

Este principio es muy racional, dice Laurent, tom. 14, nº 110; desde que el testador tiene derecho á distribuir la mayor parte ó todos sus bienes en legados particulares, los legatarios universales pueden aceptar ó no el título de tal; si la aceptan se imponen voluntariamente la obligacion de pagar todas esas deudas.

De manera que todas aquellas personas llamadas por la ley ó por el testador á recibir una parte alicuota de la herencia aunque sea con el título de legatarios universales, están obligados en proporcion de la parte alicuota que reciben á pagar todos los legados, cualquiera que sea su mandato, y aunque representen un valor mayor que el que reciben á título de heredero ó de legatario universal. El principio es absoluto cuando los herederos no tienen legítima, mas cuando la tienen es claro que los legados no pueden ultrapasar de la porcion disponible del testador. Si pasa, por lo mismo que los herederos no responden sino de la porcion disponible, será el caso de aplicar lo dispuesto



en el art. 3795, y pagarse en la forma y con las preferencias allí indicadas.

**Salva siempre la legítima de los herederos forzosos:**

El límite de las liberalidades que el testador puede hacer está marcado por su porción disponible; pasado ese límite, los herederos no tienen obligación de pagar los legados (art. 3795 y los concordantes del presente artículo). Pero cuando la herencia es dejada á herederos que no son forzosos, es decir que no tienen una porción legítima, las liberalidades hechas en forma de legados no tienen límites; en tal caso el heredero que acepta pura y simplemente la herencia debe pagar los legados como hemos dicho ántes, respecto al legatario universal, no solo con los bienes de la sucesión, sino con los suyos propios, si aquéllos no alcanzan. No puede quejarse si los bienes dejados no le alcanzan para pagar las deudas; en su mano estuvo aceptar ó no la herencia ó aceptarla con beneficio de inventario. Si no lo hizo; suya será la culpa. Los legatarios vienen á encontrarse en esta hipótesis en la misma posición que los acreedores de la sucesión (Laurent, tom. 14, nº 108), á quienes el heredero puro y simple debe pagarle sus deudas, alcancen ó no los bienes que recibe en su calidad de tal. Véase nuestro comentario al art. 3499—Laurent, tom. 14, núms. 107 y siguientes.

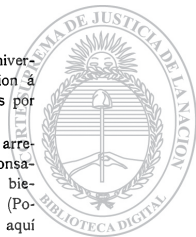
**A recibir objetos particulares:** Pero cuando la sucesión es insolvente, ó cuando no alcanza la porción disponible, se aplican respectivamente los arts. 3795 y 3797.

Cuando la sucesión es solvente, ó cuando no hay herederos forzosos, y si testamentarios ó legítimos, y han aceptado la herencia pura y simplemente, los legatarios de cantidad tampoco están obligados á soportar disminución. (Véase comentario al art. 3501 y Hureau, tom. 5, núms. 182 á 185.)

La reducción de los legados particulares, solo viene, dice Laurent, tom. 14, nº 93, cuando hay legítimas que reservar.

**Que el testador hubiere dispuesto lo contrario:** Como sería el caso de un legado con cargo. Puede resultar también la obligación de la disposición de la ley, como cuando se lega una cosa hipotecada ó empeñada que el legatario tiene la obligación de pagar (art. 3755). (Véase Laurent, tom. 14, núms. 96 y siguientes.) Pero en este caso solo responde con la cosa legada.





Puede también el testador disponer que los legatarios universales respondan de los legados particulares, no en proporción á lo que reciben, sino por partes iguales ó desiguales marcadas por el mismo testador.

La ley concede al testador que reparte sus bienes con arreglo á su voluntad la facultad de hacer pesar mayor responsabilidad en unos que en otros de los llamados á recibir los bienes; puede imponer las cargas y condiciones que quiera (Pothier, Donaciones, núms. 247 y sigtes.); bien entendido que aquí solo hablamos de los herederos legítimos que no son forzosos, de los herederos testamentarios y legatarios universales.

### Caducidad de los legados

**3799**—El legado caduca cuando el legatario muere ántes que el testador, ó cuando la ejecución del legado está subordinada á una condición suspensiva ó á un término incierto, y muere ántes del cumplimiento de la condición ó del vencimiento del término. (Concuerda con los arts. 539—544—2820 — 2829—3302—3743—3766—3771—3772—3800—3801—3802.)

#### CONCORDANCIAS

LL. 84 y 85, Tit. 9, Part. 6ª—Cód. Frances, arts. 1039 y 1040—Troplong, *Testament*, n° 1873—Aubry y Rau, § 726—Demante, tom. 4, n° 187—Proudhon, n° 406—Nuestro comentario á los arts. 3610 y 3772—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 3, p. 151.—Véase nuestro comentario al art. 2829.

**Cuando el legatario muere antes que el testador:** Menos en los casos de los arts. 3800 y 3801 ú otros análogos. Así, el legado dejado al cura de tal parroquia para costear tal ó cual función, se considera que es hecho á la Iglesia de la parroquia en que se celebra la función; y en consecuencia, el legado no caduca por la muerte del cura, que desempeñaba el cargo, ántes de la muerte del testador. Nota del codificador á este artículo y Vista Fiscal, citada.

1º Respecto á los legados hechos á personas jurídicas á fundarse como son los hechos á establecimientos de beneficencias, cuando éstos no se fundan, véase la Vista Fiscal del Dr. Cortes, que se registra en el tom. 1, p. 168. En esa vista, que es de las mejores que ha producido el ilustre jurisconsulto, se trataba de un legado dejado para fundar un colegio de niños huér-

fanos, de cuyo legado pidieron su caducidad los herederos del testador en razon de ser imposible la realizacion del pensamiento del testador.

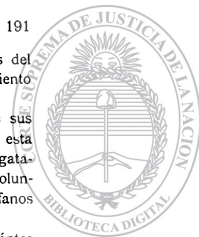
El Dr. Cortes sostuvo la no caducidad del legado. De sus conclusiones se deduce que un legado de beneficencia de esta naturaleza nunca debe considerarse caduco por falta de legatario, aun cuando por el momento no pueda cumplirse la voluntad del testador, pues nunca faltarán niños pobres ni huérfanos en una ciudad.

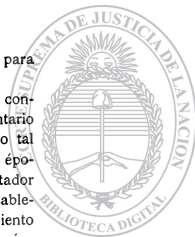
2º La caducidad del legado por la muerte del legatario ántes que la del testador, solo tiene lugar cuando es una mera liberalidad: pero no se aplica, por ejemplo, al reconocimiento de una deuda, cuando, con arreglo al art. 3788 se prueba que la deuda existe realmente. "No se puede decir que en este caso el reconocimiento de la deuda, dice Troplong, nº 2122, es hecho *respectu personæ*; es un acto de conciencia y de deber, del cual, los herederos del acreedor están llamados á aprovechar". Pienasa lo mismo Vazeille, art. 1039, nº 6.

3º En caso de duda sobre cual de las dos personas ha muerto primero, si el testador ó el legatario, se decidirá que han muerto al mismo tiempo, con arreglo á lo dispuesto en el art. 109, y nota del codificador al mismo. Troplong, desde el nº 2124 se ocupa largamente de esta debatida cuestion, que entre nosotros ha cortado nuestro Código siguiendo al Código de Chile.

**A una condicion suspensiva ó á un término incierto.** Pero el legado no caduca, cuando el término incierto ó la condicion es puesta únicamente como plazo para su ejecucion, como lo establece el art. 3772. (Véase su comentario; allí establecemos la diferencia entre la condicion y el plazo cierto.)

Cuando el plazo incierto no es puesto como condicion sino en mira de la época probable para la ejecucion del legado, la cosa legada se adquiere desde la muerte del testador, como lo establece el art. 3772. Así, por ejemplo, si el testador dice: "Lego á Pedro tal cosa, que le será entregada un año despues de mi fallecimiento", y tambien cuando dice: "Lego tal cosa que le será entregada á la muerte de tal persona", los dos legados deben considerarse de la misma naturaleza respecto á su adquisicion y trasmision á los herederos del legatario, como lo establecen los arts. 3766 y 3772 última parte—Aubry y Rau, § 717,





nota 5. Bastará solo que el legatario sobreviva al testador para que pueda transmitir el legado á sus herederos.

Pero otra cosa será cuando el término incierto equivale á condicion, segun las reglas que hemos establecido en el comentario al art. 3772, como si se dijera, por ejemplo: "Lego á Pedro tal cosa si tal persona muere antes que él" ó "si muere en tal época, etc., etc." En estos casos, no es la muerte del testador ántes que la del legatario lo que determina ó fija irrevocablemente el derecho de éste, sino la realizacion del acontecimiento puesto como condicion. Siendo así, es claro que su muerte ántes de esa adquisicion hace caducar el legado, y desde que nada habia adquirido hasta esa época, nada podrá trasmitir á sus herederos.

4º Sobre cierta confusion que trae el uso que el legislador hace de las palabras, *término incierto y condicion suspensiva*, especialmente en el art. 3772, y que tiene repercusion en el que estudiamos, diremos con Laurent, tom. 13 nº 535, que son mal empleadas por el legislador (art. 1041 frances), pues que se da el nombre de condicion á lo que solo es un plazo; si es solamente la *ejecucion* de la disposicion la que se *suspende*, es claro que solo es porque hay *término*, en el cual necesariamente deberá ejecutarse la disposicion, y no condicion, que equivale á decir que el legado producirá ó no su efecto segun que la condicion se realice ó no. (Véase el mismo autor, tom. 3, nº 536.)

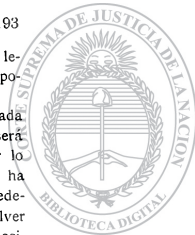
**3800**—Si el legado ha sido hecho á una persona y á sus herederos, la muerte de esa persona ántes de las épocas designadas en el artículo anterior, no causa la caducidad del legado, y éste pasa á sus herederos. (Concuerda con los arts. 1844—2829—3721—3725—3731.)

#### CONCORDANCIAS

(Grenier, tom. 1, nº 348—Aubry y Rau, § 726—Toullier, tom. 5, nº 672—Vazeille, sobre el art. 1039)—Demolombe, tom. 22, nº 301—Laurent, tom. 13, nº 503—Nota del codificador al art. 1842.

**A una persona y á sus herederos:** Este llamamiento á los herederos del legatario es necesario que sea espreso; de lo contrario regirá lo dispuesto en el artículo anterior.

La jurisprudencia de los Tribunales franceses parece haber adoptado una regla distinta, decidiendo que á los Jueces les es



permitido, interpretando la voluntad del testador, acordar el legado á los herederos del legatario, hácia los cuales debe suponerse la misma afeccion cuando se trata de descendientes.

Pero Laurent, tom. 13, nº 503, rechaza esta facultad acordada á los Jueces. La interpretacion de la Corte de Paris, dice, será muy equitativa; pero los tribunales solo deben hacer cumplir lo que el testador ha ordenado; desde que en su testamento ha hecho legados personales sin derecho de acrecer á los herederos del legatario, los Tribunales no tienen facultad para resolver lo contrario, pues no es cuestion de intencion, sino de disposicion espresa. La regla general es que el legado es personal (nota del codificador al art. 3799), y que, por lo mismo, la muerte del legatario ántes que la del testador deja sin efecto la disposicion; lo contrario, es decir, que el derecho pase á los herederos es la escepcion; siendo así, para que tenga lugar ese derecho extraordinario es necesario una disposicion espresa, sin la cual se sigue el principio general.

1º Debe advertirse que esta cláusula del testador solo puede tomarse como una sustitucion vulgar, única permitida por nuestra ley (art. 3724), y nunca como una sustitucion fideicomisoria (art. 3731). No es tampoco el derecho de acrecer.

**Pasa á sus herederos:** ¿Á qué herederos se refiere? Entendemos que se refiere á todos los herederos *ab intestato* del legatario y que habrá lugar al derecho de representacion (argumento del art. 3791—Laurent, tom. 13, nº 504). Esto sin perjuicio de que el testador pueda limitar la clase de herederos que serian llamados á recibir el legado en caso de que el legatario nombrado no pudiese, por su muerte prematura, recibirlo.

No limitando el testador á una rama y legando á un persona y sus herederos, es natural que se entienda á todos los herederos que existian á la época de la formacion del testamento; si esas personas no existen, sus herederos vienen á estar, respecto á la voluntad presunta del testador, en la misma condicion en que su causante lo estaba respecto al legatario llamado en primer término.

**3801**—La muerte del legatario ántes de las mismas épocas, no causa la caducidad del legado, si éste hubiere sido hecho al título ó á la cualidad de que el legatario estaba investido, mas que á su persona. (Véase art. 3799 y nota del codificador al mismo.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, *Donat. Testament.*, Cap. 6, Sec. 3, § 1—Grenier, tom. 1, n° 348—Toullier, tom. 5, 272)—Nuestro comentario al art. 3799.

**A la cualidad de que el legatario estaba investido:**

Se puede venir en conocimiento de si el legado es hecho á la persona misma del legatario ó á lo que él representa, ya sea tomando en consideracion el objeto del legado, ó las palabras de que el testador se haya valido.

Nosotros hemos tenido á la vista un testamento en que el testador decía: "Lego á N. la propiedad situada en tal parte y á mas veinte mil pesos para ayudarle con esto á la conclusion del Colegio de niños pobres que ha fundado y que está edificando". Este legado, indudablemente no era hecho á la persona misma del legatario, sino al establecimiento de beneficencia de que era fundador el legatario. Lo mismo será si el testador dice: "Lego tal suma al cura de tal Parroquia para que haga tal funcion", se entiende que el legado es hecho á la parroquia en donde se celebra la funcion que se quiere costear, y no á la persona del cura.

Puede suceder que el legado sea hecho á la persona misma nombrada, aun cuando se le dé el título que inviste; por ejemplo, si se dice: "Lego tal cosa á N., cura de tal parroquia", bien puede decirse que el legado no es á la parroquia sino á la persona del cura, pues la mencion del título solo serviría aquí, para individualizar al legatario. Sin embargo, en este mismo caso puede suceder que, por otras circunstancias el legado sea, sin embargo, hecho á la parroquia.

**3502**—El legado caducará cuando falte la condicion suspensiva á que estaba subordinado. (Concuerdia con los arts. 539—545—548—3610—3772—3841—3842.)

## CONCORDANCIAS

Demante, tom. 4, n° 189)—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 3, p. 156—Nuestro comentario al 2829—Laurent, tom. 13, núms. 542 y sigtes.—Duranton, tom. 9, n° 188.

**Cuando falte la condicion suspensiva:** Estando los legados condicionales sujetos á las reglas establecidas para las obli-



gaciones condicionales, el art. 537 debe aplicarse también á los legados hechos bajo condicion suspensiva.

**3803**—El legado caduca también cuando la cosa, determinada en su individualidad, que formaba el objeto del legado, perece en su totalidad ántes de la muerte del testador, sea ó no por hecho del testador ó por caso fortuito; ó despues de muerto el testador, y ántes de llegarla la condicion, por caso fortuito. (Concuerda con los arts. 888—3761—3824, última parte.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 41, tit. 9, Part. 6ª—Cód. Frances, 1042—Ley 26, Dig. De legatis, 1—Pothier, Pand., tom. 2, n° 358—Demante, tom. 4, n° 193—Duranton, tom. 9, n° 494 Aubry y Rau, § 726, notas 7 y 9—Troplong, Testamento, n° 2144—Vazeille, sobre el art. 1042)—Pothier, Donaciones y Testamentos, núms. 319 y sigtes.—Nuestro comentario al art. 2934, n° 1—Nota al 2935.

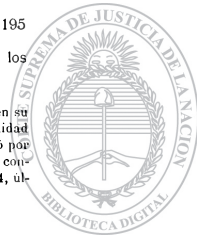
**Determinada en su individualidad** : Es decir, el legado de cosa cierta, sean éstas una ó varias, legadas conjuntamente ó bajo alternativa. Pereciendo todos caduca el legado.

Cuando el legado es indeterminado en su individualidad, como un caballo, sin decir cual, ó una suma de dinero, sin referirse á tal ó cual suma que está guardada en tal parte, el legado no podria caducar por haber perecido la cosa, puesto que nunca llegarían á concluirse todos los caballos ó todo el dinero.

**Perece en su totalidad** : Si solo se deteriora, el legatario deberá recibirla en el estado en que se encuentra, salvo su derecho contra los culpables de la destruccion (art. 3779).

Para que se diga que la cosa ha perecido, y en consecuencia que el legado ha caducado, no es necesario que hayan desaparecido todos los materiales de que se compone una cosa, sino que haya desaparecido en sustancia, en el conjunto que la caracterizaba, como dice Pothier, á quien nuestro codificador ha seguido en los artículos á que se refiere la nota al presente, y que son los arts. 2934, y nota al 2935, véase nuestro comentario al primero.

Así, en el ejemplo puesto por el codificador en la nota al artículo que estudiamos, del legado de lana, que caduca si de la lana se hace paño, la materia primitiva, la lana, no ha desaparecido, pero sí ha desaparecido la lana en su sustancia, en su forma primitiva; ya no es lana lo que existe, sino paño,







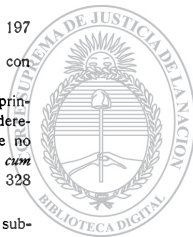
Á la inversa, del principio, dice Pothier, de que “la forma propia y característica de cada cosa es la que constituye la esencia y la sustancia de la misma, mas que los materiales de que se compone”, resulta que no se considera que una casa ha perecido cuando conservando su esencia y sustancia primitiva, se le hayan cambiado los materiales de que ántes se componía, por otros. Tal sería el legado de un molino en que el testador, de compostura en compostura hubiese llegado á hacerlo de nuevo con otras maderas que las que ántes tenía. Esto no contradice lo dispuesto en el art. 3762.

Lo mismo será si se ha legado un establecimiento de cria de ganado: aun cuando á la muerte del testador no se encuentren las mismas haciendas que cuando se hizo el legado, este cambio no traería la caducidad del legado.

1º Si se lega una casa, la destruccion de ella no hace caducar el legado, que sigue subsistiendo sobre el suelo, pues el edificio es accesorio del suelo (arts. 2327 y 2331); pereciendo éste, el inmueble siempre subsiste (véase último párrafo de la nota del codificador al artículo que estudiamos); el suelo forma parte del legado; por consiguiente, no queda destruido en su totalidad (Laurent, tom. 14, nº 286).

2º Cuando la cosa ha sido destruida totalmente, el legatario no conserva derecho alguno sobre los despojos que hayan quedado (argumento del art. 2935), pues como dice Pothier, *Donaciones y Testamento*, nº 327, la cosa legada ya no existe, y por lo mismo el legado ha caducado.

Siguiendo el derecho romano, Pothier pone el ejemplo del legado de un navío que se ha destruido, y decide que el legatario no tendría derecho sobre los despojos: *nave legatà dissolutà nec materia debetur*. La razon la da tambien el Dr. Velez en la nota al artículo que estudiamos, tomándola de la ley Romana: *Nam mutata forma prope interimit substantiam rei*. (Ley 8, § 3, Dig., *Ad exhibendum*.) Pero esto es así solo cuando la cosa se ha destruido ántes de la apertura de la sucesion; si se destruye despues y ántes de ser entregada, los despojos pertenecen al legatario, puesto que á la época de la destruccion su legado ya estaba adquirido. Si la cosa ha sido trasformada despues de la misma época, el legatario tendrá todos los derechos que se



dan en el título correspondiente al dueño de los materiales con que se ha hecho una cosa.

3º Tampoco tendrá derecho el legatario, siguiendo el mismo principio, á los accesorios de la cosa, pues que perdiendo el derecho á lo principal debe perderse tambien á lo accesorio que no existe sin aquél, *quæ accessionum locum obtinent extinguuntur cum principales res peremptæ fuerint*. (Pothier, Donat. y Test. nº 328 —Laurent, tom. 14, nº 287).

4º Si la cosa legada solo se pierde en partes, el legado subsistirá en la parte que no ha percido.

Si legado un inmueble, la autoridad la espropia por causa de utilidad pública ¿existirá el legado respecto al dinero pagado?

Pensamos, con Pothier, nº 332, Troplong, nº 2095, citado por el codificador en el art. 3840—Laurent, tom. 14, nº 221, etc., etc., que el legado quedaria caduco por falta de objeto. “Sin duda, dice Laurent, cuando la cosa legada ha sido espropiada, el legatario no puede reclamar ni el precio ni la cosa, pues que la cosa no existia en el dominio del testador á tiempo de su muerte, y el precio no le ha sido legado”.

“Si la cosa legada, dice Pothier, citado, ha sido puesta fuera del comercio ántes de la apertura de la sucesion, no encontrándose en el patrimonio del testador á tiempo de su muerte, resultaria que el legado estaba estinguido con anterioridad.

Nuestra ley positiva establece tambien que el legado, si es puro y simple se adquiere solo desde la muerte del testador (art. 3766); y los dejados bajo condicion desde que se cumple la condicion (art. 3771).

Espropiada la cosa legada, sale del patrimonio del testador, y no puede, en consecuencia, transmitirla por su muerte al legatario, porque esto sería transmitir una cosa ajena; la condicion se cumpliria inútilmente, puesto que ya no habrá cosa sobre que recayes el legado.

Pero si la espropiacion ha sido hecha despues de esta época, aun cuando á esa fecha no hubiera sido entregada al legatario, como ya la cosa le pertenecia, él sería quien recibiria la indemnizacion.

6º Si la cosa vuelve á poder del testador, pensamos con los autores citados, y por un argumento sacado del art. 3840 que



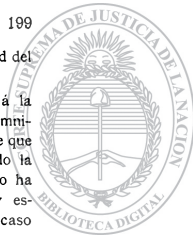
el legado revive, si hasta entonces no había sido revocado por el testador.

7º Si se lega un edificio que estaba asegurado, y éste se incendia ántes de que el legatario lo haya adquirido, aunque el legado subsiste sobre el suelo, creemos que el legatario no tendrá derecho á cobrar la indemnizacion pagada por el asegurador, pues para el legatario desapareció la casa; su legado de cosa cierta no puede convertirse en legado de suma de dinero, mucho menos subsistiendo el legado sobre el suelo en que estaba el edificio. El legatario no puede exigir otra cosa que lo legado en el estado en que se encuentre á la época de su adquisicion (art. 3761), la muerte del testador.

8º Si la cosa ha sido destruida por el hecho de un tercero, aunque el testador tiene derecho á la indemnizacion correspondiente, el legado caduca, pues que desaparece la cosa, y no le quedará al legatario ni accion contra el culpable, desde que no tiene en que fundarla, por cuanto la cosa destruida no era suya sino del testador. Si éste cobra la indemnizacion ó muere sin cobrarla, el legatario nada puede hacer; no es su cosa la que se ha destruido (Laurent, tom. 14, nº 288—Demolombe, tom. 22, nº 341).

9º Debemos advertir que en todas las hipótesis que acabamos de poner y en que afirmamos que el legatario no tiene derecho á indemnizacion, hablamos en el supuesto de que la cosa ha sido espropiada, ó destruida por caso fortuito, estando ó no asegurada, ó por el hecho de un tercero, ántes de la muerte de testador.

Pero cuando alguna de las hipótesis se ha realizado despues de la muerte del testador, pero ántes de cumplirse la condicion, creemos que la indemnizacion pagada por el asegurador ó por el culpable de la destruccion á los herederos del testador pertenece al legatario. En efecto, ántes de morir el testador, la cosa era suya, y á él debía ir la indemnizacion; pero despues de su muerte, si bien no pertenece aun al legatario, tampoco se puede decir que pertenece á los herederos del testador; prueba de ello es que responden de los deterioros causados por su culpa y que do pueden enajenarla; la propiedad de ellos es condicional y limitada. Cumplida la condicion, sus efectos respecto de la cosa misma y en relacion á los herederos, se retrotraen á la época de la muerte del testador, como lo establece el art. 543 y



sus concordantes, el cual es aplicable á los legados en virtud del art. 3610.

No sería justo, por otra parte, y hasta sería contrario á la voluntad del testador que los herederos recibieran la indemnizacion de una cosa que en realidad no les pertenece, desde que se cumple la condicion. Se dirá que habiendo desaparecido la cosa ántes del cumplimiento de la condicion el legatario no ha podido adquirir nada; esto es cierto en principio general, y especialmente para el caso en que la cosa se destruye por caso fortuito, como dice la última parte del artículo que estudiamos; pero tambien está el principio de la retroactividad del cumplimiento de la condicion que tiene efecto necesariamente contra la persona obligada á entregar la cosa, como es el heredero.

Si esa cosa no existe, debe entregar lo que en razon de su destruccion ha recibido.

¿Á que titulo retendria el heredero del testador esa indemnizacion?

Á titulo de heredero no, puesto que el testador la dejó al morir fuera de su patrimonio, y aunque esto fué de una manera condicional, desde que la condicion se cumple, la voluntad del testador debe cumplirse tambien de la manera que se pueda.

La equidad aconseja que no pudiéndose entregar la misma cosa que ordenó el testador, se entregue por lo menos aquello que se recibe en lugar de la misma. Sobre todo, el art. 543 es terminante sobre el efecto retroactivo del cumplimiento de las condiciones, como es terminante tambien el art. 3610 al aplicar el mismo efecto á las obligaciones condicionales.

Cuando la indemnizacion ha sido recibida por el mismo testador, por lo mismo que dependia de su voluntad dejar ó no sin efecto el legado, es claro que si recibe el precio de la cosa sin cuidarse de hacer un nuevo legado á su beneficiado para quien ha desaparecido la cosa, es porque ha tenido la voluntad de revocar el legado; en tal caso nada puede pedir el legatario. El efecto retroactivo del cumplimiento de la condicion no le alcanza puesto que no alcanza á una época anterior á su muerte, que es cuando se contrae la obligacion por parte de los herederos, de pagar el legado; los efectos de la obligacion, dice el citado artículo, se retrotraen al dia en que se contrajo. Ese dia



no es otro que el de la muerte del testador, porque recién desde entonces el legado es irrevocable.

9º Si pendiente la condicion y despues de la muerte del testador, los herederos destruyen la cosa, serán responsables para con el legatario por la indemnizacion correspondiente, pues solo la destruccion por caso fortuito hace caducar el legado, como dice la última parte del artículo que estudiamos.

Pendiente la condicion los herederos estaban en la obligacion de conservar la cosa para entregarla al legatario; y desde que la destruyen es claro que deben pagar su falta una vez cumplida la condicion (art. 3779).

10. Si la destruccion es por el hecho de un tercero, el legatario puede demandar tambien, en el mismo caso anterior, la indemnizacion correspondiente aun ántes de cumplirse la condicion (argumento del art. 3773), pero con citacion de los herederos, para el efecto del reconocimiento del legado (art. 3775 y su comentario).

Si puede ejercer actos conservatorios para impedir la destruccion de la cosa que le pertenece condicionalmente, con mas razon podrá reparar las consecuencias de la destruccion llevada á cabo.

**3804**—El legado caduca por la repudiacion que de él haga el legatario. Se presume siempre aceptado el legado mientras no conste que ha sido repudiado. (Concuerda con los arts. 872—3348—3353—3805 á 3808.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 36, tit. 9, Part. 6º—Cód. Frances, 1043—Troplong, *Testamento*, n° 2148)—Laurent, tom. 18, n° 554.

**Mientras no conste que ha sido renunciado:** Para la renuncia no hay una fórmula sacramental; pero es indudable que la interpretacion de los actos que induzcan á probar la renuncia debe ser restrictiva, como lo establece en principio general el art. 874. (Véase Troplong, n° 2154 y nuestro art. 3349.)

**3805**—Despues de aceptado el legado, no puede repudiarse por las cargas que lo hicieron oneroso. (Concuerda con los arts. 1854—3341—3347—3774.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 86, tit. 9, Part. 9.—Merlin, *verb. Legataire*,—Troplong, n° 2149)—Laurent, tom. 13, n° 550 á 553.

**Despues de aceptado el legado:** Esta aceptacion puede ser espresa ó tácita, como puede ser la aceptacion de la herencia. De aquí se sigue que todos los actos que induzcan á presumir por parte del heredero una aceptacion tácita de la herencia, deben producir el mismo efecto respecto del legatario. Este es el parecer unánime de todos los juriconsultos. Merlin, citado, tom. 17, n° 5, § 4.

El principio de que se presume aceptado el legado mientras no se pruebe que ha sido repudiado, no impide que para los efectos de la facultad de repudiarlo solo se considere aceptado cuando así consta; el simple silencio ó inaccion que en principio hace presumir la aceptacion, no es suficiente para decir que el legatario ha perdido el derecho de repudiar el legado porque ese silencio importe aceptacion.

1º El legatario puede alegar la nulidad de la aceptacion por los vicios de dolo, fuerza etc., etc.

**3806**—El legatario puede retirar su renuncia del legado, mientras no ha intervenido un acto de particion entre los herederos. (Concuerda con los arts. 875—3348—3350.

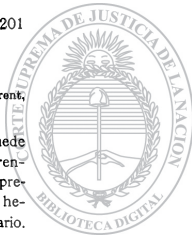
## CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 2158)—Laurent, tom. 13, n° 556.

**Mientras no ha intervenido un acto de particion:** Pero puede retirar su renuncia aun despues de este acto si prueba que la renuncia del legado fué arrancado por fuerza, miedo ó dolo.

El hecho solo de la particion entre los herederos no entraña la pérdida del legado; el artículo solo tiene aplicacion cuando la particion incluyendo en ella la cosa legada viene despues de haber el legatario renunciado espresamente al legado. (Véase art. 3778.)

**3807**—No puede repudiarse una parte del legado y aceptarse otra. Si hubiese dos legados al mismo legatario, de los cuales uno fuese con



cargo, el legatario no podrá aceptar el legado libre y repudiar el otro. (Concuerda con los arts. 3316—3317—3774—3804.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 38, Dig. *De legatis*, 1°—Pothier, tom. 2, n° 369)—Laurent, tom. 13, n° 552—Trolong, 2153.

Aunque el Código Frances no contiene disposicion espresa como la presente, las dos anteriores y las dos posteriores, la mayoría de los juriscultos las aceptan para el Código Frances.

**3508**—Los acreedores del legatario pueden aceptar el legado que él hubiese repudiado. (Concuerda con los arts. 961—962—964—3351 á 3353—3804.)

## CONCORDANCIAS

(Véase art. 964 y nota de este Código —Trolong, núms. 1885 y 2159—Aubry y Rau, § 726, n° 2.)

**Pueden aceptar el legado:** Esta aceptacion tiene lugar en los mismos casos y para los mismos efectos que la aceptacion de la herencia por parte de los acreedores del heredero renunciante. Hay una razon de analogía para decidirlo así.

**3509**—La caducidad de un legado resultante de una causa cualquiera, que no sea la pérdida de la cosa legada, aprovecha, no habiendo sustitucion, á los que estaban obligados al pago del legado, ó á aquellos á los cuales hubiese de perjudicar su ejecucion. (Concuerda con los arts. 3343—3371—3795 á 3798.)

## CONCORDANCIAS

Duranton, tom. 9, n° 495—Toullier, tom. 5, núms. 677 y sigtes.—Aubry y Rau, 726, n° 2)—Laurent, tom. 13, n° 558—Nuestro comentario á los arts. 1829 y 1851.

**A los que estaban obligados al pago del legado:** Como son los herederos, por ejemplo.

**A los cuales hubiese de perjudicar:** Como serían los otros legatarios cuando la porcion disponible no alcanza á cubrir todos los legados. El valor del legado que ha caducado vendria á aumentar la porcion disponible, y en tal caso les tocaria mas en el prorrateo. (Véase nota del codificador el 3810.)

Es tambien aplicable á los que tengan derecho de acrecer.





1º ¿Si el legado era con cargos, deberá cumplirlos el heredero? El Dr. Sogovia propone esta cuestion y la resuelve en sentido negativo, por no haber disposicion alguna que obligue á los herederos ó cumplir las cargas impuestos al legatario que renuncia al legado. Véase no obstante, la nota 16 al 3821, del mismo autor.

Pensamos que el caso está resuelto por nuestro Código espresamente en contra de lo que piensa el Dr. Segovia y de acuerdo con los jurisconsultos franceses.

En efecto: el art. 3774 dice que los legados con cargo *son regidos por la disposicion sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza.*

De manera que es allí, en el título de las donaciones y en los principios generales de derecho, tales como los del art. 3821, donde debe buscarse la solucion. En ese título están los arts. 1829 y 1851; y á mas entre los principios generales está el art. 504 y la nota del codificador al art. 1851.

El tercero en cuyo favor se han impuesto los cargos, viene á ser indirectamente legatario, como es donatario, tratándose de donaciones, la persona en cuyo favor se le han impuesto cargos al donatario, por el beneficio hecho á favor de ellos, como dice el codificador en la nota al art. 1851.

Constituyendo, pues, esas cargas á beneficio de un tercero, un segundo legado nada importa la caducidad del legado principal con respecto á las cargas; ellas deben cumplirse por los llamados á aprovechar de la cosa legada gravada con las cargas, sean éstos legatarios ó herederos (art. 3821, nota del codificador á dicho artículo y autores allí citados.

“Si el testador ha impuesto una carga, dice el codificador, en la nota al art. 3821, ha puesto una obligacion al lado del beneficio. Si, pues, el beneficio subsiste, la carga tambien debe subsistir: no hay sutileza de derecho que pueda prevalecer contra esta verdad.”

---



## TÍTULO XVIII

### Del derecho de acrecer

**3810**—El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias. (Concuerda con los arts. 1798—3811—3819.)

#### CONCORDANCIAS

Trolong. n° 2186—Las concordancias del art. 1798.

**En las disposiciones testamentarias:** Sin embargo, puede establecerse en las donaciones, en el caso del art. 1798.

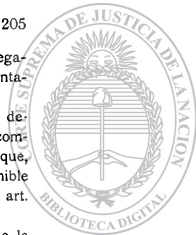
**3811**—El derecho de acrecer es el derecho que pertenece, en virtud de la voluntad presunta del difunto, á un legatario ó heredero, de aprovechar la parte de su colegatario, ó coheredero, cuando éste no la recoge. (Concuerda con los arts. 3316—3810.

#### CONCORDANCIAS

(La primera condicion para que la cuestion de acrecimiento tenga lugar, es que los dos legados tengan el mismo objeto; que los legatarios y herederos sean colegatarios ó coherederos, porque es imposible suponer ninguna relacion entre dos legatarios de cosas diferentes).—Notas del codificador á los arts. 3316, 3345—Nuestro comentario al art. 3322—Proudhon, Usufructo, tom. 2, núms. 556 y sigtes.—Aubry y Rau, § 726—Cód. de Chile, 1147—Cód. de California, 3914.

**En virtud de la voluntad presunta del difunto:** Por regla general, los jurisconsultos franceses definen el derecho de acrecer diciendo, "que es el que pertenece á un coheredero ó á un colegatario de tomar ó retener la porcion de la herencia ó del legado que ha sido deferido ó destinado á su coheredero ó á su colegatario, que se encuentra vacante porque éstos rehusen aceptarlo ó se hagan incapaces de recibirlo" (Proudhon, citado).





Como se ve, en esta definición se comprende tanto á los legatarios como á los herederos *ab intestato*, y á los testamentarios.

Nuestro Código parece haber limitado intencionalmente su definición á los legatarios y á los herederos testamentarios, comprendiéndose á los *ab intestato* solo en aquellos casos en que, tratándose de herederos legítimos, ha dado la porción disponible á otros, como puede verse en la nota del codificador al art. 3810.

Es por esto que el derecho de acrecer lo hace derivar de la *voluntad presunta del testador*, pues el acrecentamiento que tiene lugar entre los herederos *ab intestato*, no viene de la voluntad del testador, sino de la ley misma; el derecho de acrecimiento en esta cosa está fundado *in juris necessitatis*, como dice Proudhon, porque sería contra la naturaleza de las cosas que el difunto fuera representado por alguno ó varios herederos sin serlo en el todo; ó en otros términos, que la sucesión sea en parte vacante, mientras que otra no lo sea, por haber sido aceptada por un heredero legítimo.

El derecho de acrecimiento entre los herederos *ab intestato*, tiene, pues, lugar en virtud de la ley y no de la voluntad del testador. Es necesario tener esto en cuenta para las distintas cuestiones que pueden presentarse en el estudio que entramos á hacer del presente título.

**Cuando éste no la recoge:** Cualquiera que sea la causa, la ley no distingue. Cuando, según los términos del testamento, deba tener lugar el acrecimiento, no hay que entrar á distinguir por qué causa no la recoge el colegatario ó coheredero.

**3812**—Habrá acrecimiento en las herencias y legados, cuando diferentes herederos ó legatarios sean llamados conjuntamente á una misma cosa en el todo de ella. (Concuerda con los arts. 3813—3814 á 3818.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 33, tít. 9, Part. 6ª—y Glosa 6 de Gregorio Lopez—Marcadé, sobre el art. 1044, n.º 191—Ley 142, tít. 16, Lic. 5, Dig. *De verb. signif.*)—Proudhon, Usufructo, tom 2, núm. 567, 571 y sigtes.—Aubry y Rau, § 726, notas 33 y sigtes.—Cód. de California, 3915.

**Non llamados conjuntamente:** Para que el legado se re-



pute hecho conjuntamente la ley no ha establecido términos sacramentales; basta que se desprenda de las palabras empleadas que el testador no ha tenido intencion de hacer desde luego una division material ó de partes alicuotas para que el llamado se repute hecho conjuntamente.

Así, la conjuncion puede ser puramente real ó *re tantum*, como decia el derecho romano, como cuando por diversas cláusulas ó diversos actos se lega el todo de la misma cosa á diferentes personas (art. 3816), ó verbal, *re et verbis*, como cuando por una misma cláusula se lega á varias personas una misma cosa.

Un ejemplo de la primera hipótesis sería si el testador en una cláusula del testamento dijera: "*Lego á Pedro el fundo A*", y en otra cláusula del mismo testamento dijera: "*Lego á Juan el fundo A*". Como algunos podian creer que de estas dos cláusulas la una es derogatoria de la otra, nuestro Código ha autorizado espresamente este llamado (art. 3816). El segundo llamado hecho á Juan, solo equivale á decir, lego tambien á Juan lo que he legado á Pedro. Para que en los ejemplos citados una cláusula se considere derogatoria de la otra, es necesario, dice Proudhon, n° 573, que el testador así lo haya hecho entender, como por ejemplo si dijera: "Quiero que el legado que hice á Juan sea ahora para Pedro".

La conjuncion *verbis tantum*, no da lugar al derecho de acrecer (art. 3814). Véase comentario al art. 3816.

**3813**—La disposicion testamentaria es reputada hecha conjuntamente, cuando el mismo objeto es dado á varias personas, sin asignacion de la parte de cada uno de los legatarios ó herederos en el objeto de la institucion ó legado. (Concuerda con los arts. 3812—3818.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 33, tit. 9, Part. 9.—Troplong, n° 2172.—Nuestro comentario al artículo anterior.—Cód. Frances, 1044.

**De los legatarios ó herederos:** Respecto á estos últimos debe tenerse presente la nota del codificador, cuando dice: "Hay una gran diferencia entre el acrecimiento que tiene lugar en la institucion de herederos, y el que sucede en los legados particulares. En estos últimos el acrecimiento está subordinado á las condiciones rigurosas de conjuncion puestas por la ley;



pero entre los herederos universales estas condiciones especiales no son necesarias. El carácter universal de la disposición testamentaria las reemplaza por su latitud. El acrecimiento se causa, no precisamente por las palabras que forman la conjunción, sino en virtud de la universalidad del título que absorbe todo, por lo mismo que es universal. Así, pues, cuando se trate de la institución de heredero hecha á muchos, no se debe decidir la cuestión de acrecimiento entre ellos por las condiciones estrictas de conjunción que son la regla de los legados particulares". Debe á mas tenerse presente lo dispuesto en el art. 3815, para el caso en que la asignación de partes tenga mas por objeto la ejecución del legado que la determinación de la parte alicuota que el testador tiene intención de legar. (Véase Tropolong, nº 2174.)

1º Una de las condiciones indispensables para que la disposición testamentaria se repunte hecha conjuntamente es que haya identidad de objeto legado; importa poco, por lo demas, que este sea divisible ó indivisible (Laurent, tom. 14, nº 300).

Así, por ejemplo, si un testador despues de legar diez mil pesos á Pedro, dice en seguida: lego diez mil pesos á Juan, no se debe decir que es un legado conjunto, puesto que no queda establecida la identidad entre el legado hecho á Juan y el hecho á Pedro. Se debe decir que hay aquí dos legados distintos, por diez mil pesos cada uno. Pero si dice: "lego á Juan diez mil pesos que me debe Pedro", y en otra cláusula lega los mismos diez mil pesos á Diego, hay identidad de objeto si Pedro solo debe diez mil pesos, y las cláusulas no son revocatorias la una de la otra. (Proudhon, Usufructo, tom. 2, nº 576.)

2º El legado hecho conjuntamente puede serlo tanto respecto del todo, como de una parte de la cosa del legado, como, por ejemplo, cuando se lega conjuntamente á dos ó mas personas una parte determinada de una cosa, como la mitad, un tercio, etc., etc.

**3814**—Cuando el testador ha asignado partes en la herencia ó en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar. (Coyuerda con los arts. 1264—3812—3818—3819.)

## CONCORDANCIAS

(Tropolong, Testamentos, n° 2173)—Nota del codificador al art. 3812—Laurent, tom. 14, n° 305—Cód. de Chile, 1148.

El presente artículo es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 3812, y bien ha podido suprimirse, pues la misma doctrina resulta del citado artículo y demas principios contenidos en este título.

**3815**—La asignacion de partes que solo tenga por objeto la ejecucion del legado, ó la particion entre los legatarios de la cosa legada en comun no impide el derecho de acrecer.

## CONCORDANCIAS

(Tropolong, Testamentos, núms. 2174 y 2175—Toullier, tom. 5, n° 69—Duran-ton, tom. 9, núms. 505 y sigtes.—Aubry y Rau, § 726, Letra C, nota 32.)

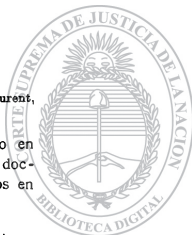
**Que solo tenga por objeto la ejecucion del legado:**

Es una fórmula generalmente usada en los testamentos la de poner el testador, despues de legar conjuntamente á varias personas la universalidad de sus bienes, la frase: *para que los disfruten por iguales partes*.

Esto, como dice la nota del codificador á este artículo no puede interpretarse diciendo que el testador ha querido establecer tantos legados distintos cuantos legatarios hay. El Código de California, art. 3916 trae una disposicion terminante al respecto.

Por el Código Frances no está resuelto espresamente este punto, lo que ha dado lugar á serias discusiones, pero la interpretacion de que la cláusula, *por partes iguales, en proporciones iguales*, etc., etc., no importa asignacion de partes, y en consecuencia no impide el derecho de acrecer, ha sido generalmente aceptada. Laurent, tom. 14, núms. 308 y siguientes trata estensamente la materia, estudiando todos los fallos que se han dado en pro y en contra.

**3816**—El legado se reputa hecho conjuntamente en todos los casos en que un solo y mismo objeto, susceptible ó no de ser dividido sin deteriorarse, ha sido dado en el testamento á muchas personas, sea por disposiciones separadas del mismo acto, ó sea por actos diversos. (Concuerda con el art. 3813.)



## CONCORDANCIAS

(Ley 33, tit. 9, Part. 6.—Goyena, art. 816—Aubry y Rau, § 726, nota 34)—  
Nuestro comentario al art. 3812—Cód. de Chile, 1149.

**Por disposiciones separadas, etc., etc.** Esta es la conjuncion *re tantum*, que da derecho de acrecer, siempre que una cláusula ó un acto no sea derogatorio del otro. En el comentario al art. 3812 hemos puesto un ejemplo de este legado.

1º ¿Hay alguna preferencia entre los legatarios llamados conjuntamente por un mismo acto, y los llamados por disposiciones ó actos distintos?

Es indudable que no, puesto que la ley no crea diferencias ni preferencias de los unos respecto de los otros. Por derecho romano eran preferidos los primeros á los segundos. *Præfetur agitur omni modo cateris qui re et verbi conjunctus est*. Así, si habia legatarios llamados por la conjuncion *re et verbis* y al mismo tiempo habia legatarios llamados por la conjuncion *re tantum*, si uno de los legatarios primeros no recibia su parte, ella acrecia al otro colegatario llamado con él por la misma conjuncion, y no á los otros llamados por actos distintos (Pothier, tom. 2, no 342). Pero nuestra ley, como decimos, no distingue en todos los casos en que hay derecho de acrecer; la porcion vacante se divide, segun el art. 3820, entre todos los legatarios en proporcion á la parte que está llamada á recibir (Véase comentario al 3820). El Código de Chile sigue el derecho romano, pero es en virtud de la disposicion espresa contenida en el art. 1150 de aquel Código, en el cual se declara que los coasignatarios conjuntos, se reputan como una sola persona.

**3817**—El legado hecho conjuntamente debe ser reputado tal, aun cuando el testador hubiese sustituido á uno ó muchos de los legatarios conjuntos. (Concuerda con los arts. 3724 y sigtes.—3823.)

## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 511—Aubry y Rau, § 726, letra C—Merlin, *Accroissement*, n° 2. Así, por ejemplo, el legado establecido en los términos siguientes: "Lego mi casa á Pedro y á Pablo, y si uno de ellos llega á morir antes que yo, su parte pasará á sus hijos por representacion", se juzga que es hecho conjuntamente tanto entre Pedro y Pablo, como entre sus hijos. La caducidad del legado en la persona de uno de los legatarios, no dará lugar al derecho de acre-



cer, si la sustitucion hecha á beneficio de los hijos de este legatario tiene su efecto. Pero si esta sustitucion misma llega á caducar, el otro legatario ó sus hijos recibirán la totalidad del legado)—Laurent, tom. 14, n° 313.

**Aun cuando el testador, etc., etc.:** La sustitucion impide el acrecimiento cuando ella es válida, y hay sustituidos; pero si éstos no reciben el legado, el otro legatario toma el todo en virtud del derecho de acrecimiento.

Es por esto que en el ejemplo puesto por el codificador en la nota al artículo que estudiamos, si Pedro muere dejando hijos, Pablo no tendrá derecho de acrecer, porque el legado se considera hecho conjuntamente entre esos herederos y Pablo; solo en caso de que esos herederos falten, ó que la sustitucion sea nula, Pablo tomará el todo de la cosa legada, en virtud del derecho de acrecer.

1° Por derecho frances se discute si el derecho de acrecer tiene lugar cuando la sustitucion es nula; la jurisprudencia parece haber resuelto la afirmativa. Entre nosotros es indudable que tiene lugar aun en este caso, puesto que el art. 3811, no es limitativo, sino que, por el contrario, establece que por cualquier causa que el colegatario ó coheredero no reciba su parte, la recibe el otro ú otros en virtud del derecho de acrecer. (Véase art. 3823.)

**3818**—Cuando el legado de usufructo, hecho conjuntamente á dos individuos, ha sido aceptado por ellos, la porcion del uno, que despues ha quedado vacante por su muerte, no acrece al otro, sino que se consolida á la nuda propiedad, á menos que el testador, espresa ó implícitamente, hubiese manifestado la intencion de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo. (Concuerda con los arts. 2084—2823 y sus concordantes -3815—3819.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 725, al fin)—Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 341—Proudhon, tom. 2, núms 505, 506, 520, 521 y 578—Laurent, tom. 14, núms. 316 y sigtes.—Las concordancias del art. 3823.

**Ha sido aceptado por todos:** Antes de ser aceptada la parte del que muere ántes ó no acepta, acrece á los otros legatarios, siempre que el legado haya sido hecho conjuntamente.

La razon de esto está precisamente en el fundamento de la segunda parte del artículo que estudiamos. Despues de acepta-





do el legado, el derecho se divide entre todos los legatarios; muerto uno de ellos, el derecho de usufructo se extingue según los principios generales que rigen la materia, y extinguiéndose, mal puede pasar á los colegatarios; tiene forzosamente que consolidarse con la nuda propiedad (Laurent, citado—Troplong, núms. 2182 y sigtes.), pues es un derecho personal que acaba con el usufructuario. (Nota del codificador al art. 2807.)

**Implícitamente:** Esto es una cuestión de hecho que toca al Juez resolver según las palabras empleadas por el testador, y la intención que tuvo al establecer el usufructo. Así, si es con un fin determinado que se ha establecido y este fin no se alcanza á llenar sin que tenga lugar el acrecimiento, regirá el principio general que da derecho de acrecer (Proudhon, tom. 2, nº 578).

**3819**—Si el testador haciendo un legado que según los artículos anteriores debiese ser reputado hecho conjuntamente, hubiere prohibido todo acrecimiento, ó si haciendo un legado que no sea hecho conjuntamente hubiere establecido el derecho de acrecer entre los colegatarios, su disposición debe prevalecer sobre las disposiciones de este título. (Concuerda con los arts. 1798—2815—3718—3810—3818.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 726—Troplong, 2191)—Las del art. 3718.

**Debe prevalecer sobre las disposiciones de este título:** Cualquiera que sea la variación establecida por el testador debe ser respetada.

Así, no solo puede establecer el derecho de acrecer en los legados hechos de partes determinadas, sino que puede establecerlo para unos legatarios solamente y para otros no; puede también ordenar que el derecho solo se ejerza en parte.

1º Si los legados absorben la universalidad de los bienes sin haber el testador establecido alguna de las conjunciones que puedan dar derecho de acrecer, pero ha establecido espresamente este derecho en todas sus partes, creemos que habrá en esto una verdadera institución de heredero (argumento del art. 3718). Si bien el art. 3719 establece que no constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador lega todos sus bienes con designación de partes, la circunstancia de establecer espresamente el testador el derecho de acrecer pone á los le-



gatarios en las mismas condiciones que quedan cuando este derecho ha sido establecido implícitamente por una conjunción *re tantum* ó *re et verbis*; en tal caso rige el art. 3718, es decir, se considerará como institucion de heredero.

**3820**—Cuando tiene lugar el derecho de acrecer, la porcion vacante de uno de los colegatarios se divide entre todos los otros, en proporcion de la parte que cada uno de ellos está llamado á tomar en el legado. (Concuerda con los arts. 3727—3814—3815.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 2182—Aubry y Rau, § 726.)

**En proporcion de la parte, etc., etc.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3819, respecto á la libertad que tiene el legatario para alterar esa proporcion ó dar á uno solo el derecho de acrecer.

La disposicion del artículo se aplica no solo á los legados hechos conjuntamente, sino tambien los que sin ser así el testador ha establecido el derecho de acrecer. (Véase comentario al 3816.)

**3821**—El derecho al acrecimiento impone a los legatarios que quicran recibir la porcion caduca en la persona de uno de ellos, la obligacion de cumplir las cargas que le estaban impuestas. (Concuerda con los arts. 3729—3774—3809.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, en la nota 43 del § 726, ensenan y sostienen con diversos argumentos, que en caso de conjuncion entre legatarios particulares, separados por cláusula del mismo testamento, el acrecimiento se obra con los legatarios que tienen la totalidad del legado, sin que los legatarios estén obligados á cumplir las cargas impuestas al colegatario en cabeza del cual el legado ha venido á caducar. Nuestro artículo dispone que en todos los casos, el derecho de acrecer lleva consigo la obligacion de cumplir las cargas impuestas por el testador al legatario en cabeza de quien ha caducado el legado. Si el testador ha impuesto una carga, dice Troplong, ha puesto una obligacion al lado del beneficio. Si, pues, el beneficio subsiste, la carga debe tambien subsistir; no hay sutileza de derecho que pueda prevalecer contra esta verdad, n° 2181. Esta es tambien la opinion de Proudhon, *Usufruit*, tom. 2, n° 643—Pothier, *Donat. testament*, Cap. 6, Secc. 5, § 5—Véase L. 36, Tit. 14, Part. 5°, Regla 29, Tit. 34, Part. 7°—Nuestro comentario al art. 3809—Cód. de California, 3929.

**Impone á los legatarios :** Y tambien á los herederos, cuan-



do ellos vienen á aprovechar del legado, como lo hemos establecido en el comentario al art. 3809.

**3822**—Si las cargas fuesen por su naturaleza meramente personales al legatario, cuya parte en el legado ha caducado, no pasan á los otros colegatarios. (Concuerda con los arts. 498—562—3729.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 2181—Proudhon, *Usufruit*, tom. 2, n° 643—Aubry y Rau, § 726. Asi, la obligacion de casarse ó de abrazar el estado eclesiástico no pasaria al colegatario)—Cód. de Chile, 1152.

El presente artículo ha podido formar un inciso del anterior. Por lo demas, el legado pasa puro y simple á los que tienen el derecho de acrecer, (Proudhon, citado), pues no es el caso de aplicar el art. 562.

**3823**—Los colegatarios á beneficio de los cuales se abre ó puede abrirse el derecho de acrecer, lo transmiten á sus herederos con las porciones que en el legado les pertenecen. (Concuerda con los arts. 3314—3817—3820.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 2179—Aubry y Rau, § 727—Pothier, *Donat. testament*, cap. 6, Secc. 5, § 3—Pand, tom. 2, pág. 360, n° 426—Toullier, tom. 5, n° 606—Duranton, tom. 9, n° 512—Asi, cuando un legado hecho conjuntamente á dos personas es puro y simple para la una, y condicional para la otra, y sucede que la primera muere pendiente la condicion, esa persona transmite á sus sucesores universales el derecho de aprovechar, por acrecimiento, de la porcion de la segunda, si la condicion viniese á faltar. El acrecimiento, dice Troplong, no se hace á la persona, sino á la cosa; es decir: que la porcion vacante acrece á la porcion recibida; la porcion vacante va á buscar á la otra en cualquier mano que se encuentre)—Cód. de California, 3917.

**Con la proporcion que el legado les pertenece:** Los herederos de uno de los legatarios reciben esa parte por estirpe.

---



## TÍTULO XIX

### De la revocacion de los testamentos y legados

**3824**—El testamento es revocable á voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia ó restriccion á este derecho es de ningun efecto. El testamento no confiere á los instituidos ningun derecho actual. (Concuerda con los arts. 118—122—952—3265—3531—3733—3761—3766—3799—3803.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 25. tit. 1, Part. 6.—Ley 4, tit. 4, Lib. 34, Dig.—Pothier, Pand., tom. 2, p. 429, n° 1)—Cód. de Chile, 1212—Cód. de California, 9665 y 9666—Goyena, 717—Laurent, tom. 14, n° 175—Nota del codificador al art. 3733.

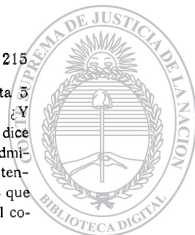
**3825**—La revocacion de un testamento hecho fuera de la República, por persona que no tiene su domicilio en el Estado, es válida, cuando es ejecutada segun la ley del lugar en que el testamento fué hecho, ó segun la ley del lugar en que el testador tenía á ese tiempo su domicilio; y si es hecho en la República, cuando es ejecutada segun la disposicion de este titulo. (Concuerda con los arts. 3625—3634 á 3638.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Nueva York, 554)—Nuestro comentario al art. 9625.

Como el testamento no puede ser revocado sino por otro testamento (art. 3827), resulta que las reglas establecidas en los concordantes citados para los testamentos hechos fuera de la República son aplicables á la revocacion hecha tambien fuera de la República. Si el testamento es válido con arreglo á esas reglas, la revocacion lo será tambien; nunca podrá decirse que un testamento es válido por sus formas, pero que si contiene revocacion no produce efecto.





Parece que piensa lo contrario el Dr. Segovia en la nota 5 al presente artículo. Dice que subsistirían los dos testamentos. ¿Y si son contradictorios, cuál de los dos prevalecería? No lo dice este autor. No lo decimos tampoco nosotros porque no admitimos la hipótesis en que subsistan dos testamentos que contengan disposiciones contradictorias; pensamos con el art. 3828 que todo testamento posterior anula el anterior. (Véase nota del codificador al art. 3828 citado.)

Por lo demás, la observación que hace este autor de que una persona no puede derogar un testamento hecho en país extranjero con arreglo al art. 3638, por un testamento hecho en la República, nos parece, que si no hay un error de imprenta, es contradictoria con lo que el mismo dice: que subsistirán los dos testamentos, es decir, el hecho en la República y el hecho en el extranjero. Si es válido el segundo no puede existir el primero: esto es decisivo.

No vemos por qué razón un testamento hecho fuera de la República no pueda ser revocado por otro dentro de ella; lo que nuestro artículo hace es una simple enunciación de los distintos modos cómo se puede revocar un testamento hecho en el extranjero, pero sin que esto importe que no pueda hacerse también con arreglo á los principios generales, por testamento hecho en la República. Si así no fuera, el art. 3634 contendría la excepción de que el testamento hecho por una persona que no está domiciliada en la República, no sería válido si derogaba otro hecho en país extranjero.

Mientras esa excepción no exista, tenemos que estar al principio general.

**3826**—Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio. (Concuerda con los arts. 230—3715—3825—3827.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Nueva York, § 568)—En contra Código de California, art. 3669.

**Queda revocado:** Y no revive aunque después envíe el testador.

**3827**—El testamento no puede ser revocado sino por otro testamento posterior, hecho en alguna de formas autorizadas por este Código. (Concuenda con los arts. 3631—3710—3828.)

## CONCORDANCIAS

(L. 2, Dig., *De injusto rupto*. Pothier, *Pand.*, tom. 2, p. 191, n° 3—Cód. de Luisiana, art. 1685—De Austria, 719—De Vaud, 685—Por el Código Frances, art. 1085, hasta la declaracion de cambio de voluntad hecha en escritura pública. Lo mismo el Código de Holanda, art. 1039—Napolitano, 990—Marcadé, sobre el art. 1035, sostiene que la revocacion de un testamento no seria válida, cuando se hiciera por un acto en la forma ológrafa, que solo tuviera el objeto de revocarlo sin hacer disposicion alguna de los bienes; pero, en el caso de la simple revocacion hay una disposicion directa de los bienes. Lo contrario de lo que piensa Marcadé, enseñan Merlin, *Repert. verb. revoc. de Codic.*—Grenier, *Testament*, n° 342—Toullier, tom. 5, n° 633—Duranton, tom. 9, n° 491—Demante, tom. 4, n° 182, *bis*)—Cód. de Chile, 1212, 2ª parte—Goyena 718.

**Sino por otro testamento posterior**: El presente artículo combinado con el 3828, contienen la regla mas simple que se puede dar para evitar las cuestiones que los códigos extranjeros han suscitado sobre cuándo debe entenderse derogado un testamento por otro.

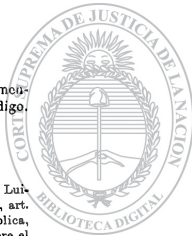
El testador no necesita decir una sola palabra sobre si quiere revocar ó no el testamento anterior; el hecho puro y simple de hacer un segundo testamento basta por sí solo para derogar el anterior, salvo que espresamente diga que no lo revoca (art. 3829).

**Hecho en alguna de las formas, etc., etc.**: De modo que cualquier clase de testamento deroga el anterior; así, si hay un testamento por acto público, puede ser derogado por un ológrafo, militar, ó en cualquier otra forma.

**3828**—El testamento posterior anula el anterior en todas sus partes, si no contiene confirmacion del primero. (Véase los arts. 1061 y 1062—3629—3831.)

## CONCORDANCIAS

(L. 21, Tit. 1, Part. 6ª—Código de Austria, art. 713—De Vaud, 668—Prusiano, 572—Instit., Lib. 2, Tit. 17, § 2—El Cód. Frances, art. 1098, dispone, que, si no se revoca espresamente el testamento anterior, subsistirá en todo lo que no sea incompatible con el posterior. Conforme con el Código Frances, el de Luisiana, art. 1686, y el de Nápoles, 991. Seguimos la disposicion de la ley de Partida, porque el hecho de proceder á un nuevo testamento, induce naturalmente la presuncion de que el testador obra como si ántes no hubiese testado.



Evítese también así las innumerables cuestiones que se ven en los comentarios del Código Frances, sobre la incompatibilidad intencional del testador en sus disposiciones)—Goyena, 719.

**Si no contiene confirmacion del primero:** Esta confirmacion debe ser espresa, pues por los términos del artículo anterior y por lo dicho por el codificador en la nota al presente, se ve que no hay confirmacion tácita. Si el testador quiere conservar el anterior testamento debe decir espresamente que por el presente no entiende revocar el hecho anteriormente. Sin esa declaracion espresa, y en la duda debe estarse por la revocacion.

Pero para esta confirmacion no es necesario que el testador reproduzca las disposiciones contenidas en el anterior. Esto se comprende leyendo el art. 3829, por el cual se establece que no pueden confirmarse sin ser reproducidas las disposiciones contenidas en un testamento *anterior, nulo por las formas*; luego, si el testamento anterior no es nulo, para confirmarlo no se necesita ser reproducido.

La revocacion no hace desaparecer la esencia del testamento revocado, pues que no altera ni su forma ni las solemnidades; es un auto auténtico, esteriormente válido. Si no produce efecto es por una voluntad esencialmente revocable. Y desde que esto sucede, desde que el testador vuelve sobre su primitiva voluntad, con solo manifestar esta voluntad devuelve al testamento lo único que le faltaba para producir efecto; el primer testamento se encuentra con solo esto revestido de toda su fuerza; el testador devuelve por su voluntad lo que voluntariamente tambien le quitó. (Aubry y Rau, § 725, nota 12.)

2º Con mas razon habrá necesidad de reproducir las disposiciones contenidas en un testamento nulo por incapacidad del testador, puesto que ese testamento, á causa del vicio con que ha sido hecho, no puede producir efecto alguno (arts. 1061 y 1062). El primer testamento, de antemano, y sin necesidad de revocacion, era ya inexistente, y no hay voluntad que lo haga revivir sin darle la forma legal.

**3829**—El testador no puede confirmar sin reproducir las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, aunque el acto



esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos. (Concuerda con los arts. 1003—1061—3629—3632 )

## CONCORDANCIAS

Goyena, comentario al art. 719—Nuestro comentario al art. 3629 y las concordancias de dicho artículo—Troplong, n° 1458 y 1460.

El presente artículo es una repetición del 3629; con uno de los dos bastaba.

1° Aunque el testamento nulo esté en el mismo registro del escribano que hace el segundo testamento, hay que reproducir en éste las disposiciones del primero.

2° Aunque el testamento anterior, nulo por sus formas, sea hecho en escritura pública, el segundo testamento confirmatorio del primero puede ser ológrafo.

Como complemento á este comentario, véase el del art. 3828.

3° ¿Cómo se reproducen las disposiciones que se quieren confirmar? Indudablemente no bastará que el testador diga: *reproduzco tal disposicion de mi testamento anterior*; será necesario que repita toda entera la disposición, sea ó no con las mismas palabras de que se ha valido ántes. Lo que hace es un testamento completamente nuevo, con declaración expresa y detallada de todo lo que quiera disponer. Nuestro comentario al art. 3620, n° 3, y comentario al 3629.

**3630**—Si el testamento posterior es declarado nulo por vicio de forma, el anterior subsiste. Pero si las nuevas disposiciones contenidas en el testamento posterior fallasen por razón de incapacidad de los herederos ó legatarios, ó llegasen á caducar por cualquier causa, valdría siempre la revocación del primer testamento causada por la existencia del segundo. (Concuerda con los arts. 1973—3829.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Vaud, art. 669—Aubry y Rau, § 725, y nota 5—Merlin, *Repert. verb. revoc.*, Secc. 2, § 3, art. 2, n° 6—En contra, Toullier, tom. 5, n° 620—Troplong, *Testament*, n° 2059, discute ambas opiniones)—Nuestro comentario al art. 3676—Cód. Frances, 1037—Laurent, tom. 14, núms. 193 y sigtes.

**El anterior subsiste:** Porque no hay testamento, pues la forma es de la esencia del acto, y éste es indispensable para la revocación (art. 3827).



**Por incapacidad de los herederos y legatarios:** Se comprende tambien aquí la indignidad.

**O llega á caducar por cualquier causa:** Lo mismo será si el testamento válido caduca, como en el caso del art. 3676. Aquí el Código habla de *cualquier* causa de caducidad de las disposiciones testamentarias, á mas de la incapacidad de los agraciados, y la caducidad del testamento mismo trae la caducidad de los legados. (Véase comentario al art. 3831, nº 1.)

1º Si el testamento se anula por incapacidad del testador, ó por tener el vicio de dolo, violencia ó error (art. 3832 y nota del codificador al mismo) el testamento anterior subsiste.

"Cuando la nulidad del testamento, dice Laurent, tom. 14, nº 195, siguiendo otros autores franceses, viene por incapacidad del testador, la revocacion contenida en él cae con el testamento."

Así como el vicio de forma del segundo testamento impide la revocacion del primero, la nulidad de aquél por incapacidad del testador, lo impide con doble razon. Es la voluntad del testador la que revoca el primer testamento, y desde que aquél está incapacitado para manifestar válidamente esa voluntad, es claro que no puede revocar su primer testamento válido.

Como para calificar la capacidad para testar se está á la época de la formacion del testamento, sin que la incapacidad posterior lo anule (art. 3613), para volver sobre esa voluntad que se supone persistente, es indispensable que se tenga igual capacidad; de lo contrario no hay voluntad.

Lo mismo sucede con el testamento hecho por error, como el ejemplo puesto en la nota del codificador al art. 3822, dolo ó violencia; en ninguno de estos casos hay voluntad libremente manifestada.

**3831**—La retractacion hecha en forma testamentaria por el autor del testamento posterior, hace revivir sin necesidad de declaracion expresa sus primeras disposiciones. Pero si la retractacion contuviese nuevas disposiciones, no hacen entonces revivir las que contenia el primer testamento, si no hubiese expresado que tal era su intencion. (Concuérda con el 3828.)





## CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 723—Aubry y Rau, § 725 y notas 6 y 7—Toullier, tom. 5, n° 635—En contra, Merlin, *Repert. verb. revoc.*, § 4, n° 8—Duranton, tom. 9, n° 441—Cód. de Chile, art. 1214—Tropiong, desde el n° 2065 trata estensamente esta materia)—Nuestro comentario á los arts. 3828 y 3829—Laurent, tom. 14, n° 109,

**La retractacion en forma testamentaria:** Siendo esto una disposicion de última voluntad, necesariamente tiene que ser en testamento. El testador no necesita reproducir las disposiciones contenidas en el primer testamento que se valida por la revocacion del segundo. Pero como al revocar el testamento que contiene la revocacion del primero puede el testador tener la intencion de no hacer revivir éste, sino deferir la sucesion á los herederos *ab intestato*, creemos que mas jurídico habria sido establecer que la simple retractacion no hace revivir el primer testamento, si no se hace declaracion espresa en contrario.

Troplong, citado, atacando una sentencia de la Corte de Grenoble que juzgó lo contrario, dice: ¿No hay temeridad en suponer que una simple revocacion tenga necesariamente por objeto, en la intencion del testador, validar un segundo testamento, que tal vez lo tiene olvidado? Una sola cosa debe ser reputada cierta en el hecho de la revocacion de parte del testador, y es que el testador que se resuelve á hacer esta revocacion, ha querido quitar la sucesion al heredero instituido. Ir mas allá, so pretexto de penetrar en su intencion, es ir demasiado léjos. No habria ninguna razon para suponer que la revocacion se ha hecho mas para hacer revivir el primer testamento, que para atribuir la sucesion á los herederos *ab intestato*.

Cuando un testador despues de haber hecho un testamento, hace otro, se supone que su intencion ha sido revocar el primero, si espresamente no lo confirma; pero cuando el acto testamentario tiene por objeto revocar ese último testamento, no es racional suponer que su intencion era hacer revivir el primero, desde que que únicamente aparece la voluntad de que no exista mas el segundo.

“El segundo testamento, dice el D'Aguesseau, *Plaidoyer*, 43, p. 220, citado por Troplong, importa un cambio de voluntad respecto de la subsistencia del primero, y esta es la causa por-





que el primer testamento queda sin valor; mientras esta causa exista el testamento no puede ser ejecutado. Una ausencia de voluntad manifestada espresamente hace nulo ese segundo testamento; de consiguiente, es necesario tambien una manifestacion espresa de haber vuelto á su primera voluntad, para volver al primer testamento á su primitivo valor."

Por otra parte, en la duda, debió resolverse en favor de los herederos *ab intestato* ántes que en favor de los legatarios, que es lo que se hace en principio en la segunda parte del artículo.

**Contuviere nuevas disposiciones:** Es decir, si no fuera una mera retractacion ó revocacion del segundo testamento. Pero si el acto contiene disposiciones de bienes, aun cuando en esas disposiciones no se modifiquen las contenidas en el anterior testamento, la revocacion se causa, en razon del principio sentado en el art. 3828, sin hacer revivir el primer testamento.

Es necesario un acto destinado única y exclusivamente á revocar el último testamento; por eso se le llama retractacion. Esta segunda parte del artículo no es sino una confirmacion del principio sentado en el art. 3828.

**3832**—Toda disposicion testamentaria fundada en una falsa causa ó en una causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno. (Concuerda con los arts. 499—3789.)

#### CONCORDANCIAS

(Goyena, art. 721— Aubry y Rau, § 625, n° 2—Pothier, *Donat. Testament.* cap. 6, Secc. 2, § 2—L. 21, Tit. 9, Part. 6°—Nos ponemos en el caso de que un testador espresare en un segundo testamento, que instituye por heredero á B, porque cree que C, instituido en el primer testamento, haya muerto. Si C vive, no puede decirse que su institucion ha sido revocada. Ó en el caso que el testador nombra un albacea y le hace un legado por el mandato que le encomienda, y el albacea no acepta el cargo, es claro que el legado que tenía una causa, no puede existir cuando ella falta.)

**Fundada en una falsa causa:** Puede suceder que el testador haya tenido en vista varias causas para hacer el legado ó la institucion de heredero; en tal caso aunque falte una de ellas el legado ó la institucion valdrán (argumento al 501).

**Ó en una causa que no tiene efecto:** Como los legados condicionales cuando falta la condicion.

**3833**—La cancelacion ó destruccion de un testamento ológrafo, hecha por el mismo testador, ó por otra persona de su órden, importa su re-

vocacion, cuando no existe sino un solo testamento original. Si fuesen varios, el testamento no queda revocado, mientras no se hubiesen destruido ó cancelado todos sus originales. (Concuerda con los arts. 3834 á 3837.)

## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 468—Trop long, *Testament*, n° 2112—Merlin, *Repert. verb. recor.*, § 4, n° 1—Aubry y Rau, § 725, letra C)—Laurent, tom. 14, núms. 238 y siguientes.

**La cancelacion:** ¿Qué debe entenderse por cancelacion? Supóngase que el testamento ha sido atravesado por rayas, ó que se han pasado rayas sobre los renglones testándolos enteros ó se ha testado la firma, ¿será esto una cancelacion? Pensamos que sí, como lo da á entender Aubry y Rau, citado, y lo dice Laurent, siguiendo á Domat, lo mismo que Duranton citado por el codificador.

Desde que el testamento se encuentra en poder del testador en ese estado, lo natural es suponer que al tachar sus disposiciones ó su firma ó atravesarlas por rayas que se hacen para inutilizar una cosa que sin embargo se quiere conservar en lo material, diremos así, lo racional es suponer que el testador ha querido dejar sin valor las disposiciones contenidas en él, salvo la prueba contraria en el caso del art. 3835.

Con mas razon importará cancelacion la nota puesta por el mismo testador y firmada ó no de quedar inutilizado, ya se haga esto al pié ó atravesando lo escrito.

Se dirá que en vez de hacer todo esto el testador podia haberlo destruido. Sin embargo, muchas veces sucede que se quiere conservar para redactar otro por él ó por cualquier causa, y solamente quitarle su valor legal con esos hechos. (Véase comentario al art. 3836.)

1° Las testaciones parciales no dejan sin efecto las disposiciones no testadas ó canceladas (nuestro comentario al art. 3640—Duranton, tom. 9, n° 467).

2° El presente artículo viene á constituir una escepcion al principio sentado en el 3827, escepcion que tiene su origen en la especialidad del testamento ológrafo que se mantiene casi siempre en poder del testador, y que por lo mismo está en la posibilidad de hacerlo desaparecer, lo cual se aplica tambien en





algunos casos al cerrado (art. 3836). No sucede así con los testamentos por actos públicos, sobre los cuales no puede ejecutar ningun acto material.

**O destruccion:** Esta destruccion debe ser completa, en el sentido de que todas las disposiciones escritas estén fraccionadas.

Así, no se puede decir que hay destruccion si solo falta un pedazo del pliego que contiene el testamento, conservándose intacto en lo demas.

**O por otra persona de su orden:** Cuando el testamento se encuentra roto ó cancelado sin saberse quién lo rompió ó lo canceló, se presume que fué el testador, salvo la prueba contraria (art. 3835); pero otra cosa es cuando desde luego se sabe que la cancelacion ó destruccion ha sido por otro; si ha sido por orden del testador, como dicen las palabras que estudiamos, es claro que equivale á hacerlo el mismo testador; pero si ha sido sin orden del testador, el testamento vale (art. 3834). ¿Quién debe probar la orden?

Parece indudable que los que sostienen la ineficacia del testamento. Desde que se ve que no ha sido por el testador, se presume que no ha entrado para nada su voluntad, puesto que desaparece la presuncion del art. 3835, salvo probar que la destruccion ó cancelacion ha sido por su orden.

La destruccion por otro, para que produzca efecto, está sujeta á la condicion de haber sido hecho por la voluntad del testador; y es claro que mientras no se pruebe haberse llenado esa condicion, el mandato, debe estarse por la validez del testamento aun roto ó cancelado.

**Cuando no se hubiesen destruido ó cancelado todos sus originales:** Estamos de acuerdo con el Dr. Segovia en pensar que en este caso no será admitida la prueba de que el ejemplar existente no fué destruido por el testador, porque un tercero se lo impidió. Esta es una prueba peligrosa; y á mas el testador que no puede destruir materialmente un testamento, hace otro revocándolo, y con esto se remedia todo. Tiene pues los medios de salvar de la presion.

No negamos que hasta esto podrá impedirse, pero para el rarísimo caso que suceda, no vale la pena abrir la puerta al fraude á que se puede prestar la prueba testimonial.

**3831**—Las alteraciones que un testamento pueda haber sufrido por un simple accidente, ó por el hecho de un tercero sin órden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga. (Concuerda con los arts. 3640—3833—3837.)

## CONCORDANCIAS

(Trop long, n° 2107—Duranton, tom. 9, n° 471—Aubry y Rau, § 725, letra C—Véase Demante, tom. 4, n° 186, bis)—Laurent, tom. 14, n° 239.

**Las alteraciones, etc., etc.:** Cuando desde el primer momento no se comprenda que la alteracion es un accidente, como una mojadura, rotura causada por la misma tinta, etc., etc., se seguirá la regla establecida para la destruccion total; es decir, se supondrá que la alteracion ha sido hecha por el mismo testador, si no se prueba lo contrario. (Nuestro comentario á los arts. 3640, 3833, véase art. 3836.)

**Sin órden del testador:** Es aplicable lo que decimos en el comentario al artículo anterior respecto á la destruccion total.

**Si pueden conocerse exactamente:** Creemos que este conocimiento debe resultar necesariamente del testamento mismo y no de otras pruebas que puedan presentarse fuera de él (argumento del art. 3837). Así, por ejemplo, si una parte del testamento ha sido comido de las ratas, habria aquí una destruccion completa aunque parcial de esa parte del testamento, y con arreglo al art. 3837 no podria probarse por testigos, por ejemplo, ó por otras pruebas, que la parte destruida contenia tal ó cual disposicion, porque la prueba de las disposiciones testamentarias debe resultar del testamento mismo; esto es un principio aceptado por todos los Códigos.

El art. 3837 es aplicable por igualdad de razones, no solo al testamento destruido completamente en su totalidad, sino al destruido parcialmente cuando esta destruccion es total, en el sentido de que no se pueda conocer el contenido de las disposiciones destruidas.

**3835**—Cuando un testamento roto ó cancelado se encuentra en la casa del testador, se presume que ha sido roto ó cancelado por él, mientras no se pruebe lo contrario. (Concuerda con los arts. 3833—3836.)



CONCORDANCIAS

(Troplong, *Testamentos*, n° 2107—Toullier, tom. 5, art. 633—Aubry y Rau, § 725, letra C).—Nuestro comentario al art. 3833—Laurent, tom. 14, n° 242.

**Mientras no se pruebe lo contrario:** ¿En qué forma debe producirse esta prueba? Es necesario aplicar el derecho comun, dice Laurent, citado, sobre la prueba de los hechos.

En efecto, aquí lo que se trata de probar es quien ha ejecutado el hecho de la destruccion; y como la prueba corresponde al que alega que la destruccion ha sido hecha por un tercero sin mandato del testador, y el que lo haya destruido no ha de dejar esta prueba, resulta que es imposible obtener prueba escrita; por lo ménos solo en rarísimos casos podrá proporcionársela. Hay pues que admitir toda clase de prueba.

Adviértase que una cosa es la prueba de quien ha destruido el testamento, y otra es la prueba de las disposiciones contenidas en el testamento destruido, á cuyo efecto se aplica el art. 3837.

**3836**—La rotura hecha por el testador del pliego que encierra un testamento cerrado, importa la revocacion del testamento, aunque el pliego del testamento quede sano y reuna las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos. (Concuerda con los arts. 3670—3694.)

CONCORDANCIAS

(L. 24, Tit. 1, Part. 6°—L. 1, Dig. *De his que in test. delentur*—Pothier, *Pand.* tom. 2, p. 194, n° 1—Merlin, *Repert. verb. revoc. de testament*, § 4—En contra, Toullier, tom. 5, n° 664—Duranton, tom. 9, n° 470)—Troplong, n° 2116—Demolombe, tom. 21, n° 503—Laurent, tom. 14, n° 241.

**La rotura hecha por el testador:** Esto prueba que el testamento cerrado despues de llenadas las formalidades prescriptas por el art. 3666, puede ser entregado al testador si éste lo quiere guardar; prueba tambien que aun despues de tenerlo un tiempo el escribano, el testador puede exigir su entrega. (Véase Laurent, tom. 13, n° 405.)

Cualquiera que sean las leyes prohibitivas que las Provincias dicten al respecto, obligando á los escribanos que conserven en su poder los testamentos cerrados, no pueden tener efecto, desde que violarian la facultad acordada por el presente artículo al





testador para revocar el testamento destruyéndolo. Otra cosa es el testamento por acto público, cuyo original debe quedar siempre en poder del escribano, y que el testador no puede revocar sino por otro testamento.

La ley de Partida citada por el codificador, es mas clara que ésta al respecto. El Tribunal Supremo de España, con arreglo á la citada ley 24, tit. 1, Part. 6, declaró válida una revocacion hecha ante un escribano sin forma de testamento, en razon de que el escribano que tenía el testamento cerrado no habia querido entregárselo para romperlo, reprendiendo al escribano por este hecho (el de la negativa de entregar el testamento); se resolvió tambien que de cualquier modo que constase de una manera indubitable la voluntad del testador de dejar sin efecto el testamento cerrado, sería válida esa revocacion (Sentencia de 21 de Mayo de 1860).

Es indudable que con arreglo á esa ley y al espíritu de nuestro artículo, el escribano no puede resistir la entrega del testamento cerrado, que para él solo es un depósito particular, y no un depósito de la naturaleza del protocolo en que se estienden las escrituras públicas. Pero respecto á la revocacion por otros medios que un nuevo testamento ó la rotura ó cancelacion, nuestro Código no los autoriza; solo se pueden revocar por los medios espresamente determinados.

1º Encontrándose rota la carátula del testamento en poder del testador, se presume, como en el caso del art. 3835, que ha sido roto por el testador, salvo la prueba en contra. Pero esta prueba, solo será admitida, como hemos dicho en el comentario al art. 3694, cuando el pliego que contiene el testamento es el mismo en que está la carátula, ó cuando siendo este pliego independiente de la carátula reúne los requisitos necesarios para el testamento ológrafo.

Probado que no es el testador el que ha roto la carátula, sino un accidente cualquiera ó un tercero, y estando el testamento escrito en el mismo pliego de la carátula, ó siendo ológrafo, la voluntad del testador es cierta, como cuando se rompe un testamento ológrafo por un tercero ó por un accidente, pero cuando el pliego es independiente de la carátula, no hay seguridad de que el que lo rompió no puso dentro otro testamento en lugar del que habia puesto el testador (comentario al art. 3694).



Es sabido que el pliego del testamento cerrado puede ser escrito por otro que el testador, y aquí está el peligro, por la facilidad del cambio por otro pliego escrito por el mismo que escribió el anterior.

Provado que la carátula ha sido rota por un accidente ó por un tercero, se violaría la voluntad del testador dejando sin efecto el testamento, se violaría el principio general sentado en el art. 3834 para toda clase de testamento; es por esto tambien que el artículo que estudiamos habla de la rotura hecha *por el testador*; luego la hecha por tercero no produce la revocacion, porque, como dice Laurent, en este caso el testamento no está destruido en el sentido legal de la palabra.

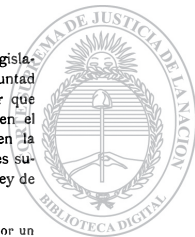
La Ley 24, tit. 1, Part. 6ª, citada por el codificador y de donde fué tomado el artículo que estudiamos, apoya esta doctrina. "Pero si fuesse provado, dice, que alguna destas cosas sobredichas (rotura, cancelacion ó testadura de la carátula), aviniesen en la carta del testamento por ocasion, é que non fuesse echo á sabiendas, non se embargaria el testamento porende".

2º Lo que se dice de la rotura de la carátula del testamento creemos que debe aplicarse tambien como lo establece la ley de Partida citada, y en razon de lo dispuesto en el art. 3833 (véase su comentario) á la cancelacion, raspaduras y testaduras de la carátula del testamento. Borrar las firmas ó borrar lo escrito, equivale á inutilizarlo por rotura; y no habria razon alguna para escluir estos medios de revocar el testamento cerrado cuando están admitidos para el ológrafo. (Véase comentario al 3833, al principio.)

**Y reuna las formalidades requeridas para el testamento ológrafo:** El caso legislado en el art. 3670, con el cual cree el Dr. Segovia en la nota 21 al que estudiamos, que es difícil armonizar el presente, es muy distinto al legislado aquí. Allí se refiere, como lo decimos en su comentario, al caso en que el testamento cerrado no puede valer como tal por faltarle alguna formalidad, y puede valer como ológrafo, mientras que en éste habla de la destruccion del testamento hecho con las formalidades debidas.

Allí la intencion del testador era hacer un testamento cerrado y en esa creencia ha muerto persistiendo en su voluntad; pero por una falta que no es suya, sino del escribano, resulta que el





testamento no puede valer como cerrado. Queriendo el legislador que se respete en cuanto sea posible esa última voluntad del testador, da un medio, que no ofrece peligro, de hacer que se cumpla, validando el testamento como ológrafo. Pero en el caso que aquí se trata, es precisamente respetando también la voluntad del testador que deja sin efecto el testamento, pues supone que al destruirlo ha cambiado de voluntad. (Véase Ley de Partida, citada.)

**3637**—Si el testamento hubiese sido enteramente destruido por un caso fortuito ó por fuerza mayor, los herederos instituidos ó los legatarios no serán admitidos á probar las disposiciones que el testamento contenía. (Concuerda con los arts. 975—3296—3607—3834.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, *Testamentos*, 2108)—Nuestro comentario al art. 3296—Duranton, tom. 9, núms. 471 y 472.

**Por un caso fortuito ó por fuerza mayor:** Y tambien por el hecho de un tercero (art. 3834).

La presente disposicion contiene el mismo principio sentado en el 3834, con la diferencia que allí se refiere á las simples alteraciones y aquí á una destruccion completa. Aquí, por lo mismo que supone una destruccion completa, prevé el caso en que los herederos quieran establecer prueba fuera del testamento mismo de las disposiciones contenidas en él, pues que en el mismo testamento no podria encontrarse esa prueba.

En ambos casos, destruccion parcial de solo algunas disposiciones ó total, de todo el testamento, es prohibido establecer prueba sobre la voluntad del testador, pues ésta solo puede establecerse por testamento, y lo que está destruido ya no existe.

1º Por lo demas, poco importa que la destruccion haya sido antes ó despues de la muerte del testador.

2º La prohibicion del artículo no impide que se pueda justificar quién destruyó el testamento para darle el castigo que se merece, segun el art. 3296.

**3834**—Toda enajenacion de la cosa legada, sea por titulo gratuito u oneroso, ó con pacto de retroventa, causa la revocacion del legado, aunque la enajenacion resulte nula, y aunque la cosa vuelva al dominio del testador. (Concuerda con los arts. 1793—3534—3752—3831—3839—3840.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1038—De Luisiana, 1888—L. 15, Dig. *De adm. legat.*—Vost, sobre dicho título—Marcadé, sobre el art. 1038—Véase L. 17, Tit. 9, Part. 8—Aubry y Rau, § 725, nota 29—Tropiong, *Testament*, núms. 2085 y sigtes.—Vazeille sobre el art. 1038, n° 10)—Nota del codificador al art. 3534.

**Toda enajenacion:** Sea ésta pura y simple ó condicional, á un tercero ó al mismo legatario, la revocacion se produce, pues se ve la voluntad de disponer de la cosa.

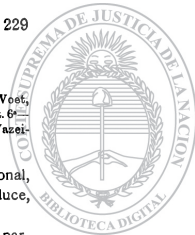
1º La enajenacion parcial, solo produce una revocacion parcial del legado, porque en esto solo se ve la voluntad de disponer de una parte de la cosa. Así lo piensan tambien Aubry y Rau, citado por el codificador, y de acuerdo con el art. 1038 frances, citado tambien.

**Aunque la enajenacion resulte nula:** Menos cuando la nulidad es por incapacidad del enajenante, ó por vicio de consentimiento, como lo establece el codificador en la nota al presente artículo cuando dice: "Pero podemos decir con Demante, que se llegaria á consecuencias contrarias á los principios mas elementales del derecho y de la razon, si exagerando la doctrina del artículo se diese efecto revocatorio á una enajenacion nula por vicio de consentimiento. ¿Cómo una voluntad impotente para transferir la propiedad, podria tener la fuerza de revocar un legado? Si la enajenacion lleva el vicio de violencia ó de error, ¿será posible atribuir algun efecto á un acto semejante?"

2º La destruccion de la cosa legada importa tambien una revocacion si es hecha por el testador (art. 3803).

3º No así el cambio por aumento ó agregaciones en la cosa legada; pero en este caso se estará á lo dispuesto en el art. 3762.

4º La transformacion de la cosa hecha por el testador causa tambien la revocacion del legado: "El empleo que el testador hace de la cosa que habia legado, dice el codificador en la nota á este artículo (véase nota del codificador al art. 3803), equivale á la disposicion hecha á favor de un tercero. Él es dueño de la cosa á pesar del legado, y cuando desnaturaliza la cosa legada para hacer otra diferente para su uso, revoca el legado. (Véase Vazeille, sobre el art. 1038, n° 10").





5º Para el caso en que la transformacion ha sido hecha por un tercero, véase la nota del codificador al art. 3803.

6º Si el testador al hacer el legado previendo el caso de la venta, dice: "*Lego á Pedro la propiedad, ó su valor en caso de que resuelva venderla yo mismo*". Troplong, nº 2100, opina que la enajenacion de la cosa legada dejaría subsistente el legado sobre el precio de la cosa, pues que de antemano ya estaria previsto el caso; la enajenacion podia ser únicamente un medio de beneficiar mas al legatario aprovechando un buen precio.

7º Si se lega un crédito á favor del testador, y éste lo cobra, se entiende revocado el legado (nuestro comentario al art. 3786).

**3839**—La hipoteca de la cosa legada, ó la constitucion de ella en prenda, en seguridad de una obligacion, no causa la revocacion del legado; pero la cosa pasa al legatario con la hipoteca ó prenda que la grava. (Concuenda con los arts. 1793—3755—3838.)

#### CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 5, nº 652—Duranton, tom. 9, nº 465)—Troplong, nº 2101.

El presente artículo es una repeticion del 3755 explicado en la nota del codificador al mismo. Con uno de los dos bastaba.

**3840**—La venta hecha por disposicion judicial de la cosa legada á instancia de los acreedores del testador, no revoca el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador. (Concuenda con los arts. 2122—2171—3838.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 725, y nota 32—En contra, Toullier, tom. 5, nº 650, y Duranton, tom. 9, núms. 458 y sigtes.—Véase Troplong, *Testament*, desde el nº 2095.)

**No revoca el legado:** ¿Qué sucederá en caso de espropiacion por causa de utilidad pública? Á estar á los antecedentes del artículo, indudablemente el legado queda revocado tambien. Y esto es racional, dice Troplong, nº 2095, citado, pues que si bien no puede esta enajenacion entrañar revocacion por voluntad del testador, la entraña por falta de la cosa legada. En el mismo sentido se espresan Aubry y Rau, citado, § 725, nota 47, 4ª edicion; y en contra Duranton y Toullier, pero en otro sentido.



De modo que de los cuatro autores que cita el codificador, dos, Aubry y Rau y Troplong, como de acuerdo con la doctrina del artículo, dicen que la venta forzada, sea por demanda de los acreedores ó por expropiacion, revoca el legado en el sentido de que éste no queda sobre el precio, que los herederos no tienen que pagar este precio, pues que desde la venta no hay ya cosa legada. Los otros dos, Duranton y Toullier, citados por el codificador en contra de la doctrina del artículo, opinan: el primero, que el legado no se revoca con esta clase de ventas, y que solo pasa al precio de ella, el cual deben pagar los herederos; el segundo opina que una y otra enajenacion revocan el legado, sea que vuelva ó no la cosa legada á poder del testador.

Con estos antecedentes creemos como indudable que el artículo debe aplicarse por igualdad de razones á la venta hecha por causa de espropiacion por utilidad pública, es decir, que en este caso el legado no quedará revocado si la cosa vuelve al dominio del testador.

Desde que en estas ventas el legado no queda revocado por voluntad del testador, sino única y exclusivamente por faltar la cosa legada, es claro que no habrá por qué decir que hay revocacion si la cosa vuelve á poder del testador; está el objeto legado, y el testador no ha manifestado intencion de revocarlo, por lo cual se supone que persiste en la voluntad manifestada en el testamento.

En el caso del art. 3838 el legado caduca aunque vuelva la cosa á poder del testador, porque éste ha quedado revocado por su voluntad tácitamente manifestada al vender voluntariamente la cosa; y para contrarrestar los efectos de esa voluntad es necesario, como dice el codificador en la nota al citado artículo, una nueva manifestacion de voluntad en forma testamentaria.

En el caso del artículo hay los elementos indispensables, voluntad y cosa legada.

1º Lo mismo debe aplicarse tratándose de venta hecha á peticion de un condomino (Aubry y Rau, citado)

2º Pero supóngase que despues de enajenada la cosa á instancia de los acreedores, el testador hace un nuevo testamento legando otra cosa en razon de no poder tener efecto el primer



legado á causa de la venta forzada, y despues la cosa vendida vuelve á poder del testador ¿cuál de los dos legados valdrá? Creemos que valdria el primero, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3832, desde que el segundo legado era fundado en una causa que no tiene efecto; y no la tiene puesto que la razon del legado, que era la no existencia de lo primeramente dado, ha desaparecido con la vuelta de la cosa al dominio del testador.

**Si la cosa vuelve al dominio del testador:** Por cualquier causa que vuelva, por nulidad de la enajenacion, por compra que haga nuevamente el testador, etc., etc., el efecto es el mismo. Así lo declaran espresamente Aubry y Rau, á quien el codificador ha seguido en esta materia.

Indudablemente que nuestro codificador al copiar su artículo de estos autores suprimió por inútiles las palabras: *por cualquier título*, de que ellos se valen, puesto que al decir simplemente, "*si la cosa vuelve al dominio del testador*", sin limitar ó especificar por qué causas, se entiende que es por todas aquellas que hacen adquirir el dominio de la cosa.

De lo contrario, la disposicion no podria aplicarse, ó habria que resolver á capricho á qué casos de adquisicion se referia.

**3841**—Los legados pueden ser revocados, despues de la muerte del testador, por la inexecucion de las cargas impuestas al legatario, cuando éstas son la causa final de su disposicion.) Concuerdá con los arts. 2667 3774—3802—3832—3842—3849.)

#### CONCORDANCIAS

(Merlin, *Repert. verb. revoc. de legat.*, § 2, n° 6—Aubry y Rau, § 725, letra B—Toullier, tom. 5, n° 654—Vazeille, sobre el art. 1086—Troplong, n° 2104)—Código Frances, arts. 953 y 1046—Laurent, tom. 14, núms. 248 y sigtes.—Nuestro comentario á los arts. 3774 y 3780.

**Por la inexecucion de las cargas impuestas al legatario:** Quiénes pueden pedir la revocacion? Segun los arts. 3774 y 3842 los legados con cargas son regidos por las disposiciones de las donaciones de la misma naturaleza; y segun el art. 1852 los herederos del donante pueden pedir la revocacion de las donaciones por inexecucion de las cargas. De consiguiente, podemos decir que la revocacion de los legados en el caso del artículo puede ser pedida por los herederos del testador, pero no por los terceros á cuyo beneficio son impuestas



las cargas (art. 1853). Lo mismo es en derecho frances, cuyas disposiciones al respecto tienen analogía con el nuestro (Laurent, tom. 14, n° 250—Aubry y Rau, § 715, p. 471 y § 727, págs. 545 y 546).

Pero la ejecucion de las cargas puede ser demandada por los ejecutores testamentarios y por los representantes de las personas jurídicas ó asociaciones en beneficio de las cuales han sido impuestas.

Así, de las cargas impuestas á un legatario á beneficio de un hospital, de una iglesia, de una sociedad de beneficencia, etc., etc., puede pedirse su cumplimiento por los representantes de los beneficiados.

Laurent, lugar citado, trae fallos importantes al respecto.

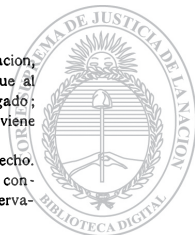
1° La revocacion solo se puede pedir contra las personas indicadas en el art. 1865.

2° El Dr. Segovia en la nota 30 dice que este artículo es contrario á lo dispuesto en el 3774 y 3842. No vemos en qué está la contradiccion; por el contrario, los arts. 3774 y 3842, son un complemento del presente, y están en un todo conformes con las doctrinas de los autores citados. Lo que hay es únicamente un error de citas, que consiste en citar el § 725 de Aubry y Rau, en vez del 727, de donde fué tomado el artículo; estas citas corresponden mas bien al art. 3832. Pero en el testo del artículo no hay contradiccion alguna, ni cosa que se parezca.

Esos dos artículos establecen que la revocacion de los legados con carga está sujeta á las reglas de las donaciones de la misma especie, y el que estudiamos dice que se puede pedir la revocacion por inejecucion de las cargas, *cuando las cargas son la causa final de la disposicion*.

Las palabras subrayadas, dice este autor que establecen *una distincion inaceptable en derecho*. Lo inaceptable sería que no se hiciera esta distincion que *todos los Códigos y autores*, escepto el Dr. Segovia, *la hacen*, como puede verse en Aubry y Rau, § 727, testo de la nota 4, que dice: “La cuestion de saber si las cargas impuestas al legatario presentan un carácter tal de imperativo, que su inejecucion debe entrañar la revocacion del legado, no da lugar sino á una simple apreciacion de la voluntad del testador”. Lo mismo dice Laurent, citado.

Es natural que así sea, cuando la carga no es una mera recomendacion al legatario, sino la causa determinante del legado,



es claro que en el primer caso no podrá pedirse la revocacion, porque el legatario no cumpla con la recomendacion, porque al fin ella no constituye una condicion de existencia del legado; pero otra cosa es cuando el legado, en razon de la carga, viene á ser condicional.

No hay pues tal contradiccion ni principio contra derecho. Ya que este autor encontró contradiccion debió decir en qué consistia y dar el medio de salvarla. De lo contrario su observacion podria tomarse como capricho.

**3842**—La revocacion de los legados por inexecucion de las cargas impuestas, es regida por las disposiciones respecto á la revocacion por la misma causa de las donaciones entre vivos. (Concuerda con los arts. 1849 y sigtes.—2667—3774—3802—3841.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior.

**Por las mismas causas:** Que es cuando el legatario se constituye en mora de cumplir las cargas y en los casos del artículo siguiente. Como complemento á este artículo, véase el comentario al anterior.

**3843**—La revocacion por causa de ingratitud no puede tener lugar sino en los casos siguientes:

- 1º Si el legatario ha intentado la muerte del testador. (Concuerda con los arts. 1858, inc. 1—1859;)
- 2º Si ha ejercido sevicia, ó cometido delito ó injurias graves contra el testador despues de otorgado el testamento. (Concuerda con el art. 1858, inc. 2;)
- 3º Si ha hecho una injuria grave á su memoria. (Para todo el artículo, véase 4034.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 727)—Laurent, tom. 14, núms. 255 y sigtes.

**Sino en los casos siguientes:** Estos casos son escluyentes; por consiguiente, la falta no comprendida en los tres incisos siguientes, no pueden dar lugar á revocacion del legado aunque puedan dar lugar á la revocacion de la donacion.

**Cometido delito:** Contra su persona ó bienes, pues que el artículo no lo limita, y un delito contra los bienes entra en la

denominacion general de delito contra el testador. Hacer distincion seria producir una miserable chicana, como dice Laurent, tom. 14, n° 256.

**Una injuria grave á su memoria:** Como seria si la viuda se entregase á mala vida. Si el solo hecho del casamiento da lugar á la pérdida del legado, segun lo establece el art. 236, con doble razon será ofender á la memoria del difunto prostituyéndose.

1° La accion para pedir la revocacion en los casos enumerados dura un año (art. 4034).

Respecto de quien puede pedir la revocacion y contra quienes puede pedirse, véase nuestro comentario al art. 3841.





## TÍTULO XX

### De los albaceas

**3844**—El testador puede nombrar una ó mas personas encargadas del cumplimiento de su testamento. (Concuerda con los arts. 1870, inc. 7—1890—3870—3871.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1, tit. 10, Part. 6º)—Cód. Frances, 1025—Aubry y Rau, § 711, págs. 447 y 448—Laurent, tom. 14, n° 322 y 323.

**Encargados del cumplimiento de su testamento:** Estas palabras vienen á determinar hasta cierto punto la estension del mandato especial conferido por el testador á sus albaceas. Vigilar, exigir ó cumplir él mismo la última voluntad del testador es la mision del albacea, mision que, cuando no se ha nombrado ejecutor testamentario corresponde á los herederos del testador. Los herederos representan al difunto sin limitacion, y el albacea lo representa en todo aquello que debe ejecutarse por su voluntad espresa. (Véase art. 3862 y nota del codificador al mismo.)

Siendo representante únicamente del testador, como lo establece el codificador en la nota al presente artículo, no puede ejercer acto alguno en representacion del heredero, aun en caso de inaccion de éste. Así, demandada la sucesion por deudas de cuyo pago no está encargado el albacea, ó por cualquier otra accion, no tiene derecho á intervenir, aun en caso de inaccion de los herederos. (Vease art. 3862.)

**3845**—El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse bajo las formas prescritas para los testamentos; pero no es preciso que



se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar. (Concuerda con los arts. 1890—1893.)

## CONCORDANCIAS

(Zacharias, § 491—Aubry y Rau, § 711, nota 2—Marcadé sobre el art. 1025 Coin Delisle, sobre el art. 1025, n° 6.)

El presente artículo es una consecuencia de los concordantes citados. Que un mandato concluya con la muerte del testador se explica, pero que un mandato destinado á producir efecto después de la muerte del mandante, solo pueda ser conferido por testamento por seguir el principio de que siendo una disposición de última voluntad debe manifestarse en forma testamentaria, nos parece que es tributar demasiado culto al formalismo. Creemos que aun esta clase de mandato ha debido permitirse darlo por una escritura pública en la forma ordinaria, sin necesidad que tenga precisamente la forma de testamento; no vemos qué inconvenientes pudieron tenerse en cuenta para que la ley rechazase esta forma de nombramiento.

**3846**—El testador no puede nombrar por albacea sino á personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento. (Concuerda con los arts. 1897—1898.)

## CONCORDANCIAS

**Capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo:** De modo que aun cuando sean incapaces al tiempo de la formación del testamento, si esa incapacidad ha desaparecido á tiempo de ejercer su mandato el nombramiento será válido.

1º Cuando nuestro Código habla de personas capaces, excluye no solo á los que tienen una incapacidad absoluta, sino también á los incapaces por incapacidad relativa para obligarse en general.

Así, no podrán ser albaceas los menores emancipados, porque si bien en principio general están habilitados para todos los actos de la vida civil, solo pueden contraer ciertas y determinadas obligaciones (arts. 133 y 135): por consiguiente, deben considerarse comprendidos en el artículo que estudiamos, desde que no son en absoluto capaces de *contraer obligaciones*.





El Dr. Segovia en la nota 3 dice que sí pueden ser albaceas los menores emancipados, por cuanto las incapacidades son de estricta interpretación y el art. 135 no les prohíbe serlo. El principio es cierto, pero la consecuencia es falsa, puesto que la capacidad para ser albacea no se determina, como lo cree el Dr. Segovia, por el art. 135, sino por el que estudiamos. De nada sirve que las incapacidades sean de estricta interpretación, y que el citado art. 135 no prohíba á los menores emancipados ser albaceas, si el que estudiamos lo prohíbe, cuando establece que los que no *pueden obligarse* no pueden ser albaceas; el menor emancipado *no puede obligarse* sino en determinados casos, luego es incapaz de ser albacea.

No se trata, pues, de establecer una incapacidad por mera interpretación, sino de saber si el menor emancipado tiene la capacidad especialmente determinada por el artículo que estudiamos, que es la de ser capaz de obligarse, y no negará el Dr. Segovia que el menor emancipado no lo es, según la disposición expresa del art. 135.

Por otra parte, ese artículo prohíbe al menor estar en juicio en pleito civil, y como el albacea muchas veces tendrá que estar en juicio (art. 3861), resultará que no puede desempeñar su cometido, y no es racional creer que la ley permita aceptar el albaceazgo á quien la misma ha prohibido estar en juicio, siendo esta una de las misiones del albacea. Esto es decisivo.

Hay mas aun, que apoya nuestra tesis: el artículo que estudiamos ha sido copiado al pié de la letra del art. 1028 del Código Frances. De modo que la interpretación dada por los juriconsultos franceses á ese artículo que es igual al nuestro, es exactamente aplicable al que estudiamos. Pues bien, esos juriconsultos, entre ellos Aubry y Rau, § 711, p. 447, texto siguiente á la nota 2—Toullier, tom. 5, n° 578, de donde el Dr. Veléz tomó su nota —Duranton, tom. 9, n° 393, Demolombe, Troplong, etc., etc., interpretan el artículo diciendo que cuando la ley dice que no pueden ser albaceas los que no pueden obligarse, se comprende á los menores emancipados. Debe advertirse que esos juriconsultos parten tambien de la base de que el menor emancipado tiene una incapacidad relativa.

Se ve pues que contra le opinion del Dr. Segovia están todos

los jurisconsultos franceses que estudian una disposición igual á la nuestra, y ésta en contra el texto del artículo que estudiamos. Con estos antecedentes la elección entre una ú otra interpretación, no puede ser dudosa.

**3847**—La mujer casada puede ser albacea con licencia de su marido ó del Juez; pero los Jueces no pueden autorizarla para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido. (Concuerda con los arts. 55, inc. 2—188—189—194—1737.)

## CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, Cód. Frances, arts. 1028 y 1029—De Luisiana, 1656 y 1657. Por el Código de Holanda, art. 1053, no puede serlo la mujer casada, y por el de Prusia, ni la mujer casada ni la soltera. Regularmente se enseña que la mujer, en el caso del artículo obliga solo sus propios bienes, porque la sociedad conyugal no puede tener ganancia alguna desde que el albaceazgo es gratuito: pero por las disposiciones de este Título, el albacea tiene derecho al pago de su trabajo, sin que el mandato pierda su calidad esencial, y desde entouces, la sociedad conyugal es responsable de los actos de la mujer albacea. Véase Marcadé, sobre el art. 1029—Duranton, tom. 9, n° 394—Tropiong, n° 2016.)

**O del Juez:** Cuando esté ausente el marido ó impedido para darla, como lo hace comprender la segunda parte de este artículo.

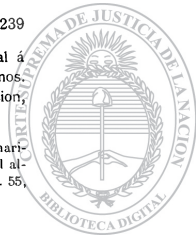
La mujer divorciada tampoco puede ser albacea sin autorización del Juez, puesto que, entre otros impedimentos, está el de no poder estar en juicio (art. 210), facultad que es indispensable en todo albacea (art. 3861).

Á mas, el codificador en la nota á este artículo lo pone como de acuerdo con el 1029 frances y con los autores allí citados, los cuales sostienen el mismo principio.

**3848**—El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario; pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se hace. (Concuerda con los arts. 3736 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, *Donat. Testament*, cap. 5, art. 1—Toullior, tom. 5, núms. 579 y 580—Tropiong, *Testament*, núms. 2010 y 2011—Aubry y Rau, § 711. En otros términos las incapacidades relativas á recibir por testamento, no importan incapacidades para ser ejecutor testamentario. Sin embargo, el albacea que no pudiese recibir nada como legatario, por ejemplo, el confesor, nada tampoco podría recibir á título de ejecutor testamentario—Zacharie, § 491, notas 14 y 17 de Massé.)



**3849**—Si el testador ha hecho un legado al albacea en mira de la ejecucion de su testamento, el albacea no puede pretender el legado sin aceptar las funciones de ejecutor testamentario. (Concuerda con los arts. 454—3774—3832—3841—3850.)

## CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 491, nota 6—Siempre se presume que el legado al albacea nombrado, lleva implicita la condicion de la aceptacion del cargo)—Notas del codificador á los arts. 3832 y 3841—Nuestro comentario al art. 454.

**En mira de la ejecucion de su testamento:** En la duda, se supone que el legado ha sido hecho bajo la condicion de aceptar el legado, como lo establece el codificador en la nota.

El Dr. Segovia, en la nota 10, dice que aun cuando el codificador piense que esto es así, él piensa lo contrario. Entendemos que esto lo pone el Dr. Segovia como su opinion particular, pero no como doctrina á seguir, pues que no sería racional que una disposicion se interpretase en contra de la interpretacion dada por el mismo autor de la disposicion.

Esto no quita que el Juez teniendo en cuenta las circunstancias especiales ó los términos de que el testador se ha valido para hacer el legado, no pueda declarar que el legado es independiente de la aceptacion del cargo. Es una cuestion de hecho (Aubry y Rau, § 711, nota 9), y en la duda, como decimos, se aplicará la regla indicada por el codificador en este artículo.

**3850**—Es válido el legado hecho á un individuo que no puede ser ejecutor testamentario, aunque el mandato no tenga efecto. (Véase art. 3849.)

## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 391—Vazeille, sobre el art. 1090, n° 2—Coin Delisle, id., n° 13.)

**Aunque el mandato no tenga efecto:** Los autores citados por el codificador en apoyo de su artículo establecen el mismo principio de la validez del legado hecho á un incapaz de ser albacea, fundándose en el art. 900 del Código Frances, en el cual se establece que toda carga ó condicion legalmente imposible puesta en las disposiciones testamentarias se tiene como no escrito. Y así, el legado hecho á un incapaz de ser al-





bacea, y que por la mente del testador lleva implícita la condición de aceptar el albaceazgo, no se anula, porque la carga de la aceptación se considera como no escrita; desde luego el legado queda puro y simple.

Pero en nuestro derecho se ha seguido en el art. 3608 un principio diametralmente opuesto al del Código Frances en su art. 900, declarando *nula* toda disposición testamentaria hecha bajo condición ó carga legal ó físicamente imposible. Si la carga del albaceazgo es legalmente imposible debería, con arreglo á ese art. 3608, declararse sin efecto el legado.

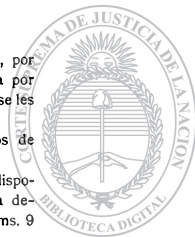
Esto nos parece que habria sido mas lógico, y no como lo hace nuestro artículo al declarar válido el legado en la hipótesis legislada, fundándose, como parece, en razones ó principios que el mismo Código no ha aceptado. (Véase la nota del codificador al art. 3608.)

**3851**—Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo á las leyes; y si no las hubiere designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias, sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador. (Concuerda con los arts. 1452—1691—1872 y sus concordantes.—3844—3854—3856—3859—3860 á 3863—3865.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 8, Tit. 10, Part. 6ª y L. 10, Tit. 21, Lib. 10, Nov. Rec.—El mandato hecho al albacea, restringe los derechos de administración y libre disposición que pertenecen á los herederos en su calidad de propietarios, y por tanto, no puede extenderse mas allá de las disposiciones de la ley y de los límites indispensables á su objeto. Decimos con *arreglo á las leyes*, pues que el testador no podría, por ejemplo, darle facultad para que distribuyese sus bienes á su arbitrio, porque tal disposición sería á favor de personas inciertas. Véase Aubry y Rau, § 711—Merlin, *Verb. Héritier*, Secc. 7, n° 2—Grenier, *Testament*, tom. 1, n° 331)—Véase Goyena, 728 y 729.

**Sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador:** Esto es lo que verdaderamente viene á determinar las facultades del mandatario, y será una cuestión de apreciación que el Juez debe resolver según las circunstancias: pero es entendido que cuando habla de voluntad del testador es puramente para aquellas disposiciones que están fuera de la reglamentación de la ley, diremos así, y que el testador espresa ó implícitamente ha encargado ejecutar al albacea, como los ca-



sos citados en el comentario al art. 3861. No interviene, por consiguiente, en las demandas contra la sucesion, entablada por terceros, sea como acreedores ó como herederos para que se les reconozcan los derechos de tales (art. 3862).

Tampoco interviene en las demandas de reconocimientos de hijos naturales del testador.

Si el albacea es el encargado de distribuir la porcion disponible, él debe intervenir en todo lo que se relacione con la determinacion de esa parte. (Véase Aubry y Rau, § 711, núms. 9 y siguientes.)

El albacea puede, y aun es de su deber, iniciar el juicio testamentario si no lo inician los herederos.

**3852**—Habiendo herederos forzosos, ó herederos instituidos en el testamento, la posesion de la herencia corresponde á los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanta fuese necesaria para pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen, respecto de los legados, que en ellos van á ser perjudicados en sus legítimas. (Concuerda con los arts. 3410—3412—3853—3854—3859.)

#### CONCORDANCIAS

Ley 4, tit. 10, Part. 6<sup>a</sup>—Aubry y Rau, § 711, n<sup>o</sup> 4.

**Habiendo herederos forzosos:** Ó legítimos, aun cuando no sean forzosos. El art. 3854 habla espresamente de unos y otros, pues usa la palabra *legítimos*, en vez de la de *forzosos*, que tiene un significado mas limitado. Esta impropiedad en el lenguaje usado queda salvado con la disposicion del art. 3854 citado, que es un complemento del que estudiamos.

Si el artículo se hubiera limitado a los herederos forzosos, sin mencionar, como lo hace á los testamentarios, podríamos decir que ha escludido los legítimos que no son ascendientes ó descendientes, por la obligacion impuesta por el art. 3412 de pedir al Juez la posesion de la herencia, estableciendo implicitamente que en el intervalo de la muerte del testador á la toma de posesion judicial, ésta correspondia al albacea. Pero esto no puede ser desde que se habla tambien de herederos testamentarios, los cuales están en la misma condicion que los parientes colaterales respecto á la obligacion de pedir la posesion judicial ordenada por el art. 3412.

De todos modos, creemos que por inaccion de los herederos el albacea puede pedir la posesion de la herencia, á objeto de la administracion, aun fuera del caso previsto en el art. 3854.

1º El testador no puede disponer que en el caso legislado en el artículo tenga el albacea la posesion de la herencia, pues esto sería una limitacion al derecho acordado á los herederos forzosos, contrario á la ley (argumento del art. 3598).

**3853**—Los herederos y legatarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuese tenedor el albacea, podrán pedirle las seguridades necesarias. (Concuerda con los arts. 3385—3852—3864.)

## CONCORDANCIAS

Código de Chile, 1257.

**Podrán pedirle las seguridades necesarias:** Tales como fianza ó depósito de las cantidades que debe manejar, para sacarlos solo cuando fuere llegado el momento de darles destino.

La apreciacion de las circunstancias en que los herederos ó legatarios fundan su pedido es una cuestion de hecho que resolverá el Juez; lo mismo sucederá respecto á la bondad de las seguridades ofrecidas.

**3854**—Cuando las disposiciones del testador tuviesen solo por objeto hacer legados, no habiendo herederos legitimos ó herederos instituidos, la posesion de la herencia corresponde al albacea. (Concuerda con los arts. 3410 á 3412—3710—3718—3767—3779—3851—3852.)

## CONCORDANCIAS

Ley 4, tit. 1, Part. 6º—Aubry y Rau, § 711.

El presente artículo ha podido quedar reasumido en el 3852, usando en aquel artículo las palabras heredero *legítimo* en vez de *forzoso*.

Solo los herederos entran en posesion de la herencia, considerada ésta como universalidad jurídica; los legatarios solo entran en posesion de las cosas legadas (arts. 3767 y 3768).

Véase lo que decimos en el comentario al art. 3716 respecto á los legatarios á título universal. Para los efectos de este artículo, esos legatarios deben considerarse como herederos.





**3855**—El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa á sus herederos; pero no está obligado á obrar personalmente: puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede hacer el nombramiento de los mandatarios, aun cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario. (Concuerda con los arts. 379—1924 —1925—3865.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1082—De Chile, 1280—Aubry y Rau, § 711—Tropiong, Testamentos, n° 2095—Toullier, tom. 5, n° 596—Vazeille, sobre el art. 1025, n° 5)—Laurent, tom. 14, núms. 331 y 382—Véase nuestro comentario al art. 3865.

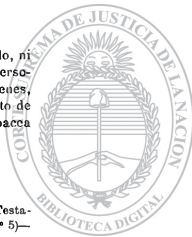
**No puede delegar el mandato:** Se refiere, como se comprende, á una renuncia del albaceazgo en favor de otra persona, quedando el renunciante libre de toda responsabilidad.

1° ¿Puede el testador autorizar al albacea para delegar el mandato? Parece indudable que sí, todos los autores franceses citados por el codificador tratan especialmente el punto en el lugar citado y resuelven la cuestion en sentido afirmativo. Así, Vazeille, sobre el art. 1025, n° 5, dice: "El testador puede conferir á la persona que ha nombrado ejecutor testamentario el derecho de sustituir el mandato dado. Así ha sido juzgado por la Corte de Calmar el 8 de Noviembre de 1821. La doctrina de Grenier y de Toullier, tom. 5, n° 596 (citado tambien por nuestro codificador), está conforme con esta decision".

El art. 1280 del Código de Chile citado establece lo mismo.

En nuestro propio Código encontramos tambien disposiciones que resuelven la cuestion en el sentido indicado. En efecto: el art. 1870, inc. 7, dice que las disposiciones del mandato son aplicables á las representaciones por los albaceas, lo cual está repetido por el codificador en la nota al art. 3844, en virtud de ser el albacea un verdadero mandatario. Ahora bien, el art. 1924 dice: "El mandatario puede sustituir en otro la ejecucion del mandato; pero responde de la persona que ha sustituido, cuando no ha recibido poder de hacerlo, etc., etc.

Tenemos entonces que segun ese artículo y el que estudiamos, el albacea puede sin facultad dada por el testador, nombrar mandatarios que obren bajo su responsabilidad (del albacea), porque no está obligado á obrar personalmente; pero si el testador le ha dado facultad, puede delegar el mandato sin res-





ponder de los actos de ese segundo mandatario. Éste se considera como nombrado por el mismo testador. Pero mientras no se le dé espresamente esa facultad, aun cuando el albaceazgo no haya sido conferido en virtud de las facultades ó aptitudes especiales del albacea nombrado, no podrá delegarse el mandato sin quedar responsable el nombrado por el testador, por los actos del sustituto; en falta de una voluntad espresa del testador, la ley solo le da facultad para nombrar mandatarios que obren bajo sus órdenes y responsabilidad.

No obstante que esta interpretacion surge clara de los términos de las disposiciones citadas, el Dr. Segovia en la nota 21 al artículo que estudiamos dice que el testador no puede dar al albacea la facultad de delegar el mandato, porque el art. 3619 (3621 de su edicion), lo prohibe. El art. 3619 no prohibe tal cosa; lo que prohibe es dar poder á otro para testar ó para hacer disposiciones de bienes, lo cual es muy distinto á facultar al albacea para que se nombre un reemplazante.

Esto es solo un mandato, como dice Toullier en el lugar citado por el codificador, y no una disposicion de bienes, y por lo mismo puede dejarse á la voluntad de un tercero. (Véase nota del codificador al art. 3844).

**3856**—El testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles ó inmuebles; pero el albacea no podrá usar de este poder sino cuando sea indispensable para la ejecucion del testamento, y de acuerdo con los herederos, ó autorizado por el Juez competente. (Concuerda con los arts. 1452—3393—3851.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 411—Vazeille, sobre el art. 1081—Toullier, tom. 5, n° 598—Zachariæ, § 491, y nota 90—Troplong, 2026 y sigtes.)—Laurent, tom. 14, núms. 364 y sigtes.

**Puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles ó inmuebles:** Esto quiere decir que sin esa autorizacion del testador el albacea no debe considerarse autorizado por la ley para proceder á la venta. Su derecho será el de exigir, con arreglo al art. 3852, de los herederos que le entreguen los bienes suficientes para pagar las deudas y legados; es como debe entenderse, respecto á estos pagos, la segunda parte del art. 3851. (Véase comentario al art. 3859 y Goyena,



730. Piensa lo mismo Vazeille y demas autores citados. Véase Laurent, citado.) Los acreedores no demandan el pago del albacea, sino de los herederos (nota del codificador al 3844, y art. 3862); es por esto que no ha necesitado ser autorizado por el legislador.

En derecho frances se discute este punto; pero nuestro testo no deja lugar á dudas. Desde que autoriza al testador para autorizar al albacea para vender, es porque la misma ley no le da esta facultad al último, sino que la deja á la discrecion del testador. Si el legislador hubiera pensado en autorizar él mismo la venta, no habria hecho recaer esta facultad en el testador.

**De acuerdo con los herederos:** Porque éstos pueden valerse de otros medios que la venta para hacer los pagos. (Véase comentario al art. 3859.)

1º Si el testador solo deja legatarios, puede encargar á los albaceas vender todos los bienes de la sucesion para distribuir su valor. Pero si instituye herederos, la facultad del albacea debe considerarse limitado á la venta de los bienes indispensables para el pago de las deudas y legado.

2º Si el testador ordena entregar todo el producido de tal ó cual mueble ó inmueble á un legatario, creemos que lo mas equitativo seria entregar la misma cosa si el legatario la exige. (Véase Laurent, tom. 14, nº 367.)

**3457**—El albacea debe hacer asegurar los bienes dejados por el testador, y proceder al inventario de ellos con citacion de los herederos, legatarios y otros interesados. Habiendo herederos ausentes, menores, ó que deban estar bajo de una curatela, el inventario debe ser judicial. (Concuerda con los arts. 417—418—422—3370—3465—3858.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 10, tit. 21, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. Frances, 1081—Troplong, nº 2022—Zacharie, § 491, nota 21)—Aubry y Rau, § 711, notas 18 y sigtes.—Laurent, tom. 14, núms. 356 y sigtes.

**Debe hacer asegurar los bienes:** Así, debe poner en secuestro los bienes que por su muerte hayan quedado abandonados, debe vigilar por su conservacion tomando al efecto todas las medidas conducentes á tal fin. Si los bienes consisten en algun establecimiento industrial ó comercial, cuya paralización

traiga perjuicio, debe considerarse autorizado para hacerlo continuar, mientras los herederos disponen otra cosa.

Si hay herederos ausentes debe pedir el nombramiento de curador.

**3858**—El testador no puede dispensar al albacea, de la obligacion de hacer el inventario de los bienes de la sucesion. (Concuerda con los arts. 385—3857.)

## CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 1031—Tropolong, n° 2023)—Laurent, tom. 14, n° 358.

**No puede dispensar al albacea:** Si el testador lo dispensa, la cláusula se tendrá como no escrita.

El presente artículo ha podido formar un inciso del anterior.

1° Aunque el testador haya hecho la particion por testamento, debe practicarse el inventario, si hay herederos ausentes ó menores.

Si no los hay y los herederos están conformes en la particion, no habrá necesidad de hacer inventario, á menos que por otro motivo sea indispensable conocer el monto de los bienes.

**3859**—El albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieren al pago, debe suspenderlo hasta la resolution de la cuestion entre los herederos y legatarios. (Concuerda con los arts. 3383—3397—3851—3852.)

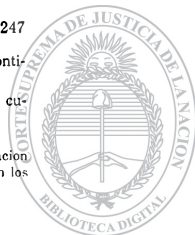
## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 413—Zachariæ, § 491, y nota 29)—Laurent, tom. 14, núms. 372 á 374—Nuestro comentario al art. 3856

**Debe pagar las mandas:** Y tambien los legados, respecto de los cuales el art. 3852 impone la misma obligacion al albacea.

El pago de los legados y las mandas están á cargo del albacea, porque esto forma parte de la ejecucion del testamento; no así las deudas de la sucesion que son independientes del testamento, y á la última voluntad del testador, como dice Laurent, citado. Es por esto que en el pago de estas deudas no interviene el albacea (art. 3862 y nota del codificador al mismo).

La mision del albacea respecto á pagos, es cubrir los gastos





de la sucesión, las mandas y los legados, exigiendo á este fin que se dejen en su poder los bienes suficientes; pero si los herederos no están de acuerdo en esto, como los legatarios y acreedores entablaran las acciones respectivas contra los herederos, el albacea interviene en el juicio solo cuando esos pagos afecten la ejecución de las disposiciones del testador.

El presente artículo ha podido quedar comprendido en el 3852, que dispone idéntica cosa respecto á los legados.

**3860**—Si hubiese legados para objetos de beneficencia pública, ó destinados á obras de piedad religiosa, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades que presiden á esas obras ó que están encargadas de los objetos de beneficencia pública. (Concuerda con los arts. 3851—3857.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Chile, 1291.)

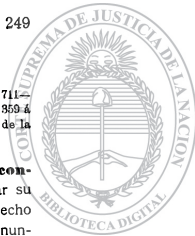
**3861**—El albacea puede demandar á los herederos y legatarios por la ejecución de las cargas que el testador los hubiere impuesto en su propio interes. (Concuerda con los arts. 1829—3844—3851.)

#### CONCORDANCIAS

(Tropolong, n° 2025—Aubry y Rau, § 711.)

**En su propio interes:** Es decir, en el interes del difunto. Así, el albacea tiene derecho para demandar á los herederos para que hagan los sufragios, y limosnas que haya encargado á sus herederos para bien de su alma. Lo mismo si les encarga hacer un monumento para sus restos, ó tambien si les encarga la fundacion de un establecimiento de caridad, si las sociedades ó encargados de administrar esto permanecen en inacción. Todo esto entra, por otra parte, en la facultad general de vigilar por el cumplimiento de las disposiciones testamentarias. (Véase Demolombe, tom. 22, núms. 80 y 81.)

**3862**—Tiene derecho á intervenir en las contestaciones relativas á la validez del testamento, ó sobre la ejecución de las disposiciones que contenga; mas no puede intervenir en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión, ú otros terceros, en los cuales solo son parte los herederos y legatarios. (Concuerda con los arts. 3383, inc. 2—3401—3851.)



## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 9, n° 415—Toullier, tom. 5, n° 591—Aubry y Rau, § 711—Troplong, n° 2005—Zachariæ, § 491, nota 27)—Laurent, tom. 14, núms. 359 á 362, 372 y sigtos.—Fallos de la Suprema Corte, Serie 1, tom. 3, p. 108—Id. de la Cámara de la Capital, tom. 5, Serie 1, p. 485—Serie 2, tom. 1, p. 273.

**O sobre la ejecucion de las disposiciones que contenga:** Esta intervencion puede ser, tanto para demandar su ejecucion, como para sostener su validez. Así, él tendrá derecho á intervenir en las contestaciones que se susciten sobre denuncia de bienes hecha por los administradores, determinacion de la porcion disponible, etc., etc., siempre que esto sea necesario para cumplir con las disposiciones testamentarias.

**3863**—El nombramiento de un albacea, deja á los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente á aquél. (Concuerda con los arts. 3851—3852—3856.)

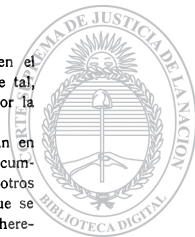
## CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 491)—Laurent, tom. 14, núms. 392 y siguientes.

**Cuyo ejercicio no se atribuye especialmente á aquél:** El testador tiene una facultad limitada por la ley para hacer imperar su voluntad despues de su muerte. El derecho á nombrar albacea é investirlo de cierto poder sobre los bienes es un derecho escepcional, que no puede pasar de los límites marcados por la ley, como lo establece el art. 3851.

"Los derechos, dice Laurent, lugar citado, de los herederos instituidos y de los legatarios son creados por la voluntad del testador, pero desde que se abren son independientes de esa voluntad. Es un derecho escepcional el que el testador ejerce, cuando encarga á un albacea la ejecucion de su última voluntad; el mandato que da no comienza sino despues de su muerte; el testador obra por intermedio de su mandatario en un momento en que ya no existe; obra como propietario aun cuando la propiedad de los bienes ya no le pertenecen; con esto viene á restringir derechos que ya no le pertenecen. Todo esto es anormal, escepcional en el mas alto grado, por consiguiente de la mas estricta interpretacion."

Estos son los principios que han dominado al confeccionar el



legislador el art. 3851, y es como debe entenderse también el presente. Los herederos tienen pues todos los derechos de tal, que el testador, obrando dentro de los límites marcados por la ley, no ha confiado al albacea.

Esto no quita que los herederos obren por sí mismo aun en aquello que está encomendado al albacea, cuando este no cumpla con su deber, ó cumpla de una manera irregular. Hay otros casos en que el albacea no puede obrar aun en aquello que se le ha encomendado por el testador sin el acuerdo de los herederos, ó autorización del Juez en caso de no conseguirse ese acuerdo (art. 3856).

**3861**—Los herederos pueden pedir la destitución del albacea, por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, ó por mala conducta en sus funciones, ó por haber quebrado en sus negocios. (Concuerda con los arts. 3865—3867—3869.)

#### CONCORDANCIAS

(L. S. Tit. 10, Part. 6<sup>a</sup>—Grenier, tom. 1, n<sup>o</sup> 333—Aubry y Rau, § 711—Toullier, tom. 5, núms. 599 y sigtes.—Zachariæ, § 491—Laurent, tom. 14, núms. 383 y 384.

**Por su incapacidad para el cumplimiento:** Es decir, por su ineptitud ó falta de los conocimientos necesarios para desempeñar el mandato, ó por enfermedad que le impida desempeñar su cargo.

La regla es que el albacea desempeñe sus funciones de tal como buen padre de familia. Dentro de esta regla el Juez apreciará los hechos en que se funde la demanda de destitución.

**O por haber quebrado en sus negocios:** Pero si da fianza ú otras seguridades, creemos que el albacea podrá seguir desempeñando sus funciones, siempre que los acreedores no impidan su libertad (argumento del art. 3853).

**3865**—El albaceazgo acaba por la ejecución completa del testamento, por la incapacidad sobreviniente, por la muerte del albacea, por la destitución ordenada por el Juez, y por dimisión voluntaria. (Concuerda con los arts. 3846—3855—3864—3866.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 1032—Toullier, tom. 5, n<sup>o</sup> 596—Laurent, tom. 14, núms. 381 y 382.

**Por la incapacidad sobreviniente:** Tales como la de-

menia, condenación á prision ó destierro, casamiento de la mujer, etc., etc.

**3866**—Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado ejecutor testamentario, sus poderes pasan á la persona que le sucede en la funcion. (Concuerda con los arts. 3801—3865.)

#### CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 5. n° 598—Marcadé, sobre el art. 1032—Tropolong, n° 2037)—Follos de la Cámara de Apelaciones de la Capital, Serie 1, tom. 2. p. 293.

**Ha sido en esta calidad nombrado ejecutor testamentario:** Como por ejemplo, cuando se nombra al cura de tal parroquia, al presidente de tal sociedad, etc., etc.; muerta la persona que entró á desempeñar el cargo al abrirse la sucesion, éste pasa al que le sustituye en el cargo.

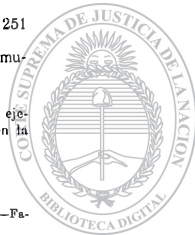
En la duda de si el nombramiento ha sido hecho al funcionario, prescindiendo de la persona que desempeña el cargo, ó al funcionario personalmente, los Jueces resolverán con arreglo á las circunstancias especiales, tales como la naturaleza de las disposiciones, en cuya ejecucion debe intervenir el albacea, etc., etc., como lo establece para un caso análogo el codificador en la nota al art. 3799.

**3867**—Cuando el testador no ha nombrado albacea, ó cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquier causa que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesion u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea. La ejecucion de las disposiciones del testador corresponde á los herederos. (Concuerda con los arts. 486—3379 y comentario—3383 y sigtes.—3539—3540—3864.)

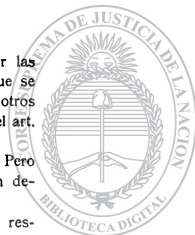
#### CONCORDANCIAS

(Tropolong, n° 2036—Aubry y Rau, § 711—Zachariæ, § 491—Código de Chile, 1271.)

**Pueden ponerse de acuerdo:** En esto se procederá como para el nombramiento de administrador (art. 3451); prevalecerá, sin embargo la opinion de la mayoría cuando, si bien todos están de acuerdo en nombrar el ejecutor, no lo estén en la persona que ha de desempeñar el cargo.







Si alguno de los herederos se ofrece él mismo á cumplir las disposiciones del testador, y no quiere por esta razon que se nombre ejecutor testamentario, él debe ser nombrado, si los otros no pueden ó no quieren obrar conjuntamente (argumento del art. 3451 y última parte del que estudiamos).

**No pueden pedir el nombramiento de albacea:** Pero cuando no hay heredero, los acreedores y legatarios tienen derecho á pedir el nombramiento de un curador (art. 3540).

**Corresponde á los herederos:** Conjuntamente, y son responsables los unos á los otros.

Aun cuando se haya nombrado un administrador de los bienes hereditarios, si á éste no se le han acordado las funciones de ejecutor testamentario, los herederos deberán desempeñarlas, pues no van implícitas en el mandato de administrador.

1º Las funciones de ejecutor testamentario, no deben considerarse implícitamente conferidas á los representantes de las personas beneficiadas, especialmente cuando se trata de personas jurídicas, establecimientos de beneficencia, ó legados hechos para bien del alma del testador. El cumplimiento de esas disposiciones corresponde á los herederos, si el testador espresamente no la ha encomendado á los albaceas ó á los administradores de los establecimientos beneficiados.

**3865**--El albacea está obligado á dar cuenta á los herederos de su administracion, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo. (Concuerda con los arts. 1909—3382—3864—3869.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 2028—Marcadé, sobre el art. 1031 —Zachariae, § 491, nota 9—Coin Delisle, sobre el mismo artículo, n° 3)—Cód. de Chile, 1909—Goyena, 737—Fallos de la Cámara de la Capital, Serie 1, tom. 2, p. 293.

**A dar cuenta de su administracion:** Son aplicables las mismas disposiciones del mandato, contenidas en los arts. 1909 y siguientes.

Esta cuenta debe ser dada á los herederos ó á los legatarios universales; y si no hay herederos que deban recibir el remanente de los bienes despues de cumplidas las mandas, legados y demas disposiciones del testador, el Fisco tiene derecho á pedir esas cuentas, pues que no habiendo herederos, la herencia se

consideraria vacante, y los bienes tendrian el destino determinado en el art. 3588 y sus concordantes.

**3869**—El albacea es responsable de su administracion á los herederos y legatarios, si por falta de cumplimiento de sus obligaciones hubiese comprometido sus intereses. (Concuerda con los arts. 1904—3384—3385—3402—3864—3868.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 6, tit. 10, Part. 6ª—Zacharie, § 491, nota 3)—Laurent, tom. 14, núms. 375 y siguientes.

**Si por falta de cumplimiento:** Ó por dolo. Se aplican tambien las reglas del mandato. Véase nuestro comentario al art. 1904 y nota del codificador al art. 520. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si bien el albaceazgo es un mandato, no deben aplicarse con tanto rigor las reglas establecidas respecto al mandato ordinario, pues debe tenerse en cuenta que la aceptacion por parte del albacea, en la mayoría de los casos, es mas bien un servicio que se presta al amigo que desaparece que un negocio para el mandatario. Debe aplicarse la regla de que la responsabilidad relativa á las faltas se debe aplicar con ménos rigor cuando el mandato es gratuito que cuando es salariado. (Véase Laurent, tom. 14, nº 376.)

**Hubiese comprometido sus intereses:** Es decir, cuando hubiera por su falta ocasionado perjuicios á los herederos ó legatarios, pues sin interes no hay accion.

1º ¿Qué principios deben regir si habiendo el albacea recibido mas facultades que las que el testador podia conferir, ha causado perjuicios á los interesados? Pensamos con Laurent, tom. 14, nº 378, que tendria la misma responsabilidad que un mandatario ordinario, no solo con respecto á los herederos y legatarios, sino tambien respecto á terceros.

Si bien en aquellos actos para los cuales el testador no podia autorizarlo, no se debe considerar, como dice Laurent, que obra como albacea, desde el momento en que los herederos han consentido en que ejecute las disposiciones del testador, se hace mandatario de ellos mismos, y como tal debe responder.

**3870**—Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominacion que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuviesen designados, á no ser que el



testador hubiese dispuesto espresamente que se ejerciera de comun acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el Juez de la sucesión. (Concuerda con los arts. 1899 á 1903—1920—1921—1922—1923—3844—3871.)

## CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 1033—Cód. de Chile, 1281 y 1283—Goyena, art. 736 y su comentario—Laurent, tom. 14, n° 379.

**En el orden en que estuviesen designados:** Véase sobre esto el art. 1902.

**En este último caso, todos son solidarios:** Habiendo el testador dispuesto espresamente que el albaceazgo se ejerza de comun acuerdo entre los nombrados, la aceptacion de un mandato semejante equivale á la convencion de que habla el art. 1920 última parte, convencion que les hace aceptar las consecuencias de la solidaridad respecto á los perjuicios ocasionados por los otros.

Habiendo solidaridad entre los albaceas cada uno responde de las consecuencias de la inexecucion del mandato, y de las faltas cometidas por sus coalbaceas en el cumplimiento de sus deberes (art. 1921). Sin embargo, esta responsabilidad deja de ser solidaria cuando el perjuicio viene porque uno de los albaceas ha obrado traspasando los límites del mandato conferido por el testador ó de las facultades acordadas por la ley (art. 1921, última parte).

1° De aquí viene la razon del art. 3871 siguiente, que tanto critica el Dr. Segovia, sin esplicar su verdadero alcance, en el cual se dispone que habiendo varios albaceas solidario uno solo puede obrar en falta de los otros. Desde que son solidarios en la responsabilidad que trae la falta de cumplimiento del mandato, justo era que se facultase á cada uno de ellos para dar cumplimiento á las disposiciones del testador, cuando los otros no lo hacen por inercia ó por cualquier otra causa, para no caer en responsabilidad. La inercia ó imposibilidad de unos, dice Goyena, fundando el art. 736, igual en el fondo al 1871 nuestro, no debe impedir el cumplimiento de la voluntad del testador, mientras haga un albacea hábil y activo.

La inercia ó la imposibilidad de unos, decimos tambien no-





sotros, no puede hacer que caiga en responsabilidad el albacea que es activo y que no está imposibilitado; de lo contrario, la responsabilidad de los unos estaría á merced de la voluntad de los otro. Estableciendo la responsabilidad solidaria por las consecuencias del no cumplimiento del mandato, necesariamente tenía la ley que dar á los mismos albaceas los medios de evitar esa responsabilidad cumpliendo cada uno lo que está encomendado á todos.

2º Cuando el artículo que estudiamos habla de ejercer el albaceazgo de comun acuerdo entre los albaceas nombrados, y encarga al Juez dirimir el inconveniente de la falta de acuerdo, no contraría en nada la disposicion contenida en el 3871. El que estudiamos se refiere al caso en que, queriendo todos los albaceas dar cumplimiento á su cometido, no se ponen de acuerdo en los medios de ejecucion ó la oportunidad de hacerlo; en tal caso el Juez decide, facultad que las leyes de Partida y Goyena, conceden á la mayoría. Pero el 3871, legisla el caso en que, sin haber desacuerdo respecto á la forma de ejecutar la voluntad del testador, hay inercia por parte de los otros albaceas; no es el caso en que se opongan á la ejecucion del testamento, sino el en que no lo ejecutan de ningun modo, el que legisla el art. 3871. Sin la facultad acordada por ese artículo, el albacea activo y que quiere cumplir con la voluntad del testador se encontraria atado, y vendria á ser castigado con los daños causados por la inejecucion cuando él en nada habria faltado.

El Dr. Segovia, dice que si el art. 3871 se refiere á esta hipótesis, se comete la injusticia de responsabilizar á los otros albaceas por los actos de uno solo, actos que tal vez ignorasen. Precisamente por esto les viene la responsabilidad, pues han debido cumplir ellos mismos con el mandato que han aceptado; y si con su abstencion ó inercia han dejado ejecutar de un modo irregular y perjudicial el mandato por uno de sus co-obligados, lo justo es que respondan por las consecuencias de su inercia; ellos han debido vigilar y cooperar á que se ejecuten fielmente las disposiciones del testador, y no abandonarlas á uno solo para que las ejecute como pueda ó como quiera.

Precisamente estos son los fundamentos de la prescripcion del art. 1921, al responsabilizar solidariamente á todos los mandata-

rios solidarios por las faltas de uno de ellos, como lo demostramos en el comentario al citado art. 1921, el que debe tenerse en cuenta al hacer la aplicacion práctica del que estudiamos, pues tiene exacta aplicacion, incluso lo dispuesto en la última parte del mismo.

**Serán dirimidas por el Juez de la sucesion:** Pero en este caso nadie es responsable por los perjuicios, si las disposiciones se cumplen con arreglo al mandato del Juez.

**3871**—Si hay varios albaceas solidarios, uno solo podrá obrar á falta de los otros (Concuerda con los arts. 1870 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

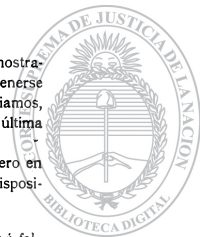
Cód. Frances, 1033—Véase las concordancias del artículo anterior—Ley 6, tit. 10, Part. 6°.

**A falta de los otros:** Cualquiera que sea el motivo de la falta, inercia; imposibilidad, etc., etc., da derecho á cualquiera de los albaceas solidarios para ejecutar el testamento.

El Dr. Segovia dice que él solo se explica que en caso de imposibilidad temporaria de los otros albaceas pueda autorizarse á obrar uno solo. Sin embargo, para todos los autores es muy esplicable este artículo. (Véase Goyena, art. 737, y Ley 6, tit. 10, Part. 6°.)

Cuando el testador nombra varios albaceas solidarios, es porque quiere asegurar mas el cumplimiento de sus disposiciones, ya sea por la mayor responsabilidad que hay entre varios albaceas, ya por hacer menos posible la inejecucion de su voluntad, porque la falta del uno puede ser suplida por el otro.

Teniendo este objeto, y pudiendo provenir la falta de muchas causas, el legislador ha querido que la prevision del testador se aplique á todas ellas. No habria razon alguna para limitar esta prevision á la falta de algunos albaceas por el único motivo que supone el Dr. Segovia. La ley se pone en todos los casos, porque supone que tal ha sido tambien la intencion del testador al nombrar varios ejecutores testamentarios. ¿Qué razon habria para pensar que el testador solo ha querido preveer el caso de imposibilidad temporaria de algunos de los albaceas, y no el caso de inaccion? Ninguno absolutamente. De modo que no solo hay razon para lo uno sino que no hay fundamento para lo otro;





esto sin contar con que la ley no distingue la razón por la cual faltan los otros. Desde que de los términos de la ley no se desprende tal distinción, la jurisprudencia tampoco debe hacerla. Lo de obrar de acuerdo, ya lo hemos explicado en el comentario anterior, n° 2.

El comentario al artículo anterior es un complemento del que estudiamos, y debe tenerse presente.

1° Cuando el testador ha dividido la gestión, el albacea debe limitarse á ejecutar lo que á él le está encomendado. No es responsable en este caso de las faltas de los otros, como lo es cuando hay solidaridad entre ellos. (Véase sobre esto nuestro comentario al art. anterior.)

El albacea que ha cumplido con las disposiciones del testador á falta de los otros nombrados solidariamente, y el testador ha hecho un legado á todos ellos en virtud del albaceazgo, tiene derecho á percibir todo el legado; pues no sería justo que unos aprovecharasen el beneficio y otros la carga. (Véase Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, Serie 1, p. 543 y arts. 3821, 3822 y sus concordantes.)

**3872**—El albacea tiene derecho á una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión. (Concuerda con los arts. 1952—3544—3841—3849—3870.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Luisiana, 1676—De Chile, 1902—Nota del codificador al art. 1871.)

**Tiene derecho á una comisión:** Pero si ha recibido algún legado del testador en compensación del albaceazgo, regirá lo que está dispuesto respecto á los tutores en el art. 454, no tendrá derecho á otra compensación (arts. 3805 y 3807 de acuerdo, Segovia). Si se han necesitado trabajos extraordinarios, como demandas que haya tenido que entablar el heredero ú otros trabajos que no entran en la ejecución ordinaria y regular de un testamento, debe pagársele comisión por estos trabajos.

Al albacea debe considerársele libre como al tutor, para no recibir el legado, ó volver lo percibido, y cobrar la comisión.

1° Sucede muchas veces que el mismo testador fija el tanto por ciento que se le ha de pagar al albacea por la ejecución del testamento; en tal caso, como esto no debe considerarse



como un legado, sino como una comision acordada con mas ó menos liberalidad, la Cámara de Apelaciones de la Capital ha resuelto, por el fallo citado del tom. 7, que esa comision se debe pagar en proporcion á lo que se haya ejecutado. En el caso allí resuelto se trataba de la ejecucion de un testamento en que el testador habia nombrado tres albaceas para obrar uno en falta de los otros, en el orden allí espresado; fijaba como *comision de albaceazgo*, decia el testamento, el diez por ciento de todos los bienes que dejaba el testador. Muerto éste, el primer albacea ejecutó parte de las disposiciones del testador, y murió antes de estar terminado su mandato.

Los herederos del primer albacea se presentaron cobrando íntegro el diez por ciento de los bienes del testador, fundándose en que esto era un legado que debería pagarse íntegramente. Los herederos del testador sostuvieron que solo debia pagarse una cantidad proporcional al trabajo hecho, y en relacion al diez por ciento fijado por el testador. La Escma. Cámara falló de conformidad con este pedido, fundándose, entre otras razones, en el art. 1958 del Código Civil que dice: Resolviéndose el mandato sin culpa del mandatario, ó por la revocacion del mandante, deberá éste satisfacer al mandatario la parte de la retribucion, que corresponda al servicio hecho..." En consecuencia de esto graduó la comision del primer albacea, muerto ántes de concluir su mandato, en dos quintos del décimo determinado por el testamento.

Creemos que este fallo está ajustado á los verdaderos principios que rigen la materia.

Algo mas, pensamos que aun cuando la cláusula del testador en que fijaba en un décimo del total de los bienes la comision del albacea, hubiera sido, no la designacion de la comision, como era en el caso que se trataba, si no un legado propiamente dicho, la rebaja proporcional á lo que faltaba por hacer sin culpa del albacea habria sido justa y arreglada á derecho (art. 3841, nota del codificador al mismo, y art. 3843), pues no es el caso de aplicar la disposicion del art. 535, en razon de tratarse de la remuneracion de un servicio, que debe regirse por las reglas del mandato.

**3473**—Los gastos hechos por el albacea relativos á sus funciones

son á cargo de la sucesion. (Concuerda con los arts. 462 á 466—3386—3544—3795—3874.)

## CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 1084—Goyena, 741.

**Non á cargo de la sucesion:** Si el albacea los ha adelantado, le serán reembolsados con el interes legal, desde la presentacion de las cuentas, art. 466 y su comentario, y art. 3874.

1º Debe tenerse presente que los gastos funerarios deben sacarse de la porcion disponible del testador (art. 3795) y los gastos judiciales de la masa de bienes.

Si el testador ha fijado la comision y gastos, el albacea ha entrado á ejercer las funciones sin reserva, no tendrá derecho á mayor remuneracion.

2º Los honorarios de los abogados y costas de juicios que haya tenido el albacea y administrador son á cargo de la sucesion, independiente del honorario de éste; pero la sucesion no debe pagar los gastos del apoderado (art. 1959), á ménos que éste hubiera sido indispensable (Fallos de la Cámara de la Capital, Serie 2, tom. 1, p. 399).

**3874**—Examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las espensas legítimas, el albacea pagará ó cobrará el saldo que en su contra ó á su favor resultare, segun lo dispuesto respecto de los tutores en iguales casos. (Concuerda con los arts. 462—464—622—3386—3873.)

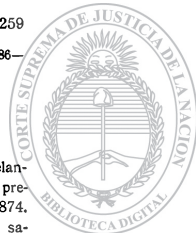
## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 1310—Las concordancias del artículo anterior—Fallos de la Cámara de Apelaciones de la Capital, Serie 1, tom. 2, p. 536—Tom. 3, p. 580—Tom. 4, p. 385—Serie 2, tom. 1, págs. 399, 440 y 569.

**Pagará ó cobrará el saldo:** Por las cantidades que hubiere aplicado á su uso particular debe pagar intereses (fallo del tom. 2, citado en las concordancias).

1º La Cámara de Apelaciones de la Capital, tom. 2, p. 569, resolvió la siguiente cuestion, que es oportuno tener presente aquí.

En la cuenta particionaria de una sucesion se reconoció un crédito á favor del albacea de la sucesion; el valor de dicho





saldo le fué adjudicado en parte del valor de una finca de aquélla.

Pasado algunos años sin cobrar la deuda, el albacea ó los herederos del albacea pretendieron que con la adjudicacion hecha por el perito se habia constituido un condominio entre los herederos y el albacea. Los herederos negaron ese condominio y sostuvieron que el único derecho que habia tenido el albacea, era hacer vender la finca, para con su valor pagarse de su crédito, el cual, al mismo tiempo se declaró prescripto. Despues se dió otro fallo en el mismo sentido, con lo cual se ha formado jurisprudencia.

En uno de los números de la Revista Jurídica, nos hemos ocupado de este fallo.

---



## SECCION SEGUNDA

CONCURRENCIA DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES CONTRA  
LOS BIENES DEL DEUDOR COMUN

---

### TÍTULO I

#### De la preferencia de los créditos

**3875**—El derecho dado por la ley á un acreedor para ser pagado con preferencia á otro se llama en este Código *privilegio*.

#### CONCORDANCIAS

Cód. Frances, art. 2095.—Troplong, Privilegios, núms. 17 á 27—Laurent, tom. 28, núms. 308 y sigtes.—Baudry Lacantinierie, tom. 3, núms. 1063 y sigtes.

1º Desde el derecho romano, dice Troplong, los privilegios se dividen en *privilegio de persona* y *privilegio de causa*. Privilegio de persona es el que se da en virtud de la calidad de la persona; tal es el Estado; y privilegio de causa es el que se da en razon de la clase de préstamos; tales son los gastos de justicia, de última enfermedad, etc., etc.

Nuestro Código solo hace nacer el privilegio de la causa de la deuda. Así, los créditos del Estado no son privilegiados, sino en cuanto tienen un origen determinado por la ley, como puede verse por el inciso 2, del art. 3879.

Entre nosotros no tenemos el privilegio de casta, ni se concede á los créditos de los menores.

2º El derecho que da el privilegio solo es relativo, pues guardan entre sí cierto orden de preferencia ó eficacia que la misma



ley determina, como lo veremos mas adelante (art. 3880, combinado con el 3882).

3º El deudor no puede intervenir en las cuestiones que se susciten sobre preferencias de acreedores privilegiados (Martou, tom. 2, nº 296).

**3876**—El privilegio no puede resultar, sino de una disposicion de la ley. El deudor no puede crear privilegio á favor de ninguno de los acreedores. (Concuerda con los arts. 5—18—19—21.)

#### CONCORDANCIAS

(Martou, Privilegios, nº 296—Battur, Privilegio, nº 11)—Laurent, tom. 29, nº 806.

**No puede crear privilegio:** Porque la calidad de un crédito, dice Laurent, depende de su naturaleza, la cual no pueden cambiar las partes, ni los Jueces. La preferencia solo puede estipularse, y esto de un modo relativo, en forma de hipoteca.

El privilegio es de estricta interpretacion, y por lo mismo no puede establecerse sin ley espresa (Battur, § 3).

Tampoco pueden las partes cambiar el orden de los privilegios establecidos por la ley (Laurent, tom. 29, nº 306).

Las consecuencias de estas disposiciones preliminares las encontrará el lector en el comentario al presente título.

**3877**—Los privilegios se trasmiten como accesorios de los créditos á los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes. (Concuerda con los arts. 771—1458.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 288—Martou, núms. 670 y sigtes.)—Laurent, tom. 29, nº 814—Nota del codificador al art. 8924—Cód. Frances, 2112—Pont, tom. 1, núms. 236 y sigtes.—Cód. de Chile, 2470—Fallo de la C. de la Capital, Serie 2, tom. 3, p. 98.

**Como los mismos cedentes:** “Si una parte del crédito solamente, dice Herveu, palabra *Privilegio*, § 14, ha sido cedida, el cesionario, á ménos de una convencion en contrario, viene en concurrencia con el cedente. Este no es el caso de un pago parcial con subrogacion, sea legal ó convencional.

“En este último caso la subrogacion no puede perjudicar al acreedor que no ha sido pagado sino en parte; por consiguiente, él puede ejercer su derecho por lo que se le reste á deber,





con preferencia de aquel de quien no ha recibido sino un reembolso parcial del crédito, al paso que por la cesion de una parte del crédito, el cesionario tiene todos los derechos del cedente, en cuanto á la parte cedida, á menos de una estipulacion en contrario. Importa, pues distinguir la naturaleza del acto, para saber si se trata de un pago con subrogacion ó de una cesion."

Esto mismo debe aplicarse entre nosotros, con arreglo á lo dispuesto en el título "Del pago con subrogacion". El art. 3927 contiene un caso especial de subrogacion con privilegio. (Véase nota del codificador al art. 3880.)

3º En nuestro Código se echa de menos una reglamentacion sobre la inscripcion de los privilegios, como está establecido en la Ley Belga de 1851 que tanto ha seguido nuestro legislador, con lo cual se evitan mil dificultades y aun injusticias, como lo hacemos notar mas adelante.

## CAPITULO I

### Division de los privilegios

**3878**—Los privilegios son sobre los muebles y los inmuebles, ó solo sobre los muebles, ó solo sobre los inmuebles. Los privilegios sobre los muebles son generales ó particulares. Los privilegios sobre los inmuebles son todos particulares, con escepcion de los que se designan en el artículo siguiente, y solo se ejercen sobre inmuebles determinados, á no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcanzen á cubrir los créditos privilegiados. (Concuerdia con los arts. 3879—3881—3883—3923.)

#### CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 29, n° 814—Cód. Frances, 2099—Battur, n° 6.

Nuestro derecho como el frances y los que le han seguido establecen cuatro clases de privilegios, las cuales están comprendidas en el inciso primero del presente artículo, como lo indican los Dres. Leguizamon y Machado, nota 438.

"Esta division, dice Battur, citado, tiende á esta idea justa y profunda: que la preferencia y el rango de los privilegios deben reglarse y colocarse en los mismos principios que han sido el fundamento de las disposiciones legislativas en esta materia, y



no en una nomenclatura que sería el indicio de una imperfección de la ley."

Nuestro Código se ha inspirado en este mismo principio para la determinación y orden de colocación de los privilegios.

"Pretender que cada privilegio, dice el codificador en la nota (a) al Capítulo III de este título, pueda hallarse en la primera ó segunda clase, según sea general ó especial, es atacar el principio dominante en la materia, pues que el carácter de generalidad ó especialidad, no es la consecuencia del grado de favor de que el privilegio goce á los ojos de la ley, sino solo el resultado de la naturaleza misma del crédito, por cuya razón el privilegio se ha establecido."

Aunque la reglamentación que nuestro Código contiene sobre la materia carece de la claridad con que está hecha en el Código de Chile, claridad con la cual se evitarían innumerables cuestiones de difícil solución, del conjunto de las disposiciones se desprende que nuestro Código ha seguido la doctrina dominante entre los juristas franceses; esto es: determina la preferencia de un crédito, no por el lugar que ocupa cada disposición en el Código, sino por su naturaleza. (Martou, nº 385), sin perjuicio de lo dispuesto en el 3882 y sus concordantes.

1º Antes de entrar á estudiar en particular cada uno de los artículos del presente título, hemos creído oportuno dar una idea general del conjunto y del sistema en general adoptado por nuestro codificador en materia de privilegios. Á estas nociones generales tendremos necesidad de referirnos á cada paso en el estudio parcial de las disposiciones que siguen.

Confesamos que al estudiar esta materia, la más difícil del derecho, como dice Laurent, nos hemos sentido muchas veces desfallecidos por la falta de antecedentes propios de nuestra legislación.

Los que hasta hoy se han ocupado de nuestro Código han pasado por alto infinidad de cuestiones que hay que resolverlas al través de la mala colocación y poca claridad de los sesenta y tres artículos que reglamentan los privilegios.

Así, el Dr. Segovia, solo trae una que otra nota criticando tal ó cual disposición, sin solucionar ninguna cuestión importante; el Dr. Echavarría, en su folleto sobre los privilegios, tampoco

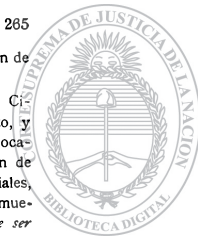
adelantó gran cosa en las cuestiones que se refieren al orden de los privilegios.

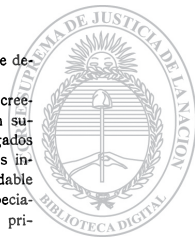
Los Dres. Leguizamon y Machado, "Institutos del Código Civil" son los que con mas detencion han tratado este punto, y resuelven varias cuestiones importantes, como tendremos ocasion de ver mas adelante. Sin embargo, estos autores parten de una base, en nuestro concepto falsa: "los privilegios especiales, dicen en la nota 438, tanto sobre muebles, como sobre inmuebles, *tienen en principio prelación á los generales, á menos de ser exceptuados espresamente*".

Esto, decimos, es contrario á lo que el mismo Dr. Velez dice en la nota (a) al Capítulo III, de la cual tenemos copiado anteriormente una parte. En esa nota, despues de examinar los tres sistemas, que consisten: el 1º en hacer prevalecer los privilegios generales á los especiales; el 2º en hacer prevalecer los especiales á los generales, y el 3º en atenerse á la apreciacion de las causas respectivas, declara espresamente que adopta este último temperamento al reglar el orden en que los diversos créditos deben ser pagados.

No se puede decir, pues, que los privilegios generales sean de peor condicion que los especiales. En este mismo artículo que estudiamos tenemos ya que el Código se separa de esa regla. "Los privilegios sobre los inmuebles dice son *todos particulares*, con escepcion de los que se designan en el artículo siguiente, y solo se ejercen sobre inmuebles *determinados, á no ser que los privilegios generales sobre los muebles no alcancen á cubrir los créditos privilegiados*".

Esto quiere decir, que el privilegio especial se ejerce sobre el precio íntegro de la cosa que le está afectada, pero solo cuando concurre con acreedores quirografarios y no cuando, á causa de la insuficiencia de los muebles, los acreedores con privilegio general no son pagados del todo. En este caso los *generales*, por lo ménos ciertos privilegios generales vienen á primar sobre los *especiales*. Así, por ejemplo, en los arts. 3901 y siguientes tenemos muchos ejemplos de preferencias de los créditos generales sobre los especiales; los gastos funerarios, por ejemplo, que tienen privilegio general, segun el art. 3880, inc. 1, son preferidos á los gastos de conservacion que tienen un privilegio especial y





á muchos otros que están en el mismo caso. (Véase lo que decimos en la p. 269 de este tomo.

También el art. 3918 establece que á escepcion de los acreedores hipotecarios, los obreros, el vendedor y los que han suministrado los materiales, los privilegios generales serán pagados en caso de insuficiencia de los muebles, con el precio de los inmuebles con preferencia á todo otro acreedor; y es indudable que fuera de los créditos esceptuados hay muchos otros especiales también. En otros casos, por el contrario los especiales priman sobre ciertos generales. Como se ve por estas citas y muchas otras que podríamos hacer, no se puede dar una regla para determinar el modo de resolver el conflicto en caso de concurrencia entre acreedores con privilegio general y los con privilegio especial.

Esto no es peculiar de nuestro Código; el legislador frances y los demas que le han seguido, tampoco son claros al respecto.

“El Código Frances, dice Laurent, tom. 29, nº 521, no establece ninguna regla sobre el conflicto de los privilegios generales y los especiales. De aquí han nacido largas y debatidas controversias. ¿Es necesario dar la preferencia á los privilegios generales en razon de su generalidad? ¿ó es necesario dar la preferencia á los especiales en virtud de su especialidad? ¿ó no debe acordarse la preferencia ni á los unos ni á los otros y decidir la dificultad en cada caso especial fundándose en la cualidad del crédito? Lo último parece consagrado por la ley, pues el art. 2096 dice: “Entre los créditos privilegiados, la preferencia se regla por las diferentes cualidades de los privilegios.” (Este principio es el adoptado también por el legislador argentino en los arts. 3882, 3919 y sus concordantes.)

“Pero ¿cómo aprecia esta cualidad? El legislador ha debido hacerlo, pues es él quien determina la cualidad en razon de la cual un crédito es privilegiado. Pero el Código guarda silencio sobre la calidad relativa de los privilegios generales y de los privilegios especiales; no dice nada sobre el rango de los privilegios especiales; no dice nada sobre el rango de los privilegios especiales cuando ellos concurren entre ellos. En el silencio de la ley, el Juez debe estimar los privilegios segun su causa; pero el legislador no le traza niuguna regla, de donde resulta la incertidumbre y lo arbitrario.

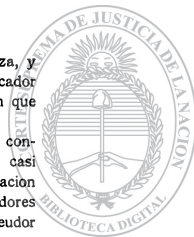


"La ley nueva ha colmado el laconismo. Despues de haber conocido las dos opiniones que dividen la jurisprudencia en lo que concierne al rango de los privilegios generales y de los privilegios especiales, la comision especial dice en el informe: "La comision no adopta de una manera absoluta ni el uno ni el otro de estos dos sistemas. Es imposible decidir la cuestion de preferencia por la sola consideracion sea de la generalidad de los unos, sea de la especialidad de los otros porque sus cualidades no son la consecuencia del grado de favor que la ley da á estas dos clases de privilegios, sino el resultado de la misma naturaleza de los créditos en razon de los cuales son establecidos. Las cualidades no pueden por consiguiente tener ninguna influencia sobre su rango el cual no debe determinarse sino segun el carácter mas ó ménos favorable del crédito y no segun la generalidad ó la especialidad de los privilegios. Es esto lo que ha determinado á la comision á dar la preferencia en casa de concurso de privilegios moviliarios, tanto á los privilegios generales como á los privilegios especiales".

Por nuestro derecho mas bien se puede decir que los privilegios generales en su mayoría prevalecen sobre los demas créditos privilegiados, aunque sean especiales, comó hemos dicho ántes. Así, los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles cuando no alcanzan á ser cubiertos, pasan á ejercerse sobre los inmuebles con preferencia á los acreedores quirografarios, despues de pagados los créditos hipotecarios ó que tienen privilegios especiales sobre los inmuebles (arts. 3881 y 3915); y aun así mismo, en muchos casos esos créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles en lo que falte para ser cubiertos con el precio de éstos, pasa á ejercerse con preferencia sobre los inmuebles sujetos á privilegios especiales, como sucede con el conservador, por ejemplo, en concurso sobre los gastos funerarios.

2º Para determinar, pues, este órden no hay que tener en cuenta si son generales ó especiales, ni tampoco el lugar en que están colocados los articulos en el Código, salvo el órden que se ha guardado intencionalmente en los distintos incisos del art. 3880, y que determina, segun el art. 3882 y sus concordantes, la prelación de los unos sobre los otros, como se hace en derecho frances por el art. 2101; hay que hacer una clasificacion por





grupos de créditos que correspondan á una misma naturaleza, y en algunos casos al órden de sus fechas (nota del codificador al art. 3882) y en seguida determinar el órden de prelacion que corresponde á cada grupo.

La determinacion de la naturaleza de cada crédito, y en consecuencia, la determinacion del grupo á que pertenece, es casi siempre muy sencilla. No sucede lo mismo la determinacion nominativa, ú órden en que deben pagarse cuando acreedores de varios grupos entran en concurso, y los bienes del deudor no alcanzan para pagar á todos.

3º Veamos primero los distintos grupos de créditos privilegiados que pueden formarse, segun su origen. Decimos segun su origen, porque la palabra *privilegio* en nuestro Código, como lo hemos afirmado al estudiar el art. 3875, jamas entraña la idea de un favor personal; significa únicamente un derecho de preferencia de unos créditos sobre otros, preferencia fundada en la naturaleza especial de cada crédito, y exigida por principios de justicia, de órden público, que el legislador ha necesitado atender.

Esto hace que esos privilegios no sean odiosos para nadie, por mas que muchas veces perjudiquen grandemente á algunos interesados.

Al confeccionar nuestro Código, el legislador no ha querido dejar ningun privilegio personal de los que existian por la legislacion española que nos regió hasta 1871.

En su art. 58 dice: "Este Código protege á los incapaces, pero solo para el efecto de suprimir su incapacidad, dándoles la representacion que en él se determina, sin que se les conceda el beneficio de restitucion, *ni ningun otro beneficio ó privilegio*".\*

La preferencia acordada á ciertos créditos del Estado, no es tampoco en razon de la persona jurídica llamada Estado, sino en razon del origen de los créditos; los que no tienen ese origen, aunque el acreedor sea el Estado, no hay preferencia, lo que prueba que ni respecto á éste es personal.

Fundados los privilegios, como decimos, en principios de justicia y de equidad, y no en preferencias personales, facil es encerrarlos en grupos determinados. Cada privilegio tiene su fundamento en esos principios; así el privilegio del que ¡con su dinero ha conservado una cosa (art. 3931), dice Laurent, tom. 29,



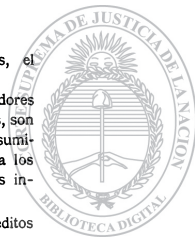
nº 305, reposa sobre el principio de equidad que no permite que una persona se enriquezca á costa de otra; el del vendedor á quien no se le ha pagado el inmueble vendido al contado, que le permite reivindicar su propiedad si los acreedores no se la pagan (arts. 3923 y 3924), está fundado en que solo el pago de la cosa vendida al contado hace la venta definitiva; la cosa no pertenece al fallido, puesto que no ha dado su precio.

4º El origen de los privilegios, dice Battur, nº 6, siguiendo á Grenier, puede ser: 1º la propiedad; 2º la conservacion, las mejoras, las modificaciones útiles á la cosa; 3º la hipoteca. A éstos puede agregarse tambien el interes público, sentimientos de humanidad y la hipoteca.

Al estudiar el capitulo que se refiere al órden de los privilegios, procuraremos determinar las distintas categorías de privilegio que existen por nuestro derecho, y el órden de prelacion que se establece en cada categoría. (Véase comentario á los arts. 3883 y siguientes.)

**A no ser que los privilegios generales no alcancen á cubrir los créditos privilegiados:**

Si esto sucede, esos créditos generales entran en concurso sobre el valor de los inmuebles con los privilegios particulares sobre esos inmuebles. En tal caso, si á causa de la concurrencia de los acreedores con privilegio general sobre los muebles y los inmuebles, los privilegios particulares sobre los inmuebles no alcanza á cubrirse, el déficit en favor de estos últimos no tiene prelacion. Lo que el artículo quiere es que los privilegios particulares sobre los inmuebles, no sufran la consecuencia de los privilegios generales, sobre los muebles, sino en el caso en que estos últimos bienes no alcancen para pagar esos privilegios generales (Battur, nº 10, y Duranton, tom. 19, nº 30). La redaccion del artículo no es tan clara como debiera en este punto; pero la inteligencia que le hemos dado al principio de este comentario y que le damos aquí es la única que mas racionalmente cabe en su redaccion. Véase nota 436 de la "Instituta" de Leguizamon y Machado. Esto sucede á causa de que el artículo ha sido tomado de tratadistas franceses cuya ley difiere de la nuestra sobre este punto. (Véase Battur y Laurent, tom. 29, nº 308.) Concurriendo los acreedores con privilegio general sobre los muebles y los in-



muebles con los privilegios especiales sobre los inmuebles, el prorrateo se hace proporcional.

Debe sin embargo tenerse presente que los únicos acreedores que según el art. 3918 entran á competir con los primeros, son los hipotecarios, el vendedor, los obreros y los que han suministrado materiales; sobre todos los otros tienen preferencia los acreedores con privilegio general sobre los muebles y los inmuebles.

Podemos entonces sentar el principio siguiente: Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles, se pagan con preferencia á todo acreedor con el producto de los muebles; si esto no alcanza se cubren con el valor de los inmuebles, sin sufrir la concurrencia de los acreedores que tengan privilegio especial sobre esos inmuebles, siempre que la deuda haya sido también causada por esos inmuebles afectos á privilegios especiales (arts. 3916, 3937, etc., etc.). La razón es que los gastos de justicia, como son los de venta de la cosa sobre que se ejerce el privilegio tienen prelación sobre todos los otros créditos. Otra cosa sucede con los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles (art. 3881); pero éstas sufren muchas escepciones, como se ve en el Cap. III de este título.

Martou, nº 313, hablando de los créditos privilegiados sobre los muebles y los inmuebles, dice que han sido tan favorecidos que el legislador de 1804 no solo les ha afectado con privilegio la universalidad de los bienes del deudor, sino que por el art. 2105 los pone sobre los créditos especialmente privilegiados sobre los inmuebles. Es verdad que este privilegio sobre el precio de los inmuebles no es sino un *recurso subsidiario para cuando falten ó sean insuficientes los muebles*" (Duranton, tom. 19, núms. 28 á 30).

**3879**—Tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor, sean muebles ó inmuebles. (Concuerda con los arts. 3914—3916—3923):

- 1º Los gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores, y los que cause la administración durante el concurso. (Concuerda con los arts. 3228—3386—3795—3914—3916—3937);
- 2º Los créditos del Fisco y de las Municipalidades por impuestos públicos directos ó indirectos. (Concuerda con los arts. 3880, inc. 5—3901.)

## CONCORDANCIAS

(Nº 1, Ley de Bélgica de 16 de Diciembre de 1851, art. 17—Martou, *Privil.*, núms. 318 y siguientes—Zachariae, § 790, nota 1—Aubry y Rau, § 260, nº 1—Pont, *Privil.*, núms. 66 y 69. Dando privilegio á los gastos de justicia, se evita á cada acreedor la lentitud y dificultad de una reparticion, á prorrata, á que todos son obligados en proporcion á la importancia de las sumas que deben corresponderles en el activo del deudor. Este privilegio no es en realidad sino un pago anticipado y necesario, hecho el conjunto de los valores destinados á los acreedores. Con este carácter aparece en el Derecho Romano—Voet, *Ad Pandectas*, Lib. 35. Tit. 2, núms. 16.

El artículo dice, que los gastos de justicia tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor (art. 3900). El privilegio tendrá este carácter de generalidad, toda vez que los gastos hayan sido hechos en interes comun de los acreedores; pero, si han tenido por objeto solo una fraccion del patrimonio del deudor, el privilegio no deberá estenderse mas allá de esa fraccion. No es, pues, en un sentido adsoluto que debe admitirse la idea de que los gastos de justicia constituyen un privilegio general. El privilegio será general, si los gastos han procurado una ventaja general; en el caso inverso, y si la ventaja alcanzada es parcial, el privilegio será solo parcial (arts. 3916 y sus concordantes). Si los gastos han sido hechos en el interes individual del acreedor que los han pagado, ó si hubiesen solo aprovechado á alguno de los acreedores y no á todos, la causa de preferencia faltaría, ó no existiría sino respecto á los acreedores á quienes esos gastos hubiesen aprovechado, y el crédito para ellos no sería privilegio, ó solo lo sería limitativamente.

Por gastos de justicia se entienden los gastos ocasionados por los actos que tenga por objeto poner los bienes del deudor y sus derechos bajo la mano de la justicia. El privilegio es establecido para todos los gastos que los acreedores, á efecto de gozar de sus derechos, no habrian podido dispensarse de pagar, si otros no hubiesen hecho la antipacion, ó los trabajos indispensables á ese fin. Así son gastos de justicia, los de inventario, conservacion, liquidacion y realizacion de los bienes del deudor; los de los pleitos seguidos por los administradores para repeler las pretensiones de terceros, ó para demandar las condenaciones de los deudores, y los que cause la administracion durante el concurso (arts. 3909 y sus concordantes).

Se consideran tambien como gastos de justicia, todos los que se hagan en interes comun de los acreedores, para los fines designados, aunque sean relativos á hechos ú operaciones estrajudiciales.

Un ejemplo de los gastos hechos judicialmente, pero que no son privilegiados, es el de los de un acreedor en su interes particular, para adquirir un título, ó para hacer ejecutivo su crédito. Persil, sobre el art. 2101—Duranton, tom. 19, nº 40—Los gastos á cargo de la parte vencida en el juicio, si no es el administrador, no conciernen mas que al acreedor que ha litigado. Sin embargo, Duranton, tom. 19, nº 42, y Persil, sobre el art. 2101, nº 1, enseñan que estos gastos deben colocarse en el mismo grado que el crédito; de modo que siendo éste privilegiado, ellos debían serlo tambien. Esta opinion no ataca en verdad nuestra proposicion, no es como un derecho absoluto, como un crédito independiente, colocado en el grado superior de la prioridad de los gastos de justicia propiamente, dichos, que esos gastos gozarian de un privilegio, sino como un accesorio ligado á la





suerte del principal, y ocupando una clase variable segun la naturaleza dis tinta y los efectos desemejantes de los diversos créditos privilegiados. Los intereses opuestos de los acreedores llamados á dividir las sumas realiza das, pueden hacer nacer pretensiones mal fundadas, ó exajeradas: uno recla ma lo que no le es debido; otro, mas de lo que se le debe, y otro, una causa de preferencia que no le corresponde. La fiscalizacion que los diver sos pretendientes ejercen mutuamente, da lugar á dificultades que crean una categoria distinta de gastos.

Pongamos algunas hipótesis. El acreedor cuyo crédito se ha contestado, ó que se ha querido hacer descender á una clase inferior, gana la causa, y pre tende el pago de los gastos hechos en el pleito, ya sobre la graduacion de su adversario, ó cobrándolos directamente de la masa de los bienes. Algun os escritores, como lo hemos dicho, consideran estos gastos como acceso rios del crédito, y les dan el mismo privilegio que al principal. Pero sien do los privilegios de derecho estricto, no son susceptibles de entenderse. ¿No se infringe esta regla fundamental en la materia, estendiendo el pri vilegio á créditos que nacen ulteriormente, y que no tienen con él sino una correlacion accidental? Todos los créditos causan pleitos si hay quienes los provoquen. ¿Cómo admitir jurídicamente, que los terceros acreedores que tienen que sufrir la preferencia del crédito primitivo, deba ademas sufrir los créditos posteriores, á los cuales en las condiciones normales no de bían esperar, y que pueden aumentar considerablemente el crédito privi legiado?

Otro caso: el debate se empeña entre los acreedores ordinarios: cada uno obra en su interes individual; ninguno litiga por la causa comun. El uno al otro se dirán: por los gastos que habeis hecho, ninguna ventaja me re sulta, pues que yo he hecho por mi parte lo que correspondia á mi in teres.

Mas el que ha contestado el crédito, no queda limitado al recurso con tra su adversario, si el resultado de la contestacion aprovecha á los otros acreedores.

Distingamos las hipótesis.

El privilegio de un acreedor, es disputado por un privilegio de una cla se ménos elevada, ó por un acreedor quirografario. El que ha contestado el pretendido crédito privilegiado y ha obtenido su reduccion, ó que lo ha hecho descender de un grado, á término de relegarlo á la masa de los acreedores comunes, ha hecho gastos que pueden llamarse de justicia, puesto que los acreedores aprovechan el resultado adquirido.

Supongamos que el crédito de un acreedor ordinario es contestado por otro acreedor ordinario. Mientras ménos créditos haya y sea menor la can tidad de cada crédito, mayor será la parte con que atribuirá á los crédi tos quirografarios. El que ha contestado el crédito vencido, colocará con ra zon sus gastos en una clase privilegiada sobre la masa partible, despues que los privilegiados estén satisfechos.

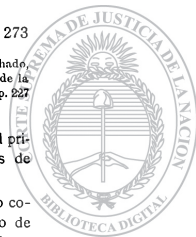
Otro ramo de los gastos de justicia es el que se refiere á los actos, proce dimientos, cuentas, liquidacion, particion, ó licitacion en una sucesion, so ciedad ó comunidad cualquiera (arts. 3901 y sus concordantes). Entonces, es preciso aplicar las disposiciones para la conservacion, liquidacion y distri bucion de los bienes del deudor comun. Su carácter privilegiado no sufre alteracion alguna por la circunstancia de haber sido hechos con ocasion de una indivision; todos los que han aprovechado como partícipes ó acreedores

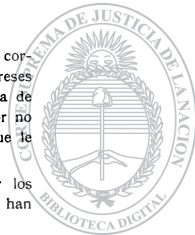
no pueden oponerse á su pago con preferencia)—Leguizamón y Machado, Institutas, nota 431—Laurent, tom. 29, núms. 303 y siguientes—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 9, p. 281—Id del Dr. Beláustegui, tom. 1, p. 227 á 231—Goyena, 1924.

**Sean muebles ó inmuebles:** ¿Quiere esto decir qué el privilegio debe ejercerse proporcionalmente sobre las dos clases de bienes?

Martou, tom. 2, n° 350, á quien tanto ha seguido nuestro codificador en este título, apoyándose en la opinion de uno de los oradores que tomaron parte en la discusión del Código Frances, dice que desde que los gastos han sido hechos por los muebles y por los inmuebles, el privilegio debe ejercerse sobre las dos clases de bienes; lo contrario sería crear una ventaja injusta en favor de los acreedores privilegiados sobre los inmuebles y en perjuicio de los acreedores privilegiados sobre los muebles. Esto nos parece muy racional y justo: pero nuestro Código ha seguido una doctrina contraria, á pesar de la generalidad con que está redactado este artículo; estos privilegios se hacen efectivos en los inmuebles, recién cuando se ha repartido y no alcanza el valor de los muebles; prueba de ello es el art. 3918, en el cual se establece que, á escepcion de ciertos privilegios especiales, como los en favor del vendedor, del hipotecario, etc., etc., "los acreedores privilegiados sobre la *generalidad de los muebles y de los inmuebles*, deben ser pagados, *en caso de insuficiencia de los muebles*, sobre el producto de los inmuebles con preferencia á todos los otros acreedores". (Véase nuestro comentario al art. 3878.....)

Como se ve, el artículo no puede ser mas claro; supone el caso en que el valor de los muebles es absorbido por los créditos de que habla este artículo, que son los que tienen privilegios generales sobre los muebles y los inmuebles, lo que prueba que aun tratándose de esta clase de créditos el privilegio se ejerce primero sobre el valor de los muebles, y despues sobre los inmuebles. Esta es la jurisprudencia que ha prevalecido en derecho frances, en razon del art. 2105 de aquel Código. "Sin embargo, dice Troplong, n° 251, sosteniendo el mismo principio, si los acreedores se presentan para ser pagados con los inmuebles sin haber escutado los muebles, se le podrá colocar *eventualmente* por el todo de su crédito, con cargo de poner fin á



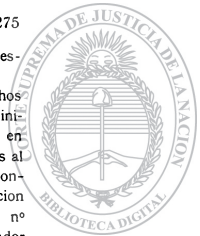


su costa y en un tiempo determinado á la accion que les corresponde sobre los muebles. Por este medio todos los intereses se protejen, y se impide que, so pretexto de la escusion previa de un mueble insuficiente para cubrir su crédito, el acreedor no deje escapar la ocasion de hacerse pagar en el órden que le corresponde”.

Para el caso en que el acreedor ha descuidado escutir los bienes y éstos han sido vendidos por otros acreedores que han percibido su precio, véase comentario al art. 3915.

Ese art. 3918 prueba algo mas; y es que, tratándose de créditos que no son de los enumerados en su primera parte, el privilegio se ejerce sobre los inmuebles aun cuando éstos no hayan especialmente ocasionado los gastos; pero que cuando están de por medio créditos especiales, los gastos de justicia solo tienen preferencia sobre ellos cuando han sido ocasionados por los inmuebles gravados especialmente con hipotecas, pago de obreros, etc., etc. (Véase Código de Chile, arts. 2473 y 2488, y nuestro comentario al 3918. Pero en este caso si solo un inmueble, por ejemplo, ha causado gastos de justicia, tales como los de venta, el pago de ellos se hace solo con el producto del inmueble especialmente afectado.

**Los gastos de justicia hechos en el interes comun de los acreedores:** Sobre este particular la Escma. Cámara de Apelaciones de la Capital, ha sentado los siguientes principios: 1º Los honorarios devengados fuera de juicio y anteriores á la cesion de bienes no se encuentran comprendidos entre los que la ley acuerda á los gastos casuídicos. (Fallos, tom, 2, Serie 1, p. 510.) Por este mismo fallo se reconoce que los honorarios del abogado patrocinando al concursado para la cesion de bienes y la consiguiente formacion del concurso, están comprendidos en el inciso que estudiamos. Debe tenerse presente que segun la nota del codificador al presente artículo, por gastos de justicia se entiende, no solo los que constan en los espedientes, sino tambien los hechos fuera de juicio tendentes al mismo concurso. Este es tambien el principio dominante en derecho frances, igual en este punto al nuestro (Laurent, tom. 29, nº 322). 2º Que en caso de concurso á una finca hipotecada, este inciso solo es aplicable á los gastos indispensables para la ejecucion del cré-



dito hipotecario (Fallos, tom. 7, Serie 1, p. 231). Esto está establecido terminantemente tambien por el art. 3937.

Debe entenderse tambien por gastos de justicia los hechos por el acreedor pidiendo la declaracion de concurso, los de iniciacion del juicio sucesorio, respecto á la sucesion declarada en concurso, los gastos sobre denuncias de bienes pertenecientes al mismo concurso, que no habian sido denunciados por el concursado; los gastos hechos por el que ha pedido la separacion de los patrimonios del difunto y del heredero (Battur, tom. 1, n° 20). Son tambien gastos de justicia los honorarios del curador de la herencia vacante y los gastos de administracion de la sucesion aceptada con beneficio de inventario (art. 3386).

Reposamos los privilegios, como hemos dicho ántes, en principios de equidad y justicia, la determinacion de si un gasto de justicia tiene ó no privilegio, se hace por el beneficio que reporta la masa de bienes con las diligencias que dieron lugar á esos gastos.

Es por esto que el codificador dice en la nota al artículo que estudiamos, siguiendo á Battur, n° 31, que cuando los gastos solo han tenido por objeto, conservar ó traer á la masa de bienes, una fraccion del patrimonio del deudor, el privilegio no deberá estenderse mas allá de esa fraccion (Laurent, tom. 29, n° 328—Véase, n° 2 de este comentario).

Sin un interes comun al hacer los gastos no hay privilegio; tal es el carácter distintivo, dice Laurent, de este privilegio.

1° Los gastos de justicia como los funerarios ocupan el primer rango entre todos los créditos privilegiados; pero esto solo es asi con respecto á los créditos en favor de los cuales se han causado (art. 3900).

2° ¿Los gastos de justicia hechos en el interes del concurso, son preferidos al crédito del hipotecario? Indudablemente el temperamento adoptado por nuestro Código es el mismo que ha prevalecido en la jurisprudencia francesa: todo se reduce á una cuestion de hecho; si los gastos de justicia han aprovechado ó han sido hechos en el interes de los créditos hipotecarios, como cuando se forma concurso especial á la finca hipotecada, justo es que soporten el pago de esos gastos; esto lo establece expresamente la última parte del art. 3937; pero los gastos que no aprovechan á los hipotecarios no tienen prelación sobre éstos.





En efecto; el acreedor hipotecario por la especialidad de la garantía que la hipoteca da á su crédito, se puede considerar fuera del concurso, y solo eventualmente puede tener interés en las medidas que se tomen respecto á la masa de bienes, de la cual solo entraria á tener parte si los bienes hipotecados no alcanzaren á cubrir su crédito; entónces recien sería llegado el caso de soportar los gastos que ha causado la masa de bienes; y en tal caso su contribucion sería en proporcion á lo que sacare de la masa concursada con exclusion de lo que obtenga del inmueble hipotecado. Pero mientras ese caso no llegue, un derecho puramente eventual no puede crear un motivo de preferencia sobre un crédito en favor del cual nada se ha hecho (Laurent, tom. 29, nº 350). El art. 3918 combinado con el 3937 consagra esta doctrina de un modo indudable.

Por el primer artículo se ve que lo dicho respecto de la hipoteca es aplicable respecto al vendedor, á los obreros y á los que han suministrado los materiales. (Véase nuestro comentario al art. 3918.) Lo que decimos está sostenido tambien por Martou, núms. 313 y 318. El Código de Chile, art. 2478 combinado con el 2473 es mas claro que el nuestro al respecto.

Los gastos que se hacen para el inventario, guarda, venta, etc., etc., de los bienes, aprovechan directamente á los acreedores quirografarios, porque sin esas medidas se verian espuestos á perder los mismos bienes que sirven de garantía, y por esto mismo deben soportar esos gastos; pero no se encuentran en este caso los acreedores hipotecarios, que tienen un derecho real que sigue á la cosa en cualquier poder que se encuentre.

Una Corte francesa, decia que los acreedores hipotecarios no son estraños al concurso; ellos toman parte en el nombramiento del síndico; este es tambien su mandatario, como lo es de los acreedores quirografarios; por consiguiente, deben concurrir á los gastos de su gestion, no por todos los gastos, sino por los que se hacen en su interes, y en la medida de este interes; si esos gastos no conciernen en nada al inmueble hipotecado, el acreedor nada debe pagar; es pues una cuestión de hecho (Laurent, tom. 29, nº 349).

**Por impuestos públicos:** Estos créditos están en la misma categoría que los gastos de justicia, en cuanto pueden ejercerse sobre el precio de los inmuebles en los mismos casos en



que pueden ejercerse por los gastos de justicia. Ante el testo terminante y la razon misma del privilegio no creemos que deba hacerse la distincion que hacen los Dres. Leguizamon y Machado en su "Institutas", fundados en el inciso 5 del art. 3880; aquel inciso está de mas; no da ni quita al presente. El origen de esta repeticion la hemos explicado en nuestros "Estudios sobre el Código Civil" (p. 387). Podemos decir de este inciso lo que Martou dice del inciso 1 del art. 2101 del Código Frances (19 de la Ley de 1851), en el cual, despues de establecerse en el art 17 de la citada Ley que los gastos de justicia tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles, se repite que los gastos de justicia tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles, que esta segunda mencion de los gastos de justicia es una repeticion parásita. Desde que ya está el artículo que estudiamos comprendiendo lo mas, no hay necesidad de ponerlo en el 3880, que comprende lo ménos, pues como dice el adagio citado por Martou, la parte está comprendida en el todo.

Debe tenerse presente, que si bien los créditos del Fisco están en la misma categoría que los gastos judiciales, éstos son superiores á aquéllos en que el sentido de que no hay ningun crédito que deba serles preferido sobre el valor de los muebles (art. 3900), miéntras que los primeros son preferidos por los gastos de conservacion, como puede verse por el art. 3901 y muchos otros.

**3880**—Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, son los siguientes. (Véase art. 3879—3881—3882—3898 y sigtes.):

- 1º Los gastos funerarios, hechos segun la condicion ó fortuna del deudor. Estos comprenden: los gastos necesarios para la muerte y entierro del deudor y sufragios de costumbre; los gastos funerarios de los hijos que vivian con él y los del luto de la viuda ó hijos, cuando no tengan bienes propio para hacerlo. (Concuerda con los arts. 3901—3904—3908—3910—3913—3914—3916);
- 2º Los gastos de la última enfermedad durante seis meses. (Concuerda con los arts. 3904—3913);
- 3º Los salarios de la gente de servicio y de los dependientes, por seis meses, y el de los trabajadores á jornal por tres meses;
- 4º Los alimentos suministrados al deudor y su familia durante los últimos seis meses. (Véase art. 372);

Las épocas designadas en los números anteriores son las que

preceden á la muerte, ó embargo de los bienes muebles del deudor;

5º Los créditos a favor del Fisco, y de las Municipalidades por impuestos públicos. (C. Com., 1691—1692—1693—3906.)

#### CONCORDANCIAS

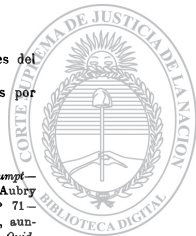
(Nº 1, L. 12, Tit. 13, Part. 1º—L. 45, Tit. 7, Lib. 11, Dig. *De relig. et sumpt.*—Marcadé, desde el nº 355—Troplong, *Privil.*, nº 130—Zachariae, § 790—Aubry y Rau, § 260 y nota 11—Duranton, tom. 19, nº 50—Pont, *Privil.*, nº 71—En Roma los gastos funerarios eran preferidos á todos los créditos, aunque éstos estuviesen garantizados con acciones sobre los bienes—*Quidquid in funus erogatur*, dice la ley, *inter res alium primo loco deducitur*. Pero no todo lo que se gastaba en el entierro, ó por ocasion de entierro, era privilegiado. Varios testos del derecho Romano niegan el privilegio á todos los gastos de lujo, aun cuando el difunto lo hubiese ordenado. L. 12, § 5—L. 14, §§ 3 á 6—L. 32, Dig. *De relig. et sumpt. fun.* Conviene, pues, hacer una reserva á la regla general, tanto mas, cuanto que en definitiva se trata ménos del interes de los herederos que el de los acreedores de la sucesion. Esta reserva está indicada por la Ley Romana, *sumptus funeris arbitratur pro facultatibus et dignitate defuncti*: Asi, los gastos funerarios comprenden todos los gastos necesarios ocasionados por la muerte y el entierro, salvo, en caso de exageracion, la facultad del Juez para limitar el privilegio y no concederlo sino por los gastos que correspondan á la condicion y fortuna del difunto. Cód. de Luisiana, art. 3160.

Segun varios juriconsultos, el luto de la viuda y familia debe ser garantizado con el privilegio de los gastos funerarios—Duranton, tom. 19, nº 48—Persil, *Quest.*, Lib. 1, cap. 2, § 2. Pero la opinion contraria es sostenida por autoridades tambien muy respetables. Martou, nº 357—Troplong, nº 136—Merlin, *Verb. Deuil*, § 2, nº 8—Nosotros seguimos á Pont, porque tales gastos tienen su causa en las necesidades consiguientes á la muerte de un padre de familia, y el luto es una de esas necesidades que imponen las costumbres. Cargamos los gastos del luto á los acreedores, cuando la viuda ó hijos no tengan bienes propios con qué costearlos.

Si un tercero ha hecho los gastos funerarios, Persil enseña que goza del privilegio, si ha tenido cuidado de hacerse subrogar por los herederos ó albaceas; pero que si no ha tomado esta precaucion, será un acreedor ordinario que tendrá, solo contra la sucesion, la accion *negotiorum gestorum*. Martou combate esta opinion, distinguiendo dos hipótesis que demandan soluciones diferentes.

Si el tercero ha ordenado los funerales en su propio nombre, él es, respecto de la sucesion, el acreedor directo de las sumas que ha gastado, y no tiene necesidad de subrogacion alguna, pues es quien ha hecho realmente los gastos funerarios, y los que han suministrado los objetos necesarios á los funerales, no tienen relacion alguna de derecho con la sucesion; ellos eran mandatarios de terceros, y deben ser pagados por el mandante. Esta es tambien la opinion de Voet, Lib. 11, Tit. 7, núms. 7 y 8.

Hagamos la segunda hipótesis. El tercero paga con su dinero los créditos de los gastos funerarios, ordenados por el representante de la sucesion. Como la ley no atribuye el privilegio á una categoria determinada de personas, cualquiera que hubiera ordenado y pagado los gastos funerarios, goza de





derecho de preferencia. Mas en el caso de la hipótesis, el que los ha pagado, es un simple prestador de fondos: no es acreedor por gastos funerarios, pues que este crédito está estinguido por el pago: sus derechos no se diferencian de los de cualquier otro prestador: si él quiere ejercer el privilegio debe hacerse subrogar (comentario al 3877). (Véase Mourlon, tom. 1, desde la pág. 203.

Nº 2. Martou, *Privil.*, desde el n° 362—Pont, *Privil.*, núms. 75—Persil, sobre el art. 2001, § 3—Aubry Rau, § 290, n° 3—Zachariae, § 790. Por gastos de la última enfermedad se entiende todo lo que es debido por el tratamiento de la enfermedad, y principalmente los honorarios de los médicos ó cirujanos, el valor de los remedios y el salario de los asistentes.

En algunos Códigos se determina por *última enfermedad*, aquella de que el deudor ha muerto. Troplong dice lo mismo fundándose en que, si el enfermo ha sanado, el médico ó cirujano tiene solo una acción personal contra el deudor. Pero nuestro artículo comprende tambien la última enfermedad de que hubiese curado el deudor. Que se diga que la deuda del médico que ha perdido su enfermo, no es ménos favorable que la del que lo ha curado, se concibe; pero preferir el primero al segundo, rehusar á éste una recompensa que se concede á aquél, es falta á la lógica y la justicia: Véase Mourlon, n° 73—Segun Duranton, no se deben declarar privilegiados los gastos de la última enfermedad, sino aquellos que son hechos segun la condicion y fortuna del deudor, como está prescrito respecto á los gastos funerarios. Puede haber lujo en estos últimos gastos; pero basta decir que regularmente no hay ostentacion de remedios.

Los gastos de la última enfermedad son sin duda privilegiados cuando la quiebra ha sido declarada despues de la muerte del deudor; pero si la quiebra ha precedido á la enfermedad, muera ó sana el enfermo, los gastos posteriores á la quiebra no son privilegiados; porque las deudas que el fallido ha contraído cuando ya está desapoderado de sus bienes, no pueden tener esos bienes por garantía.

Nº 3. Aubry y Rau, § citado, n° 4—Zachariae, § citado, nota 8—Pont, n° 79—Martou, núms. 371.

Nº 4. Zachariae, § citado—Martou, n° 376—Troplong y otros jurisconsultos entienden por *alimentos*, lo que los Romanos llamaban *cibaria*, los comestibles. Nosotros entendemos todo lo que es necesario al consumo diario de una casa ó de la persona, como el vestido, el alumbrado, etc.)—Goyena, 1925.

**Sobre la generalidad de los muebles:** Los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles están hasta cierto punto en las mismas condiciones, con respecto á los muebles afectados á privilegios especiales, que los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles con respecto á los inmuebles afectados á determinados privilegios (art. 3881).

Es así en principio general; pero éstos están en mejores condiciones que aquéllos; los primeros, especialmente los gastos de justicia, tienen un privilegio esclusivo sobre los muebles del deu-



dor (art. 3900), y despues subsidiariamente sobre los inmuebles aunque esos inmuebles estén afectados á privilegios especiales (comentario al artículo anterior—Martou, nº 318); los segundos, aunque la ley les da un privilegio sobre la generalidad de los muebles, ese privilegio no produce efecto ó no se ejerce sino en muy determinados casos sobre los muebles afectados á privilegios especiales (art. 3915).

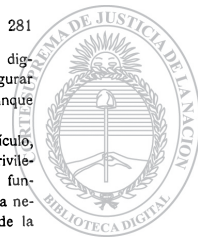
Así, los gastos de conservacion de la cosa que tienen un privilegio especial sobre la cosa en que se han hecho esos gastos, no sufren la consecuencia de los créditos enumerados en el presente artículo. Únicamente los gastos funerarios son preferidos al crédito del conservador; pero los enumerados en los incisos 2, 3 y 4, son preferidos por éste, como puede verse por el art. 3901. Tambien los créditos de los incisos 3 y 4, son preferidos por las deudas del locador y por los gastos de la venta de los muebles afectos al privilegio de éste (art. 3904) por el acreedor pignoraticio (art. 3913); los de los incisos 2, 3 y 4 son preferidos por el privilegio del vendedor (art. 3908), del acarreador (art. 3910), del posadero (art. 3914).

1º Si los muebles no alcanzan á pagar los créditos privilegiados, lo que falte se pagará de los inmuebles pero sin perjudicar los créditos privilegiados sobre los inmuebles, ó hipotecario (art. 3881). Véase comentario al 3881 y al 3915.

**Segun la condicion y fortuna del deudor:** Esta es una cuestion de apreciacion que el Juez decidirá con arreglo á las circunstancias especiales; la ley no puede dejar al árbitro de los herederos la facultad de hacer gastos exorbitantes y de vanas ostentaciones que luego venga á pesar con privilegio sobre la masa de acreedores (nota del codificador á este artículo); si esos gastos son exorbitantes, es decir, de pompas exteriores, por desgracia tan comunes en nuestro siglo, los acreedores no están en el deber de aceptarlos; cargará con ellos el que indebidamente los ha hecho.

1º El privilegio acordado por este inciso á los herederos que han hecho los gastos ó al tercero que ha ordenado y pagado los funerales, está determinado por el codificador en la nota al art. 2307.

2º ¿Tendrán privilegio estos gastos cuando el deudor ha muerto despues de la declaracion de quiebra? Martou, nº 560, com-



batiendo la doctrina de Renouard, dice: Por respeto á la dignidad humana y por la desercia pública es necesario asegurar al fallido modestos funerales; esta deuda es sagrada aunque nazca despues de la falencia.

Nuestro codificador en la nota puesta al pié de este artículo, al hablar de los gastos de última enfermedad, les niega privilegio á los gastos hechos despues de la quiebra del deudor, fundándose en la misma razon en que se funda Renouard para negar privilegio á los gastos funerarios del muerto despues de la declaracion de la quiebra, cual es la de que las deudas contraidas despues que el fallido está desapoderado de sus bienes, despues que ya no son suyos, no pueden tener por garantía esos bienes.

Pero este argumento que puede tener algun fundamento aunque poco humanitario, tratándose de los gastos de enfermedad, lo tiene ménos tratándose de los gastos funerarios en el sentido que les da el inciso que estudiamos. Es de suponer que ningun acreedor, por desnaturalizado que sea quiera impedir que de la masa concursada se saque una parte insignificante para un modesto entierro del que fué su deudor.

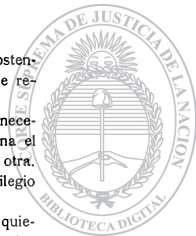
**Sufragios de costumbre:** No se comprenden aquí los gastos que con posterioridad á los primeros funerales se hacen para bien del alma, como lo establece el art. 2307.

**Los gastos de última enfermedad:** Se comprende en esto los honorarios de los médicos, valor de los remedios y pago de enfermeros, y gasto de viajes que tengan por objeto directo la salud del enfermo (Martou, nº 363).

Respecto á dichos gastos no hay que hacer la distincion del inciso anterior, del caso en que las personas de que allí habla los herederos, tienen ó no bienes, pues son cargas á que están afectados especialmente los bienes, como establece Goyena en el comentario al inc. 2 de su art. 1925.

3º Hemos visto que por el inciso anterior es condicion indispensable para que los gastos funerarios gocen de privilegio que hayan sido hechos con arreglo á la condicion del difunto; ¿es esto aplicable á los gastos de última enfermedad? Duranton, nº 54, dice que estos gastos están sujetos á la misma reduccion que los funerarios.

Martou, atacando esta proposicion como poco exacta dice que



se comprende que en los gastos funerarios pueda haber ostentacion de pompas frútiles, pero ¿puede haber ostentacion de remedios?

Indudablemente que no; se hace todo lo que se cree necesario para dar la salud al enfermo; los gastos los determina el carácter de la enfermedad, y no varía de una persona á otra.

Desde el momento que son necesarios, deben tener privilegio cualquiera que sea su valor.

**Durante seis meses:** Anteriores á la declaracion de la quiebra, pues si lo gastado es con posterioridad á la quiebra, los bienes que han pasado á poder de los acreedores no garanten esas deudas contraídas posteriormente. . (Nota del codificador á este artículo é inc. 4.)

**De la gente de servicio y de los dependientes:** Bajo la denominacion de los primeros se comprenden, los porteros, cocheros, cocineros, mucamos, caballerizos, etc., no se comprenden á los profesores, institutrices, etc.; por los segundos se comprenden los escribientes, dependientes de tiendas, empleados á sueldo para el cobro de cuentas, etc., etc.

**3881**—Cuando el valor de los inmuebles no hubiese sido absorbido por los acreedores privilegiados ó hipotecarios, la porcion del precio que quede debida, es afectada con preferencia al pago de los créditos designados en el artículo anterior. (Concuerda con los arts. 3915—3918—3919—3920.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 2101—Martou, Privilegios, n° 884—Battur, Privilegios, n° 87.

**Es afectada con preferencia:** Pero esta preferencia no daña á los créditos que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles ó inmuebles de que habla el art. 3879; tampoco perjudica, salvo las escepciones espresas, á los créditos que tienen privilegio especial sobre los muebles, como lo hemos hecho notar en el comentario al art. 3880. El art 3915 establece tambien en principio general “que si los *muebles* del deudor, en razon de los privilegios *especiales* que los afecten, no bastaren para al pago de las deudas que son privilegiadas sobre la *generalidad de los muebles*, lo que falte se tomará de los inmuebles del deudor”.



De modo que el privilegio general acordado por la ley á los créditos de que habla el art. 3880, se estiende tambien á los inmuebles que no están afectos á privilegios especiales ó generales como los del art. 3879, ó sobre lo que sobrare del precio despues de pagados esos créditos especiales. En esto se diferencia de los que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles. (Véase lo dicho en el comentario á los arts. 3920 y 3921.)

**3882**—Los créditos privilegiados sobre los bienes muebles se ejercen segun el número que indica su clasificacion. Los de un mismo número concurren á prorata, si fuesen de igual condicion. (Concuerda con los arts. 3880—3898—3899 y sigtes.—3903—3919—3920.)

#### CONCORDANCIAS

(En general, los privilegios que la ley abraza en el mismo número son de la misma condicion, aunque nacidos en épocas diferentes: y así deben concurrir juntos, no obstante la diferencia de sus fechas. Esto tiene lugar, por ejemplo, en los gastos mortuorios, en los de la última enfermedad, etc. Mas respecto á los privilegios, fundados sobre consideraciones de otra naturaleza, se puede decir en general que es la regla inversa la que los rige. En el mayor número de casos, la clasificacion se hace teniendo en consideracion su fecha. La prioridad del tiempo da ya la prioridad, ó impone la inferioridad del orden. Así, cuando un bien ha sido vendido sucesivamente por muchas personas y que ninguna de ellas ha sido pagada, la anterioridad en la fecha, da la prioridad en el orden, el primer vencedor es preferido al segundo y éste al tercero. Pero si al contrario, muchos obreros hubiesen hecho en diversas épocas reparaciones sobre el mismo objeto, la prioridad del tiempo causa la inferioridad en el orden para el pago. El acreedor mas reciente es preferido al acreedor mas antiguo. La diferencia de fechas en este caso, es esencial: imprime á los acreedores mas recientes un carácter particular que los hace mas privilegiados que los que preceden en tiempo. La equidad exige que los acreedores que, por su trabajo ó por sus gastos, han conservado la garantia ó prenda de los créditos de los otros, sean pagados antes que ellos. Cuando los obreros han sido en diferentes tiempos llamados á reparar la misma cosa, hay entre ellos la diferencia decisiva, que los obreros llamados últimamente han conservado por su trabajo el privilegio de los obreros que les han precedido, mientras que ellos no obtienen ningun provecho de los trabajos anteriores. Esta diferencia constituye por su naturaleza una causa legitima de preferencia. Si las condiciones de los créditos difieren; si no son de la misma calidad; si la una es mas favorable que la otra, no pueda decirse que la circunstancia de hallarse en el mismo número, hace que los créditos sean de la misma condicion. Siendo imposible que la ley designe las condiciones todas de los créditos que se hallan en el mismo número, el orden de ellas para el pago queda librado á los Jueces.—Véase Mourlon, *Exé-*



men crítico, desde el n° 82.) Laurent, tom. 29, núm. 311—Código Francés, 2101, primera parte y 2096 de Chile, 2473—Martou, núms. 385—Goyena, 1926 inc. 6.

**En el número que indica su clasificación:** Esto solo es así respecto á los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, de que habla el art. 3880, pero no respecto á los créditos con privilegio especial de que se ocupan los arts. 3899 y siguientes, cuyo orden no indica al mismo tiempo la clasificación.

**Si fuesen de igual condicion:** ¿Equivale esto á decir si fuesen de la misma fecha? Indudablemente que, preferir un acreedor á otro en razon de la fecha de su deuda, dice Laurent, seria ir contra la esencia misma del privilegio, el cual se estima no por la fecha del crédito sino por su naturaleza propia. Esto no se hace ni aun con respecto á los acreedores simplemente quirografarios (art. 3922). *Privilegia non ex tempore aestimantur, redex causa*, dice Paul. Así, cuando el art. 3093 acuerda privilegio al último conservador sobre los anteriores, lo hace únicamente por su condicion especial, porque el último gasto de conservacion, al mismo tiempo que ha conservado la cosa, ha conservado el privilegio del anterior conservador, pues sin el gasto del último habria desaparecido con la cosa. Los acreedores anteriores, dice Laurent, citado, no podrian quejarse de este aparente favor; por el contrario, está en sus intereses que este privilegio sea acordado á los gastos de conservacion, porque este es un medio de conservar su propio derecho. (Véase nota del codificador al presente artículo.)

Es á esta condicion especial en que pueden encontrarse créditos de la misma naturaleza á la que refieren las palabras que estudiamos. *Alegis privilegiati minus privilegiatis posteriores sunt habita non temporis sed causæ ratione*, dice Voet, citado.

Los honorarios médicos, por ejemplo, aunque devengados en distintas épocas, se encuentran en igualdad de condiciones entre sí, y no habria por qué establecer entre ellos preferencia.

## CAPITULO II

### De los privilegios sobre ciertos muebles

**3883**—Gozan de privilegio los créditos por alquileres ó arrenda-





mientos de fincas urbanas ó rurales, sean los acreedores los propietarios de ellas, ó sean los usufructuarios ó locatarios principales, á saber: por dos años vencidos, si se trata de una casa; por tres años vencidos, si se trata de una hacienda de campo. Las cosas sobre que se ejerce este privilegio son todos los muebles que se encuentran en la casa, ó que sirven para la explotacion de la hacienda rural, aunque no pertenezcan al locatario, introducidos allí de una manera permanente ó para ser vendidos ó consumidos.

El dinero, los títulos de crédito que se encuentren en la casa, y las cosas muebles que solo accidentalmente están allí, de donde deben ser sacadas, no están afectadas al privilegio del locador, cuando él ha sido instruido de su destino, ó cuando éste le ha sido conocido por la profesion del locatario, por la naturaleza de la cosa ó por cualquier otra circunstancia, como tambien los muebles que el locador, sabia que no pertenecian al locatario, y las cosas robadas ó perdidas, que no son comprendidas en este privilegio. (Concuerda con los arts. 597—1558—1578—1586—1590—3878—3884—3885—3895—3905.)

#### CONCORDANCIAS

(Aunque no se pueden adquirir derechos sino sobre los bienes de las personas con quienes se contrata, sin embargo, todos los bienes introducidos en la casa alquilada, están comprendidos en el privilegio del locador, pertenezcan ó no al locatario, con tal que el locador, en el último caso, ignore que pertenecen á un tercero. Por lo tanto, la reivindicacion de los objetos que el locatario tiene á título de locacion ó de prenda, no puede dañar al propietario de la casa donde ellas se encuentran. El tiene sobre esas cosas una clase de posesion de garantía, que le permite oponer la regla de que respecto de los muebles la posesion vale por título. El propietario de ellas, que las ha entregado, ó que las ha prestado al locatario, ha confiado en su buena fe, que se las devolveria ó pagaria su valor, si directa ó indirectamente disponia de ellas, ó las sujetaba á derechos preferentes. El locador que las ha visto en su casa, ha debido creer que pertenecian á su locatario y ha contado con ellas, como con una garantía del contrato. Es preciso decir del propietario locador, que cuenta adquirir un derecho de prenda sobre los muebles introducidos en su casa, lo que se dice del comprador que trata de adquirir la propiedad; su posesion de la casa, unida á su buena fe, da al poseedor, por una especie de prescripcion instantánea, el derecho, cualquiera que sea, que ha creído adquirir.

El Código Frances disponia que las cosas sobre que se ejercia el privilegio del locador, eran los muebles que *adornaban la casa*, y esto ha traído mil cuestiones entre los jurisconsultos sobre la clasificacion de los muebles que adornan una casa. Nosotros, despues de la ilustrada discusion sobre la materia en que entra Mourlon desde el n° 81, decimos en el artículo *que se encuentran en la casa*, lo cual es conforme á las Leyes Romanas, y á la Ley de Partida. Las escepciones que ponemos se justifican por si mismas. Asi, cuando plantas de árboles han sido accidentalmente puestas en una casa alquilada, cuando el equipaje de un viajero se ha puesto en una posada, ó cuando los relojes se han confiado á



un relojero para componerlos, el locador sabe, ó debe saber que tales objetos no están en su casa sino de paso, para ser pronto sacados de allí; él no ha debido contar con ellos: se comprenden entonces que escapan á su privilegio, mas cuando la profesion de su locatario ó la naturaleza misma de las cosas introducidas, en su casa no indican que ellas no están sino accidentalmente: cuando su destino ordinario y habitual debe mas bien hacerle creer que han sido llevadas para permanecer allí; como cuando los instrumentos del cultivo de una hacienda se introducen en ella, el locador puede entónces contar con esas cosas para su seguridad. Si no se le instruye por una declaracion formal, ¿cómo podría saber que solo estaban en su casa accidentalmente y de paso? ¿qué signo le habria revelado su destino? El hombre mas cuidadoso de su derecho habria tenido la misma creencia que él. En este punto no hay que juzgar sino una mera cuestion de buena fe: que los muebles estén en la casa para permanecer en ella, ó que no estén sino de paso, ¿qué importa si el locador ha creído y ha podido creer legitimamente que eran introducidos para permanecer allí?

La escepcion no puede aplicarse á las mercaderías. Aunque no estén para permanecer en los almacenes ó tiendas, están obligadas al pago de los alquileres, como que el alquiler ha tenido por fin conservarlas allí para venderlas, y regularmente para reponerlas con otros efectos.

La escepcion comprende el dinero, cuyo destino es gastarlo fuera de la casa: los títulos de crédito, porque ellos no son parte de las cosas que estén en la casa, sino simples instrumentos que sirven para probar la existencia de los créditos: y los muebles que el locador sabía que no pertenecian al locatario.

La razon del privilegio no existe cuando el locador hubiese sabido que las cosas introducidas en la casa pertenecian á otro. En tal caso, habria podido exigir otras garantías. El conocimiento que se debe dar al locador de los derechos de los terceros en las cosas introducidas en la casa, debe ser en el momento de la introduccion de las cosas en la casa alquilada. Un conocimiento adquirido posteriormente, le seria ineficaz, pues él ha podido considerar como garantía de los alquileres las cosas introducidas por el locatario—Martou, desde el n° 412—Hay, sin embargo, ciertos casos en que la naturaleza de los muebles unida al destino de los lugares á que han sido conducidos, basta para que el locador sepa que no son del locatario, como por ejemplo, los muebles que, segun el uso de las casas de educacion ó colegios, llevan los pensionistas.

Martou, desde el núms. 407, combate la generalidad de la doctrina que forma nuestro artículo, pero lo hace fundado únicamente en el testo del Código Frances, que limita la garantía del locador á los muebles que *adornan la casa*.

La escepcion que ponemos comprende las cosas robadas ó perdidas. El que preste cosas muebles á un locatario, ó que por otra causa las coloque en casa de él, consiente tácitamente en que quodan afectadas al locador; pero cuando se trata de un mueble robado ó perdido, no puede decirse que su dueño lo ha afectado á la seguridad del crédito del locador, pues ignora en qué casa se encuentra, ó si el que lo ha robado ó hallado, ocupa ó no una casa alquilada. En tal caso, el derecho de prenda del locador no puede ser mas protegido que el derecho de conservar el derecho de propiedad que ha creído adquirir, es evidente que el locador

no podrá, con mas razon, estar autorizado á conservar la prenda de su crédito, sobre la cual habia contado.— Véase Pothier, *Louage*, núms. 243.— Persil, sobre el art. 2102—Duranton, tom. 19, n° 81)—Cód. Frances, 2102—Nota del codificador al art. 3895—Fallos de la S. C. N., Serie 2, tom. 11, p. 149—Id del doctor Beláustegui, tom. 1, p. 191.

**Locatarios principales:** Cuando una casa se ha sub-arendado, las cosas introducidas de que habla este artículo quedan afectadas al pago de los alquileres, no solo en favor del sub-locador, sino tambien del locador primitivo, por lo que el locatario primitivo deba á aquel; pero este privilegio es por la cantidad que el sub-locatario deba al sub-locador. (Véase comentario al art. 1593.) Téngase presente lo dispuesto en el art. 1586.

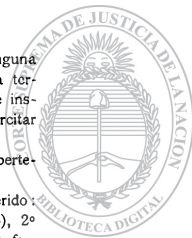
**Todos los muebles que se encuentran en la casa:** El art. 1558 asegura mas este privilegio concediendo el derecho de retencion sobre esos mismos muebles; así el locador se precave de que esos objetos sean sacados y lleguen á perder su privilegio, si no se encuentra en el caso del art. 3885. El Dr. Segovia en la nota 23 al artículo que estudiamos dice que son *notables las incongruencias* que hay entre este artículo y el 1558, y que siendo *imposible amalgamarlas* debe aplicarse el art. 1558 (1560 de su edicion) al derecho de retencion y el presente al privilegio. No vemos en qué está la *incongruencia*, ni la razon de critica al conceder al locador derecho de retencion al mismo tiempo que privilegio. Son dos derechos distintos é independientes unos de otros. (Véase nota del codificador al art. 3913)

El mismo Dr. Segovia dice que hay que aplicar el art. 1558 al derecho de retencion y el presente al privilegio; esto es muy claro, pues que el uno da derecho de retencion y el otro privilegio. Lo que no nos esplicamos es la critica.

1° El locador para asegurar su crédito, al mismo tiempo que entabla la demanda ejecutiva por cobro de alquileres puede pedir el embargo de los muebles afectos al privilegio (art. 1578).

2° Respecto al tiempo en que puede ejercerse el privilegio, en el fallo del Dr. Beláustegui, citado, se sienta este principio: "Que de la combinacion de los arts. 1578 y 3883, se desprende que la accion ejecutiva por cobro de alquileres solo puede ejecutarse durante la vigencia del contrato ó cuando la casa esta todavía ocupada por el locatario y tenga en ella los objetos





muebles que responden al privilegio del locador; pero de ninguna manera cuando, como en el presente caso, el contrato ha terminado en una época relativamente remota, y la acción se insinúa contra la testamentaria del obligado, sin poderse ejercitar sobre los bienes especialmente afectados por la ley".

**Aunque no pertenezcan al locatario:** Y aunque pertenezcan á un depositante (art. 3905).

3º Este privilegio ocupa el 7º lugar, en razon de ser preferido: 1º por los gastos de venta y de justicia (arts. 3900, 3904), 2º por los gastos funerarios (art. 3904), 3º por los de última enfermedad (art. 3904), 4º por el acreedor de los frutos de la cosecha (art. 3909), 5º por los gastos del acarreador (art. 3910), 6º por los gastos de semillas y cosechas (art. 3911).

**3884**—El privilegio del locador garantiza, no solo los alquileres que se deban, sino tambien todas las otras obligaciones del locatario, que se derivan del contrato de arrendamiento. (Concuerda con los arts. 1558—1582—1572—1586—1590—3883.)

#### CONCORDANCIAS

(Sobre todo lo comprendido en los dos artículos anteriores, L. 9, Tit. 17, L. 3, Fuero Real—L. 5, Tit. 8, Part. 5ª—L. 6, Tit. 11, Lib. 10, Nov. Rec.—Código Frances, art. 2101—Art. 20 de la Ley de Bélgica, de 16 de Diciembre de 1861—L. 2 y 4, Tit. 2, Lib. 20, Dig.—Martou, *Privil.*, desde el n° 385—Mourlon, *Exámen Crit'co*, desde el n° 83—Zachariæ, § 791, nota 9—Pont, desde el n° 104—Aubry y Rau, § 261—Troplong, *Priv.* n° 152.)

**Las otras obligaciones del locatario:** Ya sea que estas obligaciones estén estipuladas en el mismo contrato ó que nazcan del solo mandato de la ley, están siempre garantidas por el privilegio.

1º Como la falencia del locatario no causa la disolucion del contrato (argumento del art. 1576, última parte) el locador podrá pedir que se le garantice con las cosas sujetas al privilegio el pago de los alquileres á devengar. (Véase sobre esto á Laurent, tom. 29, n° 393 y siguientes.)

Los acreedores podrian en tal caso asegurar el pago de los arrendamientos á vencer para de este modo percibir el precio de los muebles sujetos al privilegio.

Si los acreedores dejaban en poder del deudor los muebles sujetos al privilegio, el locador no tendria razon alguna para pe-

dir la rescision del contrato; se encontraria en el mismo caso que en el párrafo anterior. Sobre esta interesante cuestion puede verse á Laurent, tom. 29, nº 396.

**3885**—Si los muebles gravados con el privilegio hubiesen sido sustraídos de la casa alquilada, el propietario de ella puede, durante un mes, hacerlos embargar para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ellos sea de buena fe. (Concuerda con los arts. 3883—3884—3890 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

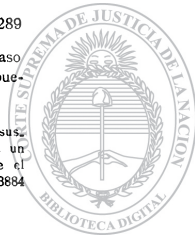
(Véase L. 5, Tit. 8, Part. 5ª — Martou, desde el núms. 432 — Aubry Rau, § 261 — Zachariæ, § 791—Pont, *Privil.*, núms. 130 y siguientes. El consentimiento del locador para que los muebles se saquen de la casa, puede ser expreso ó tácito, y en ambos casos no puede reclamarlos. La cuestion de saber si hay consentimiento tácito, depende del exámen de las circunstancias. Los Tribunales apreciarán si los hechos alegados importan un consentimiento tácito.

Obsérvese que hay una clase de mudanza de los muebles á otra casa ó lugar, que, desde el origen del alquiler, supone necesariamente el consentimiento tácito del locador, y son los que éste ha podido prever por razon de los lugares alquilados ó de la profesion del locatario. Cuando un propietario alquila una tienda á un negociante, ó arrienda á un agricultor una heredad rural, la enajenacion ó mudanza á otro lugar de los efectos, son operaciones legítimas, porque son inevitables y de la esencia de las cosas. No puede decirse así, si el trasporte de los efectos fuese extraño al ejercicio regular de la profesion del locatario y al movimiento normal de sus negocios. La presuncion del consentimiento falta entonces.) Goyena, 1926 inc. 6—Cód. Frances, 2102, inc. 1.

**Hubiesen sido sustraídos de la casa:** Es decir, hubiesen sido sacados sin el consentimiento expreso ó tácito del locador.

1º Nuestro artículo se refiere á todos los bienes sujetos al privilegio, sin distinguir los que son del locatario y los que no lo son.

2º El locador no podrá hacer uso del derecho acordado por el artículo que estudiamos, cuando en la casa alquilada quedan muebles suficientes para garantir su crédito. Martou, nº 430, apoyando esto mismo, dice: El derecho del locador es seguramente de los mas respetables; pero es necesario que no lo convierta en abuso. El temperamento que sobre esto adoptan los autores satisface, no solamente á la equidad, sino que es conforme á muchos principios de derecho.





3º Supóngase que los muebles son sacados de la casa en virtud de un embargo judicial á pedido de los acreedores del locatario ¿puede en este caso el locador embargarlos? Indudablemente que no, pues su privilegio se ejerce sobre el precio. Su derecho consistiría, como dice Martou, en hacerse colocar en el grado que su privilegio le da para pagarse con el precio de la venta.

4º Los gastos de venta de las cosas sujetas al privilegio del locador son preferidos á los créditos de éste (art. 3904).

5º El crédito del vendedor de los objetos introducidos al inmueble arrendado es preferido al crédito del locador cuando éste sabía que esos objetos no estaban pagados (art. 3908—Véase también arts. 3911 y siguientes).

**3986**—El posadero goza del privilegio del locador, bajo las mismas condiciones y escepciones, sobre los efectos introducidos en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos á los viajeros. El privilegio no comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros. (Concuerda con los art. 1558—1578—2229—2230—3885 y sus concordantes—3902—3907—3914.)

#### CONCORDANCIAS

(Martou, *Privil.*, desde el núms. 498—Ponsil, sobre el art. 2102, § 5—Pont, *Privil.*, núms 163 y siguientes—Tropiong, *Privil.*, núms 204.)

**El posadero:** Se comprenden bajo esta denominación á los hoteleros, dueños de casas amuebladas, de casas de huéspedes, etc., etc.; no se aplica á los restaurants ó cafés en que solo se da de comer (Merlin, palabra *hôtelier*).

**Bajo las mismas condiciones:** Se debe entender también en la misma estension en que se da el privilegio en favor del locador, salvo lo dispuesto sobre la prescripción en el art. 4035, inc. 1. (Véase nº 1 de este comentario.)

**Sobre los efectos introducidos en la posada:** Se refiere no solo á los equipajes, sino también á los caballos, carros, coches, etc., etc., introducidos por los viajeros (Martou, nº 502, y argumento del art. 2231).

1º Debe tenerse presente que el privilegio del posadero so-



bre los objetos introducidos se ejerce aun cuando éstos no pertenecan al huésped, siempre que el acreedor ignore que son ajenos, pues se aplica respecto á esto, en todas sus partes, la disposicion del art. 3883. Esto, dice Martou, es una aplicacion del principio de que en materia de muebles la posesion vale por título.

2º Considerando á los posaderos como depositarios de los objetos introducidos en las posadas, los juriscultos franceses no dan á éstos el mismo derecho de reivindicacion que se da al locador por los objetos sustraídos del inmueble arrendado. Resuelven la cuestion de si los posaderos pueden reivindicar los objetos sustraídos y en qué tiempo pueden hacer uso de este derecho, con arreglo á las disposiciones del depósito.

Entre nosotros creemos que no puede usarse este mismo procedimiento, por cuanto el artículo que estudiamos equipara el privilegio del posadero al del locador de un modo especial.

“El posadero goza del privilegio del *locador*, dice el artículo, *bajo las mismas condiciones y excepciones*, etc., etc. Esto no lo dice el inciso 6 del art. 2102 frances que se ocupa de este privilegio. Por lo mismo, las reglas especiales determinadas para tal ó cual clase de acreedor no puede, dicen, hacerse estensivo por mera interpretacion á tal otra.

Esto no sucede tratándose del artículo que estudiamos, pues las palabras que hemos copiado ponen el crédito del fondero y del locador en la misma categoría para ser ejercido *bajo las mismas condiciones*.

Esto, por una parte, y por otra la circunstancia de que los mismos fundamentos aducidos por el Dr. Velez en la nota respectiva al conceder privilegio al locador, existen y han sido tenidas en vista para crear el privilegio del posadero. Desde el momento en que éste ve el equipaje de su huésped, ya hace el cálculo de la garantía que le ofrece para el pago de lo que gaste. y sobre esta base y con esta seguridad, el posadero puede des-cuidar el cobro de su deuda, y no sería justo ni habría por qué negarle la misma accion que se acuerda al locador por el art. 3885, aun contra el poseedor de buena fe, cuando se trata de privilegios que tienen el mismo fundamento.

Es por esto que cremos que tratándose de objetos sujetos al privilegio del posadero no debe aplicarse el art. 3945 sino el 3885.



3º Los créditos del posadero están en mejores condiciones que los del locador, por cuanto únicamente son preferidos por dos créditos: 1º los gastos de justicia; 2º los gastos funerarios (art. 3914). Vienen á ocupar entónces el tercer lugar entre los gastos que tienen privilegios especiales sobre los muebles.

**3397**—Goza de igual privilegio, el acarreador sobre los efectos transportados que tenga en su poder ó en el de sus agentes, y durante los quince dias que sigan á la entrega que hubiese hecho al propietario, por el importe del trasporte y gastos accesorios. (Concuerda con los art. 2777 á 2780.)

#### CONCORDANCIAS

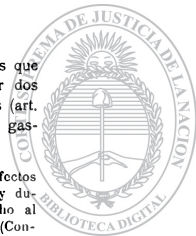
(Ley de Bélgica de 1851, art. 20, n° 7—Aubry y Rau, § 261—Duranton, tom. 19, n° 134—Persil, sobre el art. 2102—Martou, n° 506—Pont, *Privil.*, n° 168—Las consideraciones que legitiman este privilegio, reposan sobre los servicios que el acarreador hace á la sociedad facilitando las relaciones de negocios: sobre la necesidad en que lo pone su ejercicio de estar á la disposicion de personas cuya solvencia no puede apreciar, y en fin, sobre el pesa el grave cargo de la conservacion de las cosas confiadas á su cuidado.

La ley y los autores franceses citados, solo dan veinte y cuatro horas al acarreador para reclamar su privilegio, despues de entregar los efectos conducidos. Mourion, desde el n° 45, ha criticado esa resolusion con los mejores fundamentos, y siguiendo su opinion estendemos el término á quince dias.

El privilegio sobre la cosa conducida no se estiende á las sumas debidas por trasportes precedentes. Es necesario considerar los viajes del mismo acarreador como hechos por acarreadores diferentes. El privilegio no puede extenderse de un trasporte á otro, cuando las cosas conducidas han sido el objeto de contratos distintos; pero otra cosa será, cuando se trate en globo de cosas determinadas que sean el objeto de un solo contrato, y formen bajo un solo precio, una sola operacion; entonces es indiferente que el trasporte se efectúe ó no por viajes repetidos. El modo de la ejecucion de una operacion indivisible no altera su carácter de indivisibilidad. El acarreador puede, pues, reclamar sobre los objetos del último viaje, todo lo que sea debido por el todo de los trasportes. Pero la unidad de la operacion para legitimar la estension del privilegio á gastos de conducciones anteriores, no resultaria de la simple consideracion que los trasportes sucesivos hubiesen tenido lugar bajo condiciones idénticas.)

**Goza de igual privilegio:** Este privilegio es como el del posadero, superior al del vendedor, con la modificacion establecida en el art. 3907; pero el art. 3910 pone el privilegio del acarreador en mejores condiciones que el del posadero.

**Y gastos accesorios:** Por ejemplo, gastos de reparacion, embalaje, etc., etc.



1º El privilegio del acarreador se ejerce aun contra los poseedores de buena fe.

2º Este privilegio ocupa el 3.º lugar, por ser preferido: 1º por los gastos funerarios (art. 3910); 2º por los de justicia, entre ellos los gastos de venta (arts. 3900 y 3910.) (Véase comentario al 3914.)

**3888**—Son privilegiadas las sumas debidas por las semillas y por los gastos de la cosecha, sobre el precio de esa cosecha. (Concuerda con los art. 2588 y siguientes—3911—3912.)

#### CONCORDANCIAS

(Martou, núms 440. Porque no hay frutos sino deducidos los gastos. El privilegio comprende solo las semillas vendidas, y los trabajos de la cosecha del año, y no la de los años anteriores.)

**Sobre el precio de la cosecha:** Pero estos gastos ceden á los gastos de la venta y conservacion de la cosecha, que por su naturaleza especial están en mejores condiciones (art. 3901), otro tanto sucede con los gastos de justicia (art. 3900).

1º Por *gastos de cosecha* se comprenden los salarios de la gente ocupada y el valor de los utensilios comprados con ese objeto. Estos últimos ejercen primero el privilegio sobre el precio de los muebles y por lo que reste sobre el precio de la cosecha (Martou, n° 440). Comprende tambien este privilegio lo que se deba á los terceros que hayan hecho la cosecha, como los que contratan la trilla ó corte de la cosecha con máquinas propias.

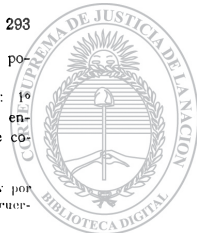
**3889**—La prenda da al acreedor el derecho de hacerse pagar con preferencia á los otros acreedores, salvo las escepciones que en este título se establecen. El privilegio no subsiste, cuando la prenda ha salido del poder del acreedor. (Concuerda con los art. 3206—3218—3220—3227—3234—3235—3883—3890—3902—3907—3909—3913—3943—3944—3945.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 41 y siguientes, Tit. 18, Part. 5ª—Cód. Frances, arts. 2073 y siguientes—Pont, n° 137—Martou, n° 449—Véase los arts. 3204 al 3238 de este Código.

—La posesion, fundamento del privilegio del pignoraticio, no debe tener nada de incierto ni de equivoco. Si los terceros han podido ser inducidos en error sobre la disposicion del deudor, si ellos han podido creer que el mueble empeñado, estaba en su poder libre de toda obligacion, el derecho de preferencia cesaria de pertenecer al acreedor.

Sobre la naturaleza del derecho de prenda, ha nacido una difícil cuestion entre los jurisconsultos. Unos enseñan que cuando la Ley, ó nuestro





art. 3218, dispone que si existiese por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contraída posteriormente, que viniese á ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado á volver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda: ella se refiere solo al deudor que pagando la primera deuda, quisiese que se le devolviese el objeto dado en prenda, y no á terceros. Moulon, n° 227, sostiene de una manera general que en tal caso, si hay un derecho, será sobre la prenda por la segunda deuda, lo mismo que por la primera con el cual puede resistirse la acción de terceros. Martou, desde el núms 453, espone los fundamentos de una y otra opinion)—Comentario al 3907.

**Salvo las excepciones:** Estas excepciones tienen que ser espresas, como las establecidas por el art. 3913, que da á los gastos funerarios, de última enfermedad y de venta de los muebles preferencia sobre el acreedor pignoraticio.

**Cuando la prenda ha salido del poder del acreedor:** Pero esto solo es así cuando no median las circunstancias determinadas en los arts. 3945 y sus concordantes. (Véase art. 3890.)

La ley da preferencia sobre esta deuda: 1° á los gastos funerarios; 2° de última enfermedad; 3° de justicia (art. 3879, inc. 1—3900, 3913, última parte.) De modo que viene á ocupar, como los gastos de conservacion, al cual es preferido, en el caso del art. 3902, el 4° lugar.

**3890**—Si el acreedor ha sido desposeido de la prenda contra su voluntad, puede reivindicarla durante tres años. (Concuerda con los arts. 3206—3208—3227—3765—2772—3885—3889—3944—3945.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2279—Martou, n° 452—Moulon, *Exámen crítico*, n° 112—Persil, *Privil.*, sobre el art. 2102—Duranton, tom. 19, n° 105.)

**Puede reivindicarla:** Esta acción la tiene aun contra el poseedor de buena fe, si la cosa ha sido robada ó perdida (art. 3945).

**3891**—El crédito del obrero ó artesano tiene privilegio por el precio de la obra de mano, sobre la cosa mueble que ha reparado ó fabricado, mientras la cosa permanezca en su poder. (Concuerda con los arts. 1429—1636—3892—3916 á 3918—3931.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Luisiana, art. 9148, inc. 2)—Martou, n° 459—Grenier, n° 814—Battur, n° 49.

**Sobre la cosa mueble que ha reparado ó fabricado:**



La palabra *reparado*, de que se vale este artículo y las de *mientras permanezca en su poder* con que termina, traen cierta confusión comparándolas con lo dispuesto en el art. 3892 y siguientes. Parece que ambos legislan el mismo caso y que un artículo solo diese derecho al privilegio mientras la cosa permanece en poder del acreedor, al paso que el otro conserva el privilegio aun después de salida la cosa de poder del deudor.

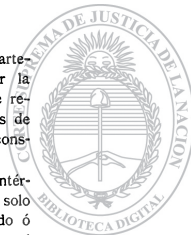
No es sin embargo así; el artículo que estudiamos tiene origen en una cuestión suscitada entre los jurisconsultos franceses con motivo del inciso 4 del art. 2102 del Código, que acuerda privilegio al conservador de la cosa mueble, del cual fué tomado el art. 3892 nuestro.

En efecto, Battur, n° 49 estudiando el art. 2102 en su primitiva redacción, dice: “¿Se debe acordar el mismo privilegio al artesano ó fabricante que ha trabajado en los objetos que le son remitidos para este objeto, por el precio de su mano de obra, ó por los adornos ó agregados que ha hecho para confeccionarlos, según su destino?” La afirmativa parece indudable, derivada de la conclusión de los núms. 2 á 6 del art. 2102 del Código Civil, del § 3 del art. 2103, etc., etc.

También Grenier, n° 314, apoya esta opinión de Battur; pero Martou, n° 455, de donde el codificador tomó la nota de nuestro art. 3892, aceptando la disposición contenida en ese artículo, en el n° 499, combate la doctrina de Battur, y por consiguiente la del artículo que estudiamos.

El Dr. Velez, á fin de evitar en nuestro Código la misma cuestión y estando de acuerdo con Grenier y Battur, ha puesto el artículo que estudiamos, que no comprende los gastos de conservación propiamente, sino los de fabricación y reparación. Entre estos gastos de *reparación* de que habla el artículo que estudiamos, y los de conservación de que habla el 3892 siguiente hay la diferencia de que los primeros no tienen por objeto evitar que la cosa perezca, sino conservarla en buen estado, y los otros tienen por objeto impedir que la cosa perezca.

Esto por lo que hace á los casos legislados en estos dos artículos; pero en cuanto á la razón misma de la distinción no la encontramos justificada para que figure en un Código. No vemos la diferencia radical entre *conservar* y *reparar* una cosa para evitar una pérdida parcial, que pueda dar lugar á conceder,



para el uno privilegio mientras la cosa está en poder del artesano, y al otro un privilegio que se ejerce después de salir la cosa de poder del conservador. Creemos que los gastos de reparación han debido ponerse en la misma condición que los de conservación en el art. 3892, y solo aplicar á los gastos de construcción la disposición del que estudiamos.

Aunque pensamos que esto habría sido mejor, á fuer de intérpretes diremos que el artículo que estudiamos es aplicable solo á los artesanos ú obreros que han compuesto, refaccionado ó hecho objetos que les han sido enviados con tal destino, y el 3892 á todos los gastos de conservación en general.

1º El artesano y el obrero tienen en el caso legislado en el artículo derecho de retención, pues saliendo la cosa de su poder desaparece el privilegio. El derecho de retención lo pone en las mismas condiciones que los otros créditos privilegiados (Véase comentario al art. 3892.)

**Mientras la cosa permanezca en su poder:** Pero si hubiese sido sustraída de la casa, tendrá derecho á reivindicarla en el mismo caso que tiene derecho de reivindicar el locador los objetos sujetos al privilegio (arts. 3885 y sus concordantes.)

**3892**—Los gastos de conservación de una cosa mueble, sin los cuales ésta hubiera perecido en todo ó en parte, deben ser pagados con privilegio sobre el precio de ellos, esté la cosa ó no en poder del que ha hecho los gastos. Los simples gastos de mejoras, que no tengan otro objeto que aumentar la utilidad y el valor de la cosa, no gozan de privilegio. (Concuerda con los artículos 2278—2428—2440—3466—3891—3900 3901—3902—3903—3906.)

#### CONCORDANCIAS

(Martou, nº 455 y siguientes—Aubry y Rau, § 261, nº 4—Pont, núms. 140 y siguientes—Tropiong, nº 176—Persil, sobre el art. 2102—Zachariæ, § 791—Este privilegio era admitido por las leyes romanas.—Leyes 5 y 6—Lib. 20—Título 4, Digest, por la razón de que el conservador había salvado la cosa común á todos. *Salvum fecit totius pignoris causam*. El privilegio no reposa sobre un derecho de prenda, y es independiente de la detención de la cosa por el acreedor. Basta que el mueble conservado éste en poder del deudor; pero si sale del poder de este por una enajenación que hiciere, el privilegio se pierde, porque la posesión equivale al título, y por privilegio no se puede ir contra el tercer poseedor. El privilegio existe en el caso de una conservación parcial de la cosa, como en el de una conservación total.

Varios juriconsultos, entre ellos Zachariæ, § 261, nº 3—Battur, *Privil.*, núm.



489, y principalmente Troplong y Grenier, sostienen que el privilegio dado al que ha conservado la cosa, debería estenderse al que la hubiese mejorado, en cuanto la mejora hubiera aumentado el valor de ella.—Mourlon, desde el n° 14, combate estensamente la doctrina de Troplong. Es verdad que bajo cierto punto de vista hay mas mérito en mejorar una cosa que en conservarla, pues que el mejorante aumenta con un valor nuevo el patrimonio del deudor, mientras que el conservador no hace sino mantener lo que encuentra. Pero obsérvese que el privilegio del conservador se establece sin dificultad, sobre el valor íntegro de la cosa, sin que sea necesario una estimación previa. Lo contrario sucedería respecto á los gastos de mejora, que sería necesario separarlos del valor de la cosa. Sería preciso prescribir formalidades costosas, complicadas y muchas veces impracticables, para calcular el valor primitivo, y separarlo con precisión del valor adquirido. Al mejorante le bastará el derecho de retención, si la cosa está en su poder.)—Battur, 49.—Laurent, tom. 29, núms. 456 á 458.

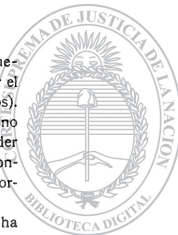
**Los gastos de conservación:** Este es uno de los créditos que figuran en primera línea entre los privilegiados, como que son los que han conservado la cosa en el patrimonio del deudor; son como los gastos de justicia, que al fin son tambien de conservación. (Véase n° 3 de este comentario.)

**De una cosa:** Algunos creen que en este artículo deben comprenderse tambien los gastos hechos para la conservación de un derecho. Pero esto es dar una interpretación impropia al lenguaje empleado por el codificador; y á mas nos parece inútil entrar en esta discusión cuando la conservación de los derechos entra mejor en los gastos de justicia que son igualmente privilegiados. Así, la interrupción de una prescripción, el embargo de su crédito, de una cosa que se iba á sustraer, etc., etc., son tambien gastos de conservación, pero están comprendidos en los gastos de justicia.

1º Debe tenerse presente que por gastos de conservación no se entienden aquellos gastos hechos para que la cosa preste el servicio á que está destinada, sino á los gastos que impiden que la cosa misma desaparezca.

**Esté ó no la cosa en poder del que ha hecho los gastos:** Esto prueba que el privilegio no reposa solo en el derecho de retención, como en el caso del artículo anterior, sin embargo de tener los acreedores de que habla este artículo derecho de retención (arts. 2428, 2440).

Pero para ejercer el privilegio es necesario que la cosa aun que no esté en poder del conservador, lo esté por lo menos en el del deudor, pues si sale de su poder, el principio de que la po-



sesion vale por título, hace que en principio general la cosa no pueda ser perseguida de poder de terceros de buena fe, para ejercer el privilegio (nota del codificador á este artículo y autores citados).

**Los simples gastos de mejora:** Aunque á estos gastos no se les acuerde privilegio despues que la cosa ha salido de poder del deudor, éste tiene derecho de retencion, con lo cual conserva tambien su privilegio (arts. 2428, 2440, 3940, sus concordantes y nota del codificador á dicho artículo y al 3939).

2º El privilegio del conservador desaparece cuando la cosa ha sufrido transformaciones que impidan reconocerla (Martou, nº 463, Aubry y Rau, citado, nota del codificador al art. 2567 y 3896).

3º Estos gastos ocupan el 4º lugar entre las deudas con privilegios especiales. Así, son preferidos: 1º por los gastos de justicia (arts. 3900, 3901, última parte); 2º por lo gastos funerarios (art. 3901); 3º por el acreedor pignoraticio, por el posadero y por el acarreador, cuando este no tenia conocimiento de la deuda del conservador (art. 3902, 3910 y nota del codificador al mismo). Pero cuando éstos tenían conocimiento del crédito del conservador, éste ocupa el tercer grado. (Véase, sin embargo, nuestro comentario al art. 3901.) Son preferidos á los gastos de última enfermedad; lo cual no sucede con el prendario, y por eso están en el mismo grado, como lo decimos en el comentario al art. 3889.

**3893**—El vendedor de cosas muebles no pagadas, goza de privilegio por el precio sobre el valor de la cosa vendida, que se halle en poder del deudor, haya sido la venta al contado ó á plazo. Si la cosa ha sido revendida y se debiese el precio, el privilegio se ejerce sobre el precio. (*C. Com.*, 533.) (Concuerda con los arts. 1429—3894—3895—3896—3911—3912—3924.)

#### CONCORDANCIAS

(Mourlon, *Exámen critico*, núms. 119—Aubry y Rau, § 261, nº 5—Duranton, tom. 19, nº 126—Pont, nº 147)—Goyena 1927, inc. 7.

**El vendedor de cosas muebles:** ¿Están comprendidos aquí los copermutantes? No obstante la paridad, dice Martou, que desde el derecho romano se notaba entre la venta y el cambio, *permutatio vicina est emptio* no puede estenderse el privilegio del vendedor al cambista. Esto, que puede tener razon de ser en derecho frances, en virtud de la disposicion del inc. 2, art.



2103, no es aplicable entre nosotros, desde que la cuestion debe resolverse con arreglo á los principios generales de derecho.

El privilegio del vendedor, por el precio de la cosa vendida, está fundado en un principio de equidad. Si el vendedor que ha puesto la cosa en el patrimonio del deudor fuera preferido por otro deudor, dice el codificador en la nota al art. 3924, éste se enriquecería á costa de aquél. Esto mismo sucedería tratándose de un copermutante á quien no se le hubiese entregado la cosa que debía darse en cambio de la suya. La cosa debida es el precio de la recibida; así como no sería justo que en el caso de venta el vendedor no tuviera privilegio por el precio de su misma cosa, así también sería injusto que el precio de la cosa entregada por el permutante que no ha recibido lo que por ella se debía, fuese á poder de los otros acreedores.

1º ¿Es aplicable esta disposicion á los cesionarios? Indudablemente que sí, pues la cesion de créditos no es sino una venta (art. 1435). Desde que el crédito no pagado existe en el patrimonio del cesionario, sería injusto que los acreedores de éste fuesen pagados con preferencia al cedente, pues aquéllos se enriquecerían á costa de éstos. Hay, pues, exactamente las mismas consideraciones porque se da preferencia al vendedor para acordarla al cedente. La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en este sentido (Martou, nº 469).

2º El privilegio no comprende el valor de los bienes dotales de la mujer cuando éstos se han vendido (art. 1259); pero ella puede reivindicar los que existan en poder del marido (nuestro comentario al art. 1318, tom. 2, pág. 290).

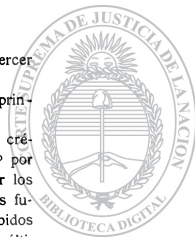
**Por el precio:** No se comprende, por consiguiente, los daños y perjuicios sufridos por el retardo, ni tampoco los gastos de justicia hechos para el cobro (art. 3879 y nota del codificador al mismo y art. 3925).

3º Aunque el vendedor haya aceptado en pago obligaciones ó documentos suscritos por el acreedor, el privilegio no desaparece (art. 813 y nota del codificador al mismo—Véase Martou, nº 470).

**Que se halle en poder del deudor:** Aunque haya sufrido cambios ó se encuentre inmovilizado (art. 3896 y su comentario—Goyena, comentario al art. 1927, inc. 7).

**El privilegio se ejerce sobre el precio:** Cuando éste ha





sido pagado, se encuentra ya confundido, y no se puede ejercer el privilegio.

Pensamos que cuando se ha permutado regirá el mismo principio (Martou, n° 467).

4° El privilegio del vendedor ocupa el 7° lugar entre los créditos que tienen privilegios especiales, pues son preferidos: 1° por los gastos de justicia (art. 3879, inc. 1, 3900, 3908); 2° por los gastos del conservador (arts. 3892, 3901); 3° por los gastos funerarios (art. 3880, inc. 1, 3908); 4° por los alquileres debidos (arts. 3883, 3895, argumento del 3904, última parte, 3908, última parte); 5° por el acreedor pignoraticio (arts. 3889, 3894, 3907); 6° por los créditos del posadero y el acarreador (art. 3907, 3914.)

**3894**—El privilegio del vendedor no puede ser ejercido cuando la cosa vendida y no pagada ha sido dada en prenda, ignorando el acreedor los derechos del vendedor. El privilegio de éste subsiste solo en el valor restante de la cosa, pagado que sea el acreedor pignoraticio. Pero el privilegio del vendedor no se extingue cuando el acreedor pignoraticio sabía que la cosa recibida en prenda no estaba pagada. (Concuerda con los arts. 2412 y siguientes—2781—3213—3893—3907.)

#### CONCORDANCIAS

(Martou, n° 478—Mourlon, n° 118—Aubry y Rau, § 261—Pont, núms. 151 y sigtes.)—Battur, núms. 51 y siguientes.

**Ignorando el deudor los derechos del vendedor:** Á este último le corresponde probar que el acreedor pignoraticio conocía la obligación preexistente de su deudor (arg. del art. 3895). La razón es que en materia de muebles la posesión vale por título; desde que el acreedor ve una cosa en poder de su deudor esa posesión debe haberle hecho presumir que era suya (art. 3213).

1° Téngase presente que el acreedor pignoraticio para repeler el crédito del vendedor tiene que probar la constitución de la prenda por escritura pública ó por documento privado de fecha cierta (art. 3217).

**3895**—Tampoco puede ejercerse el privilegio del vendedor, cuando las cosas vendidas y no pagadas han sido puestas en una casa alquilada, hasta quedar pagado el locador de lo que se le debe por alquileres, desde que se introdujeron las cosas vendidas y no paga-

das, á no ser que el vendedor pruebe que el locador sabia que no estaban pagadas. Pero el crédito del locador por alquileres vencidos anteriores á la introduccion en la casa de las cosas vendidas y no pagadas, cede al privilegio del vendedor, si éste intentase la reivindicacion de ellas, en el término de un mes desde la venta que hizo. (Concuerda con los arts. 1558—3823—3908.)

## CONCORDANCIAS

(Pongamos el caso del arrendamiento de una casa por tres años; y el inquilino, debiendo ya un año de alquileres, introduce en la casa un costoso amueblamiento que aun no ha pagado. El vendedor de los muebles no pudiendo cobrar del inquilino el valor de ellos, quiere reivindicarlos, y el dueño de la casa le opone su privilegio para ser pagado con el precio de todos los muebles que existen en la casa alquilada. ¿Qué decidir? Si no se hace lugar á la pretension del locador, su condicion quedará despues de sacados, los muebles tal como era antes de la introduccion de ellos en la casa: él solo habia dejado de mejorarla y de aumentar su garantia. Mourlon, n° 138.

Supongamos la solucion inversa. La fortuna del vendedor pasa entonces al patrimonio del locador, se arruina al uno para enriquecer al otro, tan solo por que los muebles vendidos han tocado el suelo de la casa alquilada. El locador no puede decir que le ha dado crédito al locatario, en consideracion de los muebles que actualmente se encuentran en su casa, puesto que á la época del alquiler estos muebles no se llevaron allí. No se engaña, por lo tanto, en sus legítimas esperanzas, permitiendo al vendedor que los reivindique. Si los muebles sobre que quiere asentar su privilegio se encuentran en su casa, es solo por un accidente.

Pothier opina por la reivindicacion del vendedor en el caso que tratamos. “Si una persona, dice, vende muebles á mi locatario, á pagarlos al contado, y deja llevarlos á la casa que el locatario ocupa. ¿podrá impedir que los reivindique por falta de pago? Yo creo que no, porque el vendedor, vendiendo al contado, no ha querido deshacerse de ellos sino cuando se le pagasen, y no puede decirse que ha consentido en quedar obligado á los alquileres”.

Se nos puede argüir con la resolucion que antes hemos dado, por la cual preferimos el pignoraticio al vendedor no pagado de la cosa dada en prenda: lo mismo deberia resolverse sobre la prenda tácita que recibe el locador de los muebles que se introducen en la casa. Pero téngase presente que limitamos la reivindicacion á solo un mes, tiempo que no puede causar un mal grave al locador, la pérdida de un mes de alquileres, y que tiene todavía la garantia de los muebles introducidos en la casa al tiempo del arrendamiento. Si prefiriésemos el vendedor al pignoraticio, este perderia todo el capital dado en garantia de la prenda: la deuda toda constituida á su favor desde el principio del contrato.

**Hasta quedar pagado el locador de lo que se le debe por alquileres, desde que se introdujeron las cosas vendidas y no pagadas:** El Dr. Segovia, en la nota 57, estudiando estas palabras, que parecia imposible pudieran dar lugar á dudas por la claridad con que están redactadas, dice: “Esta





frase de *equivoco sentido parece* significar que los alquileres anteriores á la introduccion de la cosa vendida no tienen privilegio sobre ésta; mientras que el testo del art. 3885, inc. 2 (3883 de la edicion oficial), es absoluto y no toma en cuenta el momento de la introduccion".

La frase no solo *parece* indicar lo que dice el Dr. Segovia, sino que real é indudablemente eso indica, con lo cual por otra parte, en nada se contradice el principio general sentado en el art. 3883. En ese artículo se establece en principio que el locador tiene privilegio por el precio de la locacion sobre el valor de los muebles introducidos, lo que no quita que en los demás artículos se reglamente y se determine en qué casos se ejerce ese privilegio. Si las palabras que estudiamos importasen una contradiccion á lo dispuesto en el art. 3883 citado, tambien estarian en contradiccion con ese artículo todos los que establecen privilegios preferentes al crédito del locador; y todo el Código estaria lleno de contradicciones, lo que no es así.

Por otra parte, en la critica que hace de ese artículo el Dr. Segovia, no se comprende si él cree que se debe interpretar tal como está redactado, ó si no debe tomarse en cuenta el tiempo de la introduccion de las cosas para determinar el privilegio del comprador, Esto último seria ir contra el testo espreso de la ley.

Lo que el artículo significa claramente es lo siguiente: Las cosas compradas y no pagadas introducidas en el inmueble arrendado quedan afectadas al pago de los alquileres que se devenguen despues de la introduccion; por esta causa el vendedor no puede ejercer su privilegio por el precio de venta, sino despues de pagados esos alquileres; pero cuando el locador sabia que las cosas introducidas no estaban pagadas, el vendedor puede ejercer su privilegio con preferencia al crédito del locador.

**Anteriores á la introduccion de la cosa vendida:** Sobre la palabra *anteriores*, el Dr. Segovia en la nota 59, dice: "Segun la disposicion del inciso 1º y lo que dice el Dr. Velez en la nota, debiera leerse *posteriores* y no *anteriores*". Segun el inciso citado y segun la nota, decimos nosotros, debe leerse tal como está escrito.

Habiendo dicho en el inciso 1º que el valor de los arrendamientos vencidos *desde que se introdujeron los muebles*, es decir, con *posterioridad* á esa introduccion, este segundo inciso es des-



tinado á reglar la suerte de los alquileres vencidos con *anterioridad* á esa introduccion. La misma preposicion adversativa *pero* con que principia la frase que estudiamos demuestra bien claro esto.

Así, en el caso del inciso 1º el privilegio del vendedor *cede* al privilegio del locador por los alquileres *posteriores* á la introduccion en la casa arrendada de los muebles que se le deben; *pero* con respecto á los *anteriores* á la introduccion, el privilegio del locador *cede* al del vendedor.

La razon de esto la da el mismo Dr. Velez en la nota á este artículo; por los alquileres que estaban vencidos cuando se introdujeron los muebles comprados, el locador no contaba con la garantia de esos muebles, puesto que no estaban en la casa, y por lo mismo dándose preferencia al crédito del vendedor no se le priva al locador una garantia con que haya contado al dejar pasar el tiempo sin cobrar; mucho menos razon de queja tiene desde que lo que vendria á perder, como dice el Dr. Velez, es solo un mes de alquileres, y esto en caso de que el locatario no hubiese pagado los meses posteriores á la introduccion de los nuevos muebles.

El inciso primero y el segundo quedarian en contradiccion si se interpretasen como quiere el Dr. Segovia, puesto que los dos vendrian á reglamentar el privilegio del crédito del locador por los alquileres *posteriores* á la introduccion de los muebles comprados y no pagados, resolviendo uno lo contrario de lo dispuesto en el otro; de uno resultaria que el privilegio del vendedor *cede* al del locador, puesto que principia el artículo diciendo: "*Tampoco puede ejercerse el privilegio del vendedor*, etc., etc.", al paso que del otro resultaria que en el mismo caso el privilegio del locador *cede al del vendedor*, como dice el segundo inciso.

Todo esto, y el ejemplo puesto en la nota por el codificador, prueba que el artículo no puede tener otra interpretacion que la que se desprende de su tenor liberal y claro. La critica es, pues, sin fundamento alguno; parte del error cometido al interpretar el inciso primero. Repetiremos aqui lo que hemos dicho muchas veces: cuando el texto de la ley es claro, no hay mas que aplicarla en su sentido natural y lógico; y no confundir su espíritu con juego de palabras.

**Si éste intentase la reivindicacion de ellos:** Entre los



autores franceses se discute la propiedad de esta accion, concedida tambien por el art. 2102, § 5 del inciso 5 del Código Frances. Duranton y Troplong, dicen que la accion de reivindicacion supone el derecho de propiedad en el vendedor, mientras que los principios que rigen en materia de venta suponen ese derecho en el comprador; y desde que éste es el dueño, mal puede admitirse contra él la accion reivindicatoria, pues solo se reivindica de quien no es dueño de la cosa objeto de la accion. Estas mismas consideraciones pudieran aducirse entre nosotros para atacar el derecho que nuestro artículo concede por las palabras que estudiamos.

Martou, nº 489 da una explicacion, á nuestro modo de ver, satisfactoria á la concesion de este derecho; explicacion que es aplicable á la disposicion que estudiamos. El art. 1418, nuestro, da derecho al vendedor al contado para retener la cosa en su poder mientras no se le pague el precio; y el 1419 da igual derecho al que ha vendido al fiado. Ahora bien: las palabras que estudiamos solo dan al vendedor un derecho para retener lo vendido para ser pagado; permiten un embargo en poder del mismo comprador para asegurar así el pago de su precio.

Por esto es que Martou dice: "Podemos decir, siguiendo á Dumoulin, que el vendedor no persigue y no recaba la cosa sino para quedar en posesion hasta ser pagado de su precio".

Tal es la sola teoría posible sobre el derecho de reivindicacion concedido al vendedor. Esta idea pertenece originariamente á un profesor de la Facultad de Derecho de Paris, Mr. Vautrin, y la espuso en el concurso de 1839. Ha sido apoyada despues por Valette, nº 90, y recientemente por Moulon, nº 131.

El Dr. Velez ha seguido indudablemente en este punto las ideas de Moulon, de donde tomó la nota puesta al pié del artículo. La accion concedida es un derecho escepcional por favor al privilegio del vendedor; y desde que se encuentra espresamente establecido, hay que aceptarlo con la explicacion que no contradiga los principios que rigen en materia de venta y reivindicacion.

Por lo demás, el art. 3896 es aplicable tambien al caso legislado en el presente; es decir, que puede entablarse la accion concedida aun cuando la cosa haya sufrido alteraciones ó cambios, siempre que pueda probarse su identidad.



**En el término de un mes desde la venta que hizo:** Pasado ese término sin reclamar su pago y embargo de lo vendido, esos muebles quedan afectados al pago de todos los alquileres. Si entabla su reclamo antes del mes, únicamente se consideran afectados al pago de los alquileres vencidos después de la introducción, hasta el día del reclamo, como lo establece la primera parte del artículo; pero no garanten esos muebles los alquileres que se devenguen después del reclamo, porque desde esa fecha el locador sabe que los muebles no corresponden al locatario.

De manera que hecho el reclamo en tiempo, el máximo de lo que garanten los muebles vendidos y no pagados es de un mes. Aunque se devenguen nuevos alquileres después del reclamo, durante el juicio, por ejemplo, los muebles no quedan afectados a esos nuevos alquileres.

**3896**—El privilegio del vendedor subsiste aunque la cosa, estando en poder del comprador, hubiese sufrido cambio, siempre que la identidad de ella pueda establecerse. (Concuerda con los arts. 2762—3442—3893.)

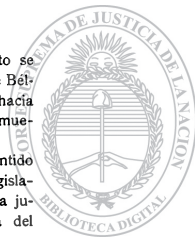
#### CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 109 á 116—Mourlon, n° 64—Martou, núms. 479 y sigtes.)

#### **Siempre que la identidad de ella pueda establecerse:**

Este es el único límite que tiene el derecho acordado al vendedor, la imposibilidad de poderse determinar su identidad. Por consiguiente, el hecho de que la cosa se convierta en inmueble por acción ó por destinación, no priva al vendedor de ejercer su privilegio. El Dr. Segovia piensa lo contrario, pero sin fundar su opinión.

Nosotros pensamos que no existiendo una disposición expresa como la contenida en el 2° § del inc. 5, art. 2102, que declare cesar el privilegio del vendedor cuando los muebles se convierten en inmuebles por destinación ó incorporación, no debe limitarse el derecho acordado al comprador en el presente artículo y sus concordantes. Los cambios operados en la cosa, como lo establece la disposición que estudiamos, no alteran en nada los derechos del vendedor mientras ella pueda llegar á conocerse; si es así, la jurisprudencia no tendría por qué establecer una limitación, estableciendo que tales ó cuales cambios, aunque no impidan reconocer la cosa, hacen perder el privilegio.



En Francia, antes de la actual ley hipotecaria, el punto se discutía entre los juristas; pero la Corte de Casación de Bélgica, dice Martou, citado, decidió que la inmovilización no hacía desaparecer el privilegio en tanto que pudiese considerarse el mueble existente en su individualidad.

Por esto fué que el caso se previó espresamente en sentido de la pérdida del privilegio. Esto mismo prueba que el legislador francés ha creído necesaria esta disposición para que la jurisprudencia no consagrara el principio sobre la existencia del privilegio.

El art. 2762 que parece invocarse en favor de la tesis contraria, no tiene valor alguno para este caso, pues aparte de que solo se dice que no puede reivindicarse lo accesorio sin lo principal, aquella es una disposición general que se refiere especialmente á la reivindicación, que no puede modificar en nada, porque son cosas muy distintas, los privilegios del vendedor de un inmueble no pagado.

**3897**—Si el depositario ha abusado del depósito, enajenando la cosa que ha sido confiada á su cuidado; ó si su heredero la vende, ignorando que la cosa se hallaba depositada, el depositante tiene privilegio sobre el precio que se debiese. (Concuerda con los arts.—2212—2766—2767—2777—2780—3765—3893—3905—3906.)

#### CONCORDANCIAS

(Codigo de Luisiana. art. 3190).—Los de los arts. 2677 á 2780.

**El depositante tiene privilegio sobre el precio que se le debiese:** Se encuentra en las mismas condiciones que el vendedor en el caso del art. 3893.

El depositante tiene á mas una acción reivindicatoria contra el adquirente de mala fe (argumento del art. 2767 y sus concordantes).

1º El depositario viene á ocupar el 4º lugar en los créditos que tienen privilegio especial, pues son preferidos 1º por el locador y el posadero (art. 3905, comentario al 3914); 2º por los gastos de justicia, en los cuales se comprenden los de inventario (art. 3906); 3º por los de conservación (art. 3906.)

Pero tratándose de los frutos de la cosecha, el privilegio del locador cede al del prendario (art. 3909.)

El depositante puede reivindicar la cosa en razón de lo dispuesto en el art. 2766. De este modo se soluciona esta cuestión suscitada por Duranton y resuelta por Martou, n° 530.

### CAPITULO III

#### Del orden de los privilegios sobre los bienes muebles (1)

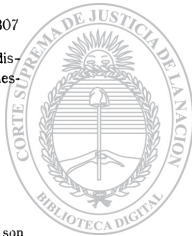
**3898**—Si los muebles no afectados á privilegios especiales son suficientes para pagar las deudas que tienen un privilegio general sobre los muebles, estos se pagarán en el orden en que están colocados en el artículo 3880 de este título. (Concuerda con los arts. 3899—3918 á 3921.)

(1) Los juriconsultos se han dividido sobre la cuestión de si los privilegios especiales debían ser preferidos á los privilegios generales, ó si éstos á aquellos. Algunos opinan que el favor acordado á los privilegios generales de afectar la totalidad de los muebles é inmuebles, y aun solo la totalidad de los muebles, los colocaría necesariamente en primera línea. Parece que debía favorecerse en primer lugar, á los que habían asegurado al deudor insolvente sus alimentos, los cuidados en su enfermedad y una sepultura decente. Debe suponerse que no habría acreedor que se negara á que su deudor fuese auxiliado en su miseria, curado estando enfermo, y enterrado cuando muriese. Tales gastos, pues, se juzgan hechos con el consentimiento de todos, y tienen por causa servicios de primer orden que no pueden olvidarse, por deudas contraídas en las transacciones de la vida común—Troplong, *Privil.*, n° 73—Grenier, n° 208.

Otros autores hacen prevalecer el privilegio especial sobre el privilegio general porque el primero crea, por razón de la causa á que debe su origen, una clase de derecho á la cosa misma, derecho en perjuicio del cual los privilegios generales no pueden apropiarse esa parte del patrimonio del deudor, porque el acreedor de privilegio especial no ha consentido en ser tal acreedor, sino bajo la condición de una obligación particular. Los privilegios generales no pueden tomar el conjunto de los bienes, sino en el estado en que cada uno se encuentre; es decir, respetando las obligaciones especiales de que han sido el objeto individual—Persil, sobre el art. 2101—Duranton, *Privil.*, n° 203—Mourlon, n° 198.

Un tercer sistema combina los privilegios generales con los privilegios especiales, según la apreciación de sus causas respectivas. Pretender que cada privilegio pueda hallarse en la primera ó segunda clase, según sea general ó especial, es atacar el principio dominante en la materia, pues que el carácter de generalidad ó especialidad, no es la consecuencia del grado de favor de que el privilegio goce á los ojos de la ley, sino solo el resultado de la naturaleza misma del crédito, por cuya razón el privilegio se ha establecido—Aubry, § 259, y nota 2°—Véase Martou, n° 510.

Nosotros seguiremos este último sistema, al reglar el orden en que los diversos créditos deben ser pagados.







## CONCORDANCIAS

Martou, núms. 518 y siguientes.

Esta disposición la consideramos completamente inútil, mucho mas existiendo los arts. 3899 y 3919. Decimos que es inútil porque habla del caso en que los bienes son *suficientes* para pagar las deudas que tienen un privilegio general sobre los muebles; si son suficientes no hay necesidad de marcar el órden en que deben ser pagados, puesto que todos lo serán. Marcar un órden para el pago es suponer que los bienes no alcanzan para pagar los créditos, como sucede en el caso del art. 3919, en el cual se establece que si los bienes son insuficientes, los pagos se harán en el órden en que están colocados los acreedores en el art. 3880. Pero en el que estudiamos el legislador se pone en el caso de que los bienes sean *suficientes* para el pago. Si la palabra *suficientes* de que se vale el artículo es un error de imprenta, y que por lo mismo deba leerse *insuficientes*, el artículo siempre será inútil desde que el 3919 legisla el mismo caso; y si algo le falta á ese artículo para legislar el caso indicado, el 3899 determina lo que debe hacerse.

Creemos que suprimiéndolo nada se perdería.

**3899**—Cuando una parte de los muebles esté afectada á privilegios especiales, y lo restante del valor de ellos no baste para el pago de los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, ó si hay concurrencia entre los privilegios especiales, se estará á las disposiciones de los artículos siguientes. (Concuerda con los arts. 3881—3882—3900 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

Martou, núms. 518 y sigtes.

**3900**—Los gastos de justicia son preferidos á todos los créditos, en el interés de los cuales se han causado. (Concuerda con los arts. 3386—3879, inc. 1.—3904—3906—3908—3914—3916.)

## CONCORDANCIAS

Las del art. 3470, y nota del codificador al mismo artículo—Nuestro comentario al mismo artículo Martou, núms. 518 y sigtes.

**A todos los créditos:** Esto prueba que los gastos de justicia ocupan, como hemos dicho antes, el primer rango entre los

créditos privilegiados. (Véase nuestro comentario al art. 3879.) Así está resuelto también en la Cámara de Apelaciones de la Capital (tom. 3, Serie 1, p. 208, Fallos).

**3901**—Los gastos hechos para la conservación de la cosa son preferidos á todos los créditos, en el interés de los cuales han sido también hechos. Son preferidos á los gastos de la última enfermedad, á los sueldos ó salarios de la gente de servicio, á los alimentos del deudor y su familia, y á las deudas al Fisco y Municipalidades; pero el privilegio del conservador es preferido por los gastos funerarios, y por los causados para la venta de la cosa conservada. (Concuerda con los arts. 589—591—2297—2306—2427—2428—2440—3892—3902—3903—3906.)

#### CONCORDANCIAS

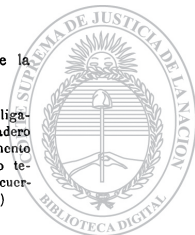
(Martou, *Privil.*, n° 521—El conservador de la cosa ha trabajado en el interés de todos los acreedores anteriores. Sin él, la cosa afectada hubiera perecido. No puede decirse lo mismo de los créditos posteriores. A la verdad, sin los gastos y trabajos del conservador de la cosa, los acreedores posteriores no habrían podido asentar en ella la garantía de sus créditos. Pero faltando la cosa conservada, ó no habrían tratado con el deudor, ó habrían establecido su garantía sobre otro objeto. Nada les importa que se hubiesen hecho ó no los gastos de conservación, pues la cosa no habría sido afectada al crédito de ellos.) —Nota del codificador 3892—Nuestro comentario al art. 3892—Fallos de la Suprema Corte, tom. 3, Serie 2, p. 124.

**Son preferidos á todos los créditos:** Este privilegio, como el de los gastos de justicia, solo se ejerce sobre el precio de la cosa conservada, pues su privilegio está en razón de haber conservado la existencia de la misma. Nota del codificador al art. 3892.

**En el interés de los cuales han sido también hechos:** Estas palabras, tomadas de Martou, significan, como lo establece el codificador en la nota, que el privilegio del conservador por un gasto hecho con anterioridad á la fecha del crédito privilegiado con el cual entra en competencia, no es preferido á éste. Un ejemplo de ello es el art. 3903.

De modo que el crédito del conservador cuando entra en competencia con créditos posteriores y especiales también, ocupa el 4° lugar, como lo hemos dicho en el comentario al art. 3892, incluyendo el caso del art. 2902. Pero cuando los gastos de conservación son posteriores á esos créditos ocupan el tercer lugar, pues únicamente son preferidos por los gastos funerarios y





por los de venta de la cosa conservada, como lo establece la última parte al presente artículo.

**3902**—Si los gastos de conservacion han precedido á la obligacion de la cosa al crédito del locador, del pignoraticio, del posadero y del acarreador, estos ultimos gozan de preferencia, si al momento de la constitucion espresa ó tácita de la prenda en garantia, no tenían conocimiento del crédito del conservador de la cosa. (Concuerda con los arts. 3213—3886—3892—3901—3903—3907—3908—3914.)

#### CONCORDANCIAS

(Martou, desde el n° 522—Los privilegios generales posteriores no son preferidos á los gastos de conservacion, como lo son los privilegios especiales posteriores)—Troplong, n° 62.

#### **No tenían conocimiento del crédito del conservador:**

La prueba de este conocimiento puede establecerse por todos los medios destinados á probar los hechos.

El mismo principio de este artículo rige con respecto al crédito del vendedor de la cosa mueble no pagada (art. 3895). La prueba incumbe al que alega la existencia del conocimiento de la deuda del conservador (argumento de los arts. 3895 y 3905).

**3903**—Si muchas personas han conservado la misma cosa sucesivamente, el conservador mas reciente es preferido á los mas antiguos; y así, los créditos de los que han conservado la cosa, cuando cada uno de ellos ha hecho una operacion de conservacion distinta, los últimos son preferidos á los primeros; pero si varias personas han trabajado ó hecho gastos en diferentes operaciones, ligadas por la comunidad de su fin, sus créditos serán pagados por concurrencia entre ellos. (Concuerda con el art. 3901.)

#### CONCORDANCIAS

Martou, núms. 523 y 524—Nota del codificador al art. 3882—Laurent, tom. 29, n° 810.

La razon de este artículo la esplica el codificador en la nota citada.

**3904**—Los gastos de la venta de los muebles afectos al privilegio del locador, los gastos funerarios y los de la última enfermedad, gozan de preferencia al privilegio del locador sobre el precio de los muebles que se hallan en la casa; mas el locador es preferido so-

bre el precio de dichos muebles a todas las otras deudas privilegiadas del deudor. (Concuerda con los arts. 3880, incs—1 y 2—3883—3885.)

## CONCORDANCIAS

Martou, núms. 522 y 523.

**A todas las otras deudas privilegiadas del deudor:** Sin embargo, si el locador conocia la existencia del deudor á favor del conservador, del depositante, y del vendedor, estos son preferidos á aquél (arts. 3895, 3902, 3905, 3908). Véase comentario al art. 3885. Cede tambien al privilegio del prendario en el caso del art. 3900, y al acreedor por semilla y gastos de cosecha (art. 3911).

**3905**—Si entre los muebles que se hallen en la casa ó en la heredad, se encuentran algunos objetos que han sido depositados por un tercero, el locador será preferido al depositante sobre las cosas depositadas, si no existiesen otros muebles afectos á su privilegio, ó si ellos no fuesen suficientes; á ménos que se pruebe que el locador sabia que las cosas depositadas no pertenecian al locatario. (Concuerda con los arts. 3213 á 3215—3883—3897—3902—3906—3907.)

## CONCORDANCIAS

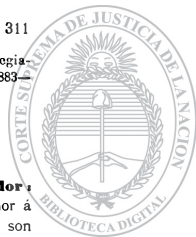
Laurent, tom. 29, núms. 417 y sigtes.—Duranton, tom. 19, n° 86—Nota del codificador al art. 3883—Nuestro comentario al art. 3885.

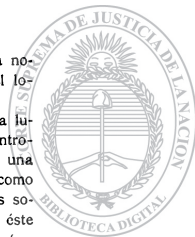
**Que el locador sabia que las cosas depositadas no pertenecian al locatario:** En este caso desaparece la razon del privilegio del locador que reposaba en la presuncion de propiedad de los muebles introducidos por el locatario. (Nota del codificador al art. 3883.)

La prueba corresponde al depositario (art. 1558 y comentario al 3895).

¿En qué tiempo debe el locador tener conocimiento de que los muebles introducidos son ajenos para que no pueda ejercer su privilegio? Indudablemente que basta su buena fe ó ignorancia, como lo hemos dicho antes, en el momento de la introduccion. Así lo establece tambien el codificador en la nota 3883, siguiendo á Martou, n° 413, y es de jurisprudencia universal (Laurent, tom. 29, n° 419).

1° ¿En qué forma debe establecerse esta prueba? Pensamos





con Laurent y demás autores citados, que no es necesario una notificación especial y judicial para que pueda decirse que el locador sabía que la cosa no pertenecía al locatario.

La buena fe del locador, en principio general es la que da lugar al privilegio, puesto que cuando sabe que los muebles introducidos no pertenecen al locatario no tiene tal privilegio; una cuestión de buena ó mala fe es una cuestión de hecho, y como tal debe probarse. La ley solo exige al dueño de las cosas sobre que el locador quiere ejercer el privilegio que pruebe que éste conocía su derecho de propiedad, pero sin determinarle una forma especial; exige la prueba de un hecho, que no por dejar de constar en auto auténtico es ménos eficaz para amparar al propietario, pero nada mas. Luego debe estarse al derecho común que permite probar los hechos por todos los medios de prueba no prohibidos por la ley.

Culpa será del locador si ha dejado acumular alquileres sin cobrar contando con la garantía de cosas que sabía eran ajenas. Hasta cierto punto este locador obraba de mala fe con este proceder, pues que contaba salvar los perjuicios de su negligencia con muebles que en conciencia debía comprender que no podía ejecutar. Es precisamente esta mala fe la que vendría á establecerse con la prueba de que el locador tenía conocimiento de que su locatario no era dueño de lo con que pretendía hacerse pagar.

Basta pues que se pruebe en cualquier forma, que el locador ha sido instruido de un modo *formal*, como dice el codificador en la nota al art. 3883, para que el locador no tenga privilegio (Martou, nº 416).

1º Cuando la ley habla de cosas depositadas, comprende toda clase de depósito y toda clase de objetos, no esceptuados expresamente por la segunda parte del art. 3883.

Así, pues, el privilegio del locador se ejerce sobre el precio de las mercaderías introducidas para vender, ya sean á consignación ó en cualquiera otra forma, y se aplica á toda clase de negocios, tiendas, almacenes, depósitos, boticas, etc., etc. Todas las mercaderías allí existentes responden al locador, como lo establece el codificador en la nota al art. 3883.

2º El Dr. Segovia, en la nota 70, al hablar del privilegio acordado aquí al depositario, dice: "Sin embargo, segun el art. 3899



(3897 de la edicion oficial) el depositante *no tiene en este caso privilegio*". Esto importa decir que ambos artículos están en contradiccion; ya que este autor así lo creia debió indicar el medio de conciliarlos, diciendo cuál de los dos debía prevalecer.

Parécenos que no hay tal contradiccion: uno (el 3897) habla de cuando el depositario ha abusado de la confianza vendiendo la cosa depositada, principio que está repetido y reglamentado por los concordantes del citado artículo, especialmente por el 2765 y sus concordantes; mientras que el presente trata del locador por el privilegio sobre los objetos introducidos en la casa arrendada por el locatario depositario. Aquí no se trata ni de abuso de confianza ni de venta, pues no habria tal abuso llevando consigo el depositario esos objetos y guardándolos en la casa que alquila. Son, pues, dos casos completamente distintos.

**3906**.—A escepcion del caso del artículo anterior, el privilegio del depositante no es preferido por ningun otro crédito privilegiado; pero está obligado á contribuir á los gastos necesarios al inventario y conservacion de la cosa depositada. (Concuerda con los arts. 3892—3897—3900—3901—3905.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior.—Nuestro comentario á los arts. 2218—3897.

**Por ningun otro crédito:** El depositario como dueño de la cosa depositada, es acreedor de dominio y puede reivindicar la cosa. Es por esto que solo en razon de la buena fe del locador, y en razon de los gastos hechos en la misma cosa depositada, que es preferido por los créditos del locador, del conservador y gastos de justicia, como son los de inventario.

1º Por una razon idéntica á la de este artículo, debe decirse que el posadero tiene sobre el depositario los mismos derechos que el locador.

**3907**.—El acreedor pignoraticio, el posadero y el acarreador son preferidos al vendedor del objeto mueble que le sirve de garantia, á no ser que al recibirlo supieran que el precio no estaba aun pagado. (Concuerda con los arts. 3213—3886—3887—3889—3894—3902—3905—3908.)

## CONCORDANCIAS

(Ley belga de 1851, art. 28 —Martou, n° 528)—Laurent, tom. 29, n° 489—Nuestro comentario al art. 3893.

Sobre el lugar que ocupa el privilegio del vendedor puede verse nuestro comentario al art. 3893.

1° Cuando el acreedor pignoraticio, el posadero y el acarreador se encuentran en concurrencia, depende la preferencia del que tenga la posesion de la cosa; así, el posadero será preferido á los otros dos mientras la cosa permanezca en su poder, salvo el derecho del acarreador dentro de los quince dias siguientes á la entrega (arts. 3886 y 3887). El pignoraticio pierde su derecho de prenda una vez que la cosa sale de su poder (arts. 3206, su comentario, 3889 y nota del codificador al mismo).

**Supieran que el precio no estaba aun pagado:** Se aplica aquí lo que hemos dicho en el comentario al art. 3905 respecto del conocimiento que el locador tenía de la propiedad de la cosa sujeta á su privilegio.

**3908**—El privilegio del vendedor no se ejercita sino despues de los gastos de justicia y de los funerarios; y cede tambien al del propietario de la casa ó heredad, á no ser que cuando se trasportaron los muebles á los lugares alquilados, el locador sabia la existencia del crédito del vendedor. (Concuerdia con los arts. 3880, inc. 1—3883—3885—3894—3900—3904—3907.)

## CONCORDANCIAS

(Martou, lugar citado)—Nuestro comentario al art. 3885—Laurent, tom. 29, n° 481.

**Sabia la existencia del crédito del vendedor:** Se aplica lo que hemos dicho respecto de las cosas depositadas (comentario al art. 3905). Sobre el lugar que ocupa el privilegio del vendedor, véase comentario al art. 3893.

**3909**—El privilegio del locador, concurriendo con el prendario sobre los frutos de la cosecha del año, cede á éste si es de buena fe. (Concuerdia con los arts. 1558—3889—3894—3904—3911—3912.)

## CONCORDANCIAS

(Martou, n° 532)—Parece á primera vista que el privilegio del locador sobre los muebles que se hallan en la casa, no puede concurrir con el del pignora-



ticio, pero sí, cuando se trata de los frutos de la cosecha. Basta para la existencia del privilegio, que estos frutos estén en la posesion del locatario, y ellos no cesan de estarlo por haber sido dados en prenda, porque la posesion *jure pignoris* del pignoraticio no es incompatible con la posesion *jure domini* del locatario. En el caso del artículo debe aplicarse la regla de que la posesion vale por el título)

**Cede á éste si es de buena fe:** Es decir, si no conocia la existencia del crédito del locador.

El principio sentado en este artículo es el mismo establecido respecto del vendedor en el art. 3894.

Por lo demás, el artículo supone el caso en que la cosecha ha sido sacada con el consentimiento del locador, pero cuando ha sido sustraída fraudulentamente, rige lo dispuesto en el art. 3885. El locador tiene derecho á retener los frutos de la cosecha (art. 1558) y desde que los deja sacar, consiente en que se adquiera un privilegio mejor que el suyo. La nota del Dr. Velez es necesario complementarla con el texto de Martou, de donde ha sido tomado.

Respecto al privilegio del locador sobre los frutos de la casa arrendada, véase nuestro comentario al art. 3883.

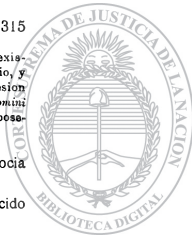
**3910**—El privilegio del acarreador por los costos del transporte y gastos accesorios, no cede sino á los gastos funerarios, y á los que se liagan para la venta de las cosas trasportadas. (Concuerda con los arts. 3213—3880, inc. 1—3887—3902.)

#### CONCORDANCIAS

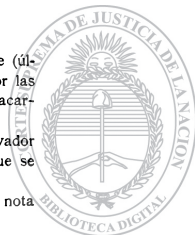
(Si el acarreador no hubiese hecho los gastos del transporte, el locador, por ejemplo, de la casa en que se han puesto los muebles, no hubiera tenido derecho alguno sobre los muebles conducidos, y lo mismo podemos decir respecto del pignoraticio y del posadero)—Martou, 509 y 510—Nuestro comentario al art. 3887.

El privilegio del acarreador, dice Martou, reposa en el servicio que presta á la sociedad y al comercio facilitando los negocios, y en la necesidad en que lo pone su profesion de estar á la disposicion de personas cuya solbabilidad le es imposible apreciar, y por último en la responsabilidad que pesa sobre él por la conservacion de la cosa.

El Dr. Segovia estraña que el crédito del acarreador esté en mejor condicion que el del acreedor prendario. La razon nos parece muy sencilla: desde que sale la cosa de poder del acreedor







pignoraticio por su propia voluntad, el privilegio desaparece (última parte del art. 3889), y nada tiene de extraño que por las razones indicadas anteriormente se le dé la preferencia al acarreador.

1º El privilegio del acarreador es preferido al del conservador solo cuando no tenía conocimiento al recibir los objetos que se debían gastos de conservación (art. 3902, última parte).

Véase como complemento al estudio de este artículo la nota del codificador al art. 3887.

**3911**—Las sumas debidas por semillas ó por gastos de la cosecha son preferidas al crédito del locador ó arrendador de la heredad, sobre el precio de la cosecha. (Concuerda con los arts. 1558—3888—3904—3909.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley de Bélgica de 1851, art. 24.—Martou, n° 596—Los que han costeados las semillas, ó han hecho los trabajos para la cosecha, han puesto en el patrimonio del locatario los frutos sobre los cuales se establece el privilegio del locador. Es justo, pues, que éste no pretenda un derecho sino después de la estincion del crédito de los que han producido su garantía.)

**Por los gastos de la cosecha:** El privilegio se ejerce, ya sea que los gastos de cosecha sean debidos á los jornaleros que han trabajado en ella (Martou, n° 441) ó á los empresarios de cosechas, tales como los que se ocupan de trillar el trigo, ó segarlo por precios determinados; también deben considerarse con este privilegio los molineros que han convertido en harina la cosecha del trigo, por los gastos de molienda. Se comprenden también los gastos de producción, tales como los de sementera, cuidado y cultivo de la misma; en fin, todo aquello que directamente ha contribuido á la existencia de la cosecha (Martou, núms. 441 y 444). “Lo que constituye los gastos de recolección, dice Martou, es el conjunto de los gastos necesarios para obtenerlos”.

Así, se comprenderán también entre los créditos privilegiados, los que provengan de la compra de las vacías necesarias para cosechar el vino, pues estos son gastos indispensables de la cosecha, y no debe considerarse al acreedor como un vendedor y colocarle en la categoría que le corresponde.

Sucede con frecuencia que en las provincias vinícolas de la República se hacen contratos para la plantación de viñedos á en-



tregarlos cuando las plantas estén en estado de dar fruto. En estos contratos creemos que el acreedor del viñedo debe tener privilegio sobre el valor de la cosecha hasta ser pagado de su crédito.

El que ha hecho estos gastos de plantacion es el productor de la cosecha, y si bien puede ceder á los gastos posteriores de cosecha propiamente dichos, no es justo que los demás acreedores vengan á ser pagados con preferencia por otros acreedores. (Véase comentario al art. 3912.)

1º El vendedor de las máquinas de agricultura no pagadas, no tiene privilegio sobre el precio de la cosecha en que se han empleado; tiene el privilegio del vendedor, pues lo que se debe por esas máquinas está representado en las mismas, como los gastos de produccion. Por derecho frances (art. 20 de la ley belga), se establece espresamente un privilegio á favor del vendedor de utensilios empleados en la cosecha; entre nosotros no tenemos una disposicion semejante.

2º Los gastos por alquileres de carros, animales de servicio, máquinas, etc., etc., empleados en la cosecha entran tambien en los gastos de produccion, pues todos han contribuido á poner los frutos en el patrimonio del deudor, lo que constituye precisamente la razon del privilegio, como lo establece el codificador en la nota á los arts. 3910, 3911 y 3912.

3º Entre los gastos de cosecha no se comprenden los salarios de la gente de servicio que no ha sido especialmente contratada para la cosecha, sino que se tiene para el servicio general del establecimiento rural.

**3912**—Los acreedores por semillas y los acreedores por gastos de cosecha concurren igualmente. (Concuerda con los arts. 3888—3891—3920.)

#### CONCORDANCIAS

(Los unos y los otros han concurrido á una obra comun: la produccion de la cosecha, que se les asigna como una garantia tambien comun) —Martou, n° 597—Troplong, n° 63, §§ 6 y 7.

**Concurren igualmente:** Cuando éstos se encuentran en concurrencia con los gastos de trasporte de la cosecha, aquéllos parece que deben ceder á éstos (art. 3910).

Por lo demás, es entendido que los diferentes gastos de co-

secha aunque sean de distinta naturaleza, concurren proporcionalmente como lo establece el art. 3920.

**3913**—El privilegio del acreedor pignoraticio sobre la prenda que tiene en su poder, cede al privilegio de los gastos funerarios y á los de la última enfermedad del deudor, debiéndose tambien satisfacer con preferencia, los gastos por la venta de la cosa tenida en prenda. (Concuerda con los arts. 3880, inc. 1 y 2—3889—3890—3900—3902—3906—3907—3909.)

#### CONCORDANCIAS

(Muchos escritores sostienen que por el derecho de retencion que tiene el pignoraticio debe ser preferido sobre la prenda á todos los acreedores privilegiados. El derecho de retencion es bueno solo para oponerlo al deudor: es una escepcion contra éste, á fin de ponerse á cubierto de su mala fe; pero cuando se trata de acreedores que tienen tambien un privilegio sobre el objeto dado en prenda, ellos sin duda no son de igual condicion al deudor, pues no hay que temer su dolo ó mala fe. Véase Troplong, *Privil.* n° 256)—Nota del codificador al art. 3889—Martou, n° 542—Battur, n° 48—Nuestro comentario al art. 3889.

El crédito del acreedor pignoraticio es preferido, no solo por los enumerados en el presente artículo, sino tambien por otros, como los del conservador (art. 3902). locador, etc., etc., como puede verse en nuestro comentario al art. 3889.

**3914**—El privilegio del posadero sobre los objetos introducidos en la posada, cede á los gastos de justicia y á los gastos funerarios; mas él, es preferido sobre el precio de esos efectos, á todos los otros créditos privilegiados. (Concuerda con los arts. 3213- 3879—3880, inc. 1°—3886—3900—3902—3906—3907—3910.

#### CONCORDANCIAS

Las del art. 3886 y nuestro comentario al mismo.

**A todos los otros créditos privilegiados:** El privilegio se ejerce sobre el precio de los objetos introducidos en la posada ó sus dependencias, y se ejerce aunque el viajero sea poseedor precario de esos objetos, con tal que esto no lo sepa el posadero (comentario al art. 3897—Troplong, n° 204, citado por el codificador en el 3886), y aunque estén afectados con anterioridad á otras deudas privilegiadas, con tal tambien que no sepa esto el posadero (arts. 3902, 3907).





El privilegio del posadero cede al del acarreador, siempre que se ejercite dentro del término fijado en el art. 3887. Decimos esto porque poniéndolos el presente artículo y el 3910 en igualdad de condiciones respecto á los otros créditos privilegiados, el art. 3887 da una ventaja especial en favor del acarreador, pues el posadero pierde su privilegio una vez que las cosas salen de la posada, lo cual no sucede con el acarreador. Esto demuestra que aun la buena fe del tenedor de la cosa no crea á su favor un privilegio superior al del acarreador.

La razon de esto está en el fundamento mismo que el codificador ha tenido para dar al acarreador un plazo despues de la entrega de la cosa para que no se estinga el privilegio con el hecho de la entrega; ficticiamente hace continuar al acarreador durante quince dias en posesion de las cosas trasportadas, porque, como dice Pardessus, tom. 4, pág. 363 “no se puede exigir que reclame al instante el pago, y quitarle el privilegio por esta omision. La conveniencia le exige ciertas atenciones, las circunstancias le exigen ciertos plazos, la necesidad de verificacion no permite que se le pague al instante”.

Estas consideraciones que el codificador ha tenido en vista al adoptar su artículo, hace que encontrándose los dos créditos en la misma categoría (3ª categoría, pues solo son preferidos por los gastos funerarios y los de justicia, en los cuales entran los gastos de venta), el privilegio del posadero ceda al del acarreador que hasta los quince dias tiene una prenda tácita sobre los objetos trasportados.

Algunos han sostenido la doctrina contraria, fundándose en el art. 3905, que da al locador privilegio sobre el depositario por las cosas depositadas cuando el locador ignoraba que las cosas no pertenecian al locatario: dicen que siendo el privilegio del posadero concedido en los mismos términos y con las mismas escepciones que el locador, no era posible que el acarreador estuviera en mejores condiciones que el depositante.

Respecto al depositante, se trata de una disposicion espresa, que por lo mismo demuestra que en los casos análogos la resolucion sería contraria, por el silencio mismo de la ley. Esto por una parte, y por otra, hay que tener en cuenta que el locador es tambien preferido por el acarreador en igualdad de circunstancias.

**3915**—Si los muebles del deudor, en razon de los privilegios especiales que los afecten, no bastaren para el pago de las deudas que son privilegiadas sobre la generalidad de los muebles, lo que falte se tomará de los bienes inmuebles del deudor. (Concuerda con los arts. 3881—3882—3919.)

## CONCORDANCIAS

Troplong, n° 251—Nuestro comentario á los arts. 3880, n° 1, y 3881.

**Lo que falte se tomará de los bienes inmuebles:** En tal caso se ejerce con la misma preferencia, como lo establece el art. 3889 y tambien el 3918, pero sin perjuicio de los privilegios especiales sobre los inmuebles, ó de los con privilegio general sobre los muebles ó los inmuebles. (Véase el comentario citado en las concordancias.) De lo dicho allí, y de la combinacion del presente artículo con el 3919 y 3921, resulta lo siguiente: 1° Los privilegios sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles se pagan primero, con las distinciones que hemos dicho antes; 2° Los que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles, sin perjuicio de los casos en que los mismos tienen privilegio especial, y sin perjuicio de la preferencia establecida en el presente capítulo, una vez que se concluyan los muebles se paga con la misma graduacion sobre los inmuebles con preferencia á los acreedores no privilegiados; 3° Los que tienen privilegio especial, si los bienes afectados especialmente á esos privilegios no alcanzan, el déficit entra en prorrateo con los simples acreedores quirografarios sobre los otros bienes (art. 3921 y sus concordantes). Véase Troplong, n° 251 *bis*, aplicable á este artículo.

**3916**—Si los muebles del deudor estan afectos al privilegio del vendedor, ó si se trata de una casa ó de otra obra, que esté afecta al privilegio de los obreros que la han construido, ó reparado, ó al de los individuos que han suministrado los materiales, el vendedor, los obreros y los que han suministrado los materiales, serán pagados sobre el precio del objeto que les está afecto con preferencia á los otros acreedores privilegiados; con escepcion de los acreedores hipotecarios en el inmueble, que serán pagados primero, y de los gastos funerarios y de justicia que han sido necesarios para la venta de ese objeto. (Concuerda con los arts. 3110—3879, inc. 1—3891—3900—3917—3920—3931—3932—3933—3934.)



## CONCORDANCIAS

Martou, n° 596—Cód. frances, 2103.

Este artículo y los dos siguientes determinan privilegios sobre los inmuebles, y han podido formar un capítulo separado ó figurar á continuacion del 3931. Para el caso de concurrencia entre los obreros y el vendedor véase art. 3917.

La primera parte del artículo, en lo que se refiere á los muebles afectados al pago del vendedor, ha podido suprimirse, en primer lugar porque ya anteriormente se ha reglamentado el lugar que ocupa este privilegio, y en segundo que la parte final del artículo solo se refiere á los inmuebles, y en relacion á los acreedores hipotecarios especialmente.

**Que serán pagados primero:** ¿Se aplicará el mismo principio cuando la deuda de los obreros es anterior á la hipoteca?

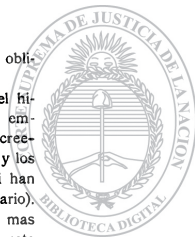
Este es uno de los casos que mas demuestran la necesidad de la inscripcion de los privilegios como está establecido por la ley belga que tanto ha seguido el Dr. Velez.

Por una parte, tenemos á un acreedor hipotecario que ántes de dar su dinero ha podido tomar, y habria tomado, todas las medidas necesarias para conocer los gravámenes que pesan sobre la propiedad que se le quiere dar en hipoteca. Si en los registros de inscripcion no encuentra gravámen alguno que pueda ser superior á su hipoteca, en ese supuesto seguramente habria aceptado la garantía. Los gravámenes ocultos él no los ha podido conocer; y por lo mismo parece justo que ningun crédito pueda tener prelacion sobre el suyo. Por otra parte, tenemos á un constructor que ha empleado su dinero y su trabajo en una construccion que comprendia, porque así debia serlo, le servia de garantía á su deuda. La buena fe parecia ponerlo al abrigo de la mala fe del dueño, pues que no tenia cómo impedir ni las enagenaciones ni las hipotecas que podia constituir sobre el inmueble.

En la duda, la ley se inclina á sacrificar al constructor.

Un ejemplo de esto lo tenemos en el art. 3902, en el cual se establece que el conservador de una cosa (que para el caso puede compararse al constructor), es preferido por el locador, por el prendario, etc., etc., aunque los gastos sean anteriores á





la locacion ó á la prenda, siempre que éstos ignorasen la obligacion precedente.

De modo, pues, que en el caso propuesto, el privilegio del hipotecario solo prevalecería sobre el crédito de los obreros, empresarios, etc., etc., cuando al constituirse la hipoteca el acreedor no tenía conocimiento de la existencia de esos créditos y los obreros no habían dado plazo para el pago de la obra; si han dado no tienen privilegio (arg. del art. 3924 y su comentario). La Excm. Cámara de la Capital, en el fallo que citamos mas adelante en este mismo comentario, aceptó implícitamente este principio.

En uno de los considerandos de esa sentencia (tom. 1, S. 2, p. 321), para fundar el rechazo de un acreedor por construcciones que pretendia ser pagado con preferencia á un acreedor hipotecario posterior á la presentacion de la cuenta de los obreros, se decia: "El albañil y el carpintero ni han justificado su crédito, ni han tomado oportunamente medida alguna que los hiciera ostensible en el caso de que fuera anterior á la hipoteca, lo que no se ha consentido ni alegado que el *hipotecario conociese que se debian construcciones*, ni que fuera falso lo que el deudor al constituir la hipoteca de que la propiedad afectada no reconocia gravámen por construcciones, refacciones, etc.."

Hay, además, una razon especial para decidir en contra del constructor en el caso propuesto, y es que el constructor al empezar la obra ha podido hacerse dar hipoteca sobre el terreno por el valor estimativo de la obra (art. 3109 y su comentario), y asegurar así su crédito.

Sin esa hipoteca, el constructor no podia tener sino un derecho personal contra el dueño de la obra, y no un derecho real puesto que el privilegio no lo es tal (comentario al art. 3924). Hasta el momento de la constitucion de la hipoteca no pesaba sobre el inmueble ningun derecho real; de consiguiente él era el primero en adquirirlo sobre la finca, y ese derecho venia á darle un privilegio. Solo su mala fe podia hacerle perder estos derechos que los principios generales mas elementales le dan.

1º Este principio sirve para resolver la cuestion suscitada sobre si el comprador de un inmueble que ha pagado su precio está obligado á pagar las construcciones ó reparaciones que el vendedor debia al tiempo de la venta, de las cuales no tenía



conocimiento que estuvieran impagas. (Véase comentario al art. 3931.

El artículo siguiente, como los arts. 3931 y siguientes, legislan el caso en que los constructores, obreros, etc., etc., se encuentran en concurrencia con el vendedor de la casa que aun no ha sido pagada; y tambien cuando quebrando el adquirente que ordenó hacer las obras de ella ántes de pagado su valor, se encuentran en concurrencia con los otros acreedores del adquirente; pero de ninguna manera como han creído algunos, da derecho al constructor para cobrar al adquirente que ha pagado el precio lo que el enagenante les debía por la construccion de la obra comprada sin conocimiento de la deuda. (Véase comentario al art. 3931, y tambien al 3938 donde se determina el grado de los créditos hipotecarios.

2º ¿Qué sucederá si la construccion es hecha con posterioridad á la constitucion de la hipoteca? Para nosotros este es el caso resuelto por el artículo que estudiamos; es decir, no tendrá prelación el constructor.

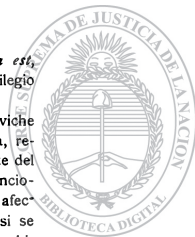
En efecto, el art. 3110 establece terminantemente que las construcciones hechas con posterioridad á la constitucion de la hipoteca, *aunque sean hechas por un tercero*, quedan afectadas al pago de la hipoteca. Si la ley hubiera querido por el presente artículo dar preferencia á los créditos provenientes de esas construcciones, al afectarlos al pago de la hipoteca hubiera declarado que esto solo tenía lugar cuando la construccion ó mejora estaba pagada.

La Cámara de Apelaciones de la Capital se ha pronunciado ya en este sentido, como puede verse en el fallo que se registra en el tom. 1, serie 2, pág. 313 de la coleccion de fallos.

Se trataba, en el caso allí resuelto, de un acreedor por construcciones en una finca hipotecada al Banco Hipotecario de la Provincia de Buenos Aires. La cuenta fué presentada el 3 de Octubre de 1874, y el registro de la hipoteca se hizo el 12 de Noviembre de 1873.

Rematado el inmueble hipotecado despues de tenerlo embargado el acreedor de obra, y no alcanzando su valor para cubrir los dos créditos, éste pidió fuera pagado su crédito con preferencia al hipotecario, fundando su pedido mas bien en razones de equidad que en el testo de la ley. El Juez Dr. Molina Ar-





rotea, fundándose en el aforismo *Durum sed ita lex scripta est*, aplicó el texto de la ley tal como está, rechazando el privilegio invocado por el constructor.

Esta resolución fué apelada, y el Camarista Dr. Damianoviche opinando por la confirmación de la sentencia apelada, decía, refiriéndose al artículo que estudiamos: "Si en la primera parte del artículo que estudiamos se dice que los acreedores allí mencionados serán pagados sobre el valor del objeto que les está afecto, con preferencia á los otros acreedores privilegiados; y si se agrega en la segunda parte: con escepcion de los acreedores hipotecarios sobre los inmuebles, ¿qué significa la espresion que *serán pagados primero*, que se agrega, cuando ya se había establecido la regla y la escepcion y el pensamiento quedaba completo? Si esto consistía en solo dar preferencia á los acreedores posteriormente señalados, no obstante lo dispuesto respecto á los espresados con anterioridad, ¿para qué el agregado, y solo riendo á los hipotecarios que "*serán pagados primero*?"

Después, el Dr. Damianoviche estudiaba el artículo con bastante detención, y concluyendo decía: "que si bien los acreedores hipotecarios no tienen prelación sobre cualquier crédito, la tienen en general respecto de los obreros en el caso del art. 3916".

"He dicho, en general, en el párrafo anterior, porque el art. 3934 establece que los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con la hipoteca. El privilegio se cuenta desde el día que se tomó razón de la hipoteca."

Demuestra en seguida que los albañiles no han tomado medida alguna para hacer ostensible su crédito en el caso de ser anterior al crédito hipotecario.

Los demás miembros del Tribunal aceptaron las conclusiones del Juez Dr. Molina Arrotea, y del Camarista citado, y la sentencia fué confirmada.

En derecho frances el punto es ménos discutible, en virtud del alcance dado al art. 2133, igual al 3110 nuestro (Duranton, tom. 19, nº 158).

**3917**—Cuando el vendedor de un terreno, se encuentre en concurrencia con los obreros por el pago del edificio, ú otra obra que hubiesen construido sobre el terreno, se avalúan separadamente el valor del terreno y el del edificio. El vendedor es pagado sobre el terreno, hasta la concurrencia de la cantidad en que el terreno se hubiese es-

timado, y los obreros hasta la concurrencia de la estimacion de la obra. Si la venta de ésta no alcanzare á cubrir esos créditos, se pagarán en proporcion de la estimacion hecha del terreno y de la obra. (Concuerda con los arts. 3110—3916.)

## CONCORDANCIAS

Martou, 595 y siguientes, 612—Tropolong, n° 80.

**Se encuentran en concurrencia:** Estas palabras deben tomarse únicamente en el sentido de no concurrir los dos créditos á ser pagados con el precio de una misma cosa; pues entre estos dos créditos no puede hablarse de preferencia, desde que el cobro se hace del terreno y del edificio separadamente, como dice Martou, cada uno persigue fracciones distintas del valor total; el uno persigue el pago del mayor valor que sus trabajos han procurado á la casa, y el otro el valor representativo, prescindiendo de los trabajos.

**Se pagarán en proporcion de la estimacion hecha:** Es decir, cada uno tomará el producido de lo que le estaba especialmente afectado al pago. Así, si el terreno se estima en diez y las obras en veinte, y la venta no produce sino quince, el vendedor tomará cinco y el obrero diez, porque esa era la proporcion de la estimacion; lo del uno era una tercera parte mas que lo del otro en la tasacion, por consiguiente en el producto de la venta debe tambien tomar una tercera parte mas.

1° ¿A qué época se hace la estimacion? Nuestro codificador ha tenido á la vista las cuestiones suscitadas con este motivo en derecho frances (Martou, n° 612) é indudablemente ha querido cortarlas redactando su artículo en la forma que se ha hecho. Del testo se desprende que la estimacion debe hacerse por el precio de la cosa en el momento del concurso, y que el privilegio de estos dos créditos se ejerce hasta la *concurrencia de la estimacion* del terreno como dice el artículo, ó la estimacion de la obra. (Véase sobre esto á Martou, lugar citado.)

**3918—**Á escepcion de los privilegios especiales que existen sobre los inmuebles en favor del vendedor, del hipotecario, de los obreros, y de los que han suministrado los materiales, los acreedores privilegiados sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles deben ser pagados, en caso de insuficiencia de los muebles, sobre el pro-



ducto de los inmuebles, con preferencia á todos los otros acreedores del deudor. (Concuerda con los arts. 3110—3881—3898—3901—3915—3919—3961 á 3934.)

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2478, combinado con los arts. 2472 y 2473 del mismo Código.—Nuestro comentario al art. 3879—Nota del codificador al capítulo III de este Código.

La generalidad de los términos en que este artículo está redactado á mas de traer mucha confusion, lo juzgamos completamente inútil. En efecto: ¿es cierto que los créditos enumerados en la primera parte del artículo, no son preferidos por los que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles y de los inmuebles? Indudablemente que no, por lo ménos de un modo absoluto como parece indicarlo. El art. 3879 enumera dos clases de créditos que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles y los inmuebles, que son los gastos de justicia y los del Fisco.

Respecto al Fisco, puede alguna vez tener aplicacion, y esto, no como regla general, sino como escepcion; pero no respecto á los gastos de justicia, pues éstos ocupan, segun el art. 3900 y sus concordantes, un lugar preferente al crédito del vendedor respecto á los gastos ocasionados por esos mismos inmuebles afectos á los privilegios especiales indicados (art. 3908 comentario al 3879), del hipotecario (art. 3937), de los obreros (art. 3916), etc. Los gastos funéreos, que si bien no están comprendidos en el art. 3879, tienen tambien privilegio sobre los muebles, son preferidos á los créditos indicados en la primera parte del artículo.

Parece que el artículo debiera mas bien referirse á los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, consagrando y complementando con esto lo dispuesto en los arts. 3881 y 3915. (Véase su comentario.)

Confirma esto lo dispuesto en el art. 3919 siguiente, en el cual, si bien se habla de créditos privilegiados sobre los muebles y los inmuebles, se cita el mismo al art. 3880, que solo habla de los privilegiados sobre los muebles. (Véase comentario al art. 3879.)



**3919**—Cuando los créditos privilegiados sobre los muebles é inmuebles no pudiesen ser pagados íntegramente, los inmuebles son de poco valor á ser pagados. Los créditos que deben ser preferidos, ó sea porque los muebles y los inmuebles no bastan para satisfacerlo, el déficit que exista no es soportado concurrentemente entre ellos, sino que estos acreedores deben ser pagados en el orden en que están colocados en el artículo 3880, y la pérdida recaerá sobre los créditos de clase inferior. Si los créditos concurrentes se hallan comprendidos en un mismo número, serán pagados á prorata. (Concuerda con los arts. 3882—3918—3920.)



## CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 3882.—Troplog, núms. 251 *bis*—Código de Chile 2478—Goyena, 1929—Código francés, 2096 y 2105.

**En el art. 3880:** Ese artículo solo habla de los créditos que tienen privilegio sobre la generalidad de los muebles, mientras que el que estudiamos se refiere á los que tienen privilegio sobre los muebles y los inmuebles. Parece que en esto no hay sino un error nacido de las fuentes de donde ha sido tomado, en que se da privilegio sobre una y otra clase de bienes á los créditos enumerados en el art. 3880 (Troplog, n° 240). El principio de este artículo no es otro que el establecido en el 3882, y explicado por el codificador en la nota al mismo. Se habla de insuficiencia de muebles é inmuebles, porque, como se ha establecido en los arts. 3881 y 3915, que en caso de insuficiencia de los muebles afectados á privilegios generales, se paguen éstos con el producto de los inmuebles, con la misma preferencia, puede llegar el caso que ni aun con éstos se puedan cubrir todos los créditos. (Véase art. 3878.)

Este artículo nos confirma mas en la creencia de que el 3918 se refiere á los créditos privilegiados solamente sobre la generalidad de los muebles. Así, aquél vendria á determinar en principio general el orden de esa preferencia, y el presente á complementarlo. Como los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles, vienen á serlo tambien sobre los inmuebles en caso de insuficiencia de aquéllos, bien puede ser que en este sentido lo haya dicho tambien el codificador. (Véase Laurent, tom. 21, n° 319.)

**Si los créditos concurrentes:** Este inciso es una repetición del 3882, y está tambien repetido en el 3920. (Véase lo dicho allí.)

**3920**— Los créditos privilegiados que están en la misma clase, serán pagados por concurrencia entre ellos como los simples quirografarios. (Concuerda con los arts. 3882—3919.)

## CONCORDANCIAS

(Código francés, 2097—Martou, núms. 304 y siguientes)—Baudry Lacantinerie, tom. 3, n° 1068—Laurent, tom. 21, núms. 810, 537 y siguientes.

**Que están en la misma clase:** Sea por su naturaleza ó por el orden en que están colocados por el legislador. El art. 3882 espresa mejor el pensamiento al hablar de privilegios que están en la *misma condicion*.

La fecha del privilegio influye mucho para cierta clase de créditos que si bien son de la misma naturaleza, como los que han conservado una cosa, por ejemplo, son formadas en distintas épocas (art. 3903, y nota del codificador al 3882).

Por esto la regla mas segura es atenerse como dice Troplong, n° 87, siguiendo á Tarrible, considerar como del mismo rango propiamente dicho los privilegios que *son nominativamente puestos por la ley*.

Nuestro Código en vez de hacer una enumeracion completa, para los privilegios especiales como la hecha para los generales en el art. 3880, se ha conformado con reglamentar la preferencia de unos sobre otros, para dejar su colocacion al Juez y al intérprete, lo que no deja de traer muchas dificultades, como lo hace notar Laurent, estudiando el punto en derecho francés (n° 309, tom. 21), á pesar de la regla sentada en el artículo que estudiamos, pues las cuestiones vienen sobre qué créditos están en la *misma clase y condicion*.

Debe tenerse presente, como hemos dicho antes, que á veces aun cuando varios créditos sean de la misma *clase* no están en la misma condicion. De modo que esto último es lo que mas se debe tomar en cuenta para poder decir que tal crédito no es preferido por tal otro. (Véase Pont, tom. 1, núms. 183 y siguientes.)

La colocacion que hemos dado en el comentario á los artículos anteriores servirá para resolver la preferencia en caso de concurrencia de los créditos con privilegios generales con los privilegios especiaes. Fuera de los gastos de justicia, funera-



rios, y en algunos casos los gastos de enfermedad, los demás créditos con privilegio general, como son los salarios de la gente de servicio, los alimentos suministrados al deudor, son, en regla general, preferidos por los créditos con privilegios especiales.

**3921**—Los créditos privilegiados que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit entre los créditos no privilegiados. (Concuerda con los arts. 3878—3919—3922.)

## CONCORDANCIAS

Código de Chile, 2490.

**Pasarán por el déficit:** Esto tiene lugar únicamente respecto á los créditos con privilegios especiales, pues los generales solo sufren disminucion por concurrencia entre ellos ó con los especiales, pero no por los simples quirografarios. Así, el crédito privilegiado sobre la generalidad de los muebles que no alcanza á cubrirse sobre el valor de éstos pasa á cobrarse de los inmuebles con el mismo privilegio, si el valor de éstos no ha sido absorbido por los privilegios especiales (art. 3881).

**3922**—Los créditos no privilegiados se cubrirán á prorata sobre el sobrante de la masa concursada. (Concuerda con los arts. 3795—3921.)

## CONCORDANCIAS

Código de Chile, 2489.

**A prorata:** En proporción al valor de cada crédito, sin incluir los intereses devengados durante el concurso.

## CAPITULO IV

## Del privilegio sobre los inmuebles

**3923**—El vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago puede reivindicarlos del comprador, ó de terceros poseedores. (Concuerda con los arts. 2669—2670—2758—2777—2778—3878.)

## CONCORDANCIAS

Nuestro comentario á los arts. 2669, 3609 y 3895—Ley 46, tit. 28, Part. 3—Instituta, § 41, tit. 1, Lib. 2—Troplong, núms. 180 y siguientes.





**Puede reivindicarlos el comprador ó de terceros poseedores:** Hemos dicho en el comentario al art. 2609 que nuestro Código, siguiendo el derecho Romano y de Partidas exigía como condicion indispensable para transmitir el dominio de los inmuebles la tradicion y el pago cuando la venta se hace al contado. Antes del pago el vendedor no tiene obligacion de entregar su cosa, como lo establece el art. 1418, y si hace la entrega, ella no trasmite el dominio, á ménos de haberse hecho ésta en alguna de las condiciones del art. 3924 siguiente, dando plazo ó confiándose de otra manera en el comprador.

En esa venta al contado, á diferencia de la hecha á plazo (art. 1432), lleva implicita la condicion resolutoria, y, ántes que esto, el derecho de recuperar su tenencia material sin previa resolucion del acto, como lo establece este artículo. En el caso del art. 3824 no hay derecho de reivindicacion, sino únicamente á cobrar el precio con el privilegio allí establecido.

La compra-venta, desde el derecho romano era considerada como un contrato consensual en que las partes, una vez acordes en la cosa y en el precio, nacia las acciones *empti et venditi* y podia exigir la entrega de la cosa ,con lo cual quedaba consumado el contrato.

Pero como la tradicion era una consecuencia del pago del precio, si esto no se realizaba, el vendedor no estaba obligado á entregar la cosa, como no lo está por nuestro derecho segun el art. 1418, y si la cosa vendida y no pagada habia sido entregada, esta tradicion no hacia adquirir al comprador la propiedad de ella. *Venditæ vero et traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditari pretium solverit, vel alio modo ei satisfacerit, etc., etc.*

En tal caso, el vendedor, *riscia traditioni*, volvia á tomar posesion de su cosa.

Esto mismo pasó al derecho de Partidas. La ley 2, tít. 5, Part. 5, daba al vendedor el derecho de retencion, como dice Gregorio Lopez comentando esta ley "*Non enim tenetur venditor ad traditionem rei, nisi prius offeratur sibi pretium*".

La ley 46, tít. 28, Part. 3ª, que hemos citado en el comentario al art. 3609 dice tambien que no pagando el comprador el precio aunque haya tradicion de la cosa, *tal apoderamiento como*

*este non pasarie el señorío de la cosa á él fasta quel precio pagase.*

Estos mismos principios, dice Pothier, fueron adoptados en el derecho antiguo frances; pero el actual Código Frances no concede al vendedor de inmuebles sino tres derechos, el de retencion, el de resolucion y un privilegio, pero no el derecho de reivindicacion (Baudry Lacantinerie, tom. 3, nº 1136), el cual lo concede para los muebles, art. 2102, inc. 4—Troplong, nº 183.

Hemos traído á colacion estos antecedentes para confirmar lo que decimos en el comentario al art. 2609, de que en las ventas al contado, la tradicion sin el pago del precio no trasfiere el dominio, y para justificar el por qué de la accion de reivindicacion que por el artículo que estudiamos se concede al vendedor.

Hay veces que sin que haya propiamente plazo para el pago de la cosa vendida, el vendedor ha entregado la cosa, y se ha asegurado de su pago con prenda ó fianza. En este caso, rige el art. 3924 siguiente, como lo esplicamos en su comentario, palabras, "ó fiádose de otra manera".

1º Entablada la reivindicacion, como consecuencia de la imposibilidad de cumplir el contrato, viene su resolucion con indemnizacion de daños y perjuicios.

De modo que lo que el vendedor tiene que hacer una vez que su comprador quiebra, es entablar la demanda de reivindicacion, sin necesidad de entablar al mismo tiempo la de rescision en razon de lo dicho anteriormente apoyado en los testos Romanos. La demanda tiene por objeto poner al vendedor en posesion de su cosa para quedar como antes de la entrega y hacer renacer el derecho de retencion que le acuerda el art. 1418, y pedir despues la rescision del contrato ó lo que le convenga.

1º La prueba de que el precio no ha sido pagado estará á cargo del vendedor; lo mismo que la circunstancia de no haber dado plazo para el pago—ó fiádose de otra manera en el comprador.

**3924**—El vendedor de un inmueble no pagado, aunque hubiese hecho tradicion de él, haya dado término para el pago ó fiádose de otra manera en el comprador, tiene privilegio por el precio que le es debido, y puede ejercerlo sobre el valor del inmueble, mientras se halle en poder del deudor; pero los administradores de los bienes concursados están autorizados para retener el inmueble, pagando inmediata-





mente el precio de la venta y los intereses que se debiesen. (Concuerda con los arts. 1195—1196—1419—1432—3266 á 3268—3877—3893—3923—3926.)

## CONCORDANCIAS

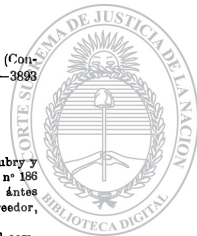
(Ley de Bélgica de 1851, art. 27—Martou, núms. 545 y siguientes—Aubry y Rau, § 268—Zachariæ, § 798—Duranton, tom. 19, n.º 159—Pont, desde el n.º 186—El vendedor ha puesto el inmueble en el patrimonio del comprador ántes de recibir su valor. Si fuese preferido sobre el precio por otro acreedor, éste se enriquecería á su costa.

Poco importa que sea al vendedor mismo ó á un tercero á quien el comprador esté obligado respecto á las prestaciones estipuladas. El tercero no puede, para obtener el pago, ejercer el privilegio en su nombre personal; pero no se le priva obrar á nombre del vendedor, y usar del privilegio de éste)—Nota del codificador á los arts. 3878 y 3882.

**O fíádose de otra manera en el comprador:** Estas palabras indudablemente se refieren á cuando el vendedor, sin haber dado plazo para el pago, ha consentido en entregar el inmueble, y el comprador le ha dado para seguridad del pago inmediato una prenda, una fianza ó un expromisor. Este es el caso legislado por el § 4, Tit. 1, Lib. 2, Instituta, citado por el codificador en el art. 1418. El testo de la Instituta habla de los tres casos, cuando se ha vendido al contado, cuando se ha vendido á plazo y cuando el vendedor sin dar plazo se confia del comprador y la entrega. *Venditæ vero res et traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium, solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato..... sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statum rem emptoris fieri.*

Así pues, segun el principio sentado en el artículo anterior el vendedor tendrá derecho á reivindicar el inmueble vendido siempre que no haya consentido en la entrega de la cosa, sino bajo el supuesto de que se le pagaría inmediatamente el precio; pero si ha entregado la cosa y ha recibido en pago billetes firmados por el comprador, ó cuando ha recibido una prenda ó una fianza en garantía del pago inmediato de la cosa, se supone que ha consentido en transferir inmediatamente la cosa y quedar únicamente como acreedor del precio, aun cuando en realidad no haya dado plazo para el pago (Ortolan, tom. 1, p. 354).

Así, por ejemplo, Pedro vende un inmueble á Juan al contado,





y mientras se estiende la escritura pública correspondiente le entrega el inmueble; si al tiempo de hacerse la escritura y el pago el comprador quiebra, el vendedor puede reivindicar la cosa con arreglo al artículo anterior; pero si en vez de suceder esto, la escritura pública se estiende y el vendedor en vez de recibir su valor acepta fianza ó prenda que aseguren su pago, el vendedor solo es deudor por el precio, y no puede reivindicar la cosa. De modo pues que para que haya derecho de reivindicacion es necesario que la venta al contado no haya venido á ser modificada por acto alguno posterior que modifique la primera voluntad del vendedor.

Así, si despues de convenir que la venta sea al contado el vendedor acepta documentos del comprador, si esos documentos no eran pagados á su vencimiento sería llegado el caso de aplicar este artículo y no el anterior, es decir, que no habria derecho de reivindicacion, pero la deuda sería privilegiada, como si la cosa no hubiera sido pagada (nota del codificador al art. 813—Troplong, nº 199 *bis*).

Aquí se podría decir que el vendedor se ha fiado del comprador al aceptar ser únicamente deudor del precio, y por lo mismo ya no podría reivindicar lo vendido, sino ejercer el privilegio si en el documento constaba el origen de la deuda, ó de otro modo se hacia constar esto (Troplong, 199 *ter*.)

1º Pero supóngase que en vez de dar un documento á plazo, da un vale á la vista ó gira un cheque que el vendedor debe cobrar inmediatamente; en este caso no se puede decir que el vendedor haya dado término para el pago, y por lo mismo puede reivindicar lo vendido si ese vale ó ese cheque no es pagado; es siempre una venta al contado que no transfiere la propiedad mientras el pago no se verifique.

Otro caso análogo puede verse en nuestro comentario al art. 2511, p. 186, tom. 4.

2º Debe tenerse presente que en los casos legislados en este artículo no procede la accion de reivindicacion ni la de resolucion como lo establece terminantemente el art. 1432, sino la accion para pedir el pago y la correspondiente indemnizacion de perjuicios.

**Sobre el valor del inmueble mientras se halle en poder del deudor:** Este artículo, en el cual nuestro codifica-



dar se ha separado de la legislación francesa y especialmente de los autores que cita, que parte de la base de la inscripción del privilegio como medio de conservarlo, ha suscitado serias dificultades en la práctica.

Se dice en primer lugar que la limitación que contiene de ejercer el privilegio solo mientras la cosa está en poder del deudor debe entenderse solo cuando en la escritura de enajenación de aquel que persigue el privilegio, no consta que el inmueble está impago; que constando esto al vendedor debe considerásele con derecho para perseguir su pago de cualquier poder que se encuentre.

Los que tal cosa sostienen fundan su opinión en la nota del codificador al art. 3878 que dice: "El privilegio no grava los muebles con tanta energía como los inmuebles. Si se trata de estos últimos el carácter eminente de la carga que los grava es de seguirlos por cualquiera transmisión que pasen".

Se fundan también en el art. 2926, en el cual se establece que en caso de varias ventas sucesivas, cuyo precio sea debido, el primer vendedor es preferido al segundo y éste al tercero, y así sucesivamente, principio que se establece también en la nota al art. 3883. Por último se fundan en que todos los autores citados en el artículo que estudiamos dan derecho al acreedor a perseguir al pago del inmueble aunque haya salido del poder del deudor.

Dicen que constando en la misma escritura de compra-venta la existencia de la deuda, se debe entender que el segundo comprador, que, conociendo esto, compra, ha querido colocarse en lugar del primer comprador que a la vez es su vendedor y cargar él con esa deuda.

¿Será esta la inteligencia que deba darse al artículo que estudiamos? Pensamos que no. El privilegio del vendedor cuyo precio no ha sido pagado es puramente personal como se establece ampliamente en un fallo del Juez Federal de Santa Fe, que fué confirmado por sus fundamentos por la Suprema Corte de la Nación, y que se encuentra en el tom. 11, serie 2, p. 181 de la colección de Fallos; por consiguiente no puede pasar, según el mismo fallo de la Corte, y otro que se encuentra en el mismo tomo y serie, p. 251. con la cosa de que deriva, a terceros adquirentes del inmueble. En manos del vendedor estaba



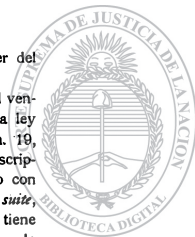
crearse un derecho real de hipoteca cuando vendió su inmueble dando plazo para el pago. Si en vez de hacerse dar esta hipoteca con la cual pasaría el inmueble á los terceros adquirentes, el vendedor se confió de la solvencia de su comprador y solo hizo dejar constancia de un crédito personal, cuya será la culpa si los terceros adquirentes le oponen á sus pretensiones el pago de la cosa á su respectivo vendedor; la no creacion de la hipoteca hace presumir que el vendedor á plazo no pensó para nada en garantizarse con el inmueble que vendia, sino que contó con el crédito personal del comprador; consintió en ser acreedor personal por el precio de la cosa, lo cual es muy distinto, como hemos visto ántes, cuando se vende al contado (comentario al artículo anterior).

Algo mas: dar derecho al vendedor para perseguir el pago del inmueble de terceros adquirentes que han pagado el todo del precio, importaria dar al vendedor un derecho real; y es sabido que los derechos reales no pueden crearse sino por ley espresa, como lo establece el art. 2502. Este derecho no entraria tampoco en los enumerados en el art. 2503.

Si los derechos reales son creaciones de la ley, mal pueden crearse por mera interpretacion, y mucho ménos cuando un texto legal como el que estudiamos se opone á ellos (Fallos de la S. C., serie 2, tom. 1, p. 181).

El argumento que se hace con la legislacion francesa no es aplicable á nuestro Código, porque en derecho frances, en el caso de una venta de inmuebles á plazo, se exigen ciertas formalidades que entre nosotros equivalen á una hipoteca, y que no existen por nuestro Código para que el vendedor pueda conservar su privilegio contra terceros adquirentes. Esta formalidad es la inscripcion del privilegio: sin esa inscripcion, aun en derecho frances, el enajenante no puede conservar su privilegio contra terceros. Esa formalidad exigida por la ley francesa se suple entre nosotros por una hipoteca que el vendedor puede hacerse dar. El art. 2106 frances, establece terminantemente la necesidad de la inscripcion. (Véase Troplong, sobre el mismo artículo.)

Si no se ha dado esa hipoteca, ó si tratándose de la ley francesa, no se ha inscripto la deuda, aun que conste en la escritura de trasmision la existencia de ese crédito, el privilegio se



extingue por derecho frances cuando la cosa sale de poder del comprador y recibe el precio.

La constancia de la deuda hace conservar el privilegio del vendedor respecto á su comprador y á sus herederos; "pero la ley no dispone, dice Duranton, citado por el codificador, tom. 19, nº 171, que el privilegio se conserve sin transcripcion ni inscripcion *si el inmueble sale de mano del comprador*, y es cierto con arreglo á los principios del Código Civil que el *droit de suite*, sea en virtud del privilegio, sea en virtud de hipotecas no tiene lugar si la inscripcion no ha sido hecha ántes de la mutacion de la propiedad".

Lo mismo establece Herveu, "Diccionario de Privilegios é Hipotecas", p. 403.

Ademas, el art. 27 de la ley Belga citada, es concordante con el art. 30 de la misma ley en el cual se establece que el privilegio acordado al vendedor por el inciso 1º del art. 27, se conserva solo por medio de la inscripcion, que, como hemos dicho, equivale entre nosotros, que no tenemos inscripcion, á la constitucion de una hipoteca.

Si bien en ese art. 30 se habla solo de la transcripcion del título de venta, transcripcion que tambien entre nosotros se hace con otro objeto, el art. 2108 del Código Frances declara al mismo tiempo que esa transcripcion equivale á la *inscripcion*, y ordena hacerla especialmente al jefe del registro.

Troplong, nº 280, es terminante tambien al respecto, quien estudiando el art. 2108 frances, dice: "si el vendedor originario no inscribe su privilegio mientras el inmueble está en manos del deudor del precio de venta, si deja enajenar el inmueble sin inscripcion ni transcripcion, *su privilegio queda estinguido y pagado*, sea que el acto de segunda venta haya sido transcripio ó no".

Antes de esto dice: "Con arreglo á los principios del Código Civil, tal cual han sido fijados por la jurisprudencia despues de grandes conflictos de sentencias, la venta solo para el curso de la inscripcion y purga á la propiedad de los privilegios ó hipotecas no inscriptas". (Véase Laurent, tom. 30, nº 71.

Como se ve, repetimos, la jurisprudencia francesa en nada modifica la interpretacion que resulta del testo de nuestro artículo. Desde que entre nosotros el acreedor para conservar derechos reales sobre inmuebles por deudas que pasan sobre el mismo y



en relacion á terceros, necesita crear una hipoteca, que equivale á la inscripcion que debe tomar en derecho frances, si esto no se ha hecho, lo racional es que saliendo el inmueble de poder del primer comprador quede aquél purgado del gravámen ó privilegio con que estaba gravada.

Allí la ley le da un objeto especial y espresamente determinado á la transcripcion é inscripcion, cual es hacer público el traspaso de la propiedad y *conservar*, como dice el art. 2108 frances, el privilegio sobre la misma.

Sin esa disposicion espresa del Código, la transcripcion no tendria por objeto sino lo primero. Entre nosotros, por el contrario, la necesidad de la inscripcion de los títulos de propiedad no viene de una exigencia del Código Civil, pues para éste basta para transmitir la propiedad y hacerla pública por la escritura pública de venta, seguida de la *tradicion*; esto último se suple en derecho frances con la transcripcion del título en un registro especial.

La exigencia de esta formalidad, entre nosotros, viene de leyes reglamentarias que han dictado las Provincias separadas é independientemente unas de las otras, y tambien el gobierno general para la Capital de la República y territorios nacionales.

Luego, pues, tratándose de una formalidad no exigida por el Código Civil, mal puede dársele el efecto de conservar un derecho especialmente determinado y legislado por el Código General que solo el Congreso puede dictar.

Esto sin contar con que ni en las leyes posteriores al Código, dictadas para la Capital y territorios nacionales, ni en las leyes dictadas por cada Provincia sobre el registro de propiedades, se establece como en derecho frances, que esa inscripcion tenga por objeto conservar el privilegio acordado por el Código, respecto de terceros adquirentes.

No podemos, entónces, argumentar con la interpretacion de leyes extranjeras que no existen en nuestro propio Código.

Al hecho de constar la deuda en la escritura de enajenacion, en ninguna parte le da nuestro Código el efecto de crear un derecho real que permita perseguir la cosa de poder de terceros adquirentes; esa constancia crea solamente un derecho personal con privilegio mientras la cosa permanezca en poder del deudor, y nada mas. Por nuestro derecho, como lo ha establecido la Suprema Corte Nacional, en los fallos citados, del tom. 11, los



privilegios, fuera de los casos espresamente esceptuados por la ley, por lo mismo que son personales, dan una accion personal y no una accion para perseguir la cosa del poder en que se encuentra. Saliendo la cosa de poder del deudor, el privilegio desaparece, ha dicho la Corte, refiriéndose á los constructores, cuando el inmueble en que se han hecho las construcciones pasa á tercer poseedor. Una deuda personal, aunque tenga privilegio sobre tales ó cuales bienes determinados, no da derecho á perseguir la cosa, como lo da la deuda hipotecaria, sino únicamente á perseguir al deudor, y en caso de quiebra hacer valer su preferencia con respecto á los otros acreedores, en los bienes que entran á la masa fallida y que están afectados á su privilegio, pero no en los bienes que no pertenecen á su deudor.

Respecto á la inconsecuencia que resulta comparando el principio de este artículo con la nota al 3878, es de facilísima explicacion, teniendo en cuenta las diversas fuentes de donde el Dr. Velez formó su Código. Esto ha hecho que en varias partes se note contradiccion entre las notas y la parte dispositiva de los artículos; esa nota tomada de Martou, indudablemente ha sido por un descuido.

De ella se ocupa el Juez Federal Dr. Zuviría, quien en uno de los fallos citados en este comentario, dice que esa nota no puede tener fuerza alguna:

“1º Porque vendria á estar en flagrante contradiccion con todo lo espuesto, ya en la parte dispositiva del Código, que es la ley, ya en las notas citadas del mismo codificador; debiéndose aun en caso de contradiccion real ó aparente en las notas, estar á las leyes y á los comentarios en su parte mas consiguiente con ella, mas detenido, explicado y manifesto, como lo que escluye al privilegio de los derechos reales.”

“2º Porque esa nota no cuenta con un artículo en que atribuya directa ni indirectamente una fuerza real á los privilegios sobre los muebles, como tampoco se le atribuye ninguno de los artículos del mismo título sobre los “privilegios” ni sus notas correlativas; siendo por el contrario clarísima su mente al ocuparse de ellos, considerarlos solo en concurso de acreedores, pues el mismo epígrafe de esa seccion se denomina “Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor comun”. Llamando al primer título de esa seccion “De la preferencia de



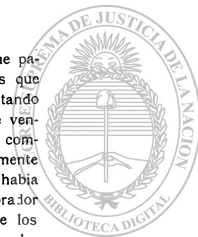
los créditos", todo lo que indica manifestamente que solo da movimiento á los privilegios en concurso de acreedores contra el *deudor comun*, y contra el adquirente de un bien raíz que perteneció á él. Y si aun quedase alguna duda, bastará ver la definición que da del privilegio el artículo 1º de ese título, en estos términos: "El derecho dado por la ley á un acreedor para ser pagado con preferencia á otro, se llama en este Código privilegio, sin decir que éste sea la facultad de perseguir la cosa que perteneció á un deudor en cualquier poder que se hallase, ora solo, ora en concurso de acreedores. Y sin embargo, así debiera decir, si acaso hubiese de darse á esa nota una mente contradictoria. Razon por la cual, no es desacertado suponer, que al redactarla el codificador, lo hiciese bajo una reminiscencia del derecho frances, que en tantos puntos coincide con el nuestro y equipara los privilegios con las hipotecas, revistiéndolos de las mismas formalidades preservativas del derecho de los adquirentes; pero nota, que aun cuando estuviera en completa contradiccion con la ley y demás comentarios del Código, no alcanza á tener una fuerza derogativa ni ménos *dominante* sobre aquéllos, segun las razones espuestas."

El art. 3926 tampoco es un argumento para hacer desviar el sentido del testo espreso que estudiamos. Allí se trata de varias ventas sucesivas en que en ninguna de ellas se ha pagado el precio. Esto forma una relacion de derecho entre todos los compradores, que permite ejercer á cada acreedor los derechos que tiene su deudor, no en virtud de un derecho real, sino en virtud del principio sentado en los arts. 1196 y sus concordantes, que faculta á los acreedores para ejercer los derechos de sus deudores.

Sobre todo, y aun prescindiendo de las consideraciones anteriores, el testo del artículo que estudiamos es terminante "puede ejercerlo, dice, sobre el valor del inmueble *mientras se halle en poder del deudor*", luego, cuando no está en poder del deudor, ni se está debiendo el precio, como en el caso del art. 3926, el privilegio desaparece, pues la ley no distingue si la trasmision se ha hecho al fiado ó al contado.

Creemos que en esto no hay ni injusticia tampoco. ¿Por qué un tercer comprador que ha pagado todo el precio de su compra, que ha llevado en dinero al patrimonio del deudor lo que





el anterior vendedor puso en un inmueble, va á tener que pagar por segunda vez el inmueble comprado? Mas justo es que pierda el que vendió al fiado de un modo aleatorio, contando con la solvencia de su comprador, desde que el perjuicio le vendría por el error de sus mismos cálculos, y no el segundo comprador que desembolsó el precio, con el cual indudablemente creería que sería pagado el anterior vendedor. Si éste se habia fiado de su comprador, con mayor razon el segundo comprador que no tenia obligacion de ser precavido en la guarda de los intereses de aquél, podia confiarse de que lo que él entregaba era para pasar á poder del deudor personal de su vendedor.

3º Cuando el vendedor del inmueble concurre con los constructores por construcciones hechas con posterioridad á la venta, el art. 3917 resuelve que deben pagarse separadamente ambas deudas, una con el valor del terreno y otra con el valor de la obra.

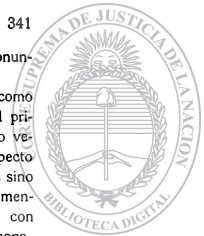
4º Si el vendedor concurre con los obreros por construcciones anteriores á la venta, los obreros son pagados con preferencia al vendedor, con el precio que se debía del inmueble comprado (art. 3931 y sus concordantes).

5º Salvo el caso del art. 3917, el privilegio, como dice Duranton, citado por el codificador en este artículo, se estiende á todas las construcciones y mejoras que haya tenido el inmueble y que estén ya pagadas (Martou, nº 558).

6º El acreedor del precio tiene derecho á pedir la separacion de patrimonios para impedir que el inmueble salga de poder de la sucesion (art. 3433 y nota del codificador al mismo), evitando así los perjuicios de la enagenacion que hagan los herederos.

Como el privilegio es indivisible y los herederos no son sino los continuadores de la persona del difunto, el hecho de que el inmueble haya pasado á poder de ellos no impide ejercer el privilegio como si estuviera en poder del primitivo comprador (arts. 2475, 3503 y sus concordantes).

7º Supóngase que en vez de enagenar la finca comprada á plazo, el vendedor la hipoteca ¿será preferido el hipotecario al vendedor? Pensamos que sí. Las mismas razones que hemos tenido para apoyar este artículo, sosteniendo que aun cuando conste en el título de adquisicion que se está debiendo el precio, el comprador que ha pagado el valor de la segunda compra



no puede ser molestado por el vendedor, nos llevan á pronunciarlos por la afirmativa en la cuestion propuesta.

El comprador al fiado es dueño absoluto de la cosa, y como tal puede enagenarla válidamente, haciendo desaparecer así el privilegio del vendedor. Si el comprador tiene esta libertad no vemos por qué no pueda hipotecar válidamente y con efecto respecto al vendedor no pagado del precio. El crédito de éste no es sino un crédito personal, como lo hemos demostrado en este comentario, y por mas que ese crédito personal sea privilegiado con respecto á otros de la misma naturaleza, no puede impedir la constitucion del derecho real de hipoteca.

Repetiremos aqui lo que hemos dicho antes: desde que el vendedor se ha fiado del comprador y no se ha cuidado de asegurar con hipoteca el crédito nacido de la venta del inmueble, es por que se ha fiado en el crédito personal de su deudor, y ha querido dejarlo en libertad para disponer sin restriccion alguna de la cosa vendida; en virtud de esa libertad, el comprador hipoteca su inmueble.

Ahora bien, el vendedor puede tener preferencia por el precio mientras ella permanezca en poder de su deudor, y lo está aun cuando se haya constituido hipoteca, pero esta preferencia solo es respecto á los demas acreedores personales como él, privilegiados ó no, pero nunca respecto á los derechos reales constituidos por el propietario en virtud del dominio pleno trasmitido por el deudor. Ese derecho personal acordado por el artículo que estudiamos, no puede ir hasta dejar sin efecto, ó por lo ménos, ser preferente á esos derechos reales creados por quien tenía perfecto derecho para ello.

La regla es que un privilegio puede ser superior á otro, pero no á un derecho real, á ménos de una disposicion espresa en contrario. Resolver otra cosa en el caso propuesto, sería decir que el comprador al fiado no puede hipotecar en razon de esta circunstancia, lo cual no dispone ley alguna, y sería contrario al principio general de que, dando plazo para el pago, se trasmite de una manera irrevocable el inmueble que se vende (art 1432). Esa hipoteca es una desmembracion del derecho de propiedad, una especie de enagenacion, que da derecho á los acreedores hipotecarios á tomar ciertas medidas tendentes á impedir la destruccion de la cosa (arts. 3157 y sus concordantes).



Estas consideraciones y las espuestas anteriormente en este comentario al hablar de la enagenacion, nos inducen á creer que en el caso propuesto, el privilegio del vendedor no tiene prelación sobre el hipotecario.

**3925**—El privilegio comprende además del precio de la venta, los intereses vencidos de un año, todas las cargas y prestaciones impuestas al adquirente, á beneficio personal del vendedor ó de un tercero designado por él, pero no comprende los daños y perjuicios, aunque por cláusula especial del contrato hubiesen sido fijados. (Concuerda con los arts. 3924 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Mourlon, *Exámen crítico*, n° 156—Martou, núms. 553 y siguientes—Troplong, *Privil.*, n° 869—Aubry y Rau, § 268—Duranton, tom. 19, n° 163—Pont, n° 183.)

**Todas las cargas y prestaciones etc.:** Por ejemplo, si se ha encargado pagar á un tercero parte del precio, aun cuando ese tercero haya aceptado esto, el vendedor puede ejercer el privilegio. (Véase sobre estas disposiciones la nota del codificador al art. 558.)

En el privilegio, dice Martou, se comprende todo aquello que se comprenda que ha sido prometido como parte del precio.

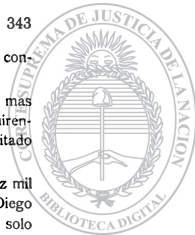
**Hubiesen sido fijados:** Se refiere aquí á la cláusula penal; no hay derecho de cobrarla con privilegio, porque entra en lugar de los daños y perjuicios, como lo establece el art. 655.

**3926**—En caso de varias ventas sucesivas, cuyo precio sea debido en todo ó en parte, el primer vendedor es preferido al segundo, éste al tercero, y así sucesivamente. (Concuerda con los arts. 3924 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior—Martou, 560.

**Es preferido al segundo:** Pero en este caso, con arreglo al principio sentado en el artículo anterior, de que el inmueble no pasa al tercer adquirente con la carga del pago del precio, se debe entender que lo que el primer vendedor debe percibir del tercer comprador, por ejemplo, es lo que éste deba al segundo vendedor, y no por lo que el primer comprador deba al



primer vendedor. Lo contrario, sería poner este artículo en contradicción con el anterior.

En el caso de este artículo, el primer vendedor no hace más que ejercer un derecho de su deudor contra el segundo adquirente, y no los propios; de consiguiente, ese derecho está limitado por el de su deudor.

Así, por ejemplo, Pedro vende á Juan un inmueble en diez mil pesos, y le queda debiendo el precio; Juan lo vende á Diego en cinco mil pesos, ó se lo vende en quince y le paga solo diez, quedando como deudor por los otros cinco. En este caso, decimos, concursado Diego, el primer vendedor Pedro cobrará del inmueble, con preferencia, los cinco mil que Diego debía á Juan, y nada mas, quedando de acreedor de Juan por los otros cinco.

Así como el precio no puede cobrarse de terceros adquirentes que lo han pagado, así también la parte pagada deja de ser una garantía para el primer vendedor.

**3927**—El que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble, goza de privilegio sobre el inmueble para el reembolso del dinero dado, con tal que por la escritura de adquisición, conste que el inmueble ha sido pagado con el dinero prestado, aunque no haya subrogación expresa. (Concuerda con los arts. 770 y sus concordantes—3877—3925.)

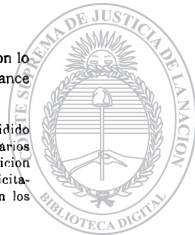
#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 263—Persil, sobre el artículo 2103—Pont, desde el n° 221—Zachariæ, § 793, n° 2)—Tropolong, núms. 227 y siguientes.

**Goza de privilegio sobre el inmueble:** En las mismas condiciones establecidas para el vendedor en el art. 3924.

**Por la escritura de adquisición:** No bastará, pues, que conste en otra escritura pública que no sea la de adquisición; es necesario que conste en la misma escritura para que haya subrogación legal, porque entónces esa mención es la que hace conocer el convenio entre las partes y evita el fraude.

1° Creemos que tratándose de la deuda del comprador, al mismo tiempo vendedor, ha debido por lo ménos exigirse en el art. 3924 que la deuda constase por escritura pública, para evitar en lo posible los fraudes consiguientes, ya que no se exigió la inscripción del privilegio. Pero como hemos dicho, el art. 3924 no ha-



ce exigencia alguna al respecto, y su silencio comparado con lo espreso del presente, corrobora que ese artículo tiene el alcance que le hemos dado.

**3928**—Los coherederos y todos los coparticipes que han dividido una masa de bienes compuesta de muebles é inmuebles, ó de varios muebles determinados, tienen privilegio por la garantía de la particion sobre los bienes ántes indivisos, y tambien por el precio de la licitacion del inmueble, adjudicado á alguno de ellos. (Concuerda con los arts, 2141—2142—3505—3506—3508 á 3513 3533.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2108—Mourlon, desde el n° 170—Martou, desde el n° 574—Aubry y Rau, § 263, n° 3—Zachariæ, § 798—Pont, n° 199. En las leyes Romanas no se conocia este privilegio. Los coparticipes estaban obligados á la eviccion como los vendedores, pero no tenian ningun privilegio sobre los bienes que se hubiesen dividido.

El privilegio establecido en el artículo, tiene su razon en la naturaleza íntima de las cosas. Cada coparticipes no consiente en desprenderse de su derecho indiviso sobre el conjunto de los inmuebles comunes, sino con la condicion de obtener una parte equivalente á la de los otros. Faltando esta condicion, la igualdad se rompe, y es justo reconocer al perjudicado un derecho real, sobre los bienes á los cuales no habia sino renunciado condicionalmente.)

**Y todos los coparticipes:** Cualquiera que sea el origen del condominio, ya sea una sociedad ú otra causa cualquiera, el privilegio existe, sin perjuicio, se entiende, de las responsabilidades de los coparticipes cuando el origen del condominio viene por aporte de uno de ellos de la cosa de que se ve privado. Se aplican entónces las reglas de la eviccion (Martou, n° 575—Duranton, tom. 19, n° 179).

Desde el momento en que los coparticipes se han dividido, nace la obligacion de garantizar la eviccion; y desde el momento en que uno de ellos es evincido, nace la obligacion de reparar el perjuicio para no desigualar la division; es por esta indemnizacion ó entero de su cuenta, que deben hacer los otros, que el evincido tiene privilegio sobre los bienes que con motivo de esa division recibieron los otros coherederos ó coparticipes (Laurent, tom. 30, n° 28).

**Compuesta de muebles é inmuebles ó de varios muebles determinados:** Ó tambien de inmuebles determinados ó de un inmueble dividido entre varios, si la parte que le ha tocado á uno ha sido reivindicada.



1º Segun Martou, citado por el codificador en el artículo frances, igual al nuestro, se comprende tambien en el privilegio lo que un coheredero debe á la masa de bienes por frutos percibidos de la misma y que deben descontarse de su hijuela.

Así, si un heredero que debe recibir diez mil pesos está obligado á devolver á la masa cinco mil, porque ántes ya ha recibido en frutos ó en otra forma los cinco mil restantes (art. 2691), es claro que los coherederos tienen derecho á retener esos cinco mil, y los acreedores del heredero no pueden exigir se entreguen al concurso los diez mil que le corresponden por la hijuela del fallido, y que la masa hereditaria entre como acreedora del concurso por los cinco mil de que ántes habia dispuesto el heredero fallido. En el mismo sentido se espresa Laurent, tom. 30, nº 30.

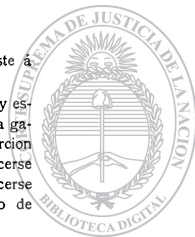
**Sobre los bienes ántes divididos:** Es decir, sobre todos los bienes divididos, muebles ó inmuebles, pues aunque en el presente capítulo se habla de privilegio sobre los inmuebles, los términos en que está concebido este artículo, que habla de division de muebles é inmuebles, hace comprender que aquí se refiere á un privilegio general sobre todos los bienes que se han dividido, sin hacer distincion alguna, como se ve por las palabras que estudiamos.

2º El privilegio de que habla este artículo es aplicable aun á la division hecha por los ascendientes, pues en esta division los coherederos son tambien garantes los unos hacia los otros (arts. 3533 y 3534).

**Y tambien por el precio de licitacion:** Este privilegio puede ejercerse ó por el copartícipe que ha licitado un inmueble del cual se ve privado, con el objeto de que se le pague por los otros copartícipes el precio de la licitacion, ó tambien puede ser ejercido por los otros copartícipes para cobrar del copartícipe licitante lo que, en razon de ser mayor el precio de la licitacion que la cuota que le corresponde en la division, les esté debiendo á aquéllos.

En éste último caso, como en el de que el licitante sea un tercero, es el privilegio del vendedor el que viene á ejercerse (Duranton, tom. 19, nº 182).

Pero en este caso, por lo mismo que la causa del privilegio es especial, el privilegio debe tambien serlo; en consecuencia,



solo se ejercerá sobre el inmueble licitado por lo que reste a deber el licitante (Laurent, tom. 30, n° 33).

3º El privilegio no puede ejercerse sino en la misma forma y extensión en que se ejerce la garantía. Según el art. 3508, la garantía de cada heredero por la evicción no es sino en proporción al haber hereditario de cada uno; por consiguiente, al ejercerse el privilegio que nace de la obligación de garantía, debe hacerse en la misma proporción, salvo el caso de falencia de uno de ellos (art. 3929).

Así, si tres herederos ó copartícipes se han dividido una masa de bienes, y á uno de ellos se le adjudica un inmueble que vale 18,000 pesos, del cual es evincido, él solo tiene un recurso contra sus copartícipes por 6,000 pesos contra cada uno. Ahora bien, en este caso, el privilegio por los 12,000 pesos no puede ejercerse indistintamente sobre los bienes del uno ó del otro ó sobre las dos partes conjuntamente, sino que debe ejercerse por cada 6,000 pesos separadamente en cada lote de los otros. De modo que los bienes que ha recibido cada partícipe solo quedan gravados por 6,000 pesos cada parte, ó cada lote, pues que esos bienes solo pueden gravarse en la proporción en que responde por la evicción cada partícipe (Laurent, citado—Duranton, tom. 19, n° 185).

4º Si uno de los herederos ha hipotecado el inmueble que le ha correspondido, el crédito de su coheredero por la garantía de su lote, no puede tener prelación sobre el hipotecario, pues éste no ha tenido ningún medio de conocer la existencia del privilegio. Esto por una parte, y por otra, sería hacer un gran mal á los mismos copartícipes concederles privilegio sobre los hipotecarios posteriores, pues jamás podrían conseguir hipotecas sobre bienes que tuvieran por origen una división, desde que siempre existe la garantía por la evicción, que solo se extingue á los diez años después que la evicción ha tenido lugar (art. 3513).

La equidad y los principios mas elementales de derecho se opondrían á que en el caso propuesto, el acreedor hipotecario fuera preferido por los herederos; esto equivaldría á dejar sin efecto las ventas hechas por el heredero ó hacer cargar al comprador que ha entregado su dinero, con el pago de la evicción. Si esto sería un absurdo, con el mismo motivo lo sería dejar de lado



el crédito hipotecario para pagarse con el valor del inmueble lo que se deba al coheredero por evicción.

Que quede sin efecto la hipoteca constituida en el caso del art. 3504, se explica por el carácter mismo de la división (nota del codificador al art. 3504), pero de esto á que se restrinjan los efectos de una hipoteca constituida sobre un inmueble que es definitivamente del heredero constituyente de la misma, no se explica. Sin embargo, el Dr. Segovia, en la nota 116, cree que este privilegio del copartícipe ó coheredero prevalece sobre el hipotecario posterior á la partición.

5º El privilegio se ejerce, sea que la partición se haya hecho judicial ó extrajudicialmente. La causa del privilegio siempre es la misma (Duranton, tom. 19, nº 180).

6º El tercero que ha licitado un inmueble de entre varios que se hayan dividido, no tiene el privilegio acordado por este artículo á los copartícipes, para el cobro de lo pagado por el inmueble licitado en caso de evicción, pues en este caso desaparece el fundamento del privilegio. Esto sin contar con que el art. solo habla de *herederos* y copartícipes.

Por lo demás, es claro que si despues de la partición, uno de los copartícipes vende el inmueble, lo que él pague á su comprador por razon de la evicción, lo cobrará de los otros con preferencia, siempre que lo pagado no sea mayor que el valor de la cosa al tiempo de la evicción, pues este es el límite de la responsabilidad los coherederos (art. 3506 y nota del codificador al mismo).

7º Si uno de los herederos ha sido encargado de pagar las deudas de sucesión y se le adjudican bienes en ese concepto (art. 3497), ese heredero tendrá privilegio sobre los bienes que han correspondido á los otros en caso de ser evincido por los bienes adjudicados, por el reembolso de los que él ha pagado. Esto entra tambien en el fundamento mismo del privilegio, fundamento dado por el codificador en la nota al artículo que estudiamos. Duranton, tom. 19, nº 188 *bis*, apoya esta tesis con fundamentos sólidos.

**3929**—Si uno de los herederos ha perdido su lote y ha quedado insolvente, la porción por la que estaba obligado se divide entre el garantizado y todos los copartícipes solventes. (Concuerda con los arts. 2142—2143—2698—3508—3533.)



## CONCORDANCIAS

Las citas del artículo anterior—Laurent, tom. 30. n° 38—Pont, n° 202.

**Ha perdido su lote y ha quedado insolvente:** La pérdida de su lote, aunque sea por caso fortuito, no lo exime de la responsabilidad de responder por la parte que le corresponde en la evicción sucedida á otro (art. 2143); responderá en tal caso con sus bienes propios, y solo cuando se hayan escudito sus bienes podrá el evincido ir contra los otros (art. 3508).

1° Pero cuando un copartícipe ejecuta á otro por la responsabilidad por la evicción, no tiene privilegio cuando la ejecución se persigue de otros bienes que los que recibió el ejecutado en la partición, pues el art. 3928 habla de privilegio sobre *bienes antes divididos* únicamente.

Por lo demás, el presente artículo ha podido suprimirse, existiendo los arts. 2143 y 3508; el caso legislado en el que estudiamos surge de aquéllos.

**3930**—El donante tiene privilegio sobre el inmueble donado por las cargas pecuniarias, u otras prestaciones líquidas, impuestas al donatario en el acto que comprueba la donación. (Concuerda con los arts. 1849—1850—1851—1853—1854—1855—2087 y su comentario, n° 7.)

## CONCORDANCIAS

En el caso del artículo, la donación no conserva su carácter propio de ser gratuita, y viene á ser un contrato á título oneroso que se aproxima á la venta. ¿Por qué entonces no conceder el privilegio hasta la concurrencia de las cargas que convierten al donante en un enajenante á título oneroso? Troplong, n° 216, y Grenier, n° 391, dicen: Que á pesar de las cargas que lleva la donación, conserva el carácter de una liberalidad, y concluyen que estender el privilegio del vendedor al donante, es faltar á la regla de que los privilegios son de derecho estricto, y que no pueden estenderse por analogía. Pero se ha creído justo proteger al que, haciendo una liberalidad, ha puesto para ella como condición, ciertas prestaciones que debe llenar el donatario. A mas, el donante tiene un derecho mas enérgico que el privilegio, la acción para revocar la donación, y desde entonces ¿por qué negarle el privilegio por las cargas pecuniarias impuestas al donatario? Nuestro comentario al art. 2087—Laurent, tom. 30, núms. 28 á 25.

**El donante:** Sucede á veces que las cargas son impuestas á favor de terceros. En este caso ¿tendrán los terceros á cuyo favor son impuestas, el mismo privilegio? Pensamos que no, en virtud de lo dispuesto en el art. 1853, que solo concede una ac-





cion personal contra el donatario por el cumplimiento de la carga, y no la revocacion de la donacion, como lo puede hacer el donante, segun el art. 1850.

**En el acto que comprueba la donacion:** Es una consecuencia del carácter é influencia especial que por el art. 1855 se le da á la mencion de las cargas en el mismo contrato de donacion. Esa mencion equivale, para todos los efectos legales, á una inscripcion hipotecaria, que hace conservar á favor del donante un derecho real sobre la cosa donada.

1º Á diferencia del vendedor á plazo, que solo tiene privilegio mientras permanece la cosa en poder del comprador, en el caso de donacion el donante puede ejercer el privilegio aun estando la cosa en poder de terceros. Prueba de esto es el art. 1855, que permite revocar las donaciones con efecto retroactivo á las enagenaciones hechas por el donatario, siempre que las cargas estén espresadas en la escritura de donacion; y si tiene el derecho de dejar sin efecto esa adquisicion, claro es que tendrá el derecho de perseguir la cosa de cualquier poder que se encuentre cuando quiebra el donatario. (Véase final de la nota del codificador á este artículo.)

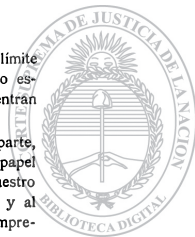
2º Este privilegio viene á ocupar el 2º lugar entre los privilegios sobre los muebles, pues solo son preferidos por los gastos de justicia y los funerarios.

**3931**—Los arquitectos, empresarios, albaniles y otros obreros que han sido empleados por el propietario para edificar, reconstruir ó reparar los edificios, u otras obras, gozan por las sumas que les son debidas, de privilegio sobre el valor del inmueble en que sus trabajos han sido ejecutados. Los subempresarios y los obreros empleados, no por el propietario sino por el empresario que ha contratado con ellos, no gozan de este privilegio. (Concuerda con los arts. 1615—3916—3917.)

#### CONCORDANCIAS

(Mourlon, *Examen crítico*, n° 175—Martou, desde el n° 500—Aubry y Rau, § 263, n° 4—Zacharie, § 733. 4 Persil, sobre el art. 2103—Pont, desde el n° 210)—Laurent, tom. 29, n° 308—Tom. 30, núms. 12 y siguientes—Nuestro comentario á los arts. 3916 y 3917—Fayos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 11, págs. 181 y 251.

**Ú otras obras:** Tales como canales, diques, alambrados, etc., todo esto entra en las denominaciones de *edificar, construir*



ó *reparar*, de que se vale el Código para determinar un límite al privilegio concedido aquí; los trabajos que no entran bajo estas denominaciones, si son hechos por personas á sueldo, entran en el privilegio acordado por el art. 3880, inc. 3.

Encontramos un gran vacío en nuestro Código en esta parte, respecto á los trabajos de agricultura, que tan importante papel están llamados á desempeñar en el engrandecimiento de nuestro país. Si se concede privilegio al edificante, al constructor y al reparador de obras ¿por qué no se concede al plantador, al empresario de trabajos agrícolas, sobre los inmuebles en que ejecutan sus trabajos? Si el fundamento del privilegio del constructor es el mayor valor que la cosa toma, este mismo fundamento existe para conceder privilegio al plantador de un bosque, al cultivador de un suelo, al plantador de una viña, pues que con estos trabajos el inmueble toma mayor valor.

Si al acreedor por semillas y por gastos de cosecha se le concede privilegio sobre la cosecha del año (arts. 3911 3912), no vemos por qué se haga de peor condicion al plantador de un bosque, de una viña, etc. En nuestro país se hacen con frecuencia contratos de plantaciones de árboles ó alfalfares por un precio determinado; con estos contratos se facilita grandemente el desarrollo de la industria. Pero si la ley no protege los gastos del plantador con privilegios como los del constructor, nunca podrán desarrollarse en grande escala estas empresas, por el peligro que correrian de ver llevarse por otros acreedores el fruto de su trabajo sin poderlo remediar.

Por mas que este privilegio nos pareciera justo, siguiendo el principio de que los privilegios son de estricta interpretacion, diremos que no entra en los términos del artículo que estudiamos.

**No gozan de este privilegio:** Pero tienen el derecho acordado por el art. 1645.

De la exigencia de la ley respecto á las personas que han de intervenir para el contrato de locacion de servicios para gozar de privilegio, resulta que los trabajos hechos por convenio con el poseedor precario, tales como el lodador, el usufructuario, etc., no gozan de privilegio.

Esto no obsta para que el poseedor que sin convenio alguno



con el propietario, ha hecho gastos en una cosa, tenga derecho de retencion en los casos determinados por la ley.

1º El privilegio acordado por el presente artículo solo puede ejercerse mientras el inmueble está en poder del deudor. Así lo ha resuelto la Suprema Corte de la Nación en dos fallos que se registran en el tom. 11, serie 2, págs. 181 y 251 de la colección de fallos.

La razón, como lo dijimos en el comentario al art. 3924, está en que siendo el privilegio un derecho personal, no puede seguir la cosa á poder de terceros. El privilegio es para ejercerlos en los bienes que forman la masa del fallido; por consiguiente, no estando los inmuebles en la masa, el privilegio desaparece de hecho. En ese mismo comentario al art. 3924, encontrará el lector tratada estensamente esta cuestion.

2º Cuando estos créditos concurren con los de los hipotecarios, ya hemos visto en el comentario al art. 3916, que son preferidos por éstos.

3º Cuando concurre el vendedor por el precio del inmueble, el uno se paga sobre el mayor valor, y el otro sobre el valor del terreno (art. 3917).

4º Pero cuando no concurre con el vendedor sino con acreedores quirografarios ó con otros acreedores privilegiados, se ejerce sobre todo el inmueble, y no sobre el mayor valor de éste, como sucede en derecho frances, por disposicion espresa de la segunda parte del inc. 5, art. 2103 del Código frances. (Véase Troplong, nº 243). Las palabras *"sobre el valor del inmueble en que sus trabajos han sido ejecutados"* no dan lugar á duda alguna al respecto.

5º Los arquitectos ocupan el 5º lugar entre los créditos privilegiados sobre los muebles, en razón de solo ser preteridos 1º por los gastos de justicia, en los cuales entán comprendidos los de venta; 2º por los hipotecarios (arts. 3916 y su comentario); 3º por los gastos de conservacion (art. 3901); 4º por los gastos funerarios (arts 3916 y argumento al 3901).

**3932**—Las personas que han prestado dinero para pagar á los arquitectos, empresarios u obreros, gozan del mismo privilegio que éstos, siempre que conste el empleo del dinero prestado por el acto del empréstito, y por los recibos de los acreedores primitivos. (Concuerda con los arts. 768, inc. 3—770—1458—1459—3877—3916—3918—3927.)

## CONCORDANCIAS

(Mourlon, n° 168—Aubry y Rau, § 268, n° 5—Troplong, *Privil.*, n° 246—Zacharie, § 793, n° 5.)—Cód. Frances, 2103, inc. 5.

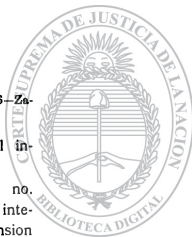
**Del mismo privilegio que éstos:** Es decir, sobre el inmueble en que se han ejecutado los trabajos.

¿Gozan de privilegio por los intereses? Pensamos que no. Los privilegios son de estricta interpretacion; y aunque los intereses son un accesorio de la deuda, tratándose de la estension del privilegio, la ley no los considera tales. Prueba de ello es que el legislador ha creído necesario hacer una declaracion expresa, respecto al vendedor (art. 3925), para que pudiera considerarse con derecho á cobrar con privilegio los intereses de un año; lo mismo ha hecho respecto de las hipotecas (art. 3936). Podria decirse que esas disposiciones son mas bien una escepcion al principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero en tal caso tendríamos que decir que no habiendo esa escepcion para los acreedores por construcciones, los de que habla este artículo tendria derecho á cobrar ilimitadamente los intereses con el mismo privilegio que el capital; pero esto seria un contrasentido, porque seria hacer de peor condicion al hipotecario que al empresario, sin razon alguna. Si algo se podia ceder en esto seria cuando mas decir que estos acreedores tienen, como los vendedores, derecho á cobrar con privilegio los intereses de un año.

Los autores franceses que han estudiado solo el art. 2103 de aquel Código sostienen que los intereses no gozan de privilegio; algunos cuando mas sostenian que tendria los mismos derechos que el vendedor.

Pero con el art. 87 de la nueva ley de inscripcion ó hipotecaria la cuestion ha desaparecido en derecho frances, porque dicho artículo establece que todos los créditos con interes inscriptos segun la ley, pueden ser cobrados los intereses de tres años con el mismo privilegio que el capital.

De modo, pues, que nuestra legislacion en este punto se encuentra lo mismo que la francesa ántes que la ley hipotecaria del año 1851, y le es aplicable la jurisprudencia que ántes de esa época surgió del Código Frances.





Respecto á los intereses judiciales, dice Troplong, nº 246, no pueden cobrarse porque no hay hipotecas judiciales; y respecto á las convencionales, jamas pueden cobrarse con privilegio porque la ley solo acuerda este privilegio por el valor de los trabajos tomados en sí mismo. Aunque nuestro Código no restringe el privilegio, como el frances, al mayor valor de la cosa, el testo habla del valor de los trabajos ó de lo pagado por ellos.

**Por el acto del empréstito:** Aunque éste sea bajo firma privada, lo que no impedirá que los acreedores puedan probar la fálsead del empréstito, cuando éste no tiene fecha cierta. Lo mismo sucederá respecto de los recibos dados por los obreros.

Creemos que para mayor seguridad ha debido exigirse que el empréstito conste en forma auténtica, como se exige en derecho frances, y como exige nuestro art. 3927 respecto del que compró un inmueble con dinero prestado.

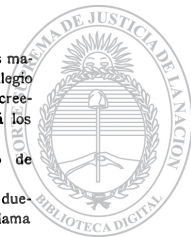
**3933**—Los que han suministrado los materiales necesarios para la construccion ó reparacion de un edificio, ú otra obra que el propietario ha hecho construir, ó reparar con esos materiales, tienen privilegio sobre el edificio, ó sobre la obra que ha sido construida ó reparada. (Concuerda con los arts. 1645—2588—2591—3916—3918.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Luisiana, 3216)—Laurent, tom. 29, nº 466.

**Que el propietario ha hecho construir:** Se refiere aqui al caso en que el mismo propietario del edificio toma de los proveedores esos materiales, y no cuando son comprados por el empresario de la obra, pues en este caso el dueño de los materiales, segun el art. 1645, solo tiene accion contra el empresario, ó contra el dueño por lo que éste deba al empresario. De modo que el dueño de los materiales comprados por el empresario podrá cobrar su valor de lo que le deba el dueño de la obra, con el privilegio acordado á los empresarios por los arts. 3916 á 3931, con respecto á los acreedores del dueño de la obra. Pero respecto á los acreedores del empresario, tendrá el privilegio del vendedor, acordado por el art. 3893, en la parte que le deba el dueño al empresario.

Puede suceder que el dueño de la obra sea uno y el del



material otro; en tal caso, rige el art. 2591; el dueño de los materiales cobrará del dueño de la obra con el mismo privilegio que el dueño de ella tenga por la obra respecto á los acreedores del dueño del terreno, y como vendedor respecto á los acreedores del dueño de la obra.

La palabra *propietario* no debe tomarse como sinónimo de *dueño de la obra*, como lo cree el Dr. Segovia.

*Propietario* en el lenguaje de nuestro Código, quiere decir dueño de la obra y del suelo; al que no lo es del suelo se le llama propietario de obra, como puede verse por el art. 2591.

Si así no se hace, el presente artículo vendría á estar en contradicción con el 2591, respecto al principio que sanciona. Este se refiere á la acción que el dueño de los materiales tiene contra el dueño de la obra únicamente, y el que estudiamos á la acción del mismo dueño de los materiales contra el dueño de la obra, sea ó no dueño del suelo.

**3934**—Los hipotecarios son preferidos sobre los bienes gravados con la hipoteca. El privilegio se cuenta desde el día que se tomó razón de la hipoteca. Las inscripciones del mismo día concurren á prorata. (Concuerda con los arts. 1466—3108—3136—3141—3149—3150.)

#### CONCORDANCIAS

Fallos de la Suprema C., tom. 4, Serie 1, p. 822—Las de los artículos citados—Comentario al art. 8924—Laurent, tom. 80, núms. 161 y sigtes.

**Desde el día que se tomó razón de la hipoteca:** Para el caso de hipotecarse un inmueble cuyo precio no está pago, véase nuestro comentario al art. 3924.

**Desde el día que se tomó razón de la hipoteca:** Sin embargo, la hipoteca viene á dejar sin efecto privilegios nacidos con anterioridad á su constitucion, porque no tenemos entre nosotros la inscripcion de los privilegios como medio de conservarlos por el carácter de derechos reales que les da ésta inscripcion. Así el privilegio de los obreros por deudas anteriores á la constitucion de la hipoteca vienen á ser preferidos por la constitucion de ésta, no obstante existir aquéllos desde ántes, cuando la hipoteca se ha inscripto dentro de seis dias del otorgamiento de la escritura hipotecaria (comentario á los arts. 3135, 3136 y 3137).

**3935**—La inscripcion renovada no valdrá sino como inscripcion primera, si no contiene la indicacion precisa de la inscripcion renovada; pero no es necesario que se refieran las inscripciones precedentes. (Concuerda con los arts. 803—804—3151—3190.)

## CONCORDANCIAS

(Martou, n° 1187)—Nuestro comentario al art. 3151—Laurent, tom. 31, núms. 113 á 118—Art. 90 de la Ley belga de 1851.

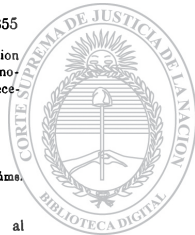
**La inscripcion renovada:** Véase nuestro comentario al art. 3151.

**Si no contiene la indicacion precisa de la inscripcion renovada:** Es decir, debe copiarse la inscripcion anterior, y decirse espresamente que se trata de renovar aquélla. De lo contrario, se supondrá que es una nueva deuda. Si no contiene esa renovacion de inscripcion todas las indicaciones ordenadas por el art. 3139, no valdrá ni como inscripcion ni como renovacion; y si no contiene indicacion de la inscripcion anterior, pero sí las indicaciones del citado artículo valdrá solo como constitucion primera, como dice el artículo.

Martou, citado por el codificador, n° 1146 dice: Independientemente de la mencion de la inscripcion renovada, la cual se hará lo mas suscintamente posible, indicando que el acreedor quiere renovar la inscripcion hecha tal dia sobre los bienes de tal deudor, en tal volúmen y bajo tal número, no obstante el silencio de nuestro artículo, la inscripcion ó renovacion debe contener las enunciaciones exigidas por el art. 83 requeridas para la validez de la inscripcion renovada".

El art. 83 de la Ley á que se refiere Martou, que corresponde al art. 2148 del Código Frances, equivale al 3139 nuestro, y el art. 90 (2154 del Código Frances) que estudia Martou, en el § 3, es esactamente igual al artículo que estudiamos. De modo que la interpretacion dada al citado artículo es esactamente aplicable al nuestro. Del mismo modo que Martou, piensan Grenier y Battur, á quien tambien ha seguido nuestro codificador.

La indicacion de la inscripcion renovada, y demas formalidades, es indispensable para que la hipoteca tenga valor contra tercero, desde la fecha de la primera inscripcion. De lo contrario, podrá suceder que habiendo una hipoteca de segundo térmi-







no, venga á quedar de primero al concluir los diez años, de la que se hace superior si ésta no se hace renovar ántes de concluir.

1º En qué tiempo debe hacerse la renovacion? Pensamos que debe regir el mismo término establecido para la inscripcion primitiva (comentario á los arts. 3135, 3136 y 3137). Así, la renovacion no tendrá efecto respecto de acreedores hipotecarios que estaban en segundo término, cuando la renovacion se hace despues de vencido el término de diez años; tampoco lo tendrá respecto de acreedores que hagan inscribir una hipoteca en el intermedio de la conclusion de los diez años, ó de la conclusion del término de la hipoteca y el dia de la renovacion. Pero respecto á otros acreedores embargantes, por ejemplo, tendrá efecto si se ha hecho inscribir dentro de los seis dias siguientes al vencimiento de la hipoteca. (Véase nota del codificador al art. 3936).

**3936**—La hipoteca garantiza á mas del principal, los intereses ó rentas debidas de dos años, y los que corran durante el juicio de ejecucion hasta el efectivo pago. (Concuerda con los arts. 3111—3152—3937.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley de Bélgica de 1851; art. 49—Troplong, *Privil.*, desde el n° 696—Aubry y Rau, § 285, n° 3.

En el art. 3136 de este Código se dispone que la hipoteca, registrada en el término legal, no es preferida por la hipoteca posterior registrada primero, cuando el registro se ha hecho sabiendo el acreedor que habia otra hipoteca constituida que aun estaba en tiempo para ser registrada)—Laurent, tom. 31, núms. 66 y siguientes—Nuestro comentario á los arts. 3111, 3152 y 3879, n° 2.

**Los intereses ó rentas debidos de dos años:** Pero esto solo tiene lugar cuando se han estipulado y hecho constar en la misma escritura hipotecaria (art. 3152). En el comentario al art. 3111 encontrará el lector el complemento y alcance del presente artículo.

**Por dos años:** Creemos que no habria inconveniente en que, debidos dos años, se establezca entre las partes una nueva inscripcion por los dos años vencidos. Pero en este caso, los intereses que se devenguen despues de esa inscripcion, no perjudicará á los hipotecarios de fecha anterior, pero posteriores



á la constitucion de la hipoteca por el capital. El Código acuerda privilegio sin necesidad de inscripcion á los intereses atrasados de dos años; por consiguiente, los que se devenguen despues no tienen prelacion. Es por esto, que decimos que la inscripcion de esos dos primeros años, no puede venir á perjudicar á los acreedores hipotecarios anteriores á esa segunda inscripcion, en el sentido de que los que se devenguen despues de ésta vengan tambien á tener prelacion. El acreedor con esto solo garantizará el privilegio por otros dos años de intereses respecto á los hipotecarios que vengan con posterioridad á esa segunda inscripcion y á los quirografarios (argumento del art. 3935), es decir, que valdrá desde la fecha de la inscripcion, como si fuera otra hipoteca. (Véase Troplong, nº 699—Aubry y Rau, citados, notas 10 y 27.)

El Código frances es espreso al respecto; y los autores citados lo fundan en argumentos aplicables á nuestro artículo.

1º Fuera de los intereses de los dos años, cuando no hay una inscripcion especial, el resto de los intereses queda en las mismas condiciones que los créditos quirografarios. En derecho frances, dice Aubry y Rau, nota 11, algunos han pretendido que la limitacion impuesta á los intereses por el Código frances solo tenía lugar con respecto á los otros acreedores hipotecarios, pero no á los quirografarios; pero esto ha sido sin fundamento alguno, como lo demuestran los autores citados. Lo mismo debe decirse respecto á nuestro artículo; es aplicable la limitacion, ó aprovecha á toda clase de acreedores; dejan de ser privilegiados los intereses que pasan de dos años, para toda clase de acreedores.

2º Si el inmueble hipotecado es comprado por un tercero que carga con la hipoteca ¿se aplicará el artículo que estudiamos? Creemos que solo se aplicará á los intereses devengados antes de la adjudicacion, y se hará aplicacion por separado á los debidos despues de ella. (Véase Troplong, nº 699 *bis*.)

**Durante el juicio de ejecucion:** Las costas son tambien garantidas, y aun tienen privilegio sobre la hipoteca en caso de no alcanzar el valor del inmueble para el pago de unas y otras (art. 3937).

**3937**—Á cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, á solici-

tud de los acreedores, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella. En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales que en él se causaren. (Concuerda con los arts. 3879, inc, 1—3900—3936.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2479)—Art. 763 Código de Procedimientos de la Capital.

**Para que se les pague inmediatamente:** No tienen necesidad de esperar el resultado del concurso (art. 3938). El art. 763 del Código de Procedimientos, citado, hace extensivo este derecho á los acreedores con privilegios especiales, respecto de los cuales no haya habido oposicion, ó que hayan obtenido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero en este caso se les exige fianza, por lo que recibieren, para responder á los acreedores de mejor derecho que se presenten, como se exige por el art. 3938.

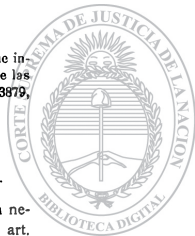
**3938**—Los acreedores hipotecarios no están obligados á esperar las results del concurso general para proceder á ejercer sus acciones contra las respectivas fincas: bastará que consignent ó afiancen una cantidad que se juzgue suficiente para el pago de los créditos que sean privilegiados á los de ellos, y que restituyan á la masa concursada, lo que sobrare despues de cubiertas sus acciones. (Concuerda con los arts. 3154—3155—3156.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2479)—Las del artículo anterior—Fallos de la C. de la Capital, tom. 1 serie 2, pág. 318—Laurent, tom. 29, n° 390—Comentario al art. 3918.

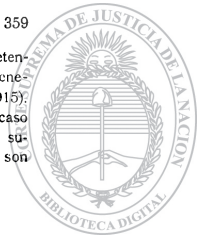
**Para el pago de los créditos que sean privilegiados á los de ellos:** Estos créditos son: los gastos de justicia (arts. 3900 y sus concordantes, art. 3937); los gastos funerarios (art. 3916, última parte).

Como esos gastos que son preferidos á los hipotecarios (escepcion hecha de los gastos de justicia causados para la misma ejecucion, á los cuales están espresamente afectados esos muebles), tienen un privilegio general que se ejerce en primera línea sobre los muebles, antes de la venta de éstos y de los demas inmuebles del deudor, no se puede saber si alcanzan ó no á cubrirse esos créditos, es necesario asegurar ante todo su



pago. Solo cuando esos bienes no alcanzan, sufren competencia los acreedores hipotecarios, lo cual sucede por regla general con los créditos que tienen privilegios especiales (art. 3915). Es por eso que solo se exige el depósito ó fianza para el caso en que los otros bienes no alcancen á cubrir esos créditos superiores al hipotecario, pues los que son superiores á éste, son superiores á los otros.

---



## TÍTULO II

### Del derecho de retencion

**3939**—El derecho de retencion es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesion de ella hasta el pago de lo que le es debido por razon de esa misma cosa. (Concuerda con los arts. 1384—1518—1547—1618—1636—1956—2218—2223—2306—2428—2440—2466—2686—2891—3220—3229—3250—3940.)

#### CONCORDANCIAS

(Mourlon, *Privil.*, n° 214. Este autor, en el apéndice que ha puesto en su obra, *Exámen crítico al Comentario de Troplong sobre los privilegios*, ha tratado estensamente la materia desde el número citado. El jurisconsulto Rauter, publicó tambien un estenso y notable escrito sobre el derecho de retencion, que se encuentra en la Revista de Fœlix, años de 1841, tom. 8, pág. 769, y 1844, pág. 565.

Es preciso, como lo dispone el artículo, que haya una deuda por razon de la misma cosa. En cualquiera otra circunstancia, los principios se oponen al erjecicio del derecho de retencion, porque el acreedor no puede sin convencion, ó sin el auxilio de una ley, arrogarse sobre la cosa ajena un derecho real.

La retencion es el ejercicio del derecho natural que nos permite mantenemos en el estado en que legítimamente nos encontramos. No basta que el poseedor de la cosa de otro, tenga un crédito contra el propietario de esta cosa, para que goce el derecho de tenerla; es preciso, además, que su crédito se refiera á la relacion existente entre él y el propietario; es decir, que la obligacion de éste haya nacido por ocasion de la cosa: que ella sea correlativa á la obligacion que tiene el poseedor de restituir la cosa que tiene. Así, tres condiciones son necesarias para el derecho de retencion: 1° posesion de la cosa de otro por un tercero; 2° obligacion de parte del propietario respecto del poseedor; 3° conexion entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene.

El derecho de retencion no es propiamente un privilegio; pero bajo algunas relaciones, como una afectacion especial de una cosa del deudor, es una causa de preferencia á beneficio de un acreedor contra los otros acreedores. Existe entre la retencion y el privilegio una diferencia muy notable. El derecho de preferencia tiene lugar en todos los casos, es decir, aunque la





cosa gravada con el privilegio se haya convertido en dinero. Que haya sido vendida á instancia de otros acreedores del deudor, ó por el acreedor privilegiado, en uno y otro caso, el privilegio produce su efecto ordinario. Pero no así el derecho de retencion. El propietario puede disponer de la cosa retenida, mas como no puede trasferir sino su derecho, tal como lo tiene, si la enajena, el que adquiere la cosa, siendo sucesor singular del propietario, está obligado como éste á entregar al tenedor de ella el importe de su crédito, lo que verdaderamente le constituye un derecho de preferencia sobre los otros acreedores. Lo que se dice de la enajenacion voluntaria, debe tambien decirse de la enajenacion judicial, pues ella no es sino el ejercicio, por parte de los acreedores, del derecho de enajenacion que tiene su deudor, y la adjudicacion, aunque tenga lugar á instancia de los acreedores, en definitiva se hace en nombre del deudor—Mourlon, n° 219.

Mas cuando él mismo procede á la venta, sucede un efecto diverso: él no tiene sobre el precio preferencia sobre los otros acreedores, pues que carece de privilegio; y ciertamente que no pretende retener la cosa hasta ser pagado, desde que ha procurado su venta y ha consentido en la enajenacion, lo que importa una renuncia tácita de su derecho de retencion—Mourlon, obra citada, n° 219.

En resumen, constituyendo la retencion un derecho directamente establecido sobre la cosa misma que tiene por objeto, modifica al mismo tiempo el derecho de propiedad del deudor, y por consecuencia la garantia de sus acreedores. El deudor, aunque propietario de la cosa retenida y aunque tenga el derecho de disponer de ella, no puede, sin embargo, enajenarla válidamente, sino á condicion de respetar el derecho del que la retiene. Si la vende, la cosa pasa con la carga que la grava, al adquirente, que no podrá obtener su entrega sino satisfaciendo previamente al acreedor que la retiene)—Nota del codificador al art. 1547—Id. al 8913—Nuestro comentario al 2428—Fallos de la S. C. Serie 2, tom. 7, p. 165—Tom. 2—p. 356—Id del Dr. Basualdo, tom. 1, p. 55—Martou, tom. 1, n° 260.

El derecho de retencion, dice Martou, reasumiendo las teorías de otros autores, está fundado en que todo contrato es indivisible, y que las obligaciones que de él nacen son correlativas, en el sentido de que una de las partes no pueda ser forzada á ejecutar sus obligaciones mientras que la otra se rehuse al cumplimiento de las suyas. *Nemo regulariter jure desideret ab alio implemētum contractus, nisi prius ipse, ex suo latere præstiterit ad ea que ex conventionē obstrictus est* (Voet, Pand., n° 40).

Este principio ha sido convertido en ley por nuestro codificador en el art. 510.

La retencion viene á ser el medio coersitivo que tiene la parte demandada para compeler á la otra parte á pagarle lo que le debe por razon de la cosa que es objeto de la demanda, obligándola á cumplir con la obligacion correspondiente.

**Para conservar la posesion de ella:** El derecho de re-



tencion no importa propiamente un privilegio, como dice el codificador en la nota á este artículo, que excluya toda competencia respecto de otros acreedores privilegiados; su derecho de retencion no lo coloca ni en escala superior ni en inferior respecto á estos créditos. Así, el privilegio del acreedor prendario es independiente del derecho de retencion que la ley le acuerda. Prueba de ello es que, la misma ley, á mas de conferir el derecho de retencion, concede espresamente por el art. 3889, un privilegio especial al acreedor prendario; esto lo hace porque el legislador ha considerado que con solo el derecho de retencion no tendria un privilegio (Troplong—Gage, nº 444).

Puede suceder que haya un acreedor con derecho de retencion, y que despues de vendida judicialmente la cosa sobre que ejerce su derecho, no reciba nada de su precio, ó solo reciba una parte de él, porque hayan acreedores privilegiados que absorban todo ó parte del valor de la cosa; así, por ejemplo, el privilegio del prendario cede al de los gastos funerarios, á los de última enfermedad, etc., y bien puede suceder que estos gastos absorban la prenda. Sucederia otro tanto con el depositario por los gastos de depósito, que no es propiamente un acreedor privilegiado, y si lo es, es solo respecto á ciertos créditos.

De modo que el derecho de retencion, solo sirve, como dice el codificador en la nota al art. 3913, para oponerlo al deudor, ó á los acreedores quirografarios, á fin de ser pagado con preferencia á éstos; pero respecto á los otros acreedores privilegiados el solo derecho de retencion no altera el orden de sus privilegios, ni los pone en peores condiciones respecto al que ejerce el derecho de retencion; éste será privilegiado respecto de los otros privilegiados tambien, si tiene alguna otra causa de preferencia especial fuera del derecho de retencion, y nada mas.

**Para conservar la posesion de ella:** Esto no impide, como dice el codificador en la nota al presente artículo, que el deudor pueda vender la cosa, con tal que su precio vaya á poder del acreedor; los acreedores del deudor concursado pueden hacer vender judicialmente la cosa que se retiene, pero su producto queda siempre en las mismas condiciones que la cosa, aun cuando vaya á los Bancos por orden judicial (art. 3942); de allí puede cobrar su deuda con la misma preferencia que le da su derecho de retencion respecto á los acreedores quirografarios; ó puede

seguir reteniendo la cosa hasta que el adjudicatario ó el Juez le entreguen su valor (arts. 3942, 3946).

**Una cosa:** Sea ésta mueble ó inmueble; la retención se ejerce sobre uno y otro.

**3940**—Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda aneja á la cosa detenida, haya nacido por ocasion de un contrato, ó de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella. (Concuerda con los arts. 3939 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Mourlon, n° 230—Aubry y Rau, § 256 bis—Y así, el acreedor pignoraticio y el acreedor anticresista tienen el derecho de retención de la cosa dada en prenda ó anticrécis, hasta ser pagados en sus créditos.—Arts. 3218 y 3245 de este Código.

El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razon del depósito.—Art. 2218 de este Código.

El nudo propietario que haga en la cosa sometida al usufructo, las reparaciones que son á cargo del usufructuario, puede retener la cosa fructuaria hasta que esos gastos lo sean pagados.—Art. 2891 de este Código.

El propietario que hubiese hecho los gastos de conservación ó reparación de la cosa comun, puede retenerla hasta que los condóminos le paguen los gastos hechos en proporcion del condominio que tenga en la cosa.—Art. 2686 de este Código.

El trasformador ó especificante que hizo de buena fe una obra con materia ajena, tiene el derecho de retención de la nueva especie, hasta ser pagado de su trabajo.—Art. 2570 de este Código.

El comprador bajo un pacto de retroventa, aunque se le ofrezca el precio de la reventa, puede retener la cosa comprada, hasta ser pagado de las reparaciones necesarias que hubiese hecho en ella, y de los gastos que hubiesen aumentado el valor de la cosa.—Cód. Frances, art. 1673.

El fabricante ú obrero á quien se hubiese entregado materiales para hacer una obra ó casas, en las cuales debiese hacer reparaciones, tiene el derecho de retención sobre la obra hecha, ó sobre la cosa reparada, hasta ser pagado de su trabajo.—Aubry y Rau, § 256 bis—Tropiong, *Privileg.*, n° 176.

Y en general, el que hace mejoras útiles ó impensas necesarias en una cosa ajena, que está en su poder, tiene el derecho de retención hasta ser pagado de las impensas útiles y necesarias.—Art. 2428 de este Código.

Resulta, por lo tanto, que siempre que el que hace gastos en una cosa ajena, la mejora, ó pone su trabajo y adquiere el derecho de que esas impensas se le paguen, tendrá el derecho de retención; pero no lo tendrá cuando la ley no lo autoriza á cobrarlos. Por ejemplo, el usufructuario que hace mejoras en la cosa que tiene en usufructo.—Art. 2874 de este Código; ó el que tiene la posesion viciosa de una cosa, ó el tercero poseedor de un inmueble hipotecado que hubiese hecho mejoras en él.—Art. 3168 del mismo.

Han nacido graves controversias sobre el punto de saber si el derecho de retención debe ser admitido solamente en los casos en que está formalmente reconocido por la ley, ó si, por el contrario, debe estenderse á todos los casos en que el tenedor de la cosa sea acreedor por razon de impensas nece-







arias ó útiles, hechas en la cosa misma, cuya restitucion se le demande, y donde existe por consiguiente lo que en doctrina se llama un *debitum cum re conjunctum*—Mourlon, desde el n° 382—Troplong, *Privileg.*, núms. 258 y siguientes—Demolombe, tom. 9, n° 682—Zachariae, § 281.

Nosotros adoptamos la opinion de los juriconsultos Aubry y Rau, § 256 bis.—Las opiniones que se han pronunciado por el uno y por el otro de estos sistemas, nos parecen demasiado absolutas. El derecho de retencion no debe ser restringido á las hipótesis previstas por los artículos del Código; pero tampoco puede ser admitido tan solo porque existe un crédito unido á la cosa. En nuestra opinion, basta para justificar por analogia la estension del derecho de retencion, que la detencion se refiera á una convencion, ó lo ménos, á un cuasi-contrato, y que la deuda aneja á la cosa retenida haya nacido por ocasion de esa convencion, ó de ese cuasi-contrato. Cuando las condiciones indicadas en los textos de las leyes aparecen reunidas, la posicion respectiva de las partes presenta una analogia perfecta con la situacion que se encuentra, en los casos en que el derecho de retencion está formalmente admitido por la ley; y la estension de ese derecho se justifica entónces por el principio de que el que reclama la ejecucion de una convencion, no puede hacerlo sino á condicion de llenar por su parte las obligaciones que ha contratado, ó que han nacido por ocasion de esa convencion. Pero fuera de las condiciones indicadas en los textos de las leyes, y faltando toda la relacion convencional, ó de un cuasi-contrato entre las partes, la analogia desaparece, y la induccion que se querria sacar de las disposiciones legales que reconocen el derecho de retencion, no tendria base legitima.—Fallos de la Suprema Corte, serie 2°, tom. 14, pág. 118.—Nuestro comentario al art. 2298.

**Por ocasion de un contrato:** Fuera de los ejemplos citados en la nota á este artículo, puede citarse tambien el del constructor de una obra que ha entrado en posesion del inmueble con objeto de hacer los trabajos. Así lo ha fallado la Suprema Corte Nacional en uno de los fallos, citados en el art. 3939 anterior. El acarreador tiene tambien derecho de retencion mientras no se le pague el flete de esos mismos objetos.

No porque la cosa esté en poder del deudor, tiene éste derecho de retencion, si la deuda no proviene precisamente de ese contrato que puso la cosa en su poder. (Troplong, n° 258. Fallo citado en las concordancias.) Hay, sin embargo, la escepcion del acreedor prendario por otra deuda que no sea la por que se dió la prenda (arts. 3218 y 3220).

**O de un hecho que produzca obligaciones:** Como por ejemplo, el gestor de negocios respecto á los casos en que ha hecho gastos útiles ó necesarios.

**3911**—El derecho de retencion es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto. (Concuerda con los arts. 3112—3233—3235.)



## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 256, *bis*)—Fallos de la Suprema Corte, tom. 4, Serie 2, p. 25.

**Puede ser ejercido sobre cada una de las cosas, etc., etc.,** El deudor no puede pedir la entrega de parte ó de una de las cosas detenidas fundándose en que ha pagado parte del crédito, ó en que con solo retener una parte éste se encuentra suficientemente garantido.

**3942**—El derecho de retencion no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida, y hagan la venta judicial de ella; pero el adjudicatario, para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor. (Concuerda con los arts. 3234—3946.)

## CONCORDANCIAS

(Mourlon, n° 219—Aubry y Rau, § 256)—Nuestro comentario al art. 3939.

**Debe entregar el precio al tenedor de ellos:** Ó depositarlo cuando hay otros acreedores privilegiados que pretendan mejor derecho, pues como hemos dicho ántes, el derecho de retencion no empeora la situacion de los acreedores privilegiados; pero puede suceder que el mismo que tiene derecho de retencion tenga privilegio en razon de la naturaleza de la deuda.

**3943**—El derecho de retencion se extingue por la entrega ó abandono voluntario de la cosa sobre que podia ejercerse, y no renace aunque la misma cosa volviese por otro título á entrar en su poder. (Concuerda con los arts. 886—3889.)

## CONCORDANCIAS

Troplong, n° 263.—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 14, p. 118.

**El derecho de retencion se extingue:** Pero la entrega que haga el deudor no extingue la obligacion misma (argumento del art. 886 y sus concordantes): le queda siempre una accion personal para perseguir su pago.

**Voluntario:** Si ha sido contra su voluntad tiene la accion acordada por el art. 3944.

**3944**—Cuando el que retiene la cosa ha sido desposeído de ella contra su voluntad por el propietario ó por un tercero, puede reclamar la restitucion por las acciones concedidas en este Código al poseedor desposeído. (Concuerda con los arts. 2310—2765—2766—3227—3890—3945.)

## CONCORDANCIAS

Leligois, Acciones posesorias, palabra *Retencion*—Nota del codificador al art. 1547—Nuestro comentario al art. 2428—Fallos allí citados.

**Por las acciones concedidas en este Código**: Estas acciones varían en su naturaleza y en el tiempo en que pueden ejercitarse, segun sea la clase de deuda que da el derecho de retencion.

Así, el acreedor prendario tiene una accion de reivindicacion, que dura tres años (art. 3890); poco importa el nombre que se le dé á la accion: desde que ella se entable con el objeto de hacer volver la cosa á poder del deudor y dentro del término indicado, ella producirá su efecto. El posadero que tiene derecho de retencion sobre los objetos introducidos en la posada hasta ser pagado de su crédito, tiene solo un mes para reivindicar los muebles que han sido sustraídos de la posada contra su voluntad (art. 3885). En los casos para los cuales no hay una determinacion especial respecto de la clase de accion que puede entablar y el tiempo dentro del cual debe ejercerse, se entenderá que son acciones posesorias que duran solo un año si se trata de inmuebles, ó de hurto si se trata de muebles (art. 4038).

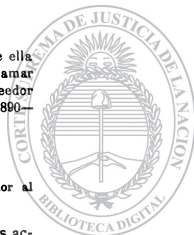
**3915**—Cuando la cosa mueble afectada al derecho de retencion ha pasado á poder de un tercero, poseedor de buena fe, la restitucion de ella no puede ser demandada sino en el caso de haber sido perdida ó robada. (Concuerda con los arts. 2310—2765—2767—3412 y siguientes —3944.)

## CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 265—Las de los arts. 2765 y 2767.

**No puede ser demandada**: Porque en materia de muebles, la posesion vale por título.

**3946**—El derecho de retencion no impide el ejercicio de los privilegios generales. (Concuerda con los arts. 3939—3942.)



## CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 3913 —Nuestro comentario á los arts. 3989 y 3942.

**De los privilegios generales:** Y aun de los especiales, que en ciertos casos puede ser superior al derecho de retencion en cuanto deban ser pagados con preferencia al que tiene este derecho de retencion.

Así, el hipotecario, por ejemplo, tiene un privilegio especial sobre el inmueble, y nada impide que aun estando la cosa en poder del constructor que tiene derecho de retencion por las construcciones hechas, la haga vender para hacer el cobro con el privilegio que le da la ley.

Lo mismo sucede con el derecho de retencion del conservador con respecto al privilegio del vendedor, etc., etc.



## SECCION TERCERA

DE LA ADQUISICION Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS REALES Y  
PERSONALES POR EL TRASCURSO DEL TIEMPO

### TÍTULO I

#### De la prescripcion de las cosas y de las acciones en general

**3947**—Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripcion. La prescripcion es un medio de adquirir un derecho, ó de libertarse de una obligacion por el trascurso del tiempo. (Concuerda con los arts. 2524, inc. 7—3948—3949.)

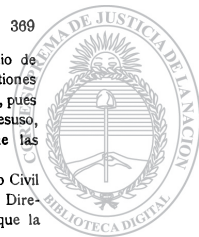
#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 1, Tit. 29, Part. 3.—Cód. Frances, art. 2219.—De Luisiana, 3420 y siguientes.—Holandes, 1883.—Napolitano, 2125.—De Austria, 1451 y siguientes.—L. 3, Tit. 3, Lib. 41, Dig.—El Código de Prusia, conforme con el significado de la palabra prescripcion, dice: “Por la prescripcion se pueden perder unos derechos y adquirir otros”. Art. 51, Tit. 9, Parte 1°)—Laurent, tom. 82, núms. 1 y sigtes.—Tropiong, núms. 1 y sigtes.—Vazeille, núms. 1 y siguientes.

**Se adquieren y se pierden por la prescripcion:** ¿Por qué? ¿Cuál es el fundamento de la prescripcion adquisitiva y cuál el de la prescripcion estintiva? ¿Es la ley natural? ¿Es la ley positiva? ¿Es la voluntad del hombre? ¿Es moral ó inmoral oponer la prescripcion como medio de librarse de pagar una deuda, ó como título de adquisicion de una cosa?

Todas estas cuestiones, y muchas otras, han sido tratadas largamente por los jurisconsultos. Casi todos hacen preceder sus estudios sobre la prescripcion de largas disertaciones filosóficas defendiendo ó atacando la prescripcion.





Aceptada hoy universalmente la prescripcion como medio de adquirir derechos y de librarse de las obligaciones, las cuestiones anunciadas son de pura teoria y á nada práctico conducen, pues no creemos que la prescripcion llegue á caer jamas en desuso, si ella data, como dicen Vazeille, Troplong, etc., etc., desde las primeras adquisiciones que los hombres hicieron.

Destinada esta obra á un comentario práctico del Código Civil no nos ocuparemos de estos estudios puramente teóricos. Diremos sí, con Vazeille y la mayoría de los jurisconsultos, que la prescripcion tiene su fundamento en el derecho natural, y es reglamentada por el derecho civil obedeciendo á una necesidad social, á un interes público, que exige se eviten los pleitos, y se lleve el reposo á las familias fijando y asegurando la propiedad en manos de los poseedores, con lo cual se castiga al mismo tiempo la negligencia. (Vazeille. n° 15—Fundamentos del voto del Camarista Dr. Sauze, Fallos de la C., tom. 4, Serie 2, p. 377.)

**3948**—La prescripcion para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuacion de la posesion, durante el tiempo fijado por la ley. (Concuerda con los arts. 2351—2352—3947—3999—4015.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Luisiana, arts. 3421 y 3422—En las cosas muebles, valiendo la posesion por título, no tenemos prescripcion de cosas muebles, véase Zacharie, § 849 y nota 5)—Art. 2412 —Laurent, tom. 32, núms. 1 y 7.

**De una cosa inmueble:** Ó de un derecho real (art. 4015). En la prescripcion adquisitiva entran dos elementos, el tiempo y la posesion á título de dueño; esta última es el fundamento de la prescripcion.

Nuestro Código, siguiendo á Pothier, ha definido separadamente las dos prescripciones, ó mas bien dicho, la usucapion y la prescripcion instintiva ó liberatoria, lo cual servirá mas adelante para fijar el alcance de las palabras empleadas por el codificador en los artículos siguientes.

**3949**—La prescripcion liberatoria es una escepcion para repeler una accion por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, ó de ejercer el derecho al cual ella se refiere. (Concuerda con los arts. 2924—3497—4017—4020 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 210—Zachariæ, § 855)—Nuestro comentario al art. 3420—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 4, Serie 2, p. 340.

**Para repeler una accion:** Se refiere aquí tanto á las acciones que tienen por objeto el cumplimiento de una obligación de dar, ó de hacer, como á las que tienen por objeto dejar sin efecto los actos jurídicos, como son la accion de nulidad, rescision, etc., etc.

Sobre la accion de nulidad debe tenerse presente que solo es prescriptible la que tiene por objeto atacar un acto *anulable* y no las que atacan un acto *absolutamente nulo*.

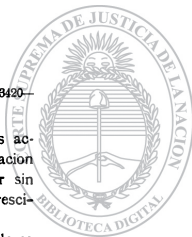
En el fallo citado en las concordancias, una de las partes atacó como nulo un testamento en que el testador dejaba de heredero á otro que el demandante. El demandado, entre otros medios de defensa, opuso la prescripcion de la accion de nulidad.

El Fiscal Dr. Cortes, en una vista evacuada en el mismo juicio, pidiendo el rechazo de esa accion, decia: "En cuanto á la prescripcion de la accion por el trascurso de veinte años, al invocarla el demandado, no ha reflexionado seguramente que solo se necesita accion para rescindir los actos anulables, pero aparentemente válidos; pero que tratándose de la nulidad absoluta y manifiesta, no se requiere un juicio que la declare, pues la ley misma la pronuncia y procede *ipso jure*, bastando por consiguiente, alegarla ú observarla; y aun sin esto, el Juez cumpliendo con su deber, resolverá sobre ella de oficio".

"No existe, por tanto, tal prescripcion de nulidad absoluta por vicio de forma, ni de una accion especial que no se conoce, porque no sería necesaria. El documento privado de enajenacion de una finca, una escritura pública sin fecha ó un testamento con un solo testigo, serán perpetuamente nulos; y por cierto sería absurdo imaginar que despues de algun tiempo, mas ó ménos largo, no pudiendo reclamarse su nulidad, llegasen á ser válidos."

"Por esto, el Código Civil solo trata de la prescripcion de la accion de nulidad, cuando ésta es relativa; esta regla se seguia en la antigua jurisprudencia: *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu pemporis convalescere*."

Los arts. 1038 y 1047, última parte, no pueden tampoco dar



lugar á duda; lo que no existe no puede confirmarse ni validarse por el transcurso del tiempo.

Por lo demas, la prescripcion liberatoria se aplica á toda clase de accion, sea ésta personal ó real.

**3950**—Todos los que pueden adquirir pueden prescribir. (Concuerda con los arts. 1—41—3951—3964—3965.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 1453—Aubry y Rau, § 211—Vazeille, *Prescripcion*, n° 381)—Laurent, tom. 32, n° 11 y siguientes—Pothier, *Prescripcion*, n° 20—Fallos de la Suprema Corte, tom. 2, série 2°, pág. 61.

**Que pueden adquirir:** Entran, en consecuencia, las personas jurídicas y las personas de existencia visible, los menores y los mayores de edad, pues éstos aunque no pueden contratar pueden adquirir, puesto que pueden poseer, que es lo que da fundamento á la prescripcion. Basta, pues, que se pueda poseer, para ejercer el derecho de prescribir; no se necesita mas capacidad. (Véase arts. 2392 y 2393.)

Otra cosa muy distinta es tratándose de la renuncia de la prescripcion, como veremos en el comentario al art. 3965.

**3951**—El Estado General ó Provincial, y todas las personas jurídicas ó visibles, están sometidas á las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto á sus bienes ó derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripcion. (Concuerda con los arts. 35—41—42—3950—4015—4051.)

#### CONCORDANCIAS

(Goyena, art. 1936—Cód. frances, 2227—Holandes, 1963 y 1991—Troplong, sobre el art. 2227)—Las citas del artículo anterior—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, serie 1°, pág. 40—Tom. 5, pág. 314—Tom. 4, serie 2°, pág. 387—Fallos del Dr. Basualdo, tom. 1, pág. 79—Ley de 29 de Julio de 1867—Vistas fiscales del Dr. Cortés, tom. 1, págs. 267 y 327.

**Están sometidas á las mismas prescripciones que los particulares:** Segun nuestro Código, hay tres plazos para adquirir un inmueble, diez años entre presentes, veinte entre ausentes, habiendo buena fe y justo título (art. 3999), y treinta sin necesidad de justo título ni buena fe (art. 4015). Por derecho español habia tambien la prescripcion de cuarenta años para los bienes privados del Estado (Ley 7, título 29, Part. 3ª).







¿Seguirá aplicándose esta misma ley á los bienes particulares del Estado? El Dr. Cortés, en la Vista citada, parece sostener que contra el Estado solo se puede prescribir á los cuarenta años, y se apoyaba en varias cédulas Reales y en la opinion de Zolórzano, Covarrubia y otros. Pero la Cámara de la Capital, en el fallo citado del tom. 4, estableció que en virtud del artículo que estudiamos, al Estado no le queda privilegio al respecto, y que las cosas particulares del Estado se prescriben como la de los simples particulares por la prescripcion de diez, veinte y treinta años, segun los casos.

Creemos que la Excma. Cámara está en el verdadero espíritu del artículo que estudiamos y 4051. Sobre esto hemos publicado un artículo en la Revista Jurídica, tom. 2, 2ª serie. (Véase comentario al art. 4051.)

Por lo demas, los bienes del Estado susceptibles de prescripcion son aquellos, como dice el artículo, susceptibles de ser de propiedad privada, ó mas bien, que son asimilables á los bienes de propiedad particular, tales como las herencias vacantes, las propiedades no ocupadas por oficinas públicas ó destinadas al servicio del Estado.

**3952**—Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio ó posesion puedan ser objeto de una adquisicion. (Concuerda con los arts. 2343—2400—3951.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 1455—El Cód. Frances, art. 2226, declara que no puede prescribirse el dominio de las cosas que no están en el comercio. Trop- long, en el comentario de dicho artículo, dice: "Hay cosas que son imprescriptibles por sí mismas, otras que no lo son sino por razon de su destino, y otras por razon de las personas que las poseen. Las cosas imprescriptibles por sí mismas, son aquellas que por destino natural pertenecen á todo el mundo, y no son susceptibles de apropiacion privada, como la mar, la libertad del hombre, etc. Las cosas imprescriptibles por razon de su destino, son aquellas que por sí mismas admiten la propiedad privada: pero que por un destino accidental, están retiradas del comercio y afectas al uso público, como los caminos, las calles, etc. Mientras estas cosas se conservan afectas al servicio público, permanecen imprescriptibles; mas como su destino es por el hecho del hombre que lo ha creado, puede tambien el hombre destruirlo. Las cosas que no son prescriptibles por razon de las personas que las poseen, son las que pertenecen á personas privilegiadas, contra las cuales no corre la prescripcion. En tal caso, solo hay una suspension

temporal de la prescripcion. Cuando el privilegio cesa y la persona entra en el derecho comun, la prescripcion sigue su curso y continúa su accion". Véase Vazeille, *Prescripcion*, núms. 97 y 102;—Nuestro comentario al art. 2400.

**Puede ser objeto de una adquisicion:** En la imposibilidad, dice Troplong, de hacer el legislador una enumeracion de las cosas susceptibles de posesion, se ha conformado con sentar un principio general que, si bien puede resultar modificado por la combinacion de otros principios, da por lo ménos la clave para resolver las cuestiones que se presenten respecto á la adquisicion de ciertas cosas ó derechos.

Troplong, sobre el art. 2226, hace una enumeracion prolija de los casos de mas difícil aplicacion que pueden presentarse. Por nuestro Código está prevista la mayor parte de esos casos.

1º El art. 2350, establece que las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen al dueño de ésta. Sucede muchas veces que el propietario deja de aprovechar estas aguas y corren á los fundos inferiores. El dueño del fundo inferior las aprovecha durante treinta años sin interrupcion ¿habrá con esto prescripto el derecho á esa agua? Troplong, nº 144, sostiene que sí, siempre que se constate una posesion efectiva por parte del dueño del fundo inferior manifestada por trabajos tendentes á usar para siempre esa agua, y no como medio de evitar un perjuicio mayor, ó simplemente de usar el derecho que la misma ley le acuerda para usar esa agua mientras entre á su terreno, ó de soportar la carga que los predios inferiores tienen de soportar las aguas de los superiores. Pensamos tambien que, por nuestro derecho, sería esto prescriptible. (Véase Laurent, tom. 7, nº 197 y siguientes.)

2º El dueño del predio sirviente hace uso del agua ajena que corre por su heredad, en mayor estension que la concedida por el art. 3091; saca mas agua, por ejemplo, de la que la ley le permite sacar. ¿Podrá el dueño del agua impedir este uso despues que el dueño del predio sirviente la ha usado durante 30 años? Pensamos, por la misma razon, que en el caso anterior, que este uso no podrá impedirse, pues que lo habria adquirido por prescripcion el dueño del fundo sirviente con su posesion continua de treinta años, siempre que reuna los requisitos necesarios para prescribir, como es la posesion a titulo de dueño, y no de simple tolerancia (Laurent, citado)





3º ¿Los propietarios ribereños pueden prescribir contra los otros ribereños el uso del agua, sea que esto se haga en virtud de concesion del Gobierno ó no? Pensamos que no, en uno y otro caso. Esas aguas pertenecen al dominio público, y por lo mismo, aunque tienen los particulares el uso de ellas (art. 2341), no pueden adquirirlas por prescripcion, en razon de ser bienes públicos del Estado (art. 2340, inc. 3). Lo mismo es por derecho frances (Laurent, tom. 7, nº 269—Vazeille, citado; en contra, Troplong). Nada impide, en consecuencia, que el Gobierno reglamente en la forma que crea mas conveniente el uso de esa agua, sin que nadie pueda alegar derechos adquiridos (art. 2341, nota del codificador al art. 2340, nº 3).

4º De aquí se sigue que el establecimiento de una usina, de un molino ó cualquier fábrica en que se sirva del agua como fuerza motriz, aunque haya durado treinta años, no puede servir para fundar un título que ponga al que ha usado del agua al abrigo de las alteraciones que el Gobierno pueda hacer, prohibiendo ó restringiendo su derecho.

Á medida que estudiemos los artículos de este título, trataremos las cuestiones que con el presente se relacionan.

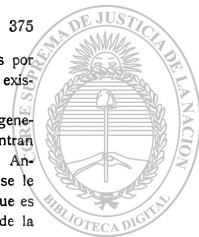
**3953**—Los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero ó donatario de bienes futuros, como tambien aquellos cuyo ejercicio está subordinado á una opcion que no puede tener lugar sino despues de la muerte de la persona que los ha conferido, no son prescriptibles, sino desde la apertura de la sucesión sobre la cual deben ejercerse. (Concuerda con los arts. 1796—1800—2400—3282—3536—3954—3955—3957—3961.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 213—Marcadé sobre el art. 2257, nº 3—Véase Troplong sobre dicho artículo, nº 800)—Vazeille, nº 900—Laurent, tom. 32, nº 84 y sigtes.

**En calidad de herederos:** Por ejemplo, la reduccion de las donaciones inoficiosas. El heredero tiene que esperar que muera el donante, para despues de hacer el inventario de sus bienes y ver si las donaciones son inoficiosas, para entablar la correspondiente demanda (arts. 1831 y 1832 y su comentario, art. 3957). Por mas tiempo que haya pasado, el donatario no puede oponer la prescripcion como medio de impedir la reduccion.

**Donatario de bienes futuros:** Véase sobre esto, el art.



1800 y sus concordantes. Se refiere aquí á las donaciones por causa de muerte, pues los bienes futuros propiamente no existen, segun el art. 1800.

Por lo demas, el presente artículo contiene un principio general fundado en la imposibilidad de saber en que se encuentran las personas contra quienes pueda oponerse la prescripcion. Antes de nacer la accion no puede prescribirse, puesto que no se le puede imputar negligencia al que haya de corresponderle, que es el fundamento de la prescripcion. Es el derivado natural de la máxima: "*contra non valentem agere non currit prescriptio*".

**3954**—La prescripcion de la accion hereditaria de los herederos instituidos, ó de los herederos presuntivos del ausente, no principia para estos últimos, sino desde el día en que se les hubiese dado la posesion definitiva de los bienes del ausente, y para los herederos, desde que la sucesion se abrió. (Concuerda con los arts. 122—3282—3601—3953—4020.)

#### CONCORDANCIAS

Vazeille, n° 805 y siguientes, 379—Las citas del artículo anterior—Nuestro comentario á los arts. 1882 y 3601.

**En que se les hubiese dado la posesion definitiva:** Se refiere aquí á la prescripcion de los que entran en posesion contra los descendientes del ausente, como lo establece el art. 4024; pero no con respecto al mismo ausente, contra el cual no corre la prescripcion, como lo hemos establecido en el comentario al art. 124, y lo sostiene Duranton, tom. 21, n° 295, á quien el codificador ha seguido en los art. 3966 y siguientes.

**De los herederos instituidos:** El artículo anterior habla de los herederos legítimos, y el presente de los testamentarios.

**Desde que la sucesion se abrió:** Segun los arts. 3412, 3413 y 3414, los herederos que no son ascendientes ó descendientes, aunque sean legítimos, lo mismo que los testamentarios, deben pedir al Juez de la sucesion, la posesion de la herencia, probando su título á ella; mientras esa posesion no esté dada, no pueden entablar ninguna accion contra los tenedores de los bienes hereditarios. Segun esto, y como una consecuencia del artículo anterior, parece que la prescripcion no debería correr contra esos herederos desde la apertura de la sucesion que se causa instantáneamente con la muerte del autor de



ella (art. 3282), sino desde que se les da posesion de sus derechos. Antes de esto, están imposibilitados legalmente, y no debiera contárseles ese tiempo que han estado imposibilitados. Sin embargo, el art. 3415, dice que esa posesion tiene efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesion, y se juzga que han sucedido al difunto sin ningun intervalo de tiempo. Esto por una parte, y por otra, la circunstancia de no hacer el presente artículo ni el anterior distincion alguna, hacen pensar que la ley no ha querido hacer estas distinciones respecto al tiempo en que debe principiár á correr la accion de peticion de herencia; ambos artículos hablan de contar el tiempo desde la *apertura de la sucesion*, y no desde la posesion, lo que prueba que la prescripcion corre déde una misma época para todos los herederos. (Véase nuestro comentario al art. 3421.)

**3955**—La accion de reivindicacion que compete al heredero, legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donacion, sujeta á reduccion por comprender parte de la legitima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante. (Concuerdia con los arts. 1831—1832—1847—1855—3536—3601.)

#### CONCORDANCIAS

Las citas del art. 3953—Nuestro comentario á los arts. 1892 y 3601—Demolombe, tom. 19, n° 240 y siguientes—Nuestro comentario al art. 2777.

**Contra los terceros adquirentes:** Esta es una accion de reivindicacion que debió ser legislada en el título “De la reivindicacion”, ó por lo menos, al hablar de las donaciones inoficiosas, como se habla en el art. 1847, estableciendo que la reversion tiene efecto contra terceros á quienes el donatario hubiere trrasmitido la cosa, siempre que en la escritura de donacion se hubiera el donante reservado el derecho de reversion (art. 1843 y comentario al 1847).

En este artículo que estudiamos se habla como de una accion que ya hubiera sido legislada en otra parte, cuando en realidad no es así; por lo ménos de un modo espreso. Y aun dadas las disposiciones citadas respecto á la reversion de las donaciones y la disposicion del artículo 2788, parece injusto que se conceda la accion de reivindicacion contra terceros adquirentes de buena fe.



Sin embargo, los términos espesos de este artículo no pueden dar lugar á dudas sobre si hay ó no accion contra los terceros adquirentes de los bienes donados cuando la donacion es inoficiosa. Ni se puede tampoco hacer distincion entre el adquirente de buena y el de mala fe, puesto que la reduccion depende de la cantidad de bienes que deje el donante á tiempo de su muerte, y esto solo se sabe despues de hecho el inventario; ántes es imposible calcular; por consiguiente, esos adquirentes siempre serán de buena fe, desde que no se les puede decir que conocian que la donacion sufriria reduccion.

Al conceder aquí el legislador esta accion de reivindicacion, ha seguido el principio general en que se inspiró el art. 787, nota del mismo y sus concordantes. (Véase comentario al 2777.)

Algunos han creido que el artículo se referia únicamente á la accion contra los donatarios; pero el artículo no habla de éstos sino de *terceros adquirentes*, y el donatario no es un tercero en relacion al acto mismo que se deja sin efecto, la donacion.

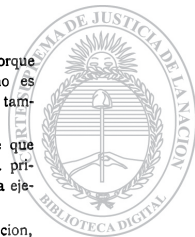
Por otra parte, contra estos se tienen las acciones de reduccion, de colacion ó de nulidad de la particion. De estas acciones es de las que habla Marcadé, citado, n° 222, y quedan ya comprendidas en el art. 3953, pues habla de *todos los derechos que se pueden reclamar en calidad de heredero*. Por el presente se ha querido evitar toda discusion respecto al derecho de reivindicacion del heredero contra los terceros adquirentes de los inmuebles comprendidos en una donacion inoficiosa. Á no existir este artículo, se habria seguido la regla establecida para la reversion de las donaciones y para la revocacion de las hechas con cargas cuando éstas no se cumplen, que es no hacerles producir efecto respecto de terceros de buena fe.

**3956**—La prescripcion de las acciones personales, lleven ó no intereses, comienza á correr desde la fecha del título de la obligacion. (Concuerda con los arts. 3957—3958—3960—4023.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 213, n° 2, Letra A.—En contra Ley 8, § 4, Tit. 39, Lib. 7, Cód. Romano—Cód. de Chile, 2514, § 2.—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 4, p. 18—Aubry y Rau, nota 12, § citado.

**Desde la fecha del título de la obligacion:** Pero cuando la obligacion es á término cierto, la prescripcion no corre



sino desde la fecha en que termina aquél (art. 3957), porque recién se hace exigible la deuda (art. 4023). Si el término es incierto, valdría como condicion, y en tal caso se suspende también durante la condicion.

1º Por el Fallo citado de la Suprema Corte se establece que el término de la prescripción para un documento bajo firma privada no comienza á correr, sino desde que adquiere fuerza ejecutiva.

El Juez de 1ª Instancia fundó el rechazo de la prescripción, en que ésta solo corría respecto á los documentos privados desde la fecha del reconocimiento de la firma; y también en que aun contándose desde la época de la exigibilidad del crédito éste no estaría prescripto, puesto que no habían pasado los diez años que marca la ley. La Suprema Corte confirmó la sentencia *por sus fundamentos*. Pero creemos que el Superior Tribunal solo tuvo en cuenta este último considerando, pues el primero es inaceptable por nuestro derecho.

La prescripción corre desde que la deuda se hace exigible, y un documento aunque no esté reconocido es exigible desde el momento en que está vencido. Desde entonces se dice que es deuda exigible (arts. 3957 y 4023) y corre en consecuencia la prescripción.

De lo contrario estaría en manos del acreedor hacer que una deuda fuera imprescriptible; esto equivaldría al aviso previo de que habla el codificador en la nota al art. 3957. El fundamento de la prescripción es la desidia del acreedor, y desde el momento en que ha dejado correr el término de la prescripción sin cobrar el crédito, debe sufrir las consecuencias de su descuido, pues nada le impedía cobrarlo, aunque para esto tenga que pedir previamente su reconocimiento. El reconocimiento, en tal caso, tiene efecto retroactivo, pues que en relación al mismo que lo reconoce queda como cierta la fecha de su firma (argumento á contrario de los arts. 1034 y 1035).

Creemos inútil insistir sobre un punto tan claro como éste, no creemos que hoy haya Juez que mande pagar un documento bajo firma privada que tenga mayor tiempo que el determinado en el art. 4023, al cual se le oponga la prescripción, fundándose en que no han pasado diez ó veinte años después del recono-

cimiento, por que este acto no es una condicion, sino un medio de prueba de la obligacion misma.

**3957**—La prescripcion de la accion de garantia ó saneamiento de los créditos condicionales y de los que son á término cierto, no principia sino desde el dia de la eviccion, del cumplimiento de la condicion, ó del vencimiento del término. (Concuerda con los arts. 545—566 y siguientes 3513—3953—4014.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2257—Napolitano, 2163—Holandes, 2027—L. 7, § 4, Tit. 39, Lib. 7, Cód. Romano—Véase Trolong, sobre el art. 2227—Vazeille, n° 294, respecto de los tres casos—Duranton, tom. 21, desde el n° 324. Un crédito exigible á voluntad del acreedor bajo la sola condicion de dar un aviso previo al deudor, no es un crédito á término. Decidir lo contrario, seria dejar al acreedor la facultad, de hacer su crédito completamente impredecible—Aubry y Rau, § 213, nota 9)—Goyena 1968—Fallos de la C. de la Capital, tom. 9, Serie 2, p. 285.

**De garantía ó saneamiento de los créditos condicionales:** Despues de la palabra saneamiento debe haber una coma, que por error no se ha puesto; el articulo se refiere á la prescripcion de garantía y saneamiento, á la prescripcion de los créditos condicionales, y á la de los á término cierto, lo cual constituye tres escepciones distintas al principio sentado en el art. 3956. Es como está en el articulo frances y autores citados.

**Desde el dia de la eviccion:** ¿Qué se entiende por dia de la eviccion? Es la sentencia condenatoria, ó la simple demanda? Algunos autores franceses, entre ellos Vazeille, piensan que la prescripcion por la eviccion debe contarse desde el dia de la sentencia condenatoria, y no desde que se inicia el pleito. Por nuestro derecho pensamos que debe contarse desde que se inicia el pleito.

En efecto, por nuestro derecho (art. 2099), hay eviccion, no solo en virtud de sentencia, sino tambien en virtud de la demanda, lo que constituye una *turbacion de derecho*, como dice el codificador en la nota al art. 2091, que da tambien lugar á la eviccion, como lo establece el mismo articulo. Por consiguiente, si desde ese momento tiene lugar la eviccion, y desde que el articulo que estudiamos y el 3513 hacen correr la prescripcion desde que tiene lugar la eviccion, es claro que el plazo debe





contarse desde la demanda, turbacion de derecho, como lo establecen Aubry y Rau, § 213, nota 13, de donde fué tomado nuestro artículo.

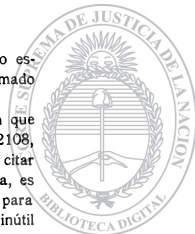
Por otra parte, la prescripcion corre desde el momento en que hay posibilidad legal de reclamar, y desde que los arts. 2108, 2109 y siguientes facultan, algo mas, obligan al evincido á citar de eviccion al enajenante desde el momento de la demanda, es claro que desde entónces corre la prescripcion. Esto seria para el caso en que no lo hubiera citado porque hubiera sido inútil hacerlo, como en el caso del art. 2111, que es el en que se pierde el derecho á la garantía, pues si debiéndolo hacer, no lo ha hecho, los art. 2110, 2112 y 2113 le hacen perder en otra forma el derecho.

**Del cumplimiento de la condicion:** Se refiere aquí á la condicion suspensiva (art 4014), porque la resolutoria no impide la ejecucion de la obligacion; únicamente tiene influencia para la revocacion de la obligacion ó del derecho adquirido, en cuyo caso registrá tambien la regla general para la prescripcion adquisitiva y se cuenta desde la época de la resolucion del derecho, y no de la estintiva de que habla el presente artículo. (Véase art. 4014—Laurent, tom. 32, nº 22.)

El cumplimiento de la condicion suspensiva es indispensable para que el acreedor pueda ejercitar el derecho que esta circunstancia le da; ántes del cumplimiento de la condicion el acreedor no tiene accion y por lo mismo no se le puede imputar negligencia en perseguir su derecho; es por esto que la prescripcion corre desde que nace la accion. Como complemento á esto, véase comentario al art. 3961.

1º Debe tenerse presente que el término incierto entra como condicion, ó como plazo, segun que el acontecimiento á que está subordinado sea cierto ó incierto (art. 596); por esto es que en este artículo se habla de obligaciones á término cierto; si el acontecimiento es cierto, entra como plazo y si es incierto entra en la hipótesis del crédito condicional como lo establece el art. 596, siguiendo la regla del derecho romano: *dies incertus pro conditione habetur*.

**Desde el vencimiento del término:** De una obligacion sin término, ó á pagarse cuando el acreedor lo exija previo aviso, la prescripcion corre desde la fecha de su otorgamiento





(véase nota del codificador á este artículo). Un acreedor que tiene á su favor una obligacion pagadera á la vista ó en que no tiene un término puede exigir su pago en cualquier momento, pidiendo una determinacion previa por el Juez; y desde que el acreedor ha dejado pasar diez ó veinte años sin pedir esto, se considera que ha renunciado á la deuda, como se le considera al que ha dejado pasar el mismo tiempo sin dar aviso en una deuda contraida en esta forma, como lo establece el codificador en la nota á este artículo, y Aubry y Rau, citados, nota 8. Pero el aviso á la demanda para fijar un plazo interrumpen la prescripcion (art. 3896).

**3958**—En las obligaciones con intereses ó renta, la prescripcion del capital comienza desde el último pago de los intereses ó de la renta. (Concuerda con los arts. 3956—3989.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 29, Tit. 29, Part. 3.—Cód. Frances, art. 2249—Napolitano, 2154—De Luisiana, 9496)—Goyena, 1969.

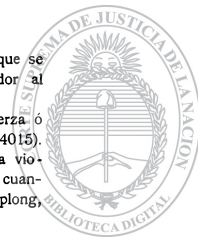
**Desde el último pago:** Porque esto importa un reconocimiento de la deuda, que interrumpe la prescripcion (art. 3989 y nota del codificador al mismo). Es entendido que se trata aquí de las deudas de plazo vencido ó de rentas vitalicias. Pero si se trata de una deuda no vencida cuyos intereses se pagan en períodos determinados, aunque se dejen de pagar los intereses la prescripcion no corre mientras el plazo de la obligacion principal no vence. (Véase art. 4027, inc. 3, y su comentario.)

**3959**—La prescripcion de cosas poseidas por fuerza, ó por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesion. (Concuerda con los arts. 2364—2365—2473—2479—3273—3980—4001.)

#### CONCORDANCIAS

(Goyena, 1949—Cód. Frances, 2233—Mourlon, tom. 3, núms. 1822 y sigtes.—Nuestro comentario á los arts. 2473 y 2479—Nota del codificador al art. 2478—Troplong, núms. 410 y sigtes.

**Desde el día que se hubiese purgado el vicio de la posesion:** Es decir, desde que hubiese cesado la violencia ó la fuerza, y aquel contra quien se prescribe estuviere, en conse-



cuencia, libre para quejarse y pedir remedio. Sobre lo que se entiende por violencia puede verse la nota del codificador al art. 2478 y Troplong, n° 416.

De todos modos, el que ha principiado á poseer por fuerza ó violencia no puede prescribir sino por treinta años (art. 4015).

1° La posesion es violenta, no solo cuando se ejerce la violencia por el mismo que trata de prescribir, sino tambien cuando se ejerce por medio de un mandatario (art. 2365—Troplong, n° 414).

2° Pero si la violencia ha sido ejercida para otorgar el título y no para tomar la posesion, ésta será viciosa, pero no será violenta. Por consiguiente, el poseedor estará en condicion de prescribir, aunque el título sea nulo, pues él no ha despojado *Non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere* (nota del codificador al art. 2478).

3° Lo mismo sucede cuando sin ser violenta la posesion en su origen, despues el poseedor emplea la fuerza para sostenerse en ella. En este caso no se dice que la posesion es violenta, y se puede prescribir; pero el que ha sufrido la violencia podrá probar la imposibilidad en que se ha encontrado para ejercer la accion que le compete, y pedir la disminucion del tiempo que se ha encontrado en ese estado (argumento del art. 3980).

4° Respecto á cuando cesa la violencia es una cuestion de hecho que el Juez debe apreciar segun las circunstancias particulares, ateniéndose á las reglas establecidas en los arts. 937 y siguientes.

**3960**—El tiempo para prescribir la obligacion de dar cuenta, no principia á correr sino desde el dia en que los obligados cesaron en sus respectivos cargos. El de la prescripcion contra el resultado liquido de las cuentas, corre desde el dia en que hubo conformidad de parte ó ejecutoria judicial. (Concuerda con los arts. 459—3956.)

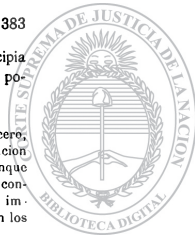
#### CONCORDANCIAS

(Goyena, 1988.)

**Desde el dia que los obligados cesaron en sus respectivos cargos**; Así la prescripcion de la accion para obligar al mandatario de un negocio determinado á rendir cuenta de su gestion, principia desde el momento en que ejecuta el mandato.

La para para compeler á un mandatario general, no principia desde la ejecucion de cada acto sino desde que cesaron sus poderes, ya sea por revocacion expresa ó tácita.

**3961**—La prescripcion de las acciones reales á favor de un tercero, tenedor de la cosa, comienza á correr desde el día de la adquisicion de la posesion ó de la cuasi posesion que le sirve de base, aunque la persona contra la cual corriese, se encontrase, por razon de una condicion aun no cumplida ó por un término aun no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos. (Concuerda con los arts. 3953—3957—3980.)



#### CONCORDANCIAS

(Yo os he dado en hipoteca el inmueble A, en seguridad de una venta que os he hecho, y que no creéis libre de una eviccion. Despues vendo el inmueble A, y guardais silencio hasta que llega la eviccion de la cosa que os vendí corriendo entre tanto el tiempo necesario para que el comprador la prescriba. ¿El tercer poseedor de la cosa la ha prescrito? No, segun las *Leyes Romanas*, L. 3, § 3, Cód., *comun de Leg*. Si, segun la resolucion del artículo—Las disposiciones anteriores sobre la prescripcion de los créditos condicionales y de las acciones de garantia, no comprenden la adquisicion de los derechos reales, ni la estincion de iguales derechos á beneficio de un tercer poseedor de la cosa. La prescripcion de las acciones personales, está fundada únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho, pues el deudor no puede ignorar la existencia de la obligacion; pero en la prescripcion de los derechos reales, que está fundada sobre la posesion de la cosa, ella debe poderse cumplir, á pesar de los obstáculos temporarios que impidan á la persona en cuyo perjuicio procede, de ejercer su derecho. El tercer poseedor puede ignorar la existencia de los derechos que puedan oponérsele, ignorancia que legalmente se presume. Los que tienen derechos condicionales ó á plazos, pueden, como medida conservatoria, entablar una demanda que interrumpa la prescripcion. La prescripcion de los derechos reales no alcanzaria los motivos de su creacion, si el curso de ella debiera ser discontinuado por efecto de una condicion ó de un término. Los principales escritores sostienen la doctrina que forma el artículo—Véase Aubry y Rau, § 213, nota 14—Troplong, *Prescrip*, desde el n° 791—Merlin, *Rep. verb. Prescrip*, Secc. 3, § 2, art. 2—Toullier, tom. 6, núms. 527 y siguientes—Duranton, tom. 20, n° 312 y tom. 21, n° 328)—Notas del codificador á los arts. 2400 y 2980.

**La prescripcion de las acciones reales:** Aubry y Rau, de donde este artículo y su nota han sido tomados, se refiere tanto á la prescripcion adquisitiva del poseedor (usucapion) como á la estincion de la accion real que contra el poseedor podia ejercerse por un tercero; y es en este sentido que debe entenderse nuestro artículo, como lo explica el mismo codificador

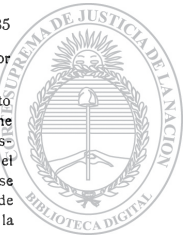


en la nota. Por esto dice que las disposiciones de los artículos anteriores (arts. 3953 y 3957) “no comprenden la *adquisición de los derechos reales*, ni la extinción de iguales derechos á *beneficio* de un tercer poseedor.

Como la palabra prescripción, se aplica en nuestro Código, tanto para la adquisición, como á la pérdida de los derechos, las palabras que estudiamos se aplican á la pérdida del derecho de donde nacia la acción real que pueda ejercitarse contra terceros poseedores; la prescripción viene á realizarse aquí, entonces, en favor del poseedor y en contra del que tenía la acción real. En esto se guarda consecuencia con los artículos anteriores que vienen hablando de la prescripción extintiva.

1º Es necesario tener presente que el principio sentado en este artículo, por nuestro Código no produce todas las consecuencias que los autores franceses atribuyen al mismo. Así, el adquirente de un inmueble comprendido en una donación sujeta á reducción no adquiere por prescripción el inmueble mientras no se extinga la acción real de reivindicación que compete al heredero contra ese adquirente, como lo establece el art. 3955. Véase art. 1847 y su comentario; en los casos allí previstos no es aplicable el presente, á menos de tratarse de una prescripción treintenaria.

Del texto de este artículo resulta el principio siguiente, salvo las modificaciones espresadas de la ley: La prescripción, que por derecho romano estaba en suspenso pendiente la condición, aun con respecto á terceros adquirentes del inmueble sobre el cual se tenía el derecho condicional, por nuestro derecho, como por el derecho francés, sucede lo contrario; el derecho real condicional que se tiene sobre una cosa que ha sido transmitida á un tercero pendiente la condición puede extinguirse respecto á ese tercero por la prescripción de diez, veinte ó treinta años segun los casos, principiando á contarse la prescripción desde la época en que el tercer adquirente entra en posesión de la cosa. De modo que para ese tercero viene á extinguirse el derecho condicional aun pendiente la condición, el paso que para el que creó el derecho, es decir, el deudor, no corre la prescripción sino desde que la condición se realiza, ó desde que el acreedor puede ejercer la acción. El acreedor sufrirá este perjuicio si no entabla los recursos que la ley le da para conservar sus dere-



chos condicionales; suya será la culpa si el tercero adquiere por prescripcion la libertad del inmueble (Troplong, citado).

Por derecho frances ha sido muy discutido el punto resuelto por nuestro artículo, pero hoy la jurisprudencia es casi uniforme en el sentido del nuestro. La razon de esta distincion la espresa Laurent, tom. 32, nº 28 en los términos siguientes: "el tercer detentador invoca la prescripcion adquisitiva, la cual se funda en la posesion; por consiguiente, ésta principia desde que principia la posesion. El deudor, por el contrario, invoca la prescripcion estintiva, la cual se funda en la necesidad de poner un término al ejercicio de la accion, y supone, por consiguiente, que hay una accion para el ejercicio del derecho; el acreedor condicional no tiene accion para perseguir su derecho pendiente la condicion; luego no puede tener lugar la prescripcion". Es por esto que la prescripcion de la accion real comienza á correr á favor del poseedor desde el momento que posee, mientras que para el deudor solo corre desde que se cumple la condicion, como lo establece el art. 3957.

**3962**—La prescripcion puede oponerse en cualquier instancia, y en todo estado del juicio, anterior al tiempo en que las sentencias hayan pasado en cosa juzgada; pero ante los Tribunales superiores no pueden oponerse, si no resulta probada por instrumentos presentados, ó testigos recibidos en primera instancia. (Concuerda con el art. 3964.)

#### CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, Cód. Frances, art. 2224—Napolitano, 2130—En cuanto á la segunda, Cód. de Luisiana, art. 8428)—Cód. de Procedimientos de la Capital, art. 539—Goyena, 1941.

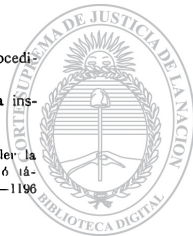
**Anterior al tiempo en que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada:** Sin embargo, la Ley de Procedimientos de la Capital permite oponer la escepcion de prescripcion aun despues de esta época, cuando se va á hacer cumplir la sentencia (art. 539).

**Pero ante el superior Tribunal no podrá oponerse, etc., etc.:** Aun en los casos señalados en esta segunda parte del artículo, siempre que sin culpa del oponente no se hubieran podido establecer las pruebas de que habla, es natural que en

segunda instancia se admitan (art. 247 de la Ley de Procedimientos de la Capital).

El artículo frances, citado, no admite deducirla en última instancia, por que se presume renunciada en primera.

**3963**—Los acreedores y todos los interesados en hacer valer la prescripción, pueden oponerla á pesar de la renuncia expresa ó tácita del deudor ó propietario. (Concuerda con los arts. 961—964—1196—2022—3965 )



#### CONCORDANCIAS

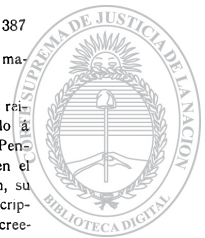
(Cód. Frances, art. 2225—Napolitano, 2131—Holandes, 1989—De Luisiana, 3429—Porque los acreedores pueden hacer valer todos los derechos y acciones de los deudores, que no sean exclusivamente personales de éstos. En cuanto á los interesados en hacer valer la prescripción, véase Troplong, *Prescrip.*, desde el n° 103—Vazeille, *Prescrip.*, núms. 348 y siguientes)—Goyena, 1942.

**Y todos los interesados:** Tales como los fiadores, los cesionarios de derechos hereditarios, cuando la renuncia se hace despues de la cesion, etc., etc.

1° ¿El tercer poseedor de un inmueble hipotecado puede oponer su prescripción ó estincion de la hipoteca renunciada por el deudor principal? Pensamos que sí, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3166. Desde el momento en que se cumple la prescripción, la hipoteca se estingue; desde ese momento el tercer poseedor queda libre de la hipoteca que pesaba sobre su inmueble; el deudor personal, dice Laurent, tom. 32, n° 215, puede renunciar al derecho que le pertenece, pero no puede renunciar á derechos que pertenecen al tercer poseedor. La Corte de Casacion ha juzgado así, y se sostiene que así ha debido juzgarse por ser la aplicacion pura y simple del art. 2225".

El art. 2225 frances es igual al que estudiamos, y no hay en nuestro Código ninguna otra disposicion que se oponga á que se aplique entre nosotros la misma interpretacion.

Desde que el acreedor ha dejado estinguir la obligacion hipotecaria, es decir, la garantía accesoria, que tenía sobre un inmueble que ya no pertenece á su deudor, la renuncia de éste á esa estincion no puede hacerla revivir con efecto respecto á terceros; puede renunciar si siquiera á la estincion de la deuda principal,



si está en libertad de hacerlo, pero el derecho accesorio, en manera alguna puede hacerlo revivir.

2º ¿Puede el acreedor hipotecario oponerse á la accion de reivindicacion que se dirija contra el deudor que ha renunciado á la adquisicion por prescripcion del inmueble hipotecado? Pensamos con Laurent y demas autores franceses, que si bien el acreedor no puede oponerse á la accion de reivindicacion, su derecho hipotecario sobre ese inmueble adquirido por prescripcion no se afecta con la renuncia de la prescripcion. Pero creemos que esto es así cuando al tiempo de constituirse la hipoteca, el inmueble ya estaba adquirido por prescripcion, pues si la hipoteca se constituyó ántes, ésta sería nula en razon de que lo es tal toda hipoteca constituida sobre bienes ajenos, aun cuando despues se adquirieran, como lo establece el art. 3126, y lo confirma el 3127; véase comentario á este último.

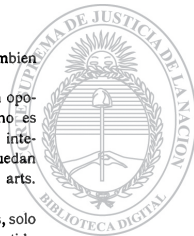
Sin embargo, aun cuando el acreedor hipotecario no pueda en este caso oponerse á la renuncia sosteniendo la validez de su hipoteca, puede oponerse á la renuncia de la prescripcion como simple acreedor, porque este es un acto perjudicial á sus intereses, y en virtud de lo dispuesto en el artículo que estudiamos.

3º Supóngase que un deudor renuncia á la prescripcion de otra deuda y la paga. ¿Pueden los acreedores anular este pago? Indudablemente que sí: el pago es una consecuencia de la renuncia de la prescripcion, y desde que los acreedores pueden oponérsela á otros acreedores que hayan perdido su crédito por prescripcion, no obstante la renuncia del deudor, es claro que oponiéndola dejarían sin efecto el pago hecho, puesto que resultaría haberse pagado una deuda estinguida (Dallos, palabra *Prescripcion*, nº 137).

4º El comprador de un inmueble adquirido por prescripcion, puede oponer esa prescripcion ganada por su vendedor á la accion de reivindicacion, aunque el vendedor haya renunciado á la prescripcion, siempre que esta renuncia se haya hecho despues de la venta, pues desde el momento en que él trasmite el inmueble ya no puede renunciar á él, porque no es suyo.

4º bis. Cuando la renuncia de la prescripcion se ha hecho en una época anterior á la falencia, los acreedores no pueden oponer la prescripcion, porque este acto no se encontraria en las con-





diciones indicadas en el art. 962. Así ha sido juzgado también por derecho frances.

5º Para que las personas indicadas en este artículo puedan oponer la prescripción no obstante la renuncia del deudor, no es necesario que la renuncia se haya hecho en fraude de sus intereses, basta que la renuncia les sea perjudicial para que puedan oponerse, como lo hemos establecido en el comentario á los arts. 961 y 962.

6º La escepcion de la prescripcion en los casos indicados, solo aprovechará al que la haya opuesto (art. 965), y está sometida á las reglas establecidas en el art. 962.

7º La renuncia de una prescripcion ¿debe considerarse como un acto á título gratuito, ó como un acto á título oneroso? Lo último no lo es, indudablemente. La duda está en que si esta renuncia es una donacion. Laurent, tom. 32, nº 212, dice que no es una donacion, y que, en consecuencia, no pueden dejarla sin efecto los herederos del renunciante. La donacion, dice este autor, supone un espíritu de liberalidad, miéntras que la renuncia de la prescripcion puede ser solo un escrúpulo de conciencia. Segun esto, los herederos no podrian oponer la prescripcion renunciada por su causante fundándose en que esta es una donacion inoficiosa que afecta sus legítimas forzosas.

Vazeille, nº 349, sin entrar á clasificar la naturaleza de este acto, dice que si la renuncia ha sido con intencion de defraudar á los herederos, éstos podrán oponer la prescripcion; pero si el acto ha sido una manifestacion de delicadeza por parte del causante de la sucesion, no debe permitirse á los herederos oponerla, porque deben respetar este acto de delicadeza.

El art. 1791, que enumera los actos que no se consideran donaciones, no habla del caso de renuncia de una prescripcion adquirida; habla únicamente de la de no interrumpir una prescripcion en mira de benefieiar al propietario.

Si dejar que otro prescriba una propiedad del causante no es una donacion, con doble motivo no debe serlo la renuncia que haga el mismo á la prescripcion adquirida. Un hombre de conciencia pocas veces invocará como título puramente la prescripcion, y si movido por un impulso de su conciencia renuncia á aquello que en estricta justicia no es suyo, no creemos que los herederos puedan reclamar contra esta renuncia, fundándose en

que ella importa una donacion inoficiosa. Los herederos deben respetar este acto del causante de la herencia. (Véase Laurent, citado.)

8º La accion para oponerse á la renuncia dura un año (art. 4033).

**3964**—El Juez no puede suplir de oficio la prescripcion. (Concuerda con el art. 3962.)

#### CONCORDANCIAS

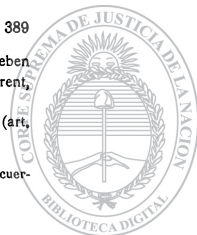
Cód. Frances. art. 2223—Napolitano, 2129—Holandes, 1987—De Luisiana, 3426—Troplong critica largamente la resolucíon del Cód. Frances, igual al nuestro, diciendo que sin razon alguna se ha tomado del Derecho Romano, que siendo temporarias todas las acciones, sería lógico no admitir una accion fundada sobre una obligacion estinguida por la prescripcion, mientras que el demandado no renunciare espresamente á valerse de este medio. Nosotros contestaremos con uno de los autores del Código Francos, que el tiempo solo no causa la prescripcion, que es preciso que con el tiempo concurre una larga inaccion del acreedor, ó una posesion que tenga todos los caracteres que la ley exige. Esta inaccion, ó esta posesion no pueden ser conocidas y verificadas por los Jueces, mientras no sean alegadas y probadas por el interesado. El Juez, supliendo de oficio la prescripcion, supliria hechos que debian demostrarse, y los Jueces no pueden suplirlos de oficio. Á mas, muchas veces la conciencia puede resistir el oponer la prescripcion. El que sabe que no ha pagado una deuda, puede no querer oponer la prescripcion, y ésta resultaria opuesta solo por el Juez, si no admitiere la demanda del acreedor, por haber corrido mas de diez años, desde el nacimiento de la obligacion)—Fallos de la S. Corte, Serie 2, tom. 9, p. 38—Id. de la Cámara de la Capital, Serie 1, tom. 5, p. 54.

Para oponer la prescripcion es necesario citar á los acreedores; de lo contrario el Juez no puede declararla. Así se establece en el fallo citado del tomo 5.

**3965**—Todo el que puede enajenar, puede remitir la prescripcion ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. (Concuerda con los arts. 872—953—1881, inc. 3—3950—3963).

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2220 y 2221—Napolitano, 2127—Holandes, 1984 y 1985—Renunciar á una prescripcion cumplida, es renunciar al objeto mismo que la prescripcion ha hecho adquirir, y por consiguiente puede hacerlo el que tenga capacidad para enajenar. Pero renunciar con anticipacion á la prescripcion es derogar por pactos una ley que interesa al órden público, y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio de la utilidad general. Si se permitiese tales renunciaciones, vendría á ser de estilo en los contratos, y la so-



ciudad quedaria desarmada, desde que se le quitaba su mas firme apoyo—Véase Tropiong, sobre los arts. 2220 y 2221—Vazeille, *Prescrip.*, desde el n° 830)—Goyena, 1940—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 14, p. 21—Laurerent, tom. 82, núms. 200 y siguientes.

**Todo lo que pueda enajenar:** Salvo las limitaciones espresas establecidas por la ley, como las del art. 3963 y sus concordantes.

Los tutores y administradores de bienes ajenos no pueden renunciar á la prescripcion, sin una facultad ó un mandato especial conferido al efecto (art. 1881, inc. 3).

## CAPITULO I

### De la suspension de la prescripcion

**3966**—La prescripcion no corre contra los menores de edad, estén ó no emancipados, ni contra los que se hallen bajo una curatela, aunque la prescripcion hubiere comenzado en la persona de un mayor á quien hayan sucedido, con escepcion de los casos en que las leyes hubieren establecido lo contrario. (Concuerda con los arts. 58—133—1382—3967—3968—3973—3981—3983—4025.)

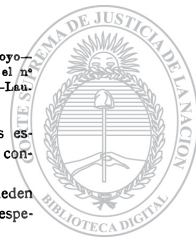
#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 214—Vazeille, n° 258—Cod. Frances, 2252—Duranton, tom. 21, n° 290)—Fallos de la Cámara de la Capital, Serie 2, tom. 10, p. 279—Id. del Dr. Basualdo, tom. 1, p. 48—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 1, p. 272.

**De un mayor á quien hayan sucedido:** Pero esto solo tiene lugar en las prescripciones comenzadas despues de la vigencia del Código; las que hayan principiado ántes están sujetas á la Ley 9, tit. 19, Part. 6ª, que establece que la prescripcion corre contra los menores cuando ha comenzado en un mayor de edad á quien han sucedido.

Tambien hay otra diferencia entre la citada ley de Partidas y el presente artículo, y es que la prercripcion treintenaria corria aun contra los menores de edad. Esto debe tenerse presente al aplicar el presente artículo y los siguientes. Así lo piensa tambien el Dr. Cortes en sus Vistas Fiscales, tom. 1, p. 272.

1º La prescripcion contra el incapaz, en principio general, queda en suspenso desde que se le declara tal y se le nombra curador: pero nada impide que cuando la incapacidad es anterior y pública, de tal modo que dé lugar á la nulidad de los ac-



tos practicados con anterioridad á la declaracion de incapacidad, se considere suspendida la prescripcion aun durante esa época (art. 473).

Si se declara nulo un acto ejecutado por una persona incapaz ántes de ser declarada tal, no habria razon alguna para decir que en esa misma época corria contra él la prescripcion.

**3967**—La prescripcion de la accion del menor, llegado á la mayor edad, contra su tutor por los hechos de la tutela, corre en caso de su muerte, contra sus herederos menores. (Concuerda con los arts. 460—3966—4025.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 21, desde el n° 291, trata estensamente la materia del artículo. La prescripcion de las acciones de los menores contra sus tutores, se fija en este Código al tiempo de diez años desde que lleguen á la mayor edad (art. 4025). Despues de un largo tiempo, mayor que el de los diez años, seria muy difícil establecer con exactitud la cuenta de la tutela. El tutor podria haber dejado de conservar documentos sobre gastos menores, y no seria justo ponerle á él y á sus herederos bajo una accion que podria durar treinta años por medio de minoridades, que podrian sucederse las unas á las otras.)

**Contra sus herederos menores**: Aunque el ex-pupilo muera en la menor edad (art. 4025), la prescripcion corre desde su muerte.

Esta accion se prescribe por diez años contados desde que el menor llega á la mayor edad ó desde que muere (art. 4025).

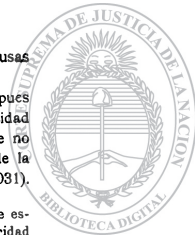
**Contra sus herederos menores**: Recíprocamente, la accion del tutor corre tambien contra sus herederos menores, como se desprende del art. 4025, y lo enseña la razon natural; ademas, los fundamentos espuestos por el codificador en la nota á este artículo y en la del 3968, son exactamente esplicables á los herederos del tutor, pues el art. 4025 fija para ambos el mismo lapso de tiempo.

**3968**—La prescripcion de las acciones de nulidad contra los actos jurídicos, comenzada contra un mayor, corre igualmente contra sus herederos menores, salvo el recurso de éstos contra el tutor negligente. (Concuerda con los arts. 3966—4030—4031.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 21, n° 292. Por motivos semejantes á los que fundan el artículo anterior. Es preciso que los actos jurídicos por los cuales se han transmitido derechos, tenga la firmeza posible, y den seguridad de los derechos transmitidos, no estando espuestos á quedar inciertos por largos años, ó por una sucesion de minoridades.)





**De las acciones de nulidad:** Por cualquiera de las causas señaladas en los arts. 4030 y 4031.

**Contra el tutor negligente:** Ó contra el curador, pues corre tambien contra los herederos incapaces por incapacidad mental. La accion es por daños y perjuicios á causa de no haber interrumpido la prescripcion. Esta prescripcion, la de la accion de nulidad, tiene lugar á los dos años (arts. 4030 y 4031).

**3969**—La prescripcion no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente. (Concuerda con los arts 1358—3969—3970—3971.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2253—Duranton, tom. 21, n° 299—Vazeille, núms. 272 y siguientes.)

Aunque el matrimonio sea nulo, con tal que sea putativo, creemos que la prescripcion debe considerarse suspendida durante ha existido como tal (argumento del art. 230).

**3970**—La prescripcion es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la accion de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, ó sea porque lo espusiere á pleitos, ó á satisfacer daños é intereses. (Concuerda con los arts. 1253—3969—3971—4031.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2256, n° 2—Troplong, sobre dicho artículo, núms. 778 y siguientes—Marcadé, sobre los arts. 2252 á 2256, n° 6—Aubry y Rau, § 214—Vazeille, núms. 285 y siguientes. Así, en el caso en que una mujer menor de edad, hubiese contratado en union con su marido, ó cargado con alguna obligacion solidaria, la prescripcion de la accion de nulidad de su obligacion queda suspendida, durante el matrimonio. O supóngase que el marido hubiese vendido una finca de su mujer, sin su consentimiento, como él debe sanear la venta, el comprador exigiria que saliese á la defensa del pleito promovido por la mujer: el pleito se empeñaria entónces entre marido y mujer. Se ha considerado con mucha razon, que una mujer cuya accion tuviera la consecuencia inmediata de poner á un extraño en el caso de reclamar sus derechos del marido, ó exigirle las indemnizaciones debidas, se abstendria de ocurrir á los Jueces para salvar sus derechos, y se sacrificaria así sus intereses y los de sus hijos, á la afeccion conyugal.)

Debe tenerse presenta que la accion de nulidad de los actos de la mujer ejecutados sin autorizacion del marido, ó por ser



menor de edad, no corre segun el art. 4031 sino desde la disolucion del matrimonio.

1º La regla de este artículo se aplica á toda clase de actos que el marido haya ejecutado comprometiendo los bienes de la mujer sin su consentimiento, sea esta una venta de sus bienes, una cesion, una garantía dada por la mujer por temor, violencia, etc., etc. (Vazeille, nº 285). En todos estos casos, si la mujer reclama, la responsabilidad vendria á recaer sobre el marido, y esto es lo que quiere evitar la ley. Los interesados han debido saber que el acto era nulo, y no pueden quejarse de que no se vean seguros en lo que adquieren.

2º La disposicion de este artículo no impide que los terceros puedan pedir la ejecucion inmediata de lo pactado, y que la mujer tenga que oponer la nulidad del acto so pena de perder este derecho. "Ella sostendria inútilmente, dice Vazeille, nº 287, que por una parte la ley le protege con una accion de nulidad y por otra le da el derecho de no ejercer esta accion hasta despues de disuelto su matrimonio, y que en consecuencia la accion sujeta á esa accion debe estar en suspenso hasta que llegue esta época".

Desde que la obligacion de los esposos está espuesta á ser perdida por la prescripcion, por cuanto el matrimonio no suspende el ejercicio de la accion de los terceros, éstos podrian verse espuestos á que la prescripcion se operase antes de la disolucion del matrimonio.

Lo que la ley suspende es la prescripcion de la accion de nulidad, pero no la accion de los terceros para pedir el cumplimiento de lo pactado. (Véase lo dicho en el comentario al art. 3971.)

**Satisfacer daños é intereses:** Cuando al marido no le trae responsabilidad alguna la declaracion de nulidad de los actos ejecutados por la mujer, la accion de nulidad es prescriptible, como lo establece el art. 3971.

3º Debe considerarse comprendida tambien en este artículo la accion de nulidad de los actos del marido ejecutados en fraude de los intereses de la mujer, pues militan las mismas razones que hacen suspender la accion de nulidad por los actos que no revisten este carácter. Sobre todo, la ley establece como regla general, que en todos los casos en que la responsabilidad por la nulidad del



acto haya de recaer sobre el marido, sea por recurso de garantía ó por indemnización de daños procedentes de otra causa que la garantía por evicción, la mujer no está obligada á entablar la acción, y por lo mismo, su silencio no hace perder el derecho de ejercerla después de la disolución del matrimonio, y ántes del tiempo determinado por la ley para la prescripción.

4º Muerto el marido, ¿sigue siempre en suspenso la prescripción, cuando la responsabilidad por la nulidad haya de recaer contra los herederos menores de edad? Parece indudable que no se suspende; en primer lugar, porque la ley no lo dice, y en tal caso, se aplica lo dispuesto en el art. 3981; en segundo, por que ésto constituye un privilegio, y que por lo mismo es de estricta interpretación; y en tercer lugar, porque la situación de la mujer respecto al marido, situación que da causa á la suspensión, es muy distinta con respecto á los herederos de éste.

Sería lo mismo que si por la acción de nulidad entablada por el hijo mayor de edad, hubiera de recaer responsabilidad sobre los padres; el hijo no podría por esta circunstancia invocar la suspensión de la prescripción mientras vivan sus padres. (Vazeille, nº 293).

**3971**—Fuera de los casos de los artículos anteriores, la prescripción corre contra la mujer casada, no solo en cuanto á los bienes cuya administración se ha reservado, sino también respecto á los bienes que han pasado á la administración de su marido. (Concuerda con los arts. 1253—3269—3270—4031.)

#### CONCORDANCIAS

Marcadé, lugar citado, nº 2—Troplong, sobre el art. 2254. nº 746—Aubry y Bau, § 214—Duranton, tom. 21, núms. 900 y siguientes.)

**Cuya administración se ha reservado:** Estos bienes pueden ser adquiridos por prescripción por terceros, lo mismo que pueden serlo los que han pasado á la administración del marido, salvo la responsabilidad de éste en los términos del art. 1254, por el descuido que haya tenido en no interrumpir la prescripción.

Lo mismo será si un tercero, como dicen Duranton y Marcadé, enajena una propiedad de la mujer sin su autorización, ese tercero adquirente puede prescribir, porque á la mujer no se considera respecto á esto como á los menores de edad.



De manera que en principio general, todos los bienes y todas las acciones de la mujer son susceptibles de prescripcion durante el matrimonio; pero la accion de nulidad en el caso del art. 3970, y la que resulta de los actos ejecutados por la mujer sin la autorizacion del marido no son prescriptibles sino despues de la disolucion del matrimonio (art. 4031). Tampoco el marido puede prescribir los bienes de la mujer, ni ésta los del marido (art. 3969).

Se entiende que la prescriptibilidad de los bienes es únicamente respecto de los de la mujer mayor de edad, y no á los de la menor. Cuando se trata de aquélla, si ella los administra, no hay razon para suspender una prescripcion que está en su mano interrumpir, y cuando los administra el marido es lo mismo que si lo fueran por el mandatario de un mayor, lo cual no sucede cuando ésta es menor de edad (art. 3966—Marcadé sobre el art. 2254, § II).

Debe advertirse que las escepciones al principio general, no solo aprovechan á la mujer menor de edad, sino aun á la mayor de edad, pues esas escepciones no son creadas teniendo en vista la incapacidad de la mujer, especialmente en los casos del art. 3970, sino á las circunstancias especiales en que se encontraria la mujer al querer hacer uso de su derecho durante el matrimonio.

Así, la accion de nulidad por la enagenacion hecha por el marido, de inmuebles de la mujer, sin su consentimiento, aunque sea mayor de edad no corre mientras subsista el matrimonio, segun el art. 3970. Lo mismo la de los actos ejecutados por la mujer sin la autorizacion necesaria, segun el art. 4031; otro tanto sucede con los demas actos ejecutados por el marido cuando, á consecuencia de la nulidad pedida, le venga responsabilidad á éste.

**3972**—La prescripcion no corre contra el heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, respecto de sus créditos contra la sucesion. (Concuerda con los arts. 3373—3374—3377—3974—3975—3978.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2258—Chabot, sobre el art. 802—Duranton, tom. 21, n° 314—Troplong, *Prescrip.*, n° 804—Aubry y Rau, § 214—Vazeille, n° 306. Seria inútil forzar al heredero beneficiario á provocar condenaciones contra la suce-





sion que está encargado de administrar. Representante de la sucesion, la accion se dirigiria contra él mismo, y haria el papel de demandante y demandado.

El artículo habla de los *créditos* del heredero, y por consiguiente la suspension establecida no comprende los derechos reales cuyo ejercicio tendria por resultado disminuir el activo hereditario. No quedan, pues, suspendidas las acciones de reivindicacion ó confesorias de servidumbre, que el heredero beneficiario habria podido ejercer contra la sucesion. Véase Marcadé, sobre el art. 2258, n° 2—Duranton, tom. 21, n° 314)—Véase Laurent, tom. 32, n° 64.)

**Que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario:** ¿Desde cuándo se suspende la prescripcion? Parece indudable que se suspende desde la aceptacion bajo beneficio de inventario (art. 3978). Véase Duranton n° 316.

Tampoco corre en provecho ni en contra de la sucesion respecto al mismo heredero que administra (art. 3974), aunque obtenga el crédito por subrogacion, como en el caso del art. 3373.

Aubry y Rau, § citado, hace una observacion importante respecto del art. 2258, igual al que estudiamos, y que es necesario tener en cuenta entre nosotros.

“Esta causa de suspension, dice, cubre el crédito entero del heredero beneficiario, aun en el caso en que se encuentre en concurso con otros herederos, beneficiario ó no, en tanto por lo ménos que se trate para él simplemente de conservar sus derechos sobre los bienes del difunto, considerados como restos separados de los patrimonios personales de sus coherederos. Pero no puede prevalecerse de esta suspension contra los herederos puros y simples para perseguir de sus propios bienes *ultra vires hereditaris*.”

Despues en la nota 20, agrega: “Es necesario guardarse de considerar la primera parte del artículo como una aplicacion de la regla *Agere non valenti, non currit præscriptio*, puesto que el heredero beneficiario no está en la imposibilidad de obrar (art. 996 del Código de Procedimientos); la disposicion se funda únicamente en que ha juzgado inútil forzar al heredero á provocar condenaciones contra la sucesion que está encargado de administrar.”

Como se ve, nuestro codificador se vale de las mismas palabras de Aubry y Rau para fundar su artículo. ¡Algo mas! el art. 996 del Código de Procedimientos frances, citado par estos autores, equivale al 3377 del Código Civil nuestro, del cual el 3378 es una aplicacion mas.



Por esos dos artículos se establece que la accion que un heredero de la sucesion haya de intentar, será dirigida contra todos los otros coherederos, ó de un curador que se nombre si hubiere de intentarse por todos los coherederos; y si no hubiere mas que un heredero, el pago se hará en la cuenta de administracion que se presente.

Mas adelante, en la misma nota, estos autores continúan diciendo: "Los autores que se han ocupado de la cuestion que estudiamos, la han resuelto por el contrario, de un modo absoluto, sin distinguir entre los derechos del heredero beneficiario sobre los bienes hereditarios y los que pueden ejercer contra sus coherederos personalmente; y la disidencia que ha nacido entre ellos viene de no haber tenido en cuenta esta distincion, que nos parece surgir claramente de los términos, respecto de los créditos que tengan contra la sucesion, con que terminó la primera parte del art. 2258".

Este alcance es el que debe darse tambien á nuestro artículo, que es igual en esta parte al frances; y ademas porque nuestro codificador, como se ve por la nota al artículo, ha seguido en un todo á Aubry y Rau.

**3973.**—La prescripcion de las acciones de los tutores y curadores contra los menores y las personas que están bajo curatela, como tambien las acciones de éstos contra los tutores y curadores, no corren durante la tutela ó curatela. (Concuerda con los arts. 419—460—3966—3967—4025.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 21, n° 293—Aubry y Rau, § 214. El artículo tiene fundamentos iguales á los de la prescripcion entre marido y mujer. El tutor es el representante legal del menor, y no sería conveniente que pudiese demandar al menor, para lo cual sería indispensable darle un curador. Si el tutor es acreedor, el derecho de compensacion basta para que pueda cobrarse su deuda, sujeto, el acto á las cuentas de la tutela. Si es deudor, el crédito contra él entra como todos los otros en la clase de los créditos que el tutor debe cobrar, responsable siempre por la tardanza en hacerlo.)

La disposicion de este artículo no impide que el tutor ó curador cobre su deuda cuando sea exigible, y la cargue en la cuenta de la tutela en la forma indicada por la ley (art. 419).

**3974.**—El heredero beneficiario no puede invocar á su favor la prescripcion que se hubiese cumplido en perjuicio de la sucesion que administra. (Concuerda con los arts. 3374—3972—3978.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 214)—Duranton, n° 816.

**En perjuicio de la sucesion que administra:** Así como la prescripcion no corre contra el heredero beneficiario y en favor de la sucesion, tampoco corre en contra de la sucesion y en favor del heredero; pero esto es solo respecto de los créditos y no de los derechos reales, como lo establece el codificador en la nota al art. 3972. (Véase comentario al artículo siguiente, que es una escepcion al presente).

El fundamento principal de este artículo está en que el heredero beneficiario que administra, es responsable de la pérdida de los derechos de la sucesion que él ha dejado perder por negligencia (Laurent, tom. 32, n° 65).

**3975**—Si son varios los herederos beneficiarios, deudores á la sucesion, la prescripcion corre respecto á la parte de los créditos de los coherederos que no la han interrumpido, á no ser que el derecho fuere indivisible. (Concuerta con los arts. 3378—3972—3974—3996.)

## CONCORDANCIAS

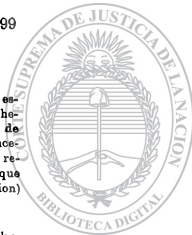
(Duranton, tom. 21, n° 318)—Aubry y Rau, § 414, nota 20, citada en el comentario al art. 8972, nuestro.

**Respecto á la parte de los coherederos que no la hayan interrumpido:** Porque éstos que no han interrumpido la prescripcion, debiendo hacerlo, son responsables de su falta, y deben sufrir las consecuencias en la parte que les corresponda en el crédito

Duranton, lugar citado por el codificador, despues de sentar en el n° 317 el principio aceptado por el art. 3974, agrega en el 318: “Pero por efecto del mismo principio que el caso precedente (se refiere este autor al mismo sentado por nuestro art. 3974), aplicado *en sentido inverso*, sino es un solo heredero, la prescripcion ha podido correr contra los otros coherederos respecto á su parte en este crédito de la sucesion, sea que hayan aceptado como él, con ó sin beneficio de inventario”.

**3976**—La prescripcion no se suspende durante la indivision de la herencia, á beneficio de un heredero puro y simple, respecto de sus derechos contra la sucesion. (Concuerta con los arts. 3972—3974—3978.)





## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 214—Troplong, sobre el art. 2251, n° 721—No se puede entender al heredero puro y simple la suspension establecida á favor del heredero beneficiario. La indivision no es por su naturaleza suspensiva de la prescripcion; pero se dice que el goce comun de los bienes de la sucesion es una interrupcion de la prescripcion, porque ese goce contiene el reconocimiento del derecho que se posee pro-indiviso. Troplong contesta que no se debe confundir la interrupcion con la suspension de la prescripcion)—Nuestro comentario al art. 8972.

**Respecto á sus créditos contra la sucesion:** Para el heredero puro y simple la prescripcion corre en su favor y en su contra (art. 3978). Lo contrario sucede tratándose de los herederos beneficiarios (arts. 3972 y 3974).

**3977**—La prescripcion corre contra una sucesion vacante y á favor de ella, aunque no esté provista de curador. (Concuerda con los arts. 3539—3540—3978.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2258—Marcadé, sobre dicho artículo, n° 4—Troplong, *Prescript.*, n° 807—Duranton, tom. 21, n° 321—Vazeille, n° 308)—Fallos de la C. de la Capital, Serie 2, tom. 4, p. 186 y 369.

**Aunque no esté provista de curador:** Corre aun durante el tiempo concedido para hacer inventario y deliberar. Los acreedores, en tal caso, pueden entablar las acciones que tengan por objeto interrumpir la prescripcion contra los herederos conocidos, y si no los hay, pedir el nombramiento de un curador.

La regla establecida de este artículo es sin perjuicio del principio general contenido en el art. 3966, de que la prescripcion no corre contra los menores; por consiguiente, si en definitiva resulta como heredero un menor de edad, su aceptacion tiene efecto retroactivo al dia de la apertura de la sucesion (art. 3341), y en tal caso, resultaria, como dice Duranton, citado, que la prescripcion no ha corrido durante la vacancia.

**3978**—La prescripcion corre á favor y en contra de la sucesion, durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar sobre su aceptacion. (Concuerda con los arts. 3366—3367—3972 - 3974—3976—3977.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. franc., 2259—Troplong, sobre dicho artículo, n° 808—Duranton, tom. 21, n° 928—Aubry y Rau, § 214—Vazeille, 309)—Nuestro comentario al art. 3867—Nota del codificador al art. 3961.

**Corre á favor y en contra de la sucesion:** Aun cuando el art. 3367 prohíbe á los acreedores demandar durante este plazo á la sucesion, nada impide, como hemos dicho en el comentario á dicho artículo, que éstos puedan tomar todas las medidas conservatorias tendientes á interrumpir la prescripcion que pueda cumplirse durante este tiempo.

Por lo demas, la disposicion de este artículo es sin perjuicio de lo dispuesto en los concordantes citados, respecto á los mismos herederos, beneficiarios ó no.

**3979**—La prescripcion corre en favor y en contra de los bienes de los fallidos.

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 24)—Troplong, núms. 719 y 720.

**En favor y en contra de los bienes del fallido:** Esto se aplica únicamente respecto á los acreedores que no han presentado sus créditos al concurso, y los deudores que no han sido demandados.

“Los acreedores, dicen Aubry y Rau, nota 30, § citados, que han pedido y obtenido la admision de sus créditos en el pasivo de la masa, habrán hecho todo lo que les era permitido para la conservacion de sus créditos, y desde el momento que no pueden perseguir individual y separadamente el pago de sus créditos, debe considerarse suspendida la prescripcion mientras duran los arreglos.

La sola presentacion de sus creditos al síndico del concurso como ordena nuestro Código de Procedimientos, es suficiente para interrumpir la prescripcion, porque esto debe considerarse como una verdadera demanda, como dice Troplong. n° 719.

**3980**—Cuando por razon de dificultades ó imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una accion, los Jueces están autorizados á librar al acreedor, o al propietario, de las con-



secuencias de la prescripcion cumplida durante el impedimento, si despues de su cesacion el acreedor ó propietario hubiese hecho valer sus derechos; inmediatamente. (Concuerda con los arts. 2457—2479—3059—3062—3473—3959—3961.)

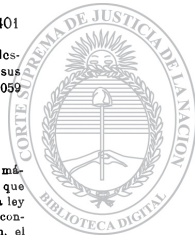
## CONCORDANCIAS

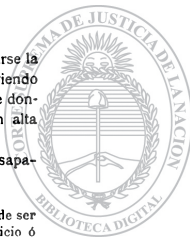
(Aubry y Rau, § 214—Zachariæ, § 848—Marcadé, sobre el art. 2251—La máxima *agere non valenti non currit prescriptio* no comprende en principio mas que la hipótesis en que el obstáculo al ejercicio de la accion proviene de la ley misma, y ella no puede tomar en cuenta lo que no ha creado. Para lo contrario seria necesario rebajar del tiempo requerido para la prescripcion, el tiempo que hubiese corrido durante el obstáculo, aunque hubiese cesado antes del cumplimiento de la prescripcion. Sin embargo, el mayor número de escritores ponen á la imposibilidad material de obrar, entre las causas que suspenden el curso de la prescripcion, lo que nos parece equitativo, principalmente cuando se trata de perder el derecho á un crédito. Comprendemos tambien los derechos reales, *al propietario*, dice el artículo, á fin de generalizar la autoridad de los Jueces en los casos de impedimentos de hecho. En tiempos de guerra, los casos de impedimento por fuerza mayor se han presentado muy de continuo. Algunos gobiernos han privado á sus tribunales recibir demandas de los súbditos enemigos contra los nacionales, y esta suspension de la accion tiene por efecto inmediato suspender al mismo tiempo la prescripcion—Véase Zachariæ, § 848—Massé, *Droit commercial*, tom. 1, n° 147)—Nuestro comentario al art. 3478—Notas del codificador á los arts. 2478 y 2479—Fallos de la S. C., Serie 2, tom. 5, p. 390—Troplong, núms. 727 y siguientes.

**Dificultades ó imposibilidad de hecho:** Tales, por ejemplo, una epidemia que entra á una ciudad en que todos, ó los que pueden la abandonan, una guerra en que hay que salir por la fuerza á defender la patria; el retardo involuntario en un viaje, etc., etc. Los juriscultos franceses traen muchos ejemplos y casos en que los Jueces deben suspender los efectos de la prescripcion miéntras existen esos obstáculos. Entre nosotros debe seguirse la jurisprudencia francesa tambien, pues es en la que se ha inspirado nuestro codificador al redactar su artículo.

La Suprema Corte, por el Fallo citado en las concordancias, ha declarado que la prescripcion no corre miéntras están cerrados los tribunales durante la feria, aun cuando aquel contra el cual corre la prescripcion haya podido protestar ante ascribano para salvar sus derechos.

**Cumplida durante el impedimento:** De modo que aquel contra quien se invoca la prescripcion no puede defenderse con la imposibilidad en que ha estado en un tiempo anterior.





La ausencia involuntaria del lugar donde debe interrumpirse la prescripción no es causa de suspensión, á ménos que viviendo en otra parte, haya sufrido retardo en el viaje en una parte donde no podía encargar á otra interrumpir la prescripción, en alta mar, por ejemplo.

**Inmediatamente:** Al día siguiente, por ejemplo, de desaparecer el obstáculo.

**3981**—El beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, ó contra las personas, en perjuicio ó á beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus cointeressados ó contra sus cointeressados. (Concuerda con los arts. 678—696—3061—3062—3966—3982—3990 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, 214, § al fin. Entre muchos copropietarios, ó muchos deudores aun solidarios, si se encuentra uno á cuyo beneficio la prescripción ha sido suspendida por la ley, por ejemplo, por causa de minoridad, los otros no son admitidos á prevalerse de esta suspensión)—Laurent, tom. 32, núms. 74 á 76.

**Y no por sus cointeressados ó contra sus cointeressados:** Ménos cuando se trata de perder ó adquirir derechos indivisibles (art. 3982), como las servidumbres, por ejemplo (nota del codificador al art. 3061). Pero respecto de las obligaciones indivisibles rige lo dispuesto en el art. 688.

El favor acordado á los menores, por ejemplo, de la suspensión de la prescripción, es por consideraciones puramente personales, y por lo mismo no aprovecha á los que son mayores, aunque sean cointeressados con los mayores y aun cuando sean solidarios (comentario al siguiente).

Por lo demas, el artículo es aplicable, tanto á la adquisición de derechos como á la estinción de obligaciones.

**3982**—La disposición del artículo anterior no comprende las obligaciones ó cosas reales indivisibles. (Concuerda con los arts. 688—2405—3062—3226—3981—3996.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 214, notas 43 y 44—Laurent, tom. 32, núms 75 y 76.

**Obligaciones ó cosas reales indivisibles:** Nos parece

que habria sido mas claro decir *derechos reales ú obligaciones indivisibles*, como dice Laurent, citado.

Por lo mismo que se trata de derechos ú obligaciones indivisibles, es imposible que puedan perderse ó adquirirse en parte; hay entónques que sacrificar los unos en provecho de aquellos en favor de los cuales se ha establecido la suspension, ventaja de que los cointerésados vienen á aprovechar por la indivisibilidad misma. En los concordantes citados pueden verse ejemplos de aplicacion del presente artículo.

Adviértase que para que rija la escepcion que este artículo contiene respecto al anterior, es necesario que, tanto el derecho como la obligacion, sean indivisibles, pues si el derecho real es divisible se adquirirá ó se perderá por prescripcion respecto de aquellos en favor de los cuales ó en contra de los cuales no hay suspension; lo mismo sucede respecto de la obligacion.

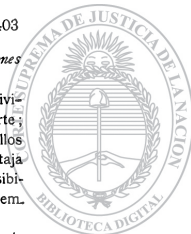
Si una persona debe á un menor de edad y á un mayor, la prescripcion correrá contra este último y se extinguirá si llega el tiempo requerido por la ley; pero quedará subsistente respecto al menor sino se ha cumplido el tiempo de la prescripcion despues de llegar á su mayor edad. Lo mismo sucederá respecto á la prescripcion adquisitiva de un inmueble perteneciente á un menor y un mayor, poseído por un tercero (Laurent, tom. 32, n° 75.)

**3983**—El efecto de la suspension es inutilizar para la prescripcion, el tiempo por el cual ella ha durado; pero aprovecha para la prescripcion no solo el tiempo posterior á la cesacion de la suspension, sino tambien el tiempo anterior que en ella se produjo. (Concuerda con los arts. 3966—3998—4051.)

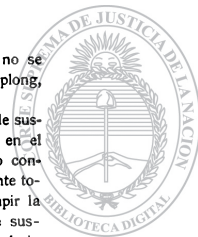
#### CONCORDANCIAS

(Hay mucha diferencia entre la suspension y la interrupcion de la prescripcion. La suspension no toca la posesion y solo hace suspender momentáneamente los efectos de su continuacion, mientras que la interrupcion borra la posesion que le ha precedido y hace que la prescripcion no pueda adquirirse sino en virtud de una nueva posesion (art. 3998)—Vazeille, *Prescrip.*, n° 172)—Laurent, tom. 32, núms. 37 y 77.

Para el caso de suspension de la prescripcion, no se cuenta el dia en que principia ésta última ni el dia que concluye, pues los plazos no se cuentan por horas sino por dias, meses ó años. En la prescripcion, cuando no hay suspension, el principio casi uni-







versalmente aceptado es que el primer día, el día *a quo*, no se cuenta; pero se cuenta el último, el día *adquem* (Tropiong, sobre los arts. 2260 y 2261).

Esta misma regla nos induce á pensar que en el caso de suspensión, el día que principia y el día que concluyó entran en el término de la suspensión; el primer día porque no estando concluido viene á ser como el último de la prescripción durante todo el cual aquel contra quien se prescribe podía interrumpir la prescripción; desde que ese día se produce una causa de suspensión, el día se pierde para el que prescribe, como perdería el tiempo pasado en caso de interrupción; y el último día de la suspensión corresponde á esta época, como corresponde también al dueño el primer día de posesión por el tercero que prescribe. De modo, pues, que la suspensión se opera desde el día que se produce aunque ya haya corrido una parte de ese día, hasta el en que cesa inclusive.

## CAPITULO II

### De la interrupcion en la prescripcion

**3981**—La prescripción se interrumpe cuando se priva al poseedor durante un año, del goce de la cosa por el antiguo propietario ó por un tercero, aunque la nueva posesión sea ilegítima, injusta ó violenta. (Concuerda con los arts. 2455—2456—2477—2493—3990—4038.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 6, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 29, Tit. 29, Part. 3.—Código Francés, art. 2248 y sobre él, Tropiong—De Luisiana, art. 3463—L. 5, Dig., *De usurp.*—Pothier, *Prescrip.*, n.º 40—Vazeille. *Prescrip.*, n.º 173)—Laurent, tom. 32, núms. 365 y siguientes—Fallos de la C. de la C., Serie 1, tom. 4, p. 198—tom. 8, p. 249.

**Cuando se priva al poseedor durante un año:** Cuando la posesión del propietario contra el cual se prescribe no ha durado un año, aquel que prescribe puede entablar una acción posesoria; y como en este juicio de nada le serviría probar al demandado que él es el verdadero dueño de la cosa (arts. 2472 y sus concordantes), esta se mandará restituir al demandante; en tal caso, la posesión de menos de un año no viene á darle ningún derecho. Es por esto que se exige un año de posesión, porque solo así se pierde la que ántes se tenía (art. 2456); es-



to es indispensable para la interrupcion natural de la prescripcion (Vazeille, citado).

1º La espropiacion por causa de utilidad pública, ¿interrumpe la prescripcion, de modo que el poseedor que al momento de la espropiacion no habia aun adquirido por prescripcion, no pueda invocar la posesion del espropiante para cumplir su prescripcion? En el comentario al art. 2354 hemos dicho que sí. El poseedor ha dejado de poseer desde el momento en que se le espropia; y desde que hasta ese momento no habia adquirido por prescripcion, mal puede adquirirla por este título despues que ha dejado de poseer. Véase sobre el comentario citado, nº 4.

2º Supóngase que hay interrupcion de prescripcion por la posesion de mas de un año; que el anterior poseedor entabla la accion posesoria y la pierde; pero entabla un juicio petitorio y lo gana. Despues viene el verdadero dueño de la cosa y entabla accion reivindicatoria. ¿Podrá en este caso el poseedor alegar la prescripcion sosteniendo que su posesion no ha sido interrumpida por la posesion del tercero á quien venció en el juicio petitorio?

Esta cuestion puede plantearse en esta otra forma: ¿al reivindicante le es permitido unir su posesion á la del despojante ó demandado para oponer la prescripcion, sin considerar que ha habido interrupcion?

Desde la antigüedad esta ha sido una gran cuestion, y hoy mismo, los autores modernos no están de acuerdo.

D'Agraté, siguiendo á la mayoría de los romanistas, dice: ¿Cómo el detentador desposeido puede prevalerse de la posesion de su despojante? Para que haya anexion de posesiones es necesario que exista la relacion de un *autor* y de un *sucesor*; el propietario poseedor que vuelve á entrar en su propiedad no es un sucesor del despojante; y el despojante ó usurpador no es su autor; ademas, ha habido interrupcion de la posesion, pues que el poseedor ha sido despojado y no se ha hecho reintegrar en esta posesion por una accion posesoria, y como la posesion interrumpida es inútil para la prescripcion, resultará que en este caso es imposible prescribir.

Esta es tambien la opinion de Merlin (*vert. prescrip.* nº 8, Sec. 1, § 5).

Despues, Laurent, tom. 32, nº 365, dice, fundándose en los



argumentos aducidos por D'Agranté, que es un absurdo decir que se pueden unir las dos posesiones porque se suponga que el evincido ha poseído para el reivindicante; que desde el momento en que ha dejado pasar el año sin hacer su reclamo, la prescripción queda interrumpida, y para poder prescribir en adelante el tiempo se contará desde la sentencia que le hace lugar á la reivindicación, sin que pueda agregar al tiempo que posea el que ha poseído su demandado.

Á la cabeza de los que sostienen la doctrina contraria, está Vazeille, á quien indudablemente ha seguido en esta materia nuestro codificador. Este autor, en el n° 175, estudiando el art. 2235 del Código francés (citado por el codificador en el art. 4005, á propósito de la union de las posesiones del autor y del sucesor), dice: "En la primera edicion de este tratado dijimos únicamente que parecia racional que sin consideracion al tiempo, la evicción del usurpador hiciera desaparecer la interrupcion que él habia causado".

"Despues hemos conocido la disertacion de Merlin, y hemos reflexionado mas, llegando á convencernos nuevamente que los arts. 2243 y 2235 no rechazaban la regla que habíamos creído racional y que ella resulta como consecuencia necesaria de los verdaderos principios. No es que considerando al poseedor como sucesor del usurpador que ha evincido, que se le cuenta como posesion el goce del usurpador. Indudablemente, él no sucede en los derechos de aquél que ha hecho juzgar sin derecho, y condenarlo á devolver el fundo usurpado. Porque ha hecho un gran acto de propiedad persiguiendo al usurpador; porque obteniendo la restitution de la cosa y los frutos de que habia sido indebidamente privado, es que ha reanudado su posesion interrumpida; porque aquel á quien ha evincido no ha sido mas que un detentador precario, quien no ha poseído sino para el dueño que ha recuperado su goce. ¿No es una manera de poseer, y la mas resultante de todas, iniciar un juicio como propietario para sacar su propiedad de manos de un usurpador? ¿Qué le puede faltar al antiguo poseedor, á quien la justicia reconoce su derecho y le restablece la posesion injustamente alterada?

La ley romana no lo dice, pero sus intérpretes así lo han comprendido.

Mas adelante, el mismo autor agrega: El art. 2243 (igual al



nuestro art. 3984), que hace resultar la interrupcion del defecto del goce durante un año, no puede concernir sino al poseedor, que ha recuperado la cosa por vias de hecho. Turbado en sus derechos, él no se ha quejado, no ha reclamado sus derechos de la justicia; si ha recuperado su cosa lo ha hecho de su propia autoridad, por la violencia, tal vez, pero ha sido privado de sus goce; y en el tiempo en que el goce le ha faltado, él no ha podido tener la posesion continua exigida por la ley".

Despues Troplong, núms. 451 y siguientes, á quien tambien el Dr. Velez ha seguido en esta materia, apoya la doctrina de Vazeille. Troplong sostiene con poderosos argumentos que la sentencia que hace lugar á la reivindicacion, crea una relacion jurídica entre el evincido y el vencedor que permite unir perfectamente las dos posesiones, como podria unir el comprador la de su vendedor.

Tambien Leon Wodon, en su escelente tratado sobre la *Poseesion*, apoya las doctrinas de Vazeille, Troplong y demas autores; pero este autor pone una restriccion, y es, que si bien el reivindicante puede unir su posesion á la del demandado, para la prescripcion, no puede hacer valer la posesion que tuvo ántes de perder la posesion que recuperó (nº 247).

Pensamos que por nuestro derecho debe prevalecer la opinion de estos últimos; que la posesion recuperada por medio de una accion deducida en juicio, por lo mismo que la sentencia tiene efecto retroactivo, y que al condenarlo á entregar una cosa, se juzga que nunca ha tenido el dominio de ella (art. 2664 y sus concordantes), la desposesion debe considerarse como no sucedida. Otra cosa sucede cuando el prescribente recupera la posesion del inmueble por otros medios que una sentencia condenatoria, como si él mismo recuperase por su propia cuenta la posesion, ó en alguna otra forma, porque entónces habria una verdadera interrupcion con arreglo al artículo que estudiamos y al 3990, porque esto importaría reconocer en el turbador un derecho, por lo cual no se presenta la demanda en forma.

Así como la sentencia definitiva favorable al poseedor deja sin efecto la interrupcion causada por la demanda, así tambien la sentencia favorable en el juicio de reivindicacion deja sin efecto la interrupcion causada por la desposesion. Hoy la mayoría de los autores sostienen esta doctrina.



Diremos entónces, con Marcadé, n° 122, Wodon, citado, que no hay inconveniente en que el reivindicante una su posesion á la del vencido en el juicio de reivindicacion para alegar la prescripcion; sea el vencido de buena ó de mala fe. Pero el vencedor no podra unir á estas posesiones la que tuvo ántes de la interrupcion, pues esta quedó perdida por la misma interrupcion. Marcadé, en el n° 121, sostiene el principio de un modo fundamental.

Como complemento á este comentario, véase el del art. 4005.

**3985**—Aunque la posesion de un nuevo ocupante hubiese durado mas de un año, si ella misma ha sido interrumpida por una demanda, ántes de espirar el año, ó por el reconocimiento del derecho del demandante, la nueva posesion no causa la interrupcion de la prescripcion. (Concuerda con los arts. 3984 y sus concordantes—3989.)

#### CONCORDANCIAS

(Vazeille, n° 185—Troplong, n° 544)—Marcadé, sobre el art. 2245.

**Antes del año:** Es una consecuencia de lo dispuesto en el articulo anterior. Por lo demas, la demanda que interrumpe la la posesion que interrumpe la prescripcion, puede ser en juicio posesorio ó petitorio.

Si el demandante pierde el juicio, la posesion queda interrumpida; y aun cuando el vencedor trasmita despues la cosa al vencido, por otro título, el adquirente no podrá invocar contra terceros reivindicantes la prescripcion juntando su posesion anterior al juicio con la que ha tenido su enagenante y la que ha tenido despues de la enagenacion.

Desde el momento de la sentencia favorable, la posesion anterior queda sin efecto alguno desde que se cumplió el año de posesion del que interrumpe.

**3986**—La prescripcion se interrumpe por demanda contra el poseedor, aunque sea interpuesta ante Juez incompetente, y aunque sea nula por defecto de forma, ó porque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio. (Concuerda con el art. 3988.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 29, Tit. 29, Part. 3°—Cód. Frances, art. 2244—De Luisiana, 8484—Napolitano, 2150—Holandes, 2016—Aunque la demanda sea nula, prueba la dili-



gencia del que la interpone, y constituye al poseedor de mala fe. El artículo del Cód. Frances, 2046, da á la demanda entablada ante Juez incompetente, el efecto de interrumpir la prescripcion, y el artículo siguiente se lo niega, cuando la demanda es nula por defecto de forma. Pero ¿cuál es la diferencia en uno y otro caso? Los comentadores de este Código no han podido explicarla. Enseñan que la mujer casada, que sin licencia de su marido se presentare demandando al poseedor de una cosa, interrumpe la prescripcion. ¿Cuál es entónces el vicio en la forma al cual se niega el mismo efecto? Para nosotros, basta un acto judicial contra el poseedor para constituirlo de mala fe en su posesion. Véase sobre la materia, Vazeille, *Prescrip.*, núms. 188 y 193.

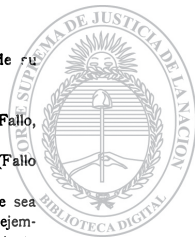
Una interpelacion estrajudicial dirigida al poseedor, de un inmueble, no cambia el carácter de la posesion y no interrumpe la prescripcion. Las denuncias de las pretenciones de la propiedad de una heredad, cuando no se someten á los Jueces, se supone que no son serias, y que se carece de los medios de justificarlas—L. 13. Dig. *Proempt.*—Vazeille, n.º 184—Tropiong. *Prescrip.*, núms. 576 y siguientes—Pothier, *Prescrip.*, n.º 50)—Fallos de la Suprema Corte, tom. 10, Serie 2, p. 354—Tom. 14, Serie 2, p. 557—Id. de la C. de la Capital, Serie 1, tom. 2, p. 264 tom. 8, p. 249—Tom. 7, p. 199, Serie 2—Tom. 4, p. 340—Tom. 5, p. 390—Goyena, 1984.

**Por demanda contra el poseedor:** Una simple protesta presentada ante el Juez, pero que no sea propiamente una demanda ¿interrumpe la prescripcion? Parece indudable que no, que es necesario una demanda formal. De lo contrario, el término para la prescripcion podria prorogarse indefinidamente, con solo esas protestas. Esto, por otra parte, sería contrario al espíritu del art. 3987, que exige la prosecucion del juicio hasta su terminacion.

1º La Cámara en lo Civil de la Capital, por el fallo citado del tom. 8, Serie 1, ha declarado que la iniciacion de juicios informatorios ó testamentarios no bastan para producir la interrupcion de la prescripcion, que requiere demanda directamente contra el poseedor (Fallos, Serie 2, tom. 4, p. 340).

2º Por la antigua legislacion (Ley 7, tit. 11, Lib. 2, Fuero Real 29, tit. 29, Part. 3 y 65 de Toro), se exigia tambien una demanda judicial contra el poseedor y que éste fuera citado ó emplazado por el Juez, para que pudiera conocer la demanda.

Aunque por la ley 30, tit. 29, part. 3, se permitia interrumpir la prescripcion, especialmente del primer año de posesion, por solo protesta ante personas conocidas, por no poder demandar, debe tenerse presente que por nuestro Código no existe este medio de interrupcion, como puede verse por la última parte de la



nota del codificador á este artículo, y por lo que resulta de su mismo testo.

Es, pues, indispensable una demanda formal.

3º La interrupcion dura el tiempo que dura el juicio. (Fallo, citado del tom. 7. Série 1.)

4º Al que alega la interrupcion corresponde probarla. (Fallo del tom. 8, citado.)

**Ante Juez incompetente:** Pero es indispensable que sea Juez. Asi, una reclamacion hecha ante el Gobierno, por ejemplo, ante una Municipalidad, aunque se considere competente para entender en el reclamo, no causa la interrupcion, pues el Gobierno ó las Municipalidades no son Jueces, ni pueden decidir pleitos en juicios contradictorios. Asi lo ha resuelto la Escma. Cámara de la Capital, tom. 4, Serie 2, p. 340. (Véase comentario al artículo siguiente.)

**3987**—La interrupcion de la prescripcion, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, ó si ha tenido lugar la desercion de la instancia, segun las disposiciones del Código de Procedimientos, ó si el demandado es absuelto definitivamente. (*C. Com.*, 1010.) (Concuerda con los arts. 3989—4036.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2247—Napolitano, 2153—Holandes, 2018—Sobre la última parte, véase Troplong, *Prescrip.*, n° 610—Aubry y Rau, § 215—Vazeille, n° 199)—Fallos de la Camara de la Capital, Serie 2, tom. 4, p. 309—Tom. 6, p. 360—Tom. 5, p. 890—Tom. 7, p. 340—Goyena 1885.

**Desiste de ella:** Ya sea espresa ó tácitamente, desertando de la instancia, como dice este artículo. Entablada la demanda corresponde al demandado agitar la prosecucion del juicio para que la paralizacion no venga mas tarde á perjudicarlo, pues si el espediente ha quedado paralizado despues que el Juez ha admitido la demanda porque ninguna de las partes haya procurado su prosecucion, el demandado no podrá decir despues que el demandante ha abandonado el juicio. Por mas tiempo que el juicio hubiera permanecido paralizado, porque ninguna de las partes instase su prosecucion, no podría alegarse una nueva prescripcion, á ménos de una disposicion espresa de la ley de procedimientos, como en derecho frances (art. 397 Cód. de Proc.). Pero si el Código de Procedimientos del lugar donde se ventila



el juicio no contiene disposicion al respecto, fuera del caso de dejar desierto el recurso, la simple inaccion en la prosecucion del juicio no podrá alegarse como desistimiento de la demanda.

Aunque la demanda haya sido entablada mientras el Juez no la admita, no se considera interrumpida la prescripcion (Vazeille, 201). En cambio, admitida la demanda, aunque despues se rechace por falta de formas ó por incompetencia del Juez, ella produce la interrupcion, como lo establece el art. 3986. Así, interpuesta la demanda ante un Juez incompetente, si el demandado declina de jurisdiccion y en segunda instancia gana el pleito, la interrupcion se habrá causado.

**O si es absuelto definitivamente:** Esto confirma lo que decimos anteriormente, respecto al fallo que rechaza la demanda admitida en primera instancia por incompetencia del Juez ó por incapacidad del demandante; en ese caso, aunque la demanda sea infructuosa para el demandado, por cuanto no consigue lo que pretende, es suficiente para producir la interrupcion. En estos juicios, el demandado no es absuelto definitivamente, de modo que pueda oponer la autoridad de cosa juzgada á las mismas pretensiones del demandante que hace la gestion por segunda vez ante Juez competente ó con la capacidad necesaria. Este no es un fallo definitivo sobre el fondo de la cuestion, sino únicamente de una escepcion, que no impide entablar la demanda en forma debida.

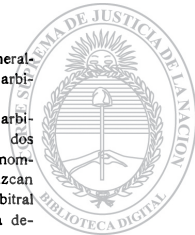
Troplong, nº 610, citado, dice, "el rechazo de que habla el art. 2247 (igual al que estudiamos) no es una sentencia provisoria: es una sentencia definitiva que impide que la misma demanda se produzca entre las mismas partes y que tiene el mismo efecto que si el demandante hubiera desistido de la demanda". Como complemento al estudio de este artículo, véase nuestro comentario al 4005.

**3988**—El compromiso hecho en escritura pública, sujetando la cuestion de posesion ó propiedad á juicio de árbitros, interrumpe la prescripcion. (Concuerda con los arts. 3986—3987.)

#### CONCORDANCIAS

Código de Procedimientos de la Capital, art. 770—Troplong, nº 594—Laurent, tom. 82, nº 119.





**En escritura pública:** Es la única forma en que generalmente admiten las leyes de procedimiento el compromiso arbitral cuando no hay juicio pendiente.

Fuera de la forma en que debe hacerse el compromiso arbitral, es aplicable á este artículo todo lo dispuesto en los dos anteriores. Así, el compromiso hecho por un incapaz, el nombramiento de un árbitro incapaz, etc., aunque no produzcan efecto como tal, causan la interrupcion. El compromiso arbitral sometiendo la cuestion á la decision de los árbitros es una demanda verdaderamente, y por lo mismo no habria razon para dejar de aplicar los artículos citados.

Los árbitros hacen las veces de los Jueces ordinarios respecto de las partes; y un compromiso supone un demandante y un demandado cuyos derechos discuten entre sí.

Por derecho frances se ha discutido mucho si el compromiso arbitral interrumpia ó no la prescripcion, pues aquel Código no lo dice. La jurisprudencia se ha pronunciado por la afirmativa; pero la mayoría de los jurisconsultos solo la aceptan con la limitacion de que producirá la interrupcion solo cuando ya se ha principiado la tramitacion del juicio arbitral.

Nuestro Código, como se ve, no contiene esta restriccion; el solo compromiso produce la interrupcion aunque el juicio quede paralizado en este estado, con tal que no sea por renuncia de los interesados.

**3959**—La prescripcion es interrumpida por el reconocimiento, espreso ó tácito, que el deudor ó el poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribia. (*C. Com.*, 1010.) (Concuerda con los arts. 720—3958—3987—4036.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 29, Tit. 29, Part. 3ª—Cód. Frances, art. 2248—Napolitano 2154—Hollandes, 2019—El reconocimiento tácito resulta de todo hecho que implica la confesion de la existencia del derecho del acreedor ó del propietario, como el pago de intereses ó parte del principal de una deuda. Ejemplos del reconocimiento tácito pueden verse en Troplong, desde el n° 618, y en Vazeille, desde el n° 269)—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 12, p. 85—Id. de la Camara de la Capital, Serie, 1, tom. 2, p. 358—Serie 2, tom. 5, p. 890—Id. de los Tribunales de Córdoba tom. 1, p. 167—Nuestro comentario al art. 2485—Duranton, tom. 21, núms. 120 y siguientes.

**Espreso ó tácito:** El reconocimiento espreso puede hacerse



en cualquier forma. El tácito resultará de los hechos del deudor ó poseedor que no puedan tener otra esplicacion sino la circunstancia de no considerarse dueño de la cosa poseída, ó considerarse deudor. Así, por ejemplo, si un poseedor propone arrendar al dueño la cosa que posee, es claro que hay aquí un reconocimiento tácito que impide toda prescripcion; lo mismo será si en cualquier otra forma pide autorizacion para quedarse en el inmueble que posee (Marcadé, tom. 12. nº 180).

En este caso, por mas que el tiempo que se haya poseído fuera suficiente para prescribir, el reconocimiento prueba una de dos cosas; ó que no ha poseído con ánimo de prescribir ó que habiendo poseído así ha renunciado á la prescripcion adquirida. Lo mismo será si despues de vencida una obligacion se pide próroga para el pago, ó si se afianza, etc. (Véase Duranton, tom. 21, nº 120.)

1º Pero el reconocimiento hecho despues de haber prescripto el derecho á la obligacion, por lo mismo que importa una renuncia, está limitado, ó bien por el derecho de los acreedores en cuyo perjuicio se ha hecho, ó por los terceros de buena fe de las cosas adquiridas por prescripcion. Se requiere á mas la capacidad necesaria para enajenar el inmueble á cuya prescripcion ó adquisicion hecha se renuncia (de acuerdo, Segovia).

Téngase presente que el pago parcial de una obligacion prescripta no es un reconocimiento del resto (art. 517—Duranton, 121).

2º Al que alega el reconocimiento le incumbe la prueba de su existencia.

**3990**—La interrupcion de la prescripcion aprovecha al propietario, aunque no sea por hecho suyo, sino por el de un tercero, que el poseedor ha sido privado de la posesion por mas de un año. (Concuerda con los arts. 3060-3984.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 215, letra C, nº 2)—Nuestro comentario al art. 3984, y las concordancias del mismo.

El presente artículo es una repeticion del 3984 y bien ha podido suprimirse. En el Código Frances no existe sino el 2243 igual al 3984 nuestro; el presente es tomado de Aubry y Rau que resume el texto del 2243 frances.

**3991**—La interrupcion de la prescripcion causada por demanda judicial, no aprovecha sino al que la ha entablado, y á los que de él tengan su derecho. (Concuerda con los arts. 695—3060 á 3062—3981—3992 y siguientes á 3997.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 215, Letra C, n° 2—Vazeille, 230 y sigtes.)—Fallos de la Cámara de la Capital, serie 2, tom. 2, p. 561—Laurent, tom. 32, núms. 145 y siguientes.

**Sino al que la entabla:** “La interrupcion civil, dice Laurent, no impide que continúe de hecho la posesion; y como la prescripcion tiene por base la posesion, nada impide que el poseedor prescriba respecto de los que no han interrumpido civilmente su prescripcion, pues que respecto á ellos la posesion ha continuado.

No sucede lo mismo con la interrupcion natural, que casi siempre importa una desposesion del todo de la cosa, lo cual hace que interrumpida en esta forma por uno aprovecha á todos (art. 3992), pues la posesion del que prescribia ha cesado no solo respecto del que la interrumpe, sino respecto á los demas dueños de la cosa.

El principio sentado en este artículo rige aun cuando la cosa pertenezca en comun á varios.

**Y á los que de él tengan su derecho:** Se refiere tanto á los herederos como á los sucesores á título singular, como los compradores, por ejemplo. Todas estas personas pueden alegar en su favor la interrupcion de la prescripcion, porque viniéndoles el derecho de aquél con respecto del cual el tiempo corrido ántes de la interrupcion no se cuenta, ellos pueden alegar los mismos derechos que su antecesor, porque, como dice Proudhon, hay entre ellos una correlacion directa de derechos.

En los artículos siguientes se verán las escepciones á este principio.

**3999**—La interrupcion de la prescripcion hecha por uno de los copropietarios ó coacreedores, cuando no hay privacion de la posesion, no aprovecha á los otros; y reciprocamente, la interrupcion que se ha causado contra uno solo de los coposeedores ó codeudores, no puede oponerse á los otros. (Concuerda con los arts. 3991 y sus concordantes.)



CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior y el siguiente.

**Cuando no hay privacion de la posesion:** Esto sucede en la interrupcion civil (comentario al artículo anterior). Cuando hay privacion de posesion desaparece la base de la prescripcion; en tal caso, forzosamente tiene que aprovechar á todos los interesados aun cuando no sean sucesores del que ha interrumpido, y aun cuando el que ha causado la desposesion sea un tercero extraño que no tenga comunidad alguna de intereses con aquel ó aquellos á quienes la interrupcion aprovecha (art. 3990). Debe tenerse presente que la privacion de la posesion á que se refiere este artículo y que causa interrupcion de la prescripcion, es á la privacion que ha durado mas de un año (art. 3990). Pero si la desposesion no ha durado ese tiempo; si el poseedor ántes del año entabla una accion posesoria y es repuesto en la posesion el hecho del demandado no produce efecto alguno, ni respecto al mismo ni á los demas interesados.

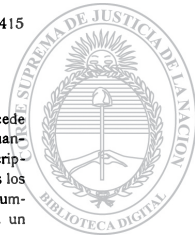
1º La interrupcion á que se refiere este artículo, como el anterior y el siguiente, es á la que tiene el origen en una demanda ú otro hecho de los interesados, pero no á la que viene por hechos del mismo deudor ó poseedor que prescribe. Así, el reconocimiento hecho por el deudor ó el poseedor, sea á instancia de uno solo de los interesados ó voluntariamente, aprovecha á todos los interesados, cuando el reconocimiento es por el todo de la deuda ó en relacion á toda cosa poseida.

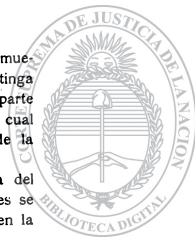
**3993**—La demanda entablada contra uno de los coherederos, no interrumpe la prescripcion respecto de los otros, aun cuando se trate de una deuda hipotecaria, si la demanda no se ha dirigido contra el tenedor del inmueble hipotecado. (Concuerda con los arts. 3991 y sus concordantes—3493.)

CONCORDANCIAS

(Los tres artículos anteriores se fundan en la regla: *A persona ad personam non fit interruptio*—L. 5, Dig., *De usurp.*—La interrupcion es una especie de ficcion respecto á la posesion, que en realidad no impide su continuacion. Los actos de esta especie no aprovechan sino al que los ejecuta—Véase sobre dichos artículos. Vazeille, *Prescrip.*, n° 232—Troplong, *Prescrip.*, n° 627—Aubry y Rau, § 215)—Nuestro comentario al art. 3979.

**Aunque se trate de una deuda hipotecaria:** Esa de-





manda no interrumpe ni la prescripción del poseedor del inmueble hipotecario. Pero el hecho de que la obligación se extinga por prescripción respecto á algunos de los codeudores, la parte que queda existente y que corresponde á aquel contra el cual se ha interrumpido la prescripción, no pierde la garantía de la hipoteca.

Por lo demas, el presente artículo es una consecuencia del principio sentado en el 3991, y que por igualdad de razones se hace extensivo aun á los coherederos (art. 3493) que poseen la herencia proindivisa (art. 3486). Por derecho frances, es muy distinto este punto (Laurent, tom. 32, nº 147).

Desde que los herederos solo son responsables de las deudas de la sucesion en proporcion á su parte hereditaria (arts. 3491, 3492 y 3498), lo racional es que la interrupcion de la prescripción solo produzca efecto respecto de la parte contra quien ó en favor de quien ha sido interrumpida (art. 3493).

**Si la demanda no se ha dirigido contra el tenedor del inmueble:** El Dr. Segovia piensa que en estas palabras hay un error de copia, y que en consecuencia debe leerse: "y la demanda se *haga* contra el tenedor del inmueble hipotecario". Con esta otra redaccion resultaria que lejos de contener el artículo una escepcion respecto á la demanda entablada contra el poseedor de un inmueble hipotecado, vendria á hacer entrar en la regla general un caso que la jurisprudencia podria no comprenderlo.

El fundamento principal que este autor tiene para pensar que en este artículo hay un error tipográfico, es que los autores y el Código frances así lo entienden, lo cual no es un argumento tan poderoso que pueda destruir el testo claro de la disposicion, pues que en muchas ocasiones vemos que el codificador argentino se separa completamente del derecho frances; pero es el caso que no todos los autores franceses piensan como cree el Dr. Segovia, incluso los jurisconsultos Aubry y Rau, que en este punto profesan la misma doctrina sentada por nuestro artículo. Las palabras copiadas por el Dr. Segovia son el principio general que esos jurisconsultos sientan en el testo que sigue á la nota 61 de la 4ª edicion; pero ellos mismos ponen la escepcion en las notas y textos 63 y 64 de la misma edicion. De allí tomó el Dr. Velez el testo de su artículo, como lo veremos luego.



De nada sirve que lo que se deba sea divisible, como lo es el dinero, que es por lo que generalmente se da hipoteca, si el pago de una deuda hipotecaria es indivisible. La demanda entablada contra uno de los herederos por un crédito quirografario, no interrumpe la prescripcion respecto de los otros coherederos, precisamente porque el pago es divisible, porque cada heredero no puede ser perseguido sino por su parte hereditaria; pero un acreedor hipotecario no tiene obligacion de dividir su crédito; él persigue el inmueble sobre el cual pesa el derecho real, por la accion hipotecaria.

Si el acreedor persigue su crédito del poseedor del inmueble hipotecado, puede llegar á perder la accion personal que tiene contra los herederos y que es independiente de la hipotecaria, pero su derecho hipotecario lo conserva íntegro por efecto de la interrupcion causada por la demanda contra el tenedor del inmueble hipotecado. Vazeille, nº 244, sostiene esto con sólidos fundamentos.

Aubry y Rau, cuya autoridad se invoca para atacar el artículo, dicen en el testo anterior á la nota 64: "Cuando el heredero, tenedor del inmueble hipotecado, ha sido en esta calidad perseguido por el todo, *la prescripcion se interrumpe*, en lo que le concierne, por la totalidad de la deuda, sin que pueda prevalecer de la prescripcion que fuese ulteriormente cumplida á favor de sus coherederos, al efecto de sustraer de la accion del acreedor una parte cualquiera del inmueble hipotecado".

Despues en la nota 64 agrega: "No se puede dejar de reconocer que la accion entablada contra el heredero poseedor del inmueble hipotecado, en una época en que el crédito existe íntegramente, produce necesariamente el efecto de conservar los derechos del acreedor en toda la estension de la accion que debidamente ha ejercido".

Es en este sentido que debe entenderse nuestro artículo. Tropolong y Marcadé han combatido estas teorías de Vazeille. El Dr. Velez ha adoptado la que ha creído mejor. No hay, pues, tal error tipográfico; es la aceptacion de un principio aceptado por jurisconsultos tan autorizados como los que lo combaten.

**3994**—La interrupcion de la prescripcion emanada de uno de los acreedores solidarios, aprovecha á los coacreedores; y recíprocamente,

la que se ha causado contra uno de los deudores solidarios puede oponerse á los otros. (Concuerda con los arts. 695—713—3995.)

## CONCORDANCIAS

(Massé y Vergé han tratado estensamente este artículo en el § 528, nota 6—Vazeille, n° 237—L. 5, Tit. 40, Lib. 8, Cód. Romano—Cód. Frances. art. 1199,—Las del art. 713—Fallos de la C. de la C., Serie 1, tom. 2, p. 326.

El presente artículo es una repeticion inútil del 713. Su complemento es el 3995 siguiente.

1° Para que se opere la interrupcion es necesario que la demanda sea por el todo de la deuda, pues si el acreedor solo ejecuta por una parte, por la que corresponde al deudor demandado, por ejemplo, la prescripcion no se interrumpe respecto al resto de la deuda.

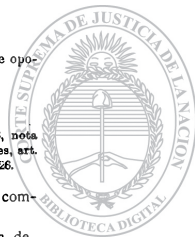
La razon es que la demanda interpuesta por solo la parte del deudor demandado, importa una renuncia de la solidaridad (art. 705), es hacer dos deudas distintas é independientes. Por consiguiente, se rige el principio de que la prescripcion no se aplica de una accion á otra ni se estiende de una persona á otra. Esto es sostenido tambien por Vazeille, n° 239, citado por el codificador en el art. 3995.

2° Debe tenerse presente que la interrupcion de la prescripcion de una deuda no solo se causa por la demanda, sino tambien por el reconocimiento de la misma deuda.

El art. 713 habla de *cualquier acto* que interrumpa la prescripcion. De modo, que si uno de los deudores solidarios reconoce la deuda, queda interrumpida respecto de todos la prescripcion comenzada (Vazeille, n° 241).

3° Esto no es aplicable al reconocimiento de la deuda ya prescrita; al hacer el deudor el reconocimiento, la deuda estaba ya estinguida, y el acto que ejecuta no puede hacerla revivir sino contra sí mismo; él quedaria de único deudor, pues que los otros codeudores podrian oponer al acreedor ó al mismo codeudor que reconoció la deuda, la escepcion de prescripcion (Vazeille, citado).

**3995**—La demanda entablada por uno de los herederos de uno de los acreedores solidarios, no interrumpe la prescripcion á beneficio de sus coherederos; y no la interrumpe á beneficio de los otros acreedores, sino por la parte que el heredero demandante tenia en el crédito;



y reciprocamente, la demanda interpuesta contra uno de los herederos del codeudor solidario, no interrumpe la prescripcion respecto á sus coherederos, y no la interrumpe respecto a los otros deudores, sino en la parte que el heredero demandado tenia en la deuda solidaria. (Concuerda con los arts. 712—3492—3493—3975—3981—3994.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 2249—Vazeille, 239 y 243)—Aubry y Rau, § 215.

**Por la parte que el heredero demandante tenia en el crédito:** Á la muerte de uno de los acreedores ó de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos que deja (art. 712). Pero si la demanda es entablada por todos los herederos, pensamos que esta demanda producirá los mismos efectos que si fuese entablada por uno de los acreedores solidarios, como en el caso del artículo anterior.

La razon es que por el hecho de morir uno de los acreedores ó de los deudores solidarios, la deuda no deja de ser solidaria respecto al todo de la sucesion, como lo hemos dicho en el comentario al art. 712. Demandada, pues, por todos los herederos, la prescripcion se interrumpe respecto de los otros acreedores. El Código frances, citado, así lo resuelve espresamente, y Vazeille, n° 243, citado tambien por el codificador, da la razon y confirma esta doctrina.

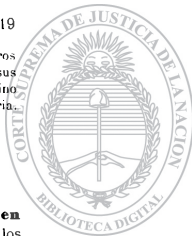
Ademas, nuestro artículo habla aqui del caso de demanda por *uno de los herederos* de un acreedor, ó contra *uno* de los *herederos* del codeudor solidario.

**3996**—Siendo indivisible la obligacion, ó el objeto de la prescripcion, la interrupcion de ésta, hecha por uno solo de los interesados, aprovecha y puede oponerse á los otros. (Concuerda con los arts. 688—3061—3975—3982.)

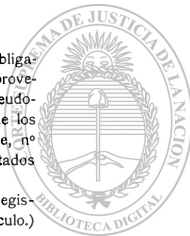
## CONCORDANCIAS

(Ley 18, tít. 31, Part. 3ª—Cód. frances, 1222, 1223—Vazeille, 245.)

**Hecha por uno de los interesados, aprovecha y puede oponerse á los otros:** La imposibilidad de cumplirse en parte la obligacion ó de adquirirse en parte el objeto de la prescripcion, hace que, tratándose de obligaciones indivisibles, no rija lo dispuesto en el artículo anterior para las obligaciones solidarias.







Es por esto, que muriendo uno de los acreedores de la obligación indivisible, la prescripción puede ser interrumpida en provecho de todos los acreedores y en perjuicio de todos los deudores por uno solo de los herederos del acreedor ó de uno de los acreedores (argumentos de los arts. 3975 y 3982. Vazeille, n° 241, citado — Pothiers, obligaciones, 633). Los artículos citados del Código frances, son espresos al respecto.

El presente artículo ha podido suprimirse por estar ya legislado el mismo caso en el 688. (Véase la nota á dicho artículo.)

**3997**—La demanda interpuesta contra el deudor principal, ó el reconocimiento de su obligación, interrumpe la prescripción contra el fiador; pero la demanda interpuesta contra el fiador, ó su reconocimiento de la deuda, no interrumpe la prescripción de la obligación principal. (Concuerta con los arts. 523—525—2042.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 21, n° 283—Marcadé, sobre los arts. 2249 y 2250, n° 2—Aubry Rau, § 215—En cuanto á la primera parte del artículo, Código Frances, art. 2250—En contra de la segunda, Vazeille *Prescrip.*, n° 251—Troppong, *Prescrip.*, n° 635—Este último autor dice, que si el fiador pagó en diversas épocas los intereses ó parte del principal, estos pagos tienen el efecto de interrumpir la prescripción que corria contra el deudor principal. Pero tales pagos son absolutamente estraños al deudor, y no pueden perjudicarlo. Vazeille espone que la obligación del fiador es accesorio, y que mientras ella subsiste, la obligación principal no puede ser prescrita. Creemos que lo contrario debia deducirse del principio de que la fianza es un accesorio de la obligación de la deuda. Lo accesorio, con todos sus efectos, no puede ejercer influencia alguna sobre lo principal que tiene una existencia independiente de todos los accesorios)—Fallos de la S. Corte, Serie 2, tom. 10, p. 354.

**No interrumpe la prescripción de la obligación principal:** No la interrumpe ni aun con respecto al mismo fiador demandado. Así, si despues de la demanda ó del reconocimiento del fiador, se cumple la prescripción de la obligación principal, cuando el fiador se vea nuevamente perseguido por el pago, puede oponer la prescripción cumplida en provecho del deudor, puesto que, segun el art. 2021, éste puede oponer todas las excepciones que podría oponer el deudor (Duranton, citado).

Pero si el reconocimiento hecho por el fiador ha sido despues de estar la obligación estinguida por prescripción, el acreedor, si bien no tendria ya acción contra el deudor principal, que podría oponerle la prescripción cumplida á su favor, podría demandar el pago del fiador, pues el acto del reconocimiento de la obli-



gacion ya prescripta venía á importar una nueva fianza de la obligacion que, despues de ser civil, habia pasado a ser natural por efecto de la prescripcion (art. 518. Duranton, tom. 21, nº 283).

Respecto al reconocimiento hecho por el deudor principal despues de estar cumplida la prescripcion, indudablemente que no daña al fiador, y podria éste oponer la prescripcion cumplida, pues si el deudor puede hacer revivir una deuda estinguida obligándose nuevamente, no puede crear esta nueva obligacion respecto al fiador sin su consentimiento (arts. 2042, 2046, 2047 y sus concordantes—Duranton, tom. 21, nº 282); no es lo mismo renunciar á una prescripcion solo comenzada, que es de la que habla este artículo, como se ve por el hecho de hablar de interrupcion de una prescripcion, que renunciar á una prescripcion ya adquirida. En el primer caso, no renuncia derecho alguno adquirido; en el segundo, renuncia al derecho de oponer la prescripcion; viene á contraer una nueva deuda.

**3996**—Interrumpida la prescripcion, queda como no sucedida la posesion que le ha precedido; y la prescripcion no puede adquirirse sino en virtud de una nueva posesion. (Concuerda con el art. 3983.)

#### CONCORDANCIAS

Notas del codificador á los arts. 2481, 3983—Nuestro comentario al art. 2354, nº 4—Vazeille, nº 172—Fallos de la Cámara de la Capital, Serie 2, tom. 5, pág. 390.

**Que le ha precedido:** Véase comentario al art. 2486.

Sobre el tiempo que se necesita para prescribir despues de interrumpida una prescripcion, véase comentario al art. 4036.

## CAPITULO III

### De la prescripcion para adquirir

**3999**—El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título, prescribe la propiedad por la posesion continua de diez años, si el verdadero propietario habita en la provincia, donde el inmueble está situado; y por veinte años si está domiciliado fuera de ella. (Concuerda con los arts. 2510—2606—2924—4000—4002—4003—4006—4007 á 4012—4015 á 4017.

#### CONCORDANCIAS

(L. 18, Tit. 29, Part. 3.—Cód. Frances, art. 2265—Napolitano, 2171—De Luisiana, 3435—Instit., Lib. 2, Tit. 6, § 2)—Fallos de la Suprema Corte, Serie 1,

tom. 8, p. 885—Serie 2, tom. 2, p. 61—Serie 3, tom. 3, p. 397—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 1, p. 338—Fallos de la Cámara de la Capital, Serie 1, tom. 4, p. 412—Tom. 7, p. 547—Tom. 8, p. 42.

**Con buena fe y justo título:** Creemos inútil estudiar aquí lo que se entiende por justo título, puesto que mas adelante el legislador determina qué condiciones debe tener el título para que pueda servir de base á la prescripcion.

Allí haremos el estudio de este punto.

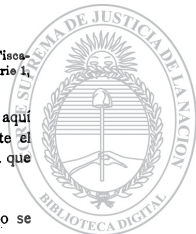
**Posesion continúa:** Se presume que lo es mientras no se pruebe lo contrario (comentario al 4003).

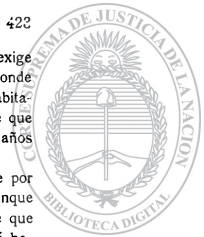
**Habita en la provincia donde está el inmueble:** En estas palabras, como se ve, se habla de habitacion; y previendo el caso de la prescripcion de veinte años, se habla de domicilio. Esta redaccion, que es exactamente la misma del art. 2265 del Código frances, ha dado lugar á serias controversias. Unos, como Laurent, por ejemplo, tom. 32, nº 421, dicen que el hecho de *habitar* en el mismo distrito ó jurisdiccion donde está el inmueble que se prescribe, aunque se tenga *domicilio* en otra parte, da lugar á la prescripcion de diez años; otros, como Aubry y Rau, § 218, nota 38, sostienen, por el contrario, que la palabra *habita* de que se vale el art. 2265, es tomada como sinónimo de *domicilio*.

Nosotros pensamos que las palabras que estudiamos deben tomarse en el mismo sentido que Aubry y Rau interpretan el artículo frances, igual al nuestro; es decir, que para que se pueda prescribir por diez años, aquel contra quien se prescribe debe tener en el lugar de la situacion del inmueble una residencia habitual que cause domicilio, como lo indica el art. 92 nuestro; y si esa habitacion es alternativa, determinar el domicilio, para saber si se prescribe por diez ó veinte años, por la regla dada en el art. 93.

Para nosotros es indudable que cuando nuestro legislador dice: "si el verdadero propietario habita la misma provincia, ha querido, ó entendido decir: si el verdadero propietario *tiene su domicilio en la misma provincia*".

Esta interpretacion surge forzosamente, como lo hacen notar Aubry y Rau al hablar del art. 2265 frances, á la sola lectura de la última parte del artículo que estudiamos: "y por veinte años, dice esa última parte, si está *domiciliado fuera de ella*". Esto demuestra la acepcion en que ha sido empleado el verbo





*habitar*, de que se vale la primera parte del artículo, pues exige veinte años cuando *no se está domiciliado* en la provincia donde está el inmueble; luego, siendo así, de nada servirá la habitación sin *domicilio* en el lugar en que está el inmueble, desde que el hecho de tener ese domicilio en otra parte prolonga diez años mas el tiempo necesario para la prescripción.

Esto por una parte, y por otra, la circunstancia de que por nuestro derecho la residencia habitual causa el *domicilio*, aunque no se tenga intencion de vivir siempre allí (art. 92), hace que la cuestion quede reducida á averiguar si la habitación fué habitual ó solo accidental. Si lo primero, este es el domicilio, y si lo segundo, la razon natural enseña que solo se puede prescribir por veinte años.

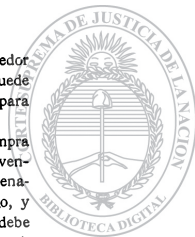
1º ¿Quién debe establecer la prueba del lugar del domicilio? Pensamos que el que alega que ha estado domiciliado en otra parte que la provincia en que está situado el inmueble de que se trate.

Probado por el reivindicante que en tiempo en que corria la prescripción tuvo su domicilio en otra parte de la en que está situado el inmueble, al poseedor le corresponderia probar, si lo alega, que no todo el tiempo de la prescripción estuvo domiciliado fuera de ese lugar. De lo contrario, no podra valerse de lo dispuesto en el art. 4002, y solo podrá prescribir por veinte años.

En el primer caso, el demandante alega en su favor una circunstancia, la ausencia, que prolonga el término de la prescripción alegada por el poseedor ó demandado, y por consiguiente debe probar que esa circunstancia se ha realizado, para que pueda invocar el beneficio de la ley.

En el segundo caso, es decir, probada la ausencia, la circunstancia de no haber durado todo el término de la prescripción, debe corresponder al poseedor, que viene á alegar una escepcion á su favor. Se encuentra en la misma condicion que su contendor en la primera hipótesis.

2º Como la adquisicion por prescripción depende de que el prescribente reuna todas las condiciones necesarias, como es la buena fe, el justo título, que no haya habido interrupcion, que durante el tiempo de la posesion no haya estado suspendida la prescripción, etc., en un fallo dado por el Dr. Molina Arrotea, que se registra en el tom. 2, p. 150 de sus fallos, se estable-



ce que "á un comprador que observa los títulos de su vendedor como fundamento para no aceptar la escritura, no se le puede oponer la circunstancia de haber poseído el tiempo necesario para la prescripción extraordinaria".

"Que si bien es cierto, decía el citado Juez, que la compra de la finca se verificó en 1850, habiendo por consiguiente vendido con escaso el período fijado para la prescripción treintena-ria, y que ella es un medio legítimo de adquirir el dominio, y se opera sin necesidad de justo título ni de buena fe, no debe sin embargo olvidarse que el solo transcurso del tiempo no equi- vale ni puede sustituir al título, sino en tanto hayan sido justi- ficados los extremos capitales establecidos por el ministerio mis- mo de la ley. Mientras esos términos no se hallen debidamente comprobados, la prescripción, que es un hecho, no puede pro- ducir los efectos jurídicos que pretende el vendedor."

**1000**—Si la heredad que se prescribe pertenece *pro indiviso* á dos propietarios, de los cuales uno esté presente y el otro ausente, el po- seedor de diez años solo adquiere la parte del presente, pero necesita otros diez años para prescribir la parte del ausente. Si la co-a era in- divisible, la prescripción no podrá cumplirse sino por veinte años de posesion. (Concuerda con los arts. 678—688—696—2359—3982—3999—4002.)

#### CONCORDANCIAS

(Tropolong, n° 868)—Laurent, tom. 32, n° 422—Dalloz, palabra *Prescripción*, n° 947.

**Solo adquiere la parte del presente:** Aun cuando haya poseído el todo de la heredad. Igual cosa sucede respecto á la suspension de la prescripción (art. 3981), cuando contra uno de los propietarios no corre la prescripción; el poseedor percibirá solo la parte de aquel que no puede invocar el beneficio de la suspension de la prescripción.

**Si la cosa era indivisible:** Un edificio, por ejemplo, que no es susceptible de division sin quedar completamente inutiliza- do, sea por su forma ó por su estension, es indivisible, segun el art. 2326 y segun la nota del codificador al art. 669.

**1001**—La causa, naturaleza y los vicios de la posesion del que ena- jenó el inmueble, no son considerados para la prescripción establecida por el artículo anterior. (Concuerda con los arts. 2354—2475—3270—3273—3274—3959—4005.)

## CONCORDANCIAS

(Vazeille, núms. 463 y 470—En contra LL. 19 y 2, tit. 29, Part. 3ª)—Laurent, tom. 32, núms. 427 y 428.

**No son considerados:** Porque el sucesor á título singular prescribe por título propio é independiente de la posesion del tradente (art. 4005—Nota del codificador al art. 2354).

Los concordantes citados traen la aplicacion práctica del presente artículo.

Por lo demas, de que el reivindicante no pueda alegar la mala fe del tradente del poseedor, no se sigue que aquél no pueda entablar las acciones correspondientes contra el enajenante. (Véase autores citados.)

**4002**—Si el propietario del inmueble estuvo parte del tiempo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se contarán como uno para completar los diez años del presente. (Concuerda con los art. 3999—4000.)

## CONCORDANCIAS

(L. 20, Tit. 29, Part. 3ª—Cód. Frances, art. 2266, y Troplong, sobre dicho artículo—Napolitano, art. 2172—De Luisiana, 3443)—Goyena, 1954.

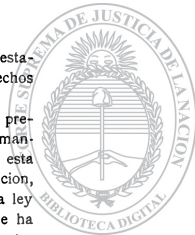
**Parte del tiempo presente y parte ausente:** Ya hemos dicho en el comentario al art. 3999, que al que alega la ausencia corresponde probarla; y que una vez probado que durante una época del tiempo que corrió la prescripcion aquel contra quien se prescribe estaba ausente, al poseedor, por lo mismo que alegrará á su favor los años que estuvo presente para prescribir por ménos años, le corresponde probar el número de años que duró la presencia.

**4003**—Se presume que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesion un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario. (Concuerda con los arts. 2790 á 2792—3999.)

## CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre los arts. 2229 á 2234—Troplong, n° 424—Aubry y Rau, § 217)—Fallos de la C. de la Capital, Serie 2, tom. 9, p. 260 y 263—Id. de la S. O. Nacional, Serie 2, tom. 3, p. 360—Tom. 6, p. 274, considerando 7ª—Laurent, tom. 32, núms. 339 y siguientes.





**Si no se probare lo contrario:** Esta prueba puede establecerse por todos los medios permitidos para probar los hechos (Laurent, tom. 32, n° 343).

Probada la fecha de la posesion por medio del título, se presume que ella ha sido continua hasta el momento de la demanda de reivindicacion, si no se prueba lo contrario. Pero esta prueba, que consistirá en establecer que ha habido interrupcion, debe recaer sobre los hechos que con arreglo á la misma ley puedan producir la interrupcion. Esta interrupcion, como se ha establecido ántes (art. 3990), puede haber sido hecha por otro que el reivindicante ó el verdadero dueño de la cosa cuya propiedad se pretende adquirir por prescripcion (Laurent, tom. 32, n° 342—Troplong, citado por el codificador).

No bastará probar que no se ha poseído materialmente durante un tiempo determinado para decir que la posesion no ha sido continua, pues que la propiedad de una cosa ó la posesion no se pierde por el no uso, mientras que otro no la adquiera. De esto resulta tambien que el que ataca la posesion del que presenta el título con el cual prescribe, puede probar que no poseyó y que el reivindicante solo permaneció en la inaccion conservando su posesion (Troplong, n° 422).

1° Sucede algunas veces que el poseedor no presenta título alguno y que el reivindicante presenta títulos. En este caso, al poseedor le incumbe probar desde cuando posee: primero para los efectos del art. 2789, y segundo, para en caso de no poder probar una posesion anterior al título que presenta el reivindicante, poder alegar la prescripcion treintenaria, para la cual no necesita título. (Véase comentario al art. 3790 y Troplong, n° 426.)

**4004**—El sucesor universal del poseedor del inmueble, aunque sea de mala fe, puede prescribir por diez ó veinte años, cuando su autor era de buena fe; y recíprocamente, no es admitido á la prescripcion en el caso contrario, á pesar de su buena fe personal. (Concuerda con los arts. 2354—2475—3418—3428—4001—4005.)

#### CONCORDANCIAS

(Inst., § 7, tit. 6, Lib. 2—Vazeille, n° 497—Troplong, 992 y 997—Duranton, tom. 21, n° 238—Marcadé, sobre el art. 2245—Aubry y Rau, § 218—La L. 16, tit. 29, Part. 3ª, exige buena fe en el sucesor)—Nuestro comentario á los arts. 2354 y 4001—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, p. 356—Fallos de la Suprema Corte, Serie 3, tom. 3, p. 396—Nota del codificador al 3941.



**El sucesor universal:** Lo es aquel á quien pasó el todo ó una parte alicuota del patrimonio de la persona de que se trata (art. 3263). De aquí se sigue que el legatario á título singular (comentario al art. 3716) no se encuentra comprendido en la disposicion del presente artículo, sino en la de los arts. 4001 y 4005; en consecuencia, podrá prescribir por diez ó veinte años, si es de buena fe aun cuando el testador haya sido poseedor de mala fe (Troplong, n° 444—Duranton, tom. 21, n° 240).

1° El donatario tampoco es un sucesor á título singular y en consecuencia, puede prescribir en la misma forma.

2° Los descendientes entre los cuales hace en vida el ascendiente una particion, no son tampoco ántes de la muerte de éste herederos universales, como lo hemos demostrado en el comentario al art. 3519.

Por consiguiente, mientras viva el ascendiente cuyos bienes han recibido por particion por donacion, pueden prescribir por diez ó veinte años las cosas que han recibido, valiéndose de lo dispuesto en los arts. 4001 y 4005, sin que se les pueda oponer el principio sentado en el que estudiamos.

**A pesar de su buena fe:** Porque es el continuador de la persona del difunto; su título no se lo forma él, como en el caso de compra, sino que lo recibe en su carácter de heredero y continuador de la persona del difunto (notas del codificador á los arts. 2354, 3341 y 4005, y nuestro comentario al 2354).

El heredero solo puede, pues, prescribir por el tiempo que podía prescribir el autor de la sucesion, porque no puede separar su posesion de la de su autor (art. 2475).

**4005**—El sucesor particular de buena fe puede prescribir, aunque la posesion de su autor hubiese sido de mala fe. Cuando el sucesor particular es de mala fe, la buena fe de su autor no lo autoriza para prescribir. Puede unir su posesion á la de su autor, si las dos posesiones son legales. (Concuerda con los arts. 2475—3273—4001—4004.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 218—Vazeille, n° 475—Duranton, tom. 21, núms. 240 y siguientes—Marcadé, sobre los arts. 2235 y 2269—Zacharie, § 854 y nota 18)—Fallos de la Cámara de la C., tom. 1°, p. 65—Nuestro comentario á los arts. 2354 y 2476—Goyena, 1955.

**Aunque la posesion de su autor hubiese sido de ma-**





**la fe:** La razon de esto la esplica el codificador en las notas citadas por nosotros en el comentario al artículo anterior.

**Puede unir su posesion á la de su autor:** Para que una persona pueda unir su posesion á la que ha tenido el anterior poseedor, es necesario que entre estas dos personas exista un vínculo jurídico; este vínculo es el que les da el nombre de *autor* y *sucesor*, pues en materia de posesion "*auctor autem dicitur is aquarem acceperis, nel ex ultima illius voluntate, vel aliquo negotio quod cum illo habueris*", dice Pothier, Pand., tom. 3, nº 144.

Así, el que encuentra un inmueble que ha sido poseído por otro, y toma posesion de él, no podrá invocar á su favor para completar la prescripcion, la posesion del anterior poseedor, con quien no formó ningun *negotium juris*. Es necesario que el uno le trasmita la posesion al otro, por cualquier motivo y por cualquier clase de acto; esta relacion jurídica entre el actual poseedor y el anterior es indispensable para que las dos posesiones puedan unirse (Troplog, nº 435).

Mas aun, todos los autores están de acuerdo en que si una persona está poseyendo, y un tercero lo despoja violentamente de su posesion, cuando quiere alegar la prescripcion no puede unir su posesion á la de su despojante para completar cualquier clase de prescripcion. Esto es espreso por nuestro Código. (Véase comentario al art. 3984.)

1º Sucede á veces que una persona se ve forzada á vender, sea por espropiacion por causas de utilidad pública, ó por persecucion de los acreedores; aun en este caso, afirman todos los autores (Vazeille, nº 70), que el sucesor puede unir su posesion á la de su autor, es decir, el comprador á la del vendedor por venta forzada.

2º El heredero que ha recuperado la herencia por medio de una petition de herencia, puede unir su posesion á la del heredero putativo que ha vencido.

"Existe en este caso, dice Leon Wodon, nº 244, un vínculo jurídico entre estas dos personas, proveniente de la ley, de la sentencia ó de la transaccion. El heredero putativo debe entregar al heredero real su posesion propia; debe restituir, como consecuencia del derecho de propiedad, *jus possidendi*."

De la misma opinion es Troplog, nº 467, fundado en los testos romanos.



El heredero real no hace mas que aprovechar de la posesion de aquel que en virtud de la sentencia devuelve la cosa al verdadero heredero.

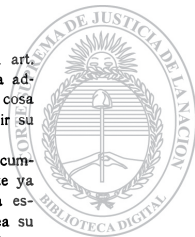
3º El legatario, por lo mismo que es un sucesor á título singular (comentario al art. 4004), puede unir su posesion á la del heredero por el tiempo corrido entre la muerte del testador y la entrega de la cosa, pues se considera que el heredero posee por el legatario, y nada tiene que ver con su buena ó mala fe; con la posesion del testador puede unirla ó no, segun le convenga. (Véase Troplong, 444—Nuestro comentario al art. 2476, nº 2.)

4º Cuando se trata de una posesion perdida y despues recuperada por sentencia judicial, el prescribente puede unir su posesion á la de su contendor, porque esa posesion, ó mas bien dicho, la desposesion que ha sufrido el que prescribe, y que ha recuperado por una demanda en que ha salido triunfante, se considera como no sucedido, como si no hubiera habido interrupcion, segun lo establecido en el art. 3987. (Véase sobre este punto nuestro comentario al art. 3984—Leon Wodon, De la posesion, nº 242.)

5º Debe tenerse presente que para poder unir las dos posesiones, es necesario que las dos sean continuas, es decir, que no haya habido interrupcion (art. 3998).

Así, si una posesion es interrumpida por otra posesion de mas de un año, si el desposeído recupera despues esa posesion por otro medio que una sentencia, y en seguida trasmite la propiedad á un tercero, ese tercero no puede unir su posesion á la de su vendedor en el tiempo anterior á la interrupcion (Nuestro comentario al art. 2476).

**Si las dos posesiones son legales:** Es decir, si las dos son de buena fe y con justo título; en consecuencia, no deben ser ni violentas, ni clandestinas, ni precarias. Aunque su posesion sea de buena fe, solo puede unirla á la del autor de mala fe sometiéndose á la prescripcion de treinta años. Sometiéndose á esta prescripcion pueden indudablemente unirse dos posesiones de mala fe, ó una posesion de mala y otra de buena fe. (Final de la nota del codificador al art. 2354—Duranton, tom. 21, nº 240 y especialmente el 241—Nuestro comentario al art. 2475, tom. 4, p. 142.)



Debe tenerse presente que la restriccion impuesta por el art. 2475 de no ser viciosas las posesiones, es únicamente para adquirir el derecho de entablar las acciones posesorias; otra cosa es para la prescripcion: en ésta es facultativo del sucesor unir su posesion, pero solo para prescribir por treinta años.

6° Por lo demas, el articulo supone una prescripcion no cumplida al tiempo de la trasmision, pues cuando el enagenante ya la ha adquirido, sea por la prescripcion ordinaria ó por la extraordinaria, el adquirente puede alegarla, cualquiera que sea su condicion de buena ó mala fe (art. 3268 y sus concordantes—Duranton, tom. 21, n° 576).

**4006**—La buena fe requerida para la prescripcion, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el esclusivo señor de la cosa.

Las disposiciones contenidas en el titulo *De la posesion*, sobre la posesion de buena fe, son aplicables á este capitulo. (Concuerda con los arts. 2355 á 2366—3428—3999—4007—4008.)

#### CONCORDANCIAS

(Tropolong, *Prescrip.*, n° 915—Pothier, *Pandect.*, tom. 3, pág. 149, n° 77—Voet, *De usucap.*, n° 6—La Ley de Partida dice que la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa, es dueño y puede enajenarla, *que crea que aquel de quien la ovo que era suya, e que avia poder de la enajenar.* L. 9, Tit. 29, Part. 8°. Decimos sin duda alguna. Voot enseña que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era ó no señor de la cosa, y tenia ó no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. Lo mismo Tropolong, n° 927, y principalmente Duranton, tom. 21, n° 386)—Goyena, 1956.

**De ser esclusivo señor de la cosa:** Pero esta creencia debe necesariamente fundarse en un titulo válido por sus formas (arts. 4009, 4012). Si ese titulo no existe, ó si es insuficiente, si es putativo (art. 4011), la posesion podrá ser legitima y de buena fe (arts. 2355 y 2357), pero será insuficiente para prescribir. (Comentario al art. 2357.) De modo que una posesion puede ser de buena fe y fundarse sobre un titulo putativo ó sobre la creencia de que existe un titulo á su favor, y ser suficiente para la percepcion de los frutos, y sin embargo ser insuficiente para la prescripcion de la propiedad.

Nuestro Código exige mucho mas para la prescripcion que para la adquisicion de los frutos; exige, no solo que el poseedor ignore que aquel contra quien prescribe es el dueño de la cosa,

ó que no sepa quien lo es, sino que es necesario que tenga el convencimiento de que la cosa realmente le pertenece, como dice Troplong, n° 915—Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 295.

**Son aplicables á este capítulo:** Pero siempre con la especialidad de que la buena fe determinada en el título *De la posesion*, y que es suficiente para la percepcion de los frutos y aun para las acciones posesorias, no es por sí sola suficiente para la prescripcion, que requiere otros elementos.

**4007**—La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho. (Concuerda con los arts. 20—2356—3428—4009—4012.)

#### CONCORDANCIAS

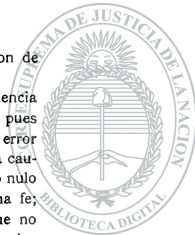
(La Ley de Partida, hablando del error sobre un hecho ajeno, dice: *Ca, pues que el yerro aviene por derecha razon non le debe enpecer*. L. 14, al fin, Tit. 29, Part. 3ª—Troplong, *Prescrip.*, n° 925. Yo compro una heredad de Francisco que se dice mayor, cuando en verdad es menor. El acto sería nulo si yo hubiese conocido su incapacidad, pero la edad de un individuo es materia de hecho, y los hombres mas prudentes pueden ser engañados por las apariencias. Mi error, pues, es excusable, y mi buena fe servirá para prescribir. Podemos decir, entonces, que el título recibido, ignorando la incapacidad que lo hace incapaz por sí mismo para trasferir la propiedad, tiene sin embargo fuerza para servir de base á la prescripcion. Es posible no saber que tal individuo está aun bajo tutela: que una mujer es casada, viuda ó soltera. Si se ha ignorado la incapacidad, ó mas bien, si se ha probado que no le era conocida al adquirente, el título que se ha obtenido de un incapaz, es tan justo título como el obtenido de un precario poseedor de la cosa. La ley debe reconocer como poseedor de buena fe al que goza de la cosa, en virtud de un título de propiedad cuyos vicios ignora. La L. 2, Dig., *Pro empt.*, decide segun estos principios, que si se compra á un demente á quien se le creia sano, la adquisicion, aunque nula, es útil para la prescripcion—Véase Vazeille, *Prescrip.*, n° 479.

En cuanto el error de derecho la Ley Romana ha puesto la regla general: *Nunquam in usucapionibus juris error possessoribus prodest*. L. 31, Dig. *De usucap.* Así, si en el caso supuesto, creo que los menores pueden contratar libremente, este error me haria condenar como si hubiera sido de mala fe) —Duranton, tom. 21, n° 388.

**Sobre un error de hecho:** Se refiere al error que tenía el título mismo, pero no al error que proviene de la creencia de que existe un título cuando en realidad no existe ninguno, porque en tal caso no se puede prescribir (art. 4011). Puede haber buena fe en este caso, pero no justo título.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo dispuesto





en el 3428 para las herencias, cuando se trata de la petición de herencia.

**La fundada en un error de derecho:** Una consecuencia de esto es que el vicio de forma hace presumir la mala fe, pues ha debido conocer que la forma era mala (art. 4009). El error de fondo se traduce en error de hecho cuando se ignora la causa que invalida el acto. Es por esto que aun con un título nulo ó anulable se puede prescribir, porque se puede tener buena fe; tal sucedería, por ejemplo, al que compre á una persona que no es el dueño, creyéndolo tal, el que compra á un menor creyéndolo mayor, el que compra creyendo que existe tal ó cual autorización necesaria cuando ella no existe. En estos casos, como en el en que el acto de enajenación tiene los vicios de error, dolo, violencia, etc., etc., puede suceder que la acción de nulidad á que está sujeto el título se prescriba primero (arts. 4030, 4031, etc., etc.). En tal caso, el adquirente no necesita prescribir, ó mas bien dicho, no prescribe sino que se hace propietario irrevocable por efecto de la prescripción de la acción de nulidad á que estaba sujeto su título; desde entónces poco importa la buena ó la mala fe del adquirente (Duranton, tom. 21, núms. 357 y 358).

**4008**—Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición. (Concuerda con los arts. 2358—2362—3999—4006.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 12, Tít. 29, Part. 3ª—Cód. Frances, arts. 2268 y 2269—Holandes 2002 y 2008—De Luisiana, 3447 y 3448—L. 10, Dig., *De usucap*—L. 43, Dig. *De acq. rer. dom*—Pothier, *Pandect.*, tom. 3, pág. 150, n° 83—Zachariæ, § 854, y nota 17—Duranton, tom. 21, n° 351—El Cód. de Baviera, art. 7, Lib. 2, Cap. 1, dice: la buena fe es necesaria por todo el tiempo de la posesión. El de Nápoles, art. 2175: la mala fe que sobreviene posteriormente impide la prescripción; pero la prueba no podría resultar sino de documentos escritos—Trop-Long, *Prescrip.*, n° 936, critica la resolución del Cód. Frances, y dice que la ley se pone en oposición con la moral—Véase la nota al art. 2358 de este Código)—Baudry Lacantinierie, n° 1693—Duranton, tom. 21, núms. 391 y siguientes—Goyena, 1956.

**En el momento de la adquisición:** Es decir, en el momento en que principia la prescripción; aunque despues se lleque á convencer al poseedor de que no es el verdadero dueño



de la cosa, esa mala fe sobreviniente no impide prescribir por diez ó veinte años: *mala fides superveniens usucapionem non impedit*. La prescripcion principia desde que se hace la tradicion, porque desde entónces recien se adquiere el derecho real (art. 577 y sus concordantes). De consiguiente, cuando el Código habla de buena fe en momento de la adquisicion, no se refiere al momento de la formacion del contrato, sino al momento de la tradicion, que es cuando se hace la adquisicion, como se hacia en el derecho romano, que ha seguido nuestro Código; desde entónces se adquiere la posesion, que es la base de la prescripcion, como dice el codificador en la nota al art. 2358. Esto es lo que resulta de las palabras que estudiamos.

Sin embargo, creemos que nuestro codificador habria hecho mejor en exigir la buena fe en el momento del contrato, porque es en ese momento en que forma el vínculo que parece natural que haya buena fe por parte del adquirente; bien puede suceder que pase mucho tiempo entre la formacion del contrato y la adquisicion, y que el conocimiento se adquiriera recien cuando se efectúa la tradicion, y entónces no es indiferente la determinacion de este punto. Que la prescripcion no corra hasta el momento de la adquisicion de la posesion, se esplica, pues que el que prescribe se supone que posee, y desde que no se le ha hecho la tradicion no posee, luego no prescribe; esa posesion, como lo hemos dicho, es la base de la prescripcion.

Pero el acto de trasmision, el contrato traslativo, que es de donde parte la buena ó mala fe del adquirente, deberia determinar con su formacion la época en que debe existir la buena fe exigida por la ley. (Véase Laurent, tom. 32, núms. 169 y 172.)

Por derecho frances es así, porque la trasmision de la propiedad se hace por aquel Código por el solo contrato, aunque despues se exijan otras formalidades (Duranton, tom. 21, nº 394).

Pero sin esta circunstancia Duranton, opina con Delvincourt, que lo racional es que la buena fe exista al tiempo del contrato y que la tradicion corra desde que se hizo la tradicion.

1º Al que alega la mala fe, fuera de los casos en que la ley presume (art. 4009), le corresponde probarla, porque la buena fe se presume (art. 2362). En tal caso, se admitirá toda clase de prueba, incluso la testimonial, aun cuando no haya principio de prueba por escrito (Duranton, tom. 21, nº 390).

**4009**—El vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor. (Concuerda con los arts. 2356—2362—3602—3999—4012.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 901 y 920)—Laurent, tom. 32, núms. 392 y siguientes.

**El vicio de forma:** La forma es el conjunto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto, tales como la escritura pública, en los casos en que ésta es requerida, presencia de los testigos, del escribano, etc., etc. (art. 973). Estas formalidades, por lo mismo que son exteriores, y que su falta es visible, hacen presumir la mala fe en el que invoca un título semejante, pues que ha debido saber que faltaban, desde que no pudiendo ignorar la ley, ha debido saber que eran indispensables (nota del codificador á este artículo).

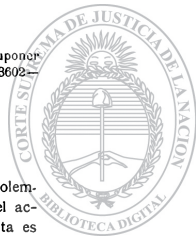
1º La validez de los actos jurídicos no solo depende de la observancia de las formas estrínsecas, sino también de la capacidad de los contrayentes, y del derecho que el tradente tenga sobre los bienes que trasmite. Esto es de derecho universal, y nuestro Código lo sanciona en los artículos 2601 á 2603 y sus concordantes.

Títulos semejantes son insuficientes para transmitir la propiedad (art. 2602); pero la ley, para determinar las causas de inexistencia de un título, solo toma en cuenta para impedir la prescripción por diez ó veinte años, el defecto de forma, como lo establecen los arts. 4010 y 4012. Los demás defectos solo cuando van acompañados de la mala fe impiden prescribir por diez ó veinte años (nota del codificador al art. 4010—Véase su comentario).

**4010**—El justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración á la condición de la persona de quien emana. (Concuerda con los arts. 2355—4011—4012.)

## CONCORDANCIAS

(L. 9, Tit. 29, Part. 3ª—Instit., Tit. 6, Lib. 2, proemio—Cód. de Luisiana, art. 849—Sobre la última parte, Zachariæ, § 854—Vazeille, n° 491—Troplong, núms. 873 y 903—La palabra *título* es empleada aquí para designar no el acto,





el instrumento que compruebe el hecho de una adquisicion, sino la causa de la adquisicion. Es, pues, justo titulo, todo acontecimiento que hubiese investido del derecho al poseedor, si el que lo ha dado hubiese sido señor de la cosa. Así, el pago, por ejemplo, es un titulo. El acreedor puede prescribir la cosa que ha sido pagada, ya se le haya pagado la misma cosa que era debida, ya se le haya dado otra que él hubiese aceptado en pago—Zachariæ, § 854—Troplong, *Prescrip.*, n° 881—Pothier *Prescrip.*, n° 32.

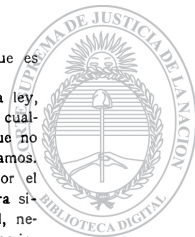
Por justo titulo se entiende exclusivamente la reunion de las condiciones legales que prescribe el articulo. Cuando se exige un justo titulo no es un acto que emane del verdadero propietario, puesto que es contra él que la ley autoriza la prescripcion. Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la trasmision, es lo que la prescripcion tiene por objeto cubrir—Véase Vazeille, *Prescrip.*, n° 473—Troplong, n° 873—Aubry y Rau, § 218 y nota 1)—Laurent, tom. 32, núms. 394 y siguientes—Goyena, 1958 y 1959—Duranton, tom. 21, núms. 192, 968 y siguientes—Comentario al art. 4009.

**Todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad;** Hemos dicho en el comentario al articulo anterior que un titulo nulo ó anulable puede servir de base á la prescripcion de diez ó veinte años, con tal que su nulidad no sea por defecto de forma.

Quando se dice titulo nulo, no se dice titulo *inexistente*, pues éste no puede dar lugar á la prescripcion; el titulo suficiente para fundar la prescripcion es, como dice Troplong, n° 873, todo acto por el cual el poseedor deba creerse propietario de la cosa que posee; y esta creencia, como es natural, no puede resultar sino de un titulo traslativo de la propiedad aunque en realidad sea insuficiente para producir este efecto, por no ser, por ejemplo, el que lo da dueño de la cosa que trasmite. Ese titulo indudablemente es atacable por cuanto proviene de quien no tiene derecho á darlo; pero puede servir de base para que el poseedor, aprovechándose del silencio del verdadero propietario, pueda por medio de la prescripcion adquirir un titulo que oponer á la accion de reivindicacion entablada tardíamente.

Pero cuando el titulo es en sí mismo insuficiente para transmitir la propiedad, porque el *acto* en sí mismo no lo es, por ser prohibido, por ejemplo, el objeto del acto, indudablemente no existe un titulo. Una convencion ilícita, por ejemplo, prohibida por las leyes, no puede jamas servir de base para la prescripcion, porque la convencion misma es considerada como no existente. Lo que la ley tiene en vista, como dice el codificador en





el artículo que estudiamos, es la *causa de la adquisicion*, que es lo que constituye el *justo titulo*.

Si la *causa* misma de la adquisicion es prohibida por la ley, por ser contraria á la moral, al órden público, etc., ó por cualquier otra razon que la haya reprobado la ley, es claro que no existe el *justo titulo* que exige el art. 3999 y el que estudiamos. Desde que ese mismo acto, aun habiendo sido ejecutado por el propietario capaz y libre de administrar sus bienes, hubiera sido insuficiente por su naturaleza para transmitir la propiedad, necesariamente tiene que ser insuficiente para fundar la prescripcion; eso no sería un *justo titulo*, sería la nada (Aubry y Rau, § 218, nota 7, 4ª edicion).

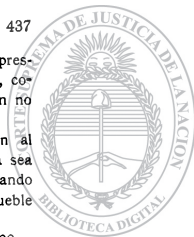
La ley no puede mirar como existente lo que ella mismo ha prohibido, y es un principio inconcuso en derecho que los actos prohibidos por las leyes no producen efecto alguno. La ley se ha mostrado liberal hasta donde la razon natural le ha permitido; ha aceptado como base de prescripcion un título solo nulo por la incapacidad de los contrayentes, ó insuficiente para transmitir la propiedad por no ser el propio dueño el que ha ejecutado el acto. Ha exigido que en estos casos haya buena fe; esa buena fe y un acto jurídico que en sí mismo sería suficiente para transmitir la propiedad si hubiera sido ejecutado por el propietario, es lo suficiente para prescribir por diez ó veinte años. Pero su liberalidad no ha podido llevarla hasta considerar como *justo titulo* lo que en ningun concepto ha podido ejecutarse por ser ilícito. Esto lo enseña claramente Troplong, citado por el codificador, como de acuerdo con su doctrina, nº 905.

A mas, cuando se trata de un acto de esta naturaleza, no se puede decir que hay buena fe en el adquirente, puesto que ha debido saber que el objeto del acto era prohibido por la ley; faltaria entónces uno de los elementos necesarios para la prescripcion ordinaria.

Quizá por esto es que nuestro codificador no ha puesto una disposicion espresa respecto de los actos inexistentes.

De lo espuesto, resulta, que es justo título para prescribir, todo acto *licito* de naturaleza capaz de transmitir la propiedad si fuera hecho por el propietario y con la capacidad suficiente.

Estos actos pueden ser una venta, una donacion, una dacion en pago, una permuta, un legado, etc.



1º La transaccion no es un título propio para fundar la prescripción (art. 836). Tampoco lo es la particion, puesto que, como hemos dicho en el comentario al art. 3503, la particion no *traslativa* sino *declarativa*.

2º Los bienes introducidos á una sociedad y que entran al dominio de ésta, es un título suficiente para prescribir, ya sea por la sociedad misma, ó por cada uno de los socios cuando á uno ó á varios de ellos les toca en propiedad un inmueble (Troplong, nº 884).

En tal caso, serán aplicables respectivamente los arts. 2360 y 4000, en lo que concierne á la sociedad misma. Adjudicado un inmueble á uno de los socios por division, éste viene á ser un sucesor á título singular del que trasmitió el inmueble, y como tal debe aplicarse el art. 4005, pues la introduccion de un inmueble á la sociedad es lo mismo que una venta (arts. 1786 y 1787). De modo que la division tiene efecto retroactivo al día de la entrega del inmueble á la sociedad, y se juzga el tiempo que la sociedad ha poseído, unido al que haya poseído el socio á quien le tocó el inmueble. Puede unir su posesion á la del socio que aportó el inmueble á la sociedad si las dos son legales. La buena ó mala fe de la posesion se juzga en este caso únicamente con relacion al socio prescribiente, y no á la buena ó mala fe de la sociedad. Tal es la afirmacion de Troplong, 886.

3º Respecto al título *pro hærede* indudablemente no es suficiente para fundar la prescripcion de diez ó veinte años, como lo decimos en el comentario al art. 4011. (Véase allí.)

**4011**—El título debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente. (Concuerda con los arts. 2353—2357—2751—3428—3430—3752.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 14. Tit. 29, Part. 3ª—Instit. Lib. 2, Tit. 6, § 6—L. 5, Tit. 4, Lib. 41, Dig. —Zachariæ, § 854, nota 4—Aubry y Rau, § 218—Troplong, *Prescrip.*, nº 690 —En contra, Pothier, *Prescrip.*, nº 95—Troplong impugna la opinion de Pothier, que dice haber confundido el título putativo con el título tácito)—Laurént, tom. 32, nº 399—Troplong, nº 888—Goyena, 1959.

**El título debe ser verdadero** : Es decir, un título que exista realmente, y que sea de naturaleza bastante para trasmitir la propiedad (comentario al 4006).



**Aplicado en realidad al inmueble poseído:** Si se tiene mas estension que la que designa el título, el poseedor, aunque tenga buena fe, creyendo que lo que posee es solo lo que marca el título, ó que aun cuando no esté comprendido en él le pertenece tambien, solo se prescribirá en la estension que designa el título; el resto solo podrá prescribirse por treinta años (art. 2751 y su comentario).

**El título putativo no es suficiente:** Título putativo es aquel que no existe, pero que el poseedor cree que existe. Así, el heredero que se cree tal, sin serlo, ó que se cree en un grado, cuando lo es en un grado inferior, no puede invocar esta creencia para prescribir por diez ó veinte años los inmuebles poseídos y comprendidos en la sucesion de que se cree heredero. En tal caso, solo podrá prescribir por treinta años (art. 3460), contra terceros y contra los verdaderos herederos, sean ó no sus coherederos (art. 4020).

En este caso habria buena fe, pero no justo título, pues que en realidad no existe el título de heredero. En derecho frances no hay una disposicion espresa como la que estudiamos, pero la jurisprudencia ha consagrado el principio, no obstante la opinion de los escritores que sostienen la teoría romana, como importada al derecho frances (Laurent, tom. 32, nº 399—Aubry y Rau, citado, nota 23).

De modo, que alegada la prescripcion de diez ó veinte años invocando el título *pro herede*, el reivindicante puede destruirla escepcion fundándose en la no existencia del título.

El heredero putativo, descubierto que en realidad no es heredero, no podrá invocar ni la prescripcion completada por el causante de la herencia, pues que para el heredero no existia título alguno que invocar; ni aun en caso de inaccion de los verdaderos herederos podria valerse de esta posesion, si el mismo no habia completado los treinta años. Troplong trata estensamente este punto, nº 893.

Solo puede basar la prescripcion en su propia posesion, posesion que la ley considera puramente de hecho, y que por lo mismo, en ningun caso le es permitido invocar otra prescripcion que la treintenaria (art. 4015—Troplong, 894—Laurent, citado).

1º Los mismos principios se aplican al que por un error de



nombre se cree el dueño de la cosa. Así, una persona que se cree legatario, por un error de nombre, por ejemplo, sin serlo, no puede invocar ese testamento como título. Lo mismo sería el título de un legatario instituido en un testamento que ha sido revocado con posterioridad, aunque hubiera sido puesto en posesión por los mismo herederos.

El título invocado en tal caso, no sería real, sino putativo, puesto que solo existía en la imaginación, desde que había sido revocado. Ese testamento deja de existir desde el momento en que se revoca, ó desde que se revoca la cláusula en que el testador lo instituye legatario. La circunstancia de ignorar esa revocación el legatario no puede cambiar los efectos de la revocación: su ignorancia no puede dejar como existente lo que la misma ley declara que no existe, el título siempre sería putativo.

**4012**—El título nulo por defecto de forma, no puede servir de base para la prescripción. (Concuerda con los arts. 2602—2355—4009—4016.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2267—Troplong, n° 908—Marcadé sobre el art. 2265—La existencia del título es una condición sustancial de la prescripción. Un título destituido de las formas esenciales no es título y nada puede probar. El tenedor de un título tal no puede tener en su derecho una confianza firme y completa, sobre la cual repose la prescripción, y por eso hemos establecido que un título nulo por un vicio en la forma, no puede crear la buena fe del poseedor. Debemos distinguir las formas intrínsecas de las extrínsecas. La nulidad del acto puede proceder de sus formas intrínsecas, por ejemplo, sobre las condiciones esenciales del contrato, ó de la forma extrínseca, el escrito que lo comprueba, cuando el escrito está sujeto á ciertas formas solemnes. En el primer caso, el acto no puede ser para el poseedor un justo título. Si al contrario por un vicio cualquiera el acto no es nulo, sino anulable, puede servir al poseedor. En el segundo caso, la nulidad del acto por la forma es un obstáculo invencible para que sea un justo título: tal sería la venta de un inmueble por un documento privado)—Laurent, tom. 32, n° 394—Nuestro comentario al 4009.

**Nulo por defecto de forma:** ¿A qué formas se refiere aquí? Es sabido que una cosa es la forma del *acto* y otra la forma del *título*. Este artículo parece referirse puramente á este último, pero es indudable que con arreglo al art. 4010, el acto nulo por su forma intrínseca es insuficiente también para fundar la prescripción, como lo establece claramente el codificador en la nota á este artículo.



La nulidad de un acto, sea que venga de la forma intrínseca ó de la forma estrínseca, puede ser absoluta ó relativa. Cuando se trata de una nulidad de la primera clase, es indudable que con arreglo al conjunto de las disposiciones del presente capítulo y con arreglo á lo que establecen todos los autores citados por el codificador, solo cuando la nulidad es absoluta forma un obstáculo á la prescripción. Cuando hablamos de nulidad absoluta nos referimos á aquellas nulidades establecidas por la ley, en términos tales, que no puede ser subsanada por confirmación que los partes hagan del acto.

Si la nulidad es puramente relativa, ésta no forma obstáculo á la prescripción (Laurent, tom. 32, n° 394—Troplong, n° 903, etc.), es decir, cuando la nulidad relativa es puramente de las formas intrínsecas del acto ó de la capacidad de las partes.

Pero cuando la nulidad es estrínseca, es decir, cuando es por defecto de la forma del título que comprueba el acto, tanto la nulidad relativa como la absoluta, impiden prescribir por diez ó veinte años, según el artículo que estudiamos.

Prueba de ello es el art. 4013, en el cual se establece que aun cuando la nulidad del título sea relativa al que adquiere la cosa, no puede prescribirse.

**1013**—Aunque la nulidad del título sea meramente relativa al que adquiere la cosa, no puede prescribir contra terceros ni contra aquellos mismos de quienes emana el título. (Concuerda con el art. 4012.)

#### CONCORDANCIAS

(Vazeille, 481—Zacharise, § 854.)

**Sea meramente relativa:** El codificador en la nota al artículo anterior establece que la nulidad del *acto* cuando es relativa no es obstáculo para prescribir; y esto lo establece también en la nota al 4007. Queda entonces la nulidad de la forma del título, ó la nulidad del acto respecto á su naturaleza intrínseca. La primera puede ser relativa, en el sentido de ser únicamente anulable. En este caso es que el artículo establece que aun cuando la nulidad sea relativa, el título será insuficiente para la prescripción ordinaria, como lo decimos en el comentario al artículo anterior.

**4014**—El título subordinado á una condicion suspensiva, no es eficaz para la prescripcion, sino desde el cumplimiento de la condicion. El título sometido á una condicion resolutive, es útil desde su origen para la prescripcion. (Concuerda con los arts. 545—553—2398—3957.)

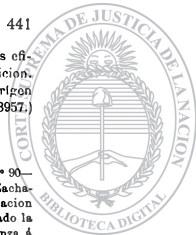
## CONCORDANCIAS

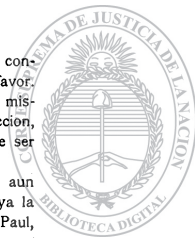
(L. 2, Tít. 4, Lib. 41, Dig.—Aubry y Rau, § 218—Pothier, *Prescrip.*, n° 90—Troplong, *Prescrip.*, núms. 910 y siguiente—Duranton, tom. 21, n° 375—Zachariæ, § 854, nota 6—Así, cuando un mandatario, garantizando la aprobacion del propietario, vende una heredad á un tercero, aunque le hubiere dado la posesion despues del contrato, el tiempo de la prescripcion no comienza á correr sino desde el día de la ratificacion del dueño de la heredad. Pero otra cosa debe decirse de un título sometido á una condicion resolutoria, porque tal condicion no suspende el efecto del contrato, ni deja incertidumbre alguna sobre el derecho actual del poseedor)—Nuestro comentario al art. 3957—Laurent, tom. 32, n° 398.

**Sino desde el cumplimiento de la condicion:** Porque recién desde entónces es adquirente de la cosa, y aun cuando los efectos del contrato, una vez cumplida la condicion, se retrotraen al día del contrato (art. 543), el verdadero poseedor para los efectos de la prescripcion, es el enagenante. Hasta entónces él estará ó no en condiciones de adquirir por la prescripcion ordinaria, segun sea de buena ó mala fe. Si pendiente la condicion se ha cumplido la prescripcion en la persona del enagenante, esa misma adquisicion le servirá mas tarde para el adquirente, por cuanto al cumplirse la condicion se encontrará con que su enagenante es ya verdadero dueño de lo que le trasmite, y él podrá defenderse de la accion reivindicatoria que se le entable con la prescripcion cumplida en favor de su antecesor (art. 4005, última parte, nuestro comentario al art. 4005).

Realizada la condicion, el adquirente entra á poseer por cuenta propia, y queda entónces en las mismas condiciones que si hubiese hecho una compra pura y simple. Podrá ó no unir su posesion á la de su antecesor, ó prescribir él mismo, segun que se encuentre en una ú otra de las hipótesis previstas por el art. 4005. Si su antecesor es de buena fe y él tambien, podrá unir las dos posesiones, incluso el tiempo de la posesion pendiente la condicion, para prescribir por diez ó veinte años. En la hipótesis contraria, se estaria tambien á lo dispuesto en el citado art. 4005.

1° Desde el momento en que se realiza la condicion, aun cuando





el propietario ignore esto, se le considera poseedor, y en consecuencia, corre desde ese momento la prescripción á su favor. (Duranton, tom. 21, nº 376, y testos romanos citados por el mismo y por el codificador), pues no debe prevalecer una ficción, como dice Duranton, la realidad de las cosas, cual es la de ser en realidad poseedor.

1º Por el contrario, si la condicion no se ha cumplido, aun cuando por un error crea que se ha realizado y que tiene ya la propiedad irrevocable, no puede prescribir: *irrdicemque est*, dice Paul, *et si putet conditionem extitisse, quæ nondem extitit; similis est enim ei qui putat se emisse*.

Este título putativo sería insuficiente para adquirir por medio de prescripción, como lo establece el art. 4011, al exigir un título efectivo (Duranton, tom. 21, nº 376).

**Es útil desde su origen:** Porque en las transmisiones hechas bajo condicion resolutoria, el adquirente es propietario de la cosa desde el momento en que se le hace la tradicion; para él se pierde y se deteriora, y por lo mismo, debe principiar á prescribir desde el momento en que se hace dueño con justo título y buena fe.

1º Supóngase que despues de haber adquirido por prescripción aquel á quien se le trasmitió la cosa condicionalmente, y despues de haber rechazado la accion de reivindicacion del verdadero propietario, la cosa vuelve á poder del tradente bajo condicion, por haberse cumplido ésta. ¿Podrá en este caso alegar esa prescripción el mismo tradente contra el propietario que viene nuevamente á demandarlo?

Troplong, nº 911, dice que no, puesto que el enagenante recuperó la cosa por el mismo título que tenía ántes del acto jurídico; y que esto no es un nuevo título, que los derechos del reivindicante son contra el enagenante los mismos que si el adquirente no hubiese poseído, pues el cumplimiento de la condicion, y de consiguiendo la resolucion del derecho, tienen efecto retroactivo.

Creemos que el verdadero propietario no podria entablar una nueva accion de reivindicacion contra el enagenante á quien se le devolvió la cosa, porque, en virtud de la sentencia que rechazó la primera accion de reivindicacion, él perdió definitivamente el dominio de la cosa, dejó desde entónces de ser pro-



pietario. Por lo mismo, el nuevo demandado podría oponerle la cosa juzgada, pues que el juicio habría versado sobre la misma cosa, y aun cuando habría sido contra él personalmente lo habría sido contra el que se considera haber poseído á su nombre. Desde que él mismo habría podido prescribir durante ese tiempo que ha durado el derecho condicional, no vemos por qué no pueda el mismo oponer en su nombre la prescripción cumplida en favor de su representante en la posesión. Desde que el cumplimiento de la condición tiene efecto retroactivo, resultará ó deberá considerarse como que él mismo es el que ha poseído.

**4015**—Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y los demás derechos reales, por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo lo dispuesto respecto á las servidumbres, para cuya prescripción se necesita título. (Concuerda con los arts. 2924—3017—3948—3999—4016.)

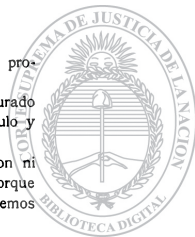
#### CONCORDANCIAS

(Véase LL. 7, 21 y 26, Tit. 29, Part. 3ª—La L. 21, añade *maquer la cosa sea furtada ó forcada*—Cód. Frances, art. 2262—Napolitano, 2168—Holandes, 2004—De Luisiana, 3465 y 3466—Novela 119, Cap. 7—Pothier, *Prescrip.*, n° 162—Trop-Long dice: “Nada puede escapar al imperio de esta prescripción; ella excluye todo favor y todo privilegio, y se estiende sobre todos los derechos”, n° 819—Zachariæ, § 853—Vazeille, n° 356—Duranton, tom. 21, n° 349)—Fallo de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 2, p. 61—Tom. 9, p. 66—Id. de la Cámara de Apelaciones de la Capital, Serie 1, tom. 1, p. 18, 65 y 246—Tom. 2, p. 459—Tom. 3, p. 79, 110 y 291—Tom. 8, p. 249—Serie 2, tom. 2, p. 123 y 561—Tom. 3, p. 312—Tom. 4, p. 369—Tom. 9, p. 363—Nuestro comentario al art. 3951—Fallos del Dr. Basualdo, tom. 1, p. 19 y 79—Id. del Dr. Molina Arrotea, tom. 4, p. 69—Nota del codificador al art. 4016—Goyena, 1691.

Solo dos condiciones se exigen para la prescripción treintenaria, la posesión y el ánimo de poseer como dueño de la cosa; la posesión precaria nunca da lugar á la prescripción por mas tiempo que esa posesión dure.

Al que alega la prescripción le corresponde probar estos dos extremos. Respecto á la continuidad de la posesión, al que alega que ha sido interrumpida corresponde probarlo, pues ésta se supone continua y que ha poseído desde la fecha en que entró en posesión.





La posesion se prueba por todos los medios tendentes á probar los hechos.

La prueba de la posesion y del tiempo que ella ha durado corresponde al poseedor cuando el reivindicante presenta título y el poseedor no presenta ninguno.

De lo contrario, nadie puede ser turbado en su posesion ni se le puede obligar á que exhiba títulos, pues él posee porque posee, como dice nuestro Código, ni que pruebe los extremos indicados.

En los fallos citados hay muchas aplicaciones del artículo que estudiamos.

**4016**—Al que ha poseído durante treinta años, sin interrupcion alguna, no puede oponérsele ni la falta, ni la nulidad del título, ni la mala fe en la posesion. (Concuerda con los arts. 4015 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § citado—Vazeille, n° 393—Duranton, tom. 21, n° 345. Resulta de lo que precede: 1° Quo el que tiene durante treinta años una posesion pacífica, pública y continua, y la conserva solo en su interes propio, no tiene ya cosa alguna qué probar para usar del beneficio de la prescripcion; 2° Que el quo quiere prescribir por treinta años no tiene qué alegar título alguno, y con mas razon no tiene qué temer las escepciones que se alegaren contra los vicios de su título, con escepcion del vicio de precario; 3° Que la buena fe exigida para la prescripcion de diez años, no lo es para la prescripcion de treinta años)—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 1, p. 341, § 14.

**Ni la nulidad del título:** Sea que esta nulidad provenga de un defecto de forma ó de fondo. Si se puede prescribir sin título, no habria razon para que no se pudiera prescribir con un título absolutamente nulo.

Ninguna nulidad se puede oponer á esta prescripcion. Tanto que si un tutor vende los bienes de su pupilo sin la autorizacion necesaria, aun cuando lo haga á nombre del mismo pupilo, si el comprador posee esto en las condiciones indicadas en el artículo anterior durante treinta años, contados desde que el menor llegó á la mayor edad, ni esta nulidad insanable será un obstáculo á la prescripcion, como lo establece Vazeille, citado por el codificador.

Por lo demas, el presente artículo, tomado de las doctrinas de

los jurisconsultos franceses que se ocupan del art. 2262 del Código Frances, ha podido reasumirse en el 4015 anterior.

Es necesario tener presente, que la violencia, ó la fuerza es una causa de suspension de la prescripcion mientras duran (art. 3959). Por consiguiente, la prescripcion, cualquiera que ella sea, no principia á correr sino desde que se purgan estos vicios, es decir, desde que desaparece la violencia ó la fuerza. Cuando la posesion ha principiado por ser precaria, la prescripcion se cuenta desde que el propietario queda desposeido por el que poseía por él (art. 2458).

3º Completada la prescripcion se puede pedir la formacion de un título, con arreglo á las leyes de Procedimiento. Goyena, art. 1944, es espreso al respecto, y creemos que habria sido conveniente que nuestro legislador hubiera hecho lo mismo.

## CAPITULO IV

### De la prescripcion liberatoria

**4017**—Por solo el silencio ó inaccion del acreedor, por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligacion. Para esta prescripcion no es preciso justo título, ni buena fe. (Concuerda con los arts. 2924—3949—3962—3964—3999—4019.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—Cód. Frances, art. 2262—Napolitano, 2168—Holandes, 2004—Véase LL. 3 y 4, Tit. 39, Lib. 7, Cód. Romano—Zacharie, § 855)—Laurent, tom. 32, núms. 372 y siguientes Fallos de la C. de la Capital, Serie 2, tom. 4, p. 309—Laurent, tom. 32, n° 308 y siguientes—Goyena, 1964.

**Queda el deudor libre de toda obligacion:** Algunas veces la adquisicion se hace por medio de la prescripcion liberatoria de la accion que el acreedor tiene para recuperar una cosa; tal sucede en la accion de peticion de herencia. El título *pro herede* no puede servir de base para la prescripcion adquisitiva, pero la accion de los coherederos para demandar la entrega de lo poseido, ó pedir la division de la herencia es susceptible de prescripcion (art. 4020 y sus concordantes—Véase primera parte del comentario al art. 4019).

**4018**—El acreedor no puede doferir el juramento al deudor ni á sus herederos, sobre si sabe ó no que la deuda no ha sido pagada. (Concuerda con los arts. 515, inc. 2.)



## CONCORDANCIAS

(Óddigo de Luisiana, 3515)—Goyena, 1965 y 1975.

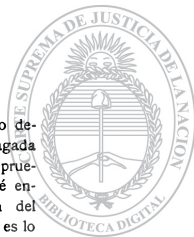
**No puede deferir el juramento:** Pasado el tiempo determinado por la ley, ésta presume que la deuda ha sido pagada ó que el acreedor ha dispensado á su deudor, sin admitirse prueba en contra. Si la prescripcion es justa, no hay para qué entrar á establecer pruebas de que no obstante la inaccion del acreedor la deuda ni ha sido dispensada ni pagada. Esto es lo que enseña la lógica. Se dirá que la prescripcion no es un medio digno de librarse de una obligacion; esto es cierto; pero tambien es cierto que el deudor que opone la prescripcion cuando se ve demandado por el pago de una deuda, es porque es poco escrupuloso, y siendo así, no tendrá inconveniente en afirmar que no sabe ó que ha sido pagada la deuda.

Para un deudor de conciencia, tan sagrada debe serle la deuda como el deber de decir la verdad cuando en nombre de su religion promete decir verdad. Un hombre de conciencia jamas invocará la prescripcion como medio de librarse de su obligacion; en tal caso, el acreedor no necesita que la ley le autorice á deferir el juramento, porque le pagará sin necesidad de esto, por mas que la prescripcion se haya cumplido.

Los motivos que la ley ha tenido en vista para establecer la prescripcion liberatoria, no son el proteger estas faltas, sino evitar perjuicios de otro órden que pueden resultar de la imprescriptibilidad de las obligaciones. Por derecho frances y español (proyecto de Goyena), se dispone lo contrario de nuestro artículo. Sin embargo, Goyena limita la facultad á las deudas.

**4019**—Todas las acciones son prescriptibles con escepcion de las siguientes: (Concuerta con los arts. 3952—4017.)

- 1ª La accion de reivindicacion de la propiedad de una cosa que está fuera de comercio; (Concuerta con los arts. 2400—2952.)
- 2ª La accion relativa á la reclamacion de estado, ejercida por el hijo mismo; (Concuerta con el art. 259.)
- 3ª La accion de division, mientras dura la indivision de los comuneros; (Concuerta con los arts. 3460—3461.)
- 4ª La accion negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripcion; (Concuerta con el art. 3017.)
- 5ª La accion de separacion de patrimonios, mientras que los mue-



bles de la sucesion se encuentran en poder del heredero; (Concuerda con el art. 3443.)

- 6\* El derecho del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas á la via pública. (Arts. 3068—3069—3082—3097—3100.)

#### CONCORDANCIAS

(Nº 2. Véase el art. 259 de este Código. Porque la accion de la reclamacion de estado, ejercida por los herederos del hijo, la accion por desconocimiento de la paternidad, la demanda de nulidad de matrimonio, son acciones prescriptibles y sujetas á términos fijos.

Nº 3. Se trata del caso de una sucesion indivisa ó de una comunidad de hecho. En los otros casos no hay escepcion á la regla. Si se trata de la comunidad de bienes entre los esposos ó de una sociedad, la accion de division no es imprescriptible, sino que no nace hasta que la comunidad ó sociedad se disuelva.

Nº 4. La única manera de adquirir una servidumbre continua y aparente, es la prescripcion. Mientras que la servidumbre no ha sido prescrita, el propietario puede intentar una accion negatoria para conservar la libertad de su fundo. Tal accion es imprescriptible, cualquiera que sea el tiempo que hubiese durado el uso de la servidumbre: ha faltado el titulo para adquirirla.

Nº 5. Esta es una de las acciones que no se prescriben directamente, pero sí indirectamente prescribense las cosas.

Nº 6. Esta accion es imprescriptible para que una propiedad no se pierda, quedando sin comunicacion alguna con la via pública)—Maynz, § 64.

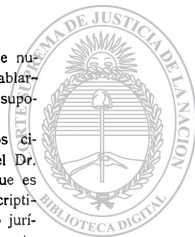
**Todas las acciones son prescriptibles:** Lo son, tanto las acciones de nulidad (arts. 4030 y 4031), como los que tienen por objeto exigir el cumplimiento de una obligacion ó el reconocimiento de un derecho.

Las escepciones, en principio general, son perpetuas, cuando no pueden deducirse sino para repeler una accion.

Sobre este particular, el Dr. Segovia, en la nota 160 á este artículo, dice lo siguiente: “La escepcion *dura tanto* como la accion. Así, la escepcion de nulidad puede deducirse *despues de los plazos* designados en los arts. 4032 y 4033 (que equivalen al 4030 y 4031 de la edicion oficial), *contra la accion tendente á la ejecucion de un acto juridico viciado de nulidad*.”

Si no hay aquí un error de imprenta, no se comprende el sentido de estos párrafos, á ménos de entenderlos en su sentido contrario á todo principio de derecho. En primer lugar, ¿cómo es que si la escepcion *dura tanto* como la accion, ésta última *puede deducirse* despues de los plazos designados en los arts. 4030





y 4031, es decir, *despues* que se ha extinguido la accion de nulidad? Si tienen la misma duracion, la una no puede entablar-se despues de la otra, puesto que la estincion de la una supone la estincion de la otra.

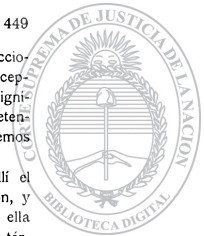
Por otra parte, los casos á que se refieren los artículos citados, no puede dar lugar á las hipótesis puestas por el Dr. Segovia. Seria contra todo derecho decir que la nulidad que es prescriptible cuando se demanda como accion, sea imprescriptible como escepcion. Así, aquel que ha ejecutado un acto jurídico por violencia, dolo ó error, puede pedir la nulidad del acto dentro de los dos años designados por el art. 4030; pero si deja pasar ese tiempo sin hacer declarar la nulidad, el vicio se purga, es decir, el acto queda válido.

Si despues de esto, la otra parte demanda su cumplimiento, no puede escepcionarse con la nulidad proveniente del dolo, de la fuerza, etc., puesto que él mismo ha tenido la culpa en dejar pasar el tiempo sin entablar la accion de nulidad. Admitida la escepcion, sería como declarar imprescriptible la accion de nulidad por las causas allí enumeradas, pues éste siempre podria ampararse en la nulidad, oponiéndola como escepcion, lo que sería un contra-sentido.

El mismo Maynz, § 64, 4ª edicion, citado por el Dr. Segovia está en contra de este autor. La doctrina de Maynz es la verdadera, y la única racional.

Hablando de los que sostienen que en principio general la escepcion es perpetua (tambien nosotros creemos esto, pero no en la hipótesis resuelta por los arts. 4030 y 3031), dice: "Se admite para los casos en que el derecho en cuestion no es protegido sino por una escepcion, y en que, por consecuencia, aquel á quien le compite *no la puede hacer valer por medio de una accion*, porque sería contrario á la equidad imputarle una negligencia á quien la ley pone en la imposibilidad de ejercer su derecho como accion. Pero estos autores declaran prescriptibles todas las escepciones fundadas en un derecho, *para la proteccion de la ley* le acuerda una accion, porque la persona que tiene ese derecho, no tiene sino que imputarse así mismo el no haber hecho uso de la accion".

En estos casos se explica que la escepcion sea perpetua, pues al que puede oponerla no se le puede imputar negligencia de ha-



ber permanecido *in statu quo*, desde que no habiendo sido accionado, no ha podido ni tenido para qué hacer uso de la escepcion. Sucede lo mismo, por ejemplo, en la escepcion de indignidad que pueden oponer los coherederos del indigno que pretenda tomar parte en la sucesion de que es incapaz, como lo hemos establecido en el comentario á los arts. 3304 y 4034.

Pero otra cosa es en el caso de los artículos citados; allí el derecho de alegar la nulidad está protegido por una accion, y si aquel en cuyo favor se ha establecido, no hace uso de ella en el término que fija la ley, es imposible que pasado ese término pueda oponer como escepcion un derecho que ha perdido como accion.

De modo, pues, que es un error decir que la accion de nulidad puede deducirse como escepcion despues de estar prescrita aquella, ó lo que es lo mismo: "que la accion de nulidad puede entablarse despues de los plazos designados en los arts. 4030 4031, contra la accion tendente á la ejecucion de un acto jurídico viciado de nulidad", como cree el Dr. Segovia.

**La accion de reivindicacion:** Como las cosas que no están en el comercio son imprescriptibles (art. 3952 y sus concordantes), es claro que siempre existe la accion reivindicatoria para sacarlas de poder de quien están. Por lo mismo, no se necesitaba declarar que la accion de reivindicacion de estas cosas es imprescriptible; bastaba decir, como se ha dicho, que estas cosas son imprescriptibles, porque con esto se comprenderia que la reivindicacion podia entablarse en cualquier tiempo. Esto lo observa con razon el Dr. Segovia, nota 161.

**La accion de division, mientras dura la indivision:** Es decir, mientras los comuneros se reconocen sus respectivos derechos (nota del codificador al art. 4020); pero si uno ó varios de ellos dejan de reconocer el derecho en los demas, y principian á poseer como únicos dueños (art. 2458), los derechos de los demas son prescriptibles á los treinta años (arts. 2698, 3460). Antes de esto la posesion es precaria respecto de los otros, y por lo mismo no pueden prescribir; cada uno puede pedir la division cuando quiera (art. 2692). Los cónyuges entre sí solo pueden prescribir despues de la separacion de bienes (nota del codificador á este inciso).

1º La accion de deslinde es tambien imprescriptible, mientras

se reconozca que hay confusion de límites, y uno de los colindantes no obre como único señor de la zona en que se creen comprendidos los límites, como lo establecemos en el comentario al art. 2746, nº 2, y 2751. (Véase comentario al art. 4022.)

2º La accion reivindicatoria que nace despues de la accion de deslinde, es imprescriptible miéntras dura la accion de deslinde; pero ejecutado el deslinde, la accion reivindicatoria para recuperar lo que se ha poseido de mas, es prescriptible á contar desde la fecha del deslinde (comentario al art. 2746, tom. 4 p. 379); en tal caso, esa parte de terreno se prescribe á los treinta años, puesto que la posesion es sin título.

**La accion negatoria:** Véase sobre esto nuestro comentario al art. 3017 y sus concordantes.

**Para pedir el paso por ellos á la via pública:** Por razon de analogía debe decidirse igual cosa respecto al derecho de pedir el establecimiento de una servidumbre de acueducto (art. 3082), lo mismo que la servidumbre de recibir las aguas de predios ajenos (arts. 3093 y siguientes).

---



## TÍTULO II

### De la prescripcion de las acciones en particular

**4020**—La accion para pedir la particion de la herencia contra el coheredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre propio y como señor universal y particular, se prescribe por treinta años. (Concuerda con los arts. 125—3313—3460—3461.)

#### CONCORDANCIAS

Fallos de la Cámara de Apelaciones de la Capital, serie 2, tom. 2, p. 123—Goyena, 915—Aubry y Rau, § 662—Cód. frances, 816—Laurent, tom. 10, n° 265.

**La accion para pedir la particion:** El Dr. Segovia dice que este artículo ofrece un caso de usucapion y *no de prescripcion de accion*. Creemos tener razon para acusar de infidelidad en la interpretacion á este autor. En efecto ¿cómo un intérprete puede decir que cuando la ley dispone: tal *accion se prescribe por tal tiempo*, los Jueces deben decir lo contrario. Este artículo habla espresamente de *prescripcion de accion* y no de *cosas*; habla de la *prescripcion estintiva* y no de la *prescripcion adquisitiva* ó *usucapion*. Esto no lo decimos nosotros por mera interpretacion, lo dice la ley espresamente, como se ve por las palabras que estudiamos.

Que en derecho frances sea cuestionable si la accion de particion de herencia, señalada por el art. 816, es *estintiva* ó *adquisitiva*, pase, pues aquel Código exige en el heredero que prescribe una *posesion suficiente para adquirir la prescripcion*. Pero tratándose de nuestro Código, y especialmente del artículo que estudiamos, puesto en un título que tiene por epigrafe: “*De la prescripcion de las acciones en particular*” y que principia diciendo la *ACION para pedir la particion de la herencia*, etc., se







prescribe por treinta años, no se comprende que un intérprete afirme que en este artículo se trate de una *usucapion*.

Aquí nosotros podríamos aplicar á este autor lo que él critica en algunos autores franceses: que á pesar de que el art. 816 de aquel Código exige una *posesion suficiente PARA ADQUIRIR la posesion*, insisten en el error de creer que basta la inaccion del heredero para prescribir, haciéndole á él la misma observacion, de que *á pesar* de que el artículo habla de la *prescripcion de la accion* y apesar de no exigir *posesion suficiente para prescribir*, él insiste en el error de creer *que no basta la inaccion* del heredero ó herederos contra quienes se prescribe, que se trata de una *usucapion* y no de una *prescripcion de accion*, para lo cual no se necesita como en la *usucapion*, *posesion suficiente para prescribir*, sino que basta la inaccion por treinta años.

Partiendo, pues, de la base indudable que en este artículo se trata de la *prescripcion estintiva de una accion* (advuértase que no se trata de la *peticion de herencia*, comentario al art. 4024) es indudable que basta el silencio del heredero ó de los herederos contra quien se prescribe, para que el demandado ó poseedor de la herencia pueda escepcionarse con la *prescripcion*, sin necesidad de probar ni su *posesion* de los bienes hereditarios ni la *continuacion* en la *posesion*.

Le basta probar la inaccion y que poseyó como único señor de las cosas hereditarias. Si un tercero ha interrumpido su *prescripcion*, y despues él ha recuperado su *posesion*, esta *interrupcion* no le servirá de nada al demandante, puesto que los bienes de la herencia no los adquiere por *usucapion* sino por una *prescripcion estintiva de la accion*, que hace nacer una *escepcion perpetua* á su favor, y en contra de los herederos.

En vano entablarían una *accion de reivindicacion*, porque ésta sería improcedente. Solo podrían entablar una *accion de particion*, desde que el título que invocaban era de *coheredero* con el demandado.

El Dr. Segovia dice que el error cometido por el Dr. Velez es el mismo cometido por los autores franceses: pensamos que es mas fácil suponer que el error sea de este autor, y no de tantos jurisconsultos.

**4021**—La *accion del deudor* para pedir la *restitucion de la prenda dada en seguridad del crédito* despues de hecho el pago, se prescribe

por treinta años, si la cosa ha permanecido en poder del acreedor ó de sus herederos. (Concuerda con el art. 3238.)

## CONCORDANCIAS

Troplong, n° 480—Aubry y Rau, § 435.

**Se prescribe por treinta años:** Cualquiera que sea el nombre que el deudor dé á la accion que entable para pedir la restitution de la prenda, no se le puede oponer sino la prescripcion treintenaria. Adviértase que aquí, como en el artículo anterior, se trata de una prescripcion liberatoria, y no de la prescripcion adquisitiva. El acreedor, mas que la propiedad, gana una escepcion permanente que oponer al deudor cuando lo demande por la entrega de la cosa.

El Dr. Segovia insistiendo en el mismo error que hemos combatido en el comentario al artículo anterior, dice que aquí se trata tambien de una usucapion “aun cuando *nuestro artículo pretenda que se trata de la prescripcion de una accion personal*”.

Nosotros cedemos gustosos á esta *pretension de la ley*, y todos los Jueces están obligados á ceder tambien, por mas que el Dr. Segovia crea que no debe hacerse caso á esta *pretension de la ley*, sino de lo que él cree que debió decir.

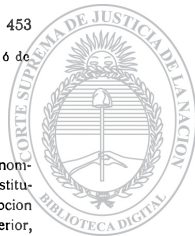
Por lo demas, el artículo es aplicable tambien á la anticresis despues de pagada la deuda.

**4022**—La prescripcion de treinta años confiere la propiedad esclusiva de un seto ó cercado, á uno de los vecinos. (Concuerda con los arts. 2751—4019, inc. 3 y su comentario.)

## CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 199, nota 18—Laurent, tom. 7, n° 429—Nuestro comentario al art. 2746.

**La propiedad exclusiva de un seto ó cercado:** Se trata aquí de la accion de deslinde, que aunque imprescriptible en principio general, se prescribe á los treinta años, cuando uno de los vecinos ha cercado su propiedad comprendiendo la zona en que estaban los límites confundidos. Poseído así durante treinta años, tiene derecho, como dicen Aubry y Rau y demas autores citados, á oponerse á que se haga deslinde. Habiendo el vecino perdido el derecho á pedir la aclaracion de los límites,





tiene forzosamente que tomar como ciertos los que ha establecido con el cerco su vecino, sin que se le admita probar que ese no es el verdadero límite.

Pero si lo poseído no es un cercado, por lo mismo que siempre se conservarán confundidos los límites, la acción es imprescriptible, aunque haya estado uno de los vecinos en posesión de más de lo que le dan sus títulos.

Podemos decir entonces, con los autores citados, que la acción de deslinde se prescribe por treinta años cuando una de las partes ha dividido por alambrados, zanjas o cualquier cerramiento su terreno con el del vecino. Se trata, pues, de una prescripción de acción, como puede verse en Aubry y Rau, citado y los autores citados por éste, y no de una usucapion, como creen algunos.

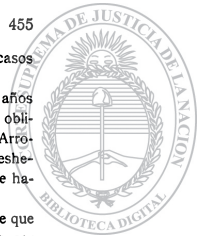
**4023**—Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, aunque la deuda esté garantizada con hipoteca. (Concuerda con los arts. 1909—3197—3957—4037.)

#### CONCORDANCIAS

(En contra, L. 5, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec., que señaló veinte años, y treinta cuando había hipoteca. La hipoteca no es sino un accesorio de la obligación. ¿Cómo, pues, desnaturalizar lo principal? Sobre todo, ha quedado establecido que toda hipoteca queda concluida á los diez años (art. 3197).

Segun el principio sentado en el artículo, la acción civil para pedir los daños y perjuicios causados por un delito ó cuasi delito, se prescribe por diez años. Lo mismo la acción para reclamar el pago de una renta vitalicia, el derecho para pedir la legítima que corresponde por la ley, la acción de garantía entre los herederos de las cosas que reciben por la partición, en general, todas las que no sean acciones reales, ó mas bien, toda prescripción liberatoria, se cumple á los diez años. En este Código no reconocemos acciones mistas de reales y personales)—Goyena, 1967—Nuestros comentarios á los art. 8536—3601 y 3746—Fallos de la S. Corte, Serie 2, tom. 11, p. 7—Tom. 12, p. 309—Id. de la C. de la Capital, Serie 1, tom. 4, p. 41—Tom. 5, p. 601—Tom. 6, p. 193—Tom. 8, p. 217—Id. del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 17.

**Toda acción personal:** Salvo las que tienen espresamente por la ley un tiempo determinado para prescribirse. Fuera de los casos espresamente determinados, regirá el principio general sentado en el presente artículo. Debe, sin embargo, tenerse presente que cuando se trata de deudas de la misma naturaleza, sea en razón de las personas ó de su origen, debe aplicarse pa-



ra la prescripcion, el tiempo designado por la ley para casos análogos ó de la misma naturaleza.

1º Entre las acciones que se prescriben por diez y veinte años entran: la accion del mandante contra su mandatario por obligaciones que resulten del mandato (Fallos del Dr. Molina Arrotea, citado); la que tiene el heredero para reclamar de la desheredacion (comentario al 3746); la accion de rescision de que habla el art. 3536. (Véase su comentario.)

2º En la nota del codificador puesta á este artículo se dice que la accion para demandar los daños y perjuicios causados por un delito ó cuasi delito se prescribe tambien por diez años como obligacion personal que es; pero el art. 4037 establece que la responsabilidad civil por el daño causado por delitos ó cuasi delitos se prescribe por un año. En esta contradiccion, que no viene en Goyena en los arts. 1967 y 1976, de donde han sido tomados respectivamente, creemos que debe prevalecer la doctrina del art. 4037.

3º La accion real del donatario contra los herederos del donante se prescribe por el mismo tiempo que la de reivindicacion; y la accion personal (art. 1834) que puede usar independiente de la real, se prescribe por diez años.

**Por deuda exigible:** La Suprema Corte de la Nacion ha declarado (tom. 4, p. 18, Serie 2), que un documento privado se hace exigible desde su reconocimiento en juicio; y en consecuencia, con arreglo á la ley 6, tit. 15, Lib. R. C. y con arreglo al presente artículo, la prescripcion para esta clase de deudas no principia á correr sino desde que el documento con que se ejecuta está reconocido. Esta sentencia fué dictada en Enero de 1873, época en que nuestro Código aun no habria sido casi estudiado.

Hoy creemos que la Corte desecharia esta doctrina. En efecto; cuando nuestro Código habla de deuda exigible, quiere únicamente decir, como en el art. 819, que no sea natural, que sea de plazo vencido, ó que no sea condicional, es decir, que pueda exigirse su pago. Una deuda de plazo vencido, aunque conste en instrumento privado es perfectamente exigible, como lo decimos en el comentario al 3956; únicamente que el acreedor tendrá que pedir previamente su reconocimiento para preparar la vía ejecutiva.



Pero este paso preliminar que hay que dar no quita que la deuda sea exigible, es decir, que el acreedor tenga derecho á cobrarla, principiando el cobro por su reconocimiento.

Nuestro Código no habla aquí de prescripción de la *accion ejecutiva*, sino de la accion ó el derecho que tiene un acreedor para compeler á su deudor para que le pague, por cualquier clase de accion que sea.

Lo que la ley hace prescribir es el derecho á cobrar la deuda, y este plazo tiene necesariamente que contarse desde que el plazo estipulado en ella está vencido, ó lo que es lo mismo, desde que nace el derecho á cobrarla.

Una cosa es el derecho á exigir una deuda y otra los medios que las leyes de Procedimiento den al acreedor para exigirla, como los medios de prueba de que se puede valer para probar su existencia.

La prescripcion se funda en la negligencia del deudor en cobrar su deuda, y desde el momento en que se vence el plazo ó se cumple la condicion á que está sometida, el acreedor será negligente si deja pasar el tiempo sin cobrarla, tenga ó no que pedir previamente el reconocimiento de la firma del deudor (Goyena, final del comentario á los arts. 3967 y 3968). En contra del fallo de la Corte están tambien los arts. 3956 y 3958.

**Aunque la deuda esté garantida con hipoteca:** La accion hipotecaria se prescribe ó se estingue independientemente de la accion personal, como hemos dicho en el comentario al art. 3151.

**1024**—Después de dada la posesion definitiva de los bienes del ausente, la accion de sus hijos y descendientes directos para hacer valer sus derechos, se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. (Concuerda con los arts. 125—3954—3966.)

#### CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 3423—Duranton, tom. 21, n° 295—Nuestro comentario al art. 3421.

**La accion de sus hijos y descendientes:** Mucho nos ha preocupado la diferencia de tiempo señalado para la prescripcion en este artículo, el 3460 y el 4020. En el comentario á los arts. 3421 y 3423 dijimos que la accion de peticion de heren-



cia se prescribía por 30 años, y nos apoyábamos en los artículos citados. Mas reflexionando sobre esto, nos hemos convenido que estábamos equivocados al hacer aquella afirmación; y nos apresuramos á rectificar nuestra opinion anterior. Pensamos que lo que se prescribe por treinta años es la accion de particion de herencia (actio familiæ ersicundiæ), porque fijándose en las palabras empleadas por el codificador en los arts. 3460 y 4020, se ve q ue se refiere especialmente á la *accion de particion*, que es distinta á la *peticion de herencia (petitio hereditæ)*, definida por el art. 3423 y esplicada por el codificador en la nota al mismo artículo. Esta accion se prescribe por 10 ó 20 años segun el artículo que estudiamos; en este artículo se trata especialmente de la petition de herencia, y esto nos explica la diferencia en el tiempo exigido para la prescripcion respecto á la accion de particion. Aunque esta diferencia no esté muy justificada, por lo ménos se ve que no hay contradiccion y que se trata de acciones distintas, y no simplemente una escepcion á la regla de la prescripcion treintenaria.

**4025**—La accion del menor, sus herederos y representantes para dirigirse contra el tutor por razon de la administracion de la tutela; y reciprocamente, la del tutor contra el menor ó sus herederos, se prescriben por diez años, contados desde el día de la mayor edad ó desde el día de la muerte del menor.

Esta prescripcion no es interrumpida por la convencion que, acabada la tutela ántes de la rendicion de cuentas, hubiese hecho el menor con el tutor. (Concuerdia con los arts. 464—3966—3967—3973—4023.)

#### CONCORDANCIAS

Duranton, tom. 21, núms. 291 y siguientes—Goyena, 266—Cód. Frances, 475.

**Por razon de la administracion de la tutela:** Se comprende aquí, tanto las acciones que tengan por objeto el pago del saldo de las cuentas, como la indemnizacion por daños causados á causa de la mala administracion. Pero no comprende la accion de nulidad de los actos de enajenacion hechos por el tutor ultrapasando los límites de sus facultades.

**Se prescriben por diez años:** Creemos con el Dr. Segovia que en caso de ausencia se aplicará la regla general establecida en el art. 4023.

**Desde el día de la muerte del menor:** En tal caso, corre contra los herederos menores del pupilo (art. 3967).

**No es interrumpido por la convención, etc., etc.:** Porque esta convención es absolutamente nula (art. 465).

**4026**—La acción del usufructuario, para entrar en el goce del usufructo, se prescribe por diez años por el propietario de la cosa, sin necesidad de título y buena fe. (Concuerda con el art. 2924.)

#### CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 2924—Zachariæ, § 311, nota 16)—Las citas del art. 2924.

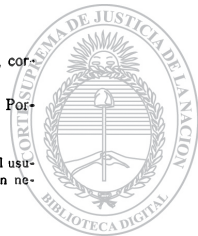
**Para entrar en el goce del usufructo:** Lo mismo se pierde el *derecho* al usufructo ya adquirido por la tradición, cuando después de haber estado un tiempo en el goce de él se deja de hacer este uso por diez años, estando presente, y veinte estando ausente (art. 2924).

1º Parece que la acción del usufructuario en el caso aquí legislado, es decir, la acción para pedir que se le ponga en posesión de la cosa que ha de usufructuar, se pierde por solo diez años, aun cuando aquel contra quien se prescribe esté ausente.

Creemos esto por el silencio que guarda respecto del caso de ausencia, lo que parece no distinguir. Tratándose, como se trata, de dos clases distintas de prescripción, pues que una es la pérdida de un derecho real adquirido y la otra es la pérdida de una acción para exigir la tradición del derecho real, parece que en el silencio de la ley no debe aplicarse por analogía la prescripción de veinte años; mucho más cuando en otros casos el Código habla espresamente de ambas prescripciones.

**4037**—Se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos:

- 1º De pensiones alimenticias; (Concuerda con los arts. 3790—3794.)
- 2º Del importe de los arriendos, bien sea la finca rústica ó urbana;
- 3º De todo lo que debe pagarse por años, ó plazos periódicos mas cortos. (Concuerda con los arts. 746—7793.)



## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2277—Holandes, 2012—Napolitano, 2183)—Aubry y Rau, § 774—Goyena, 1971—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 10, p. 155—Id. de la Cámara de A. de la C., tom. 7, Serie 1, p. 336.

**De pagar los atrasos:** No el derecho de exigir los que en adelante se devenguen. Para prescribir cada anualidad ó mensualidad, se necesitan cinco años.

Pero para prescribir el capital que da esa renta se necesitan diez y veinte años, con arreglo al art. 3523, contado desde que es exigible, ó desde el último pago de los intereses ó rentas, como lo establece el art. 3958, porque en este caso, cada pago importa un reconocimiento de la deuda, que inutiliza el tiempo pasado desde que se hizo exigible.

1º Respecto á los legados anuales, cada anualidad está sujeta á la prescripcion de cinco años (art. 3794).

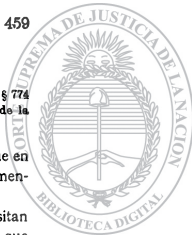
2º Lo mismo sucede respecto al legado de una cantidad que deba pagarse por anualidades, como el caso del art. 3793; cada anualidad se prescribe por cinco años, contados desde que deba pagarse. Es una misma deuda fraccionada, á pagarse en distintos términos; y por lo mismo la prescripcion debe principiarse desde el vencimiento de cada término.

De que esta clase de deuda está sujeta á la prescripcion de este artículo, no cabe duda, pues las palabras con que principia el inciso 3º: "*de todo lo que debe pagarse por año*" no dejan lugar á duda, de que tratándose de un legado de esta naturaleza, que no es otra cosa que una pension anual, la prescripcion de la pension se rige por el presente artículo.

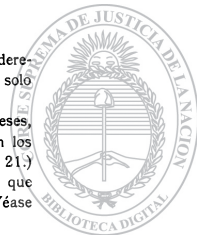
3º Las deudas por locacion de servicios, fuera de los casos en que tienen un término señalado para su prescripcion, están sujetas á la prescripcion determinada en el art. 4023.

4º La prescripcion establecida en este artículo puede ser invocada por el Estado por las pensiones y jubilaciones atrasadas, porque en materia de prescripcion, el Estado y los particulares están en la misma condicion, segun el art. 3951 (Aubry y Rau, § 774, nota 17).

5º ¿Se comprenden los intereses de las sumas debidas, cuando éstas deban pagarse en periodos determinados? Indudablemente que sí, aunque el principio general en esto es que los in-







tereses se prescriben cuando se prescribe el capital. En derecho frances esto es espreso, pero el artículo citado trae esto solo como ejemplo.

Despues de hecha la liquidacion de una cuenta con intereses, éstos se prescriben en el mismo plazo que el capital, y en los términos del art. 4023. (Véase Aubry y Rau, § 774, nota 21.)

Lo mismo sucede con los intereses moratorios, cualquiera que sea su origen, y aunque provengan de condenaciones. (Véase sobre esto, Laurent, tom. 32, núms. 444 á 455.)

**4028**—Se prescribe por cuatro años, la accion de los herederos para pedir la reduccion de la porcion asignada á uno de los participes. cuando éste, por la particion hecha por los padres, hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al ascendiente. (Concuerta con los arts. 1832—3398—3536—3537—3601—3953.)

#### CONCORDANCIAS

Nuestro comentario á los arts. 1832, 3537, 3601 y 3955—Nota del codificador al art. 4028.

**Para pedir la reduccion de la porcion asignada :** No se trata aquí de la accion que el heredero tiene para reclamar de la desheredacion hecha injustamente, que, como accion personal, se prescribe por diez años, como lo hemos establecido en el comentario al art. 3746; tampoco se trata de la accion de rescision ó nulidad de una particion, como en el caso del art. 3536 (véase su comentario), ni de la accion de nulidad por exclusion sin desheredar, de algun hijo ó descendiente, sino de la accion de reduccion de que habla el art. 3537. (Véase su comentario.

La prescripcion de este artículo principia á correr desde que se hace la division, como lo hemos establecido en el comentario al art. 3537.

**4029**—La accion del hijo reconocido por el que se dice su padre, contra el reconocimiento hecho, se prescribe por dos años desde que el hijo llega á la mayor edad. (Concuerta con los arts. 259—261—262—320—335—4019, inc. 2.)

#### CONCORDANCIAS

Nuestro comentario á los arts. 320 y 335—Cód. frances, 330, y autores citados en los arts. 320 y 335.



**Se prescribe por dos años:** Pasado este tiempo, el hijo no puede pedir que otro lo reconozca por tal, pues que esto importaría dejar sin efecto este reconocimiento, que desde el momento en que es incontestable, es irrevocable. Desde que una persona es reconocida por hijo, adquiere el estado que le da el reconocimiento; por consiguiente, sin despojarse de ese estado, no puede pedir que se declare hijo de otro que el que la ley, por el hecho del reconocimiento, considera como su padre ó madre. Para despojarse de ese estado la ley le concede una accion por el art. 335; si esa accion no la intenta dentro del plazo designado por el presente artículo, pierde su derecho, y por lo mismo, no puede pretender despues ser reconocido por otro, pues que esa pretension importa un rechazo del primer reconocimiento, rechazo que ya no tiene facultad de hacer desde que la accion que para esto le sirve está prescripta. Lo contrario sería permitirle ser hijo de dos padres ó de dos madres.

El Dr. Segovia opina que aunque la accion de desconocimiento esté prescripta, el hijo puede dejar sin efecto esta prescripcion, entablado una accion de reconocimiento contra otro que diga ser su padre ó madre. Pero esto, como decimos, nos parece un error. Para entablar una accion de reconocimiento tiene necesariamente que rechazar el reconocimiento anterior, que se supone verdadero é irrevocable. ¿Es permitido ese desconocimiento despues que la accion está prescripta? Indudablemente que no, porque de lo contrario no tendría objeto la prescripcion. Esto es decisivo.

La imprescriptibilidad de la accion de filiacion, como la razon natural lo enseña, es para el que no tiene ninguna; pero no para el que ya está en posesion de un estado irrevocable é irrechazable. Este ya no tiene accion ninguna, puesto que ya no tiene objeto, porque ya tiene lo que con la accion de filiacion puede perseguir.

La ley, al fijar un término para la prescripcion de la accion del rechazo del reconocimiento, ha querido evitar que una persona pueda decirse tan pronto hijo de uno como hijo de otro.

1º Por lo demas, aun cuando el artículo solo habla del reconocimiento hecho por el padre, debe entenderse que es tambien aplicable al hecho por la madre, pues el derecho ó la accion de que aquí se trata puede usarse contra ambos, como lo establece el art. 335.

**4030**—La accion de nulidad de los actos juridicos, por violencia, intimidacion, dolo, error, ó falsa causa, se prescribe por dos años, desde que la violencia ó intimidacion hubiese cesado, y desde que el error, el dolo, ó falsa causa fuese conocida. (Concuerdia con los arts. 1045—3350—3968—3959—4031.)

## CONCORDANCIAS

Goyena, 1184 y 1185—Vistas Fiscales del Dr. Cortes, tom. 1, p. 340, § 18—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 8, serie 1, p. 523—Nuestro comentario al art. 1849 y 4019.

El presente artículo se refiere, tanto al caso en que el dolo ó error provenga de uno de los contratantes, como al caso en que estos vicios provengan de un tercero.

**Fuesen conocidos:** Y las personas que lo han sufrido fuesen mayores de edad y capaces de entablar la accion (art. 3966 y sus concordantes).

1º ¿Quién debe probar la fecha en que han cesado las causas que hacian anulable el acto? Creemos que debe serlo el que opongo la prescripcion. Al que entabla la accion de nulidad, como demandante le incumbe probar que ha sufrido dolo, error, violencia, etc.; y como el demandado se escepcionará con la prescripcion, que importa una confirmacion tácita del acto anulable, con la cual se hace desaparecer el vicio que el autor ha probado existir en la formacion del acto, es natural que á él le corresponda probar que esos vicios han desaparecido por efecto de la prescripcion. Por otra parte, al que alega la prescripcion corresponde probarla; esto es un principio inconcuso en derecho.

Piensa lo contrario el Dr. Segovia, en la nota 26 á este artículo, fundándose en que el que entabla la accion de nulidad debe probar que esa accion no está prescrita, como si no fuera el principio contrario el que rige en materia de prescripcion, como si la prescripcion de la accion se presumiera siempre, como si el que se defiende con la prescripcion no fuera el que tiene que probar su existencia. Basta anunciar esto para demostrar el error en que está este autor, al afirmar que lo que se debe probar en una demanda es que *no hay* prescripcion, y no que *si hay* prescripcion.



**4031**—Se prescribe tambien por dos años, la accion de nulidad de las obligaciones contraidas por mujeres casadas sin la autorizacion competente; la de los menores de edad y los que están bajo curatela. El tiempo de la prescripcion comienza a correr, en las primeras, desde el día de la disolucion del matrimonio, y en los segundos, desde el día que llegaron á la mayor edad ó salieron de la curatela. (Concuerda con los arts. 55, inc. 2—58—189—192—197—515, inc. 1—1041—1042—3968—3969—3970—3971—4030.)



## CONCORDANCIAS

Goyena, 1184—Cód. frances, 1304—Duranton, tom. 21, n° 302.

**La de los menores de edad:** Aunque sean impúberes, pues llegados á la mayor edad pueden validar esas obligaciones.

**Desde que llegaron á la mayor edad:** No basta la emancipacion.

Lo dicho en este artículo es sin perjuicio de la prescripcion de las cosas objeto de los actos, que pueda haberse completado á favor de terceros. (Véase arts. 3968 á 3971.)

**4032**—Se prescribe por dos años la obligacion de pagar:

1º Á los Jueces árbitros ó conjuces, abogados, procuradores, y toda clase de empleados en la administracion de justicia, sus honorarios ó derechos.

El tiempo para la prescripcion corre desde que feneció el pleito, por sentencia ó transaccion, ó desde la cesacion de los poderes del procurador ó desde que el abogado cesó en su ministerio.

En cuanto al pleito, no terminado y proseguido por el mismo abogado, el plazo será de cinco años, desde que se devengaron los honorarios ó derechos, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago;

2º Á los escribanos, los derechos de las escriiuras, ó instrumentos que autorizaren, corriendo el tiempo de la prescripcion desde el día de su otorgamiento;

3º Á los agentes de negocios, sus honorarios ó salarios, corriendo el tiempo desde que los devengaron;

4º Á los médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesion de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos. El tiempo corre desde los actos que crearon la deuda.

## CONCORDANCIAS

(Véase Goyena, art. 1972—La L. 9, Recopilada del Título *De las Prescripciones*, señala tres años)—Fallos de la C. de la Capital, Serie 1—Tom. 1, p.

82 y 85—Tom. 5, p. 5, y 410—Tom. 6, p. 75—Serie 2, tom. 2, p. 236, tom. 5, p. 390—Tom. 6, p. 469—Tom. 8, p. 74—Id. de la Suprema Corte, tom. 17, Serie 2, p. 451—Id. del Dr. Molina Arrotea, tom. 8, p. 64.

**Abogados y procuradores:** La prescripción de dos años á que se refiere aquí, es solo aplicable á la deuda entre el abogado y su defendido; pero no á lo que deba pagar una de las partes, que ha sido condenada en costas, por honorarios del procurador y abogado de la parte vencedora. La obligación por esa condenación se prescribe por diez años, con arreglo al principio general del art. 4023. Así lo ha fallado la Cámara de Apelaciones de la Capital (tom. 6, p. 75 citado).

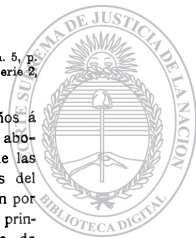
**Y perseguido por el mismo abogado:** Se entiende que el pleito es perseguido por el mismo abogado cuando en el expediente no aparece otro. Sucede muchas veces que un juicio queda paralizado por muchos años; en este caso no se entiende que rige la prescripción de cinco años, pues el hecho solo de haber paralizado el asunto no quiere decir que el abogado haya cesado en sus funciones.

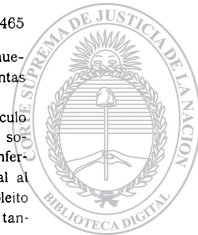
**Desde el día de su otorgamiento:** Estos derechos constituyen tantas deudas distintas cuantas son las escrituras que se hacen. Por consiguiente, cada una se prescribirá separada é independientemente de las otras (Troplong, n° 960).

Pero respecto á los derechos de los empleados de que habla el inciso 1°, tales como los de los escribanos de actuación, cuando estos son pagados por las partes, las distintas diligencias hechas en un mismo expediente no forman sino una sola deuda; por consiguiente, todas ellas se prescriben á un mismo tiempo.

**Los agentes de negocios:** Los honorarios devengados por distintas gestiones en un solo negocio, debe entenderse que forman una sola deuda, como se entiende respecto de los procuradores y abogados. Mas si son negocios distintos, es claro que cada negocio constituirá una deuda distinta.

**El tiempo corre desde los actos que crearon la deuda:** Según la jurisprudencia francesa, es necesario hacer diferencia entre la asistencia médica en una enfermedad accidental y determinada, y la asistencia en una enfermedad crónica. En el primer caso, dice Troplong, n° 959, no hay tantas deudas cuantas visitas ú operaciones ha hecho el médico, sino una sola deu-





da, cuya prescripción corre desde que sana ó desde que se muere el enfermo. En el segundo caso hay tantas deudas cuantas visitas hay.

Esto nos parece mejor que lo que el texto de nuestro artículo establece, por lo menos mas práctica. Considerar como una sola deuda todas las visitas y operaciones hechas en una enfermedad accidental, no es sino prestar un solo servicio, igual al que el abogado presta á su cliente en la defensa de un pleito determinado. Si respecto á éste no se considera que hay tantas deudas cuantos escritos ha presentado porque todos esos escritos son prestados en un mismo juicio, ¿por qué no decir esto mismo respecto del médico? Que en una asistencia larga, en que el médico es el consejero para toda la familia y aun para una sola persona, ya en una enfermedad, ya en otra, como sucede á veces que una persona toma un abogado para consejero de sus contratos, y diligencias judiciales, ó pleitos que tenga durante años, se considera cada visita, cada consulta, y cada diligencia judicial como otras tantas deudas, se esplica, porque son cosas que se hacen de tarde en tarde, y casi siempre se apuntan las fechas.

Pero en el caso anterior creemos que no debe tomarse á la letra el inciso que estudiamos, y que debe aplicarse su espíritu en la forma que lo ha establecido la jurisprudencia francesa.

**4033**—La accion de los acreedores para pedir la revocacion de los actos celebrados por el deudor, en perjuicio ó fraude de sus derechos, se prescribe por un año, contado desde el dia en que el acto tuvo lugar, ó desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho. (Concuerda con los arts. 961—968—3963.)

#### CONCORDANCIAS

Goyena, 1166—Véase inc. 2 del art. 1165 del mismo—Nuestro comentario al art. 963—Las de los concordantes citados—Fallos de la C. de la C., Serie 2, tom. 2, p. 237.

**De los actos celebrados por el deudor:** Se refiere aquí á toda clase de actos, enajenaciones, renunciaciones, obligaciones que contraiga, pago que haga, etc., etc., que no tengan especialmente determinado otro plazo para pedir su revocacion. (Véase nota del codificador al art. 961.)

**O desde que los acreedores tuvieron noticias del he-**



**cho:** Se supone que han tenido noticias del hecho desde que este se hizo público (Goyena, comentario al artículo citado).

Al que alega la ignorancia en este caso, corresponde establecer los hechos que conduzcan á presumir esa ignorancia. Si la forma en que se ha llevado á cabo el acto que se ataca ó las circunstancias especiales hacen verosímil que el acto haya permanecido ignorado, se supondrá esta ignorancia, y al que alega el conocimiento corresponde probarlo.

**4034**—La acción de injuria hecha al difunto, para pedir la revocación de un legado ó donación, se prescribe por un año, contado desde el día en que la injuria se hizo, ó desde que llegó al conocimiento de los herederos. (Concuerda con los arts. 1858—1864—3298—3843.)

#### CONCORDANCIAS

Zacharín, § 859, nota 28—Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 4, p. 116.

**Desde que llegó a conocimiento de los herederos:** Sobre esto debe observarse lo dicho en el comentario al art. 4033.

Si el hecho que da lugar á la revocación es un hecho público, debe suponerse que los herederos tuvieron conocimiento desde el momento de su realización (Molina Arrotea, Fallo citado). Pero si es un hecho que ha permanecido oculto, al demandado corresponderá la prueba de que el heredero tuvo conocimiento.

Son estas cuestiones de hecho que el Juez debe resolver según las circunstancias, pues es la negligencia de aquel á quien la prescripción perjudica la que el Juez debe tomar en cuenta para aceptar ó no la prescripción.

1º Téngase presente que aquí no se trata de la incapacidad del heredero por indignidad (art. 3298) sino de la revocación de los legados ó donaciones.

La acción para escluir de la sucesión á un indigno se prescribe por tres años, según el art. 3298, cuando éste está en posesión de la herencia; pero alegada la indignidad como excepción por los coherederos del indigno es permanente, pues que los herederos no indignos no tienen para que entablarla, si el indigno no reclama su parte hereditaria (nuestro comentario al art. 3304).

1º Si los herederos ejecutan el legado, pierden el derecho de

entablar la accion de revocacion (arts. 3297, 3750 y sus concordantes).

**4035**—Se prescribe por un año la obligacion de pagar:

- 1º A los posaderos y fonderos, la comida, habitacion, etc., que dieron;
- 2º Á los dueños de colegios, ó casas de pension, el precio de la pension de sus discipulos, y á los otros maestros el del aprendizaje;
- 3º Á los maestros de ciencias y artes, el estipendio que se les paga mensualmente;
- 4º Á los mercaderes, tenderos, ó almaceneros, el precio de los efectos que venden á otros que no lo son, ó que aun siéndolo, no hacen el mismo tráfico;
- 5º Á los criados de servicio que se ajusten por año, ó ménos tiempo, á los jornaleros y oficiales mecánicos, el precio de sus salarios, trabajo ó hechuras (*C. Com.*, 1007).

#### CONCORDANCIAS

(La L. 10, Tít. 11, Lib. 10, Nov. Rec., habla de joyeros, especieros ó confiteros, y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer. Respecto al n° 5º, la misma ley requiere tres años para jornaleros, oficiales mecánicos, y todos los que hubieren vivido con cualquiera persona por salario)—Goyena, 1978—Código Frances 2271 y 2272—Fallos de la C. de la C., Serie 1, tom. 2, p. 358—Tom. 4, p. 317—Tom. 8, p. 119—Serie 2, tom. 2, p. 237.

**Que se les paga mensualmente:** No entra en este inciso la locacion de servicios contratados por un tanto.

**Inciso 4º:** Se refiere á las mercaderías que se compran para el consumo general de la familia, ó de establecimientos. La prescripcion principia desde cada entrega, cuando han sido vendidos al contado. Pero en las ventas á plazo, se cuenta desde que éste se vence.

**Inciso 5º:** No entran en este inciso los mecánicos ó artifices que trabajan por un tanto, ni los albañiles, carpinteros, etc., etc., que ajustan tambien por un tanto.

**4036**—En todos los casos de los tres artículos anteriores, corre la prescripcion, aunque se hayan continuado los servicios, y solo dejara de correr, cuando haya habido ajuste de cuenta aprobado por escrito, vale ó escritura publica, ó hubiese mediado demanda judicial que no haya sido estinguida (*C. Com.*, 1008). (Concuerda con los arts. 1099—1100—3986—3987—3989.)





## CONCORDANCIAS

Goyena, 1974—Cód. Frances, 2274 —Laurent, tom. 32, núms. 168 y siguientes—Tropolong, núms. 987 y siguientes.

**Que no haya sido estinguida**: Es decir, que no haya quedado inutilizada la demanda, como en algunos de los casos del art. 3987.

**Solo dejará de correr**: Se interrumpe la prescripción comenzada, inutilizando el tiempo pasado. ¿Reconocida en alguna de estas formas la deuda, deja de ser prescriptible en el mismo lapso de tiempo señalado, ó se aplica el principio general del art. 4023?

Segun Goyena, artículo citado, interrumpida esta prescripción, el tiempo de la prescripción para lo sucesivo se prolonga al ordinario de diez ó veinte años.

Entre los autores franceses el punto se ha discutido mucho, en razon de que el art. 2274 no contiene una declaracion expresa como la que contiene el artículo de Goyena.

Algunos dicen que el reconocimiento de esta clase de deudas sujetas á cortas prescripciones las hace cambiar de naturaleza y en consecuencia el tiempo de su prescriptibilidad.

Laurent, tom. 32, nº 168 dice: "Se trata de saber si la interrupcion de la prescripción tiene efecto sobre la duracion de la prescripción. La cuestion no concierne sino á las cortas prescripciones; se pregunta si éstas tienen la misma duracion que ántes de la interrupcion, ó si el tiempo cambia, de modo que la prescripción de corta que es, pasa á ser prescripción treintena". (Diez ó veinte años entre nosotros.)

No, dice este autor, y sin duda alguna, con arreglo á los principios de derecho.

"Las cortas prescripciones tienen su razon en la naturaleza de la deuda, y ésta indudablemente no cambia porque la prescripción se interrumpa."

Se sostiene, sin embargo, que en algunos casos la interrupcion viene á ser una novacion, y en tal caso, desapareciendo la primitiva obligacion, y creándose otra nueva, el tiempo para la prescripción cambia tambien, aplicándose entónces la prescripción propia de la nueva obligacion.



Sobre esto trae algunos ejemplos el mismo Laurent, en el nº 170, lo mismo que Troplong, citado.

Es indudable que habiendo novacion, por lo mismo que cambia la naturaleza de la obligacion, debe cambiar tambien el tiempo necesario para la prescripcion.

La cuestion quedará reducida entónces á saber, si por el reconocimiento de la obligacion se ha operado ó no una novacion, para lo cual se estará á los principios que rigen en materia de novacion. Véase comentario al art. 812. No habiendo novacion, no hay cambio en el tiempo necesario para la prescripcion.

**4037**—Prescribese igualmente por un año, la responsabilidad civil que se contrae por la injuria ó calumnia, sean las injurias verbales ó escritas, como tambien la reparacion civil por daños causados por animales ó por delitos ó cuasi delitos. (Concuerda con los arts. 1067—1089—1090—1096—1109—1124—4023.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 22, tít. 9, Part. 3.—Goyena, 1976)—Nota del codificador al art. 4023 y nuestro comentario al mismo artículo.

**Por un año**: Contado desde que se supo la injuria ó calumnia, ó el delito ó cuasi delito. (De acuerdo Dr. Segovia, nota 49.)

**Por delitos ó cuasi delitos**: Sobre la contradiccion que resulta del texto de este artículo, comparado con la nota al 4023, véase comentario á este último.

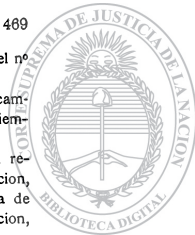
1º Segun el fallo que se registra el tom. 17, Serie 2, pág. 451, de los Fallos de la Suprema Corte Nacional, este artículo no comprende las penas por contrabando.

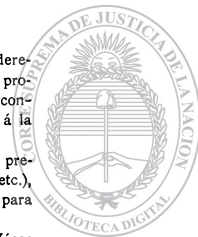
**4038**—Se prescribe tambien por un año la obligacion de responder al turbado ó despojado en la posesion sobre su manutencion ó reintegro. (Concuerda con los arts. 2456—2478—2493 y sus concordantes—2494—3984—3985.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 3, tít. 8, Lib. 11, Nov. Rec.)—Goyena, 1976, inc. 2—Fallos de la S. C., Serie 2, tom. 6, p. 274.

**La obligacion de responder al turbado**: Se prescribe por un año el derecho á entablar interdicto ó accion posesoria, co-





mo se establece en los concordantes citados. Perdido el derecho de recuperar la posesion por una accion posesoria, el propietario tiene el juicio petitorio, ó accion de reivindicacion, á consecuencia de la cual el poseedor puede ser condenado á la entrega de la cosa y al pago de los daños y perjuicios.

El artículo es aplicable tambien al caso en que un tenedor precario se ve turbado en la posesion (arts. 1517, 1522, etc., etc.), y tiene necesidad de entablar accion contra el propietario para que se le reintegre en la posesion.

Téngase presente lo dispuesto respecto á la eviccion. Véase comentario al 4040.

**1039**—Se prescribe por seis meses, la accion de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos, arrancados por la corriente de los rios. (Concuerdá con los arts. 2108—2583—2584—2586.)

#### CONCORDANCIAS

Nuestro comentario á los arts. 2583 y 2584.

La prescripcion establecida en este artículo es sin perjuicio del derecho acordado por el art. 3584 al dueño del terreno donde los árboles son llevados, en caso de que éstos ó las porciones de terrenos se adhieran á los suyos, como lo establecemos en el comentario citado.

**4010**—Se prescribe tambien por seis meses, la accion del comprador para rescindir el contrato, ó pedir indemnizacion de la carga ó servidumbre no aparente que sufra la cosa comprada, y de que no se hizo mencion en el contrato. (Concuerdá con los arts. 1204—2103—2104—2125—2126—2174—3513—3041.)

#### CONCORDANCIAS

Código de Chile, 1856—Las del art. 2103.

**O pedir la indemnizacion de las cargas, etc.** De modo que lo que viene á prescribirse aquí es la accion de saneamiento por las cargas ocultas de la cosa, y que el enajenante debe indemnizar con arreglo al art. 2103.

El art. 4041, habla de los vicios redhibitorios, por los cuales el enajenante debe tambien indemnizacion con arreglo á lo dispuesto en el art. 2174.

El 4038, se aplica á la obligacion impuesta al enajenante por la última parte del art. 3108.

1º Una vez verificada la eviccion, la accion por indemnizacion que el adquirente tiene derecho á entablar contra el enajenante se percibe por diez ó veinte años contados desde el dia que la eviccion tuvo lugar, de conformidad al principio general sentado en el art. 4023. Véase art. 3513.

**4041**—Se prescribe por tres meses, la accion redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la accion para que se baje del precio el menor valor por el vicio redhibitorio. (Concuerda con los arts. 2174—2175—4040.)

CONCORDANCIAS

Goyena, 1412—Y las del art. 2174.

**Por tres meses:** Contados desde que se conoció el vicio.

**4042**—Se prescribe por dos meses, la accion del marido contra la legitimidad del hijo, concebido ó dado á luz por su mujer, durante el matrimonio. (Concuerda con los arts. 254—261—322.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 254.

**Por dos meses:** Contados desde que se tuvo conocimiento del parto (art. 254).

El presente artículo es una repeticion del 254. Uno de los dos ha podido suprimirse.

**4043**—Se prescribe igualmente por dos meses, la accion de los herederos del marido para reclamar contra la legitimidad del hijo, cuando el marido hubiese muerto sin hacerlo en el tiempo que dispone el artículo anterior. (Concuerda con los arts. 257—258—261.)

CONCORDANCIAS

Goyena, 106—Oód. Frances, 317—Nuestro comentario á los arts. 257, 258 y 262.

**Por dos meses:** Es necesario tener presente que aquí no se trata del desconocimiento de los herederos del marido, de un hijo *nacido dentro* de ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio de que habla la primera parte del art. 258, sino del



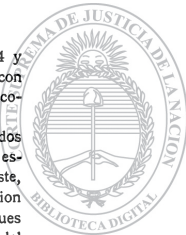
hijo *concebido durante* el matrimonio de que habla el art. 254 y el 4042, cuyo desconocimiento pueden hacer los herederos, con arreglo á los art. 257 y 2ª parte del 258. (Véase Goyena, comentario al 106.)

Como en este último caso, si el marido deja pasar los dos meses señalados en los arts. 254 y 4042, la acción queda estinguida, no solo para el marido sino para los herederos de éste, es necesario para que estos últimos puedan entablar la acción concedida por ese artículo, que el marido haya muerto después de haber entablado la demanda, como dice la primera parte del art. 258.

En el caso del art. 257, que es al que especialmente se refiere el presente, los dos meses se cuentan desde que el hijo entra en posesión de los bienes del marido (§ 3º del art. 258). Véase sobre esto los comentarios citados y el del art. 258.

1º Respecto al efecto que produce la interrupción de la prescripción de la acción de que se ha ocupado el presente título, con que termina esta materia, debe tenerse presente lo dicho en el comentario al art. 4036.

---



## TÍTULO COMPLEMENTARIO

### De la aplicación de las leyes civiles

**4044**—Las nuevas leyes deben ser aplicadas á los hechos anteriores, cuando solo priven á los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse á los hechos anteriores, cuando destruyan ó cambien derechos adquiridos. (Concuerda con los arts. 3—4045.)

#### CONCORDANCIAS

(En la teoría de la no retroactividad de las leyes, es preciso no atender solamente al interés de los particulares. Debe siempre compararse las ventajas ó inconvenientes del interés público y del interés privado. El interés privado, sin duda, es un punto de vista capital; pero también el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto ántes á las antiguas, cuyos efectos van á corregir. La nueva ley deberá entónces ser aplicada aun á las consecuencias de los hechos anteriores, que solo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos.

Entendemos por derechos adquiridos los que están irrevocable y definitivamente adquiridos ántes del hecho, del acto ó de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. Un derecho que pueda ser revocado *ad nutum* por la persona que lo ha conferido, no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa. La ley nueva que lo encuentra en ese estado, puede tomarlo para regirlo á su voluntad: puede revocarlo ó modificarlo, pues que es revocable, y el poder de la ley abraza todo lo que no estaba irrevocablemente terminado ántes de su publicación—Véase, tom. 1, n° 40)—Nuestro comentario al art. 3.

**Deben ser aplicados á los hechos anteriores:** El principio sancionado en este artículo es un complemento del art. 3, cuando dice que las leyes "*no pueden alterar los derechos ya adquiridos*". Estos artículos no son meras reglas de interpretación para el mismo Código: son leyes imperativas que los legisladores argentinos deben observar.



Como ley general, solo puede ser modificada por el Congreso Nacional; pero para esto es necesario tambien una ley espresa, porque el mismo Código dice que las leyes solo pueden ser *derogadas por otras leyes*.

En el comentario al art. 17, hemos establecido de un modo concluyente, que entre nosotros no hay derogacion *tácita*, sino *espresa*.

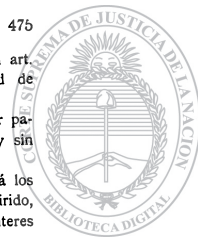
Partiendo de esta base debemos decir que toda ley, aunque sea dictada por el Congreso Nacional Argentino, que viole derechos adquiridos, es nula si el mismo Congreso no deroga espresamente los artículos del Código que prohíben la retroactividad de las leyes cuando privan á los particulares de derechos adquiridos. Precisamente es una valla que el legislador ha puesto á los futuros legisladores, como medida de interes general, y con el fin de evitar su derogacion implicita ó parcial en otras leyes que se dicten. La inviolabilidad de los derechos adquiridos, cuando no son contra las leyes de orden público (art. 5), es un principio inconcuso es derecho; por lo mismo, no habrá legislador que se anime á derogarlo. Así, viene á ser éste la salvaguardia de los intereses privados, para que los legisladores mal inspirados no hieran con leyes especiales derechos adquiridos, sin arrostrar la responsabilidad de derogar un principio universalmente adoptado.

Fuera de la escepcion del art. 5, el legislador no puede, pues, dictar leyes que violen derechos adquiridos, sin derogar espresamente el Código.

Algunas veces hemos oído decir, para defender leyes que atacaban principios sancionados por los Códigos Generales: El Congreso los ha hecho, y con la misma facultad que los ha hecho puede modificarlos. Esto es cierto, pero para esto tiene que declarar *espresamente* que deroga tal ó cual disposicion del Código, no en favor de tal ó cual persona, sino para todos. Sin hacer esa derogacion espresa, sin afrontar la responsabilidad de una modificacion espresa al Código, no puede hacer una derogacion *tácita*; mucho ménos tratándose de leyes que modifiquen ó abroguen derechos adquiridos.

En las relaciones civiles son, pues, nulas todas las leyes que se dicten violando las disposiciones á que nos hemos referido, si ántes no se hacen desaparecer del Código.





**Meros derechos en expectativa:** En el comentario al art. 3, hemos hecho algunas reflexiones sobre la retroactividad de la ley, á las cuales vamos á agregar algunas otras.

1º Los medios posesorios que un poseedor puede emplear para defender su propiedad, pueden ser cambiados por la ley sin que sea tachada de retroactiva.

2º Las cargas y limitaciones que la ley puede imponer á los propietarios, no constituye la violacion de un derecho adquirido, siempre que esas limitaciones se establezcan en mira de interes público, aun cuando solo aprovechen á determinadas personas. Tales son las servidumbres legales, que pueden ser establecidas, no solo por el Código General, sino por leyes municipales.

3º Adquirida una posesion ó cualquier derecho real de conformidad á las leyes coetáneas á su adquisicion, subsiste aun bajo el imperio de una ley que exija otros requisitos para esa adquisicion. Esto es aun aplicable respecto á la forma misma del acto por el cual se hizo la adquisicion. Tal sucede con la adquisicion de un inmueble hecha con arreglo á las leyes de Partida.

4º Las leyes que proroguen el plazo de las obligaciones vencidas, ó á vencerse en plazo fijo, atacan derechos adquiridos, y por consiguiente son contrarias á la prescripcion del presente artículo y del 3. Tales son las leyes de moratoria acordadas á los Bancos que no son de Estado.

5º Las leyes que prohíben la compensacion de ciertos y determinados créditos que por el presente Código son compensables, son tambien contrarias á las disposiciones citadas.

6º Las leyes que cambian los medios de hacer valer en juicio los derechos, no atacan derechos adquiridos, aunque los derechos sean adquiridos con anterioridad á esas leyes.

7º Las leyes que exigen el pago en una moneda determinada, cuando la obligacion ha sido contraida en otra moneda, esté ó no vencida la obligacion á tiempo de dictarse la nueva ley, tendrá efecto retroactivo, y podrá, en consecuencia, reclamarse contra ella. (Véase comentario al artículo siguiente.)

**4045**—Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven á los particulares de facultades que les eran propias, y que aun no hubiesen ejercido, ó que no hubiesen producido efecto alguno. (Concuerda con el art. 4044 y sus concordantes.)



## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 1, n° 42)—Comentario al art. 3, n° 8.

**Y que aun no hubiesen ejercido:** Esto viene en apoyo de lo que dijimos en nuestro comentario al art. 3, n° 3, respecto del hijo nacido antes de la vigencia del Código en condiciones de ser declarado hijo natural con arreglo á las antiguas leyes, y que no lo fuera respecto de las nuevas.

Si una ley da al hijo que ha nacido en tales ó cuales condiciones, derecho para pedir su reconocimiento, y no ha hecho uso de esa facultad, la de pedir su reconocimiento, hasta el momento del cambio de legislacion, es claro que la ley puede, ó dejar sin efecto esa facultad, ó limitarla á determinados casos, como lo ha hecho nuestra ley con respecto á la 11 de Toro, como lo demostramos en el comentario citado.

1° Todos aquellos derechos acordados por la ley, ántes de hacer uso de ellos permanecen como meras expectativas, y por lo mismo pueden ser derogados. Así, por ejemplo, si una ley autoriza á los poseedores de tales ó cuales inmuebles del Estado para adquirirlos en compra por un precio determinado, esa facultad, si no ha sido ejercida por los poseedores, puede ser derogada por otra ley con efecto retroactivo, dejando á esos poseedores sin la facultad acordada, aun cuando no se les hubiera puesto plazo, ó que habiéndose puesto plazo, aunque éste no haya vencido.

Lo mismo será si habiendo manifestado la intencion de hacer uso de la facultad acordada, no se hubiese aun llevado á cabo la venta.

**4046**—La capacidad civil de las personas es regida por las nuevas leyes, aunque abroguen ó modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores; pero solo para los actos y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar ó alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley. Concuerta con los arts. 6-141.)

## CONCORDANCIAS

(Chabot, *Questions transitoires, verb. autorisation maritale*, § 1—Demolombe, tom. 1, n° 45—La Ley Recopilada, por ejemplo, da al menor emancipado que





hubiese cumplido diez y ocho años, la facultad de administrar libremente sus bienes; y por el nuevo Código, arts. 135 y 136, se le limita mucho esa facultad.—¿Qué ley deberá regir la capacidad civil del menor que está emancipado á la promulgacion del Código Civil?—Por el artículo se declara que la nueva ley. La mujer casada ha podido reservarse la administracion de sus bienes parafernales segun las leyes que regian al tiempo de su matrimonio, ó cuando recibió esos bienes; pero por las nuevas leyes, el marido es el único administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal, y desde entónces acaba la capacidad de la mujer.

La ley nueva, reglando la capacidad civil de las personas, no tiene por esto un efecto retroactivo. La capacidad civil es la aptitud de hacer tal ó cual acto, es la facultad legal de hacerlo válidamente; pero la única facultad no ejercida, no es la causa eficiente de los derechos y de las obligaciones, sino el ejercicio de esa facultad, de esa capacidad que los crea y los realiza. Mientras ese ejercicio no haya sucedido, los derechos no están adquiridos. El legislador puede cambiar la capacidad de las personas, y las cualidades civiles que dependen de ella. Al menor puede hacerle mayor, y al mayor menor, sin que éste tenga derecho á quejarse por el cambio; sin que pueda escepionar con su capacidad anterior para conservarla en adelante. La ley toma al hombre en el estado en que lo encuentra; puede modificar las cualidades civiles porque son de su dominio. El estatuto personal que abroga ó modifica las cualidades establecidas por una ley anterior ó que les impone nuevas condiciones, pero que respeta lo pasado, no tiene efecto retroactivo.

Grenier, *Donations*, tom. 1, pág. 296, dice que es un principio que la capacidad civil se modifica segun varia la legislacion, respetando siempre lo que se ha hecho en virtud de una capacidad existente segun la legislacion precedente. Cuando es preciso contratar, es indispensable considerar la capacidad personal. ¿Y cómo podría ser determinada esta capacidad, si no lo fuese por la ley que rige en el momento en que se pone en ejercicio? La ley antigua habia ya perdido su imperio: solo lo conserva en lo que se hubiese hecho cuando estaba en vigor. El efecto retroactivo no existe cuando un tercero nada haya adquirido todavia.—Fallos de la S. C., Serie 1, tom. 4, p. 473.

**Es regida por las nuevas leyes:** Un acto concluido con a capacidad exigida por la ley coetánea á su formacion, aun cuando por la ley posterior hubiese sido nulo, en razon de la incapacidad impuesta por la nueva ley, si se hubiese ejecutado durante su imperio, seria considerado siempre como válido. Del mismo modo los actos nulos por incapacidad de las partes, no se validan porque las nuevas leyes supriman esa incapacidad por la cual el acto era nulo (véase nota al 3625); pero es indudable, que habiendo desaparecido esa incapacidad, puede venir despues de la ley nueva una confirmacion por el que ántes era incapaz, quedando asi válido el acto.

1º La mayor edad, que ántes se llegaba á los 25 años, es-



tá hoy disminuida; por consiguiente, las prescripciones suspendidas por la menor edad, principian á correr desde que se llega á la mayor edad con arreglo á la nueva ley.

**4047**—Las leyes nuevas sobre el poder y facultades de los maridos se aplican aun á los casados, antes de su publicacion. (Concuerda con los arts. 21—160—161—4045.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom, 1, núms. 43 y 44—Cuando un hecho se consuma bajo la antigua ley, la consecuencia de que este hecho ha sido el principio generador, la causa eficiente y directa, seria un derecho adquirido que no podria alterar la nueva ley. Tal seria la legitimidad de los hijos de un matrimonio celebrado bajo las leyes que á ese tiempo regian. Aquí el hecho, el matrimonio, es el principio generador y la causa eficiente de un efecto que las partes se proponian observar; y sobre el cual ellas han debido necesariamente contar: la legitimidad de los hijos. Pero el poder marital no tiene igual carácter, no es el fin mismo, el fin principal y determinante del matrimonio es sin duda un efecto de ese acto, pero efecto sobre el cual las partes no han podido esencialmente determinar sus límites.)

**Y facultades de los maridos:** Lo mismo se aplica respecto á la facultad de los padres, tutores y demas representantes legales, respecto á los actos á ejercer despues de las nuevas leyes que abroguen ó modifiquen las facultades anteriormente concedidas (art. 4045).

**4048**—Las garantías que las leyes anteriores á la publicacion del Código, han dado á las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes ó de otra clase de bienes entregados á sus maridos, á los menores ó de incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, á los hijos sobre los de sus padres, y los gravámenes impuestos á los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes con escepcion de las prendas ó hipotecas expresas que se hubiesen constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron. (Concuerda con los arts. 58—3115.)

#### CONCORDANCIAS

(Hemos dicho en la primera nota, que en la teoria de la no retroactividad de las leyes, era preciso no atender solo al interes de los particulares, y que siempre debia compararse con el interes público. Este interes público nos ha hecho abolir todas las hipotecas tácitas, por el embarazo que ponen en la vida económica de los pueblos. Poco ó nada se habria remediado, si hubieran quedado subsistentes las hipotecas legales, á favor de las mujeres que estuviesen casadas al tiempo de la publicacion del nuevo Código, las de los tutores y curadores, las de los padres que administran bienes de sus



hijos, etc., etc., presentando solo los hechos discordantes de existir unos matrimonios, en los cuales las leyes gravasen con hipotecas los bienes de los maridos, y otros, de igual condicion, que fuesen libres en su circulacion. Estos derechos hipotecarios no pueden exactamente llamarse derechos adquiridos, hasta que, abiertos, no hubiesen llegado el caso de ponerlos judicialmente en ejercicio, y darles aplicacion sobre determinados bienes. Podemos decir que hasta entónces no eran derechos aun abiertos.

Por otra parte, hemos modificado mucho la sociedad conyugal, hemos elevado el carácter y capacidad de la mujer casada, capacidad de que carecia, y por cuya falta las antiguas leyes les crearon hipotecas legales sobre los bienes de sus maridos. Decimos lo mismo de las hipotecas tácitas de los tutores, curadores, padres, etc. Las leyes les daban un poder muy ámplio en los bienes que administraban, y por esto gravaban los bienes de esos administradores, para garantir los que recibian de los menores ó de los hijos. Pero por el nuevo Código, las facultades de esas personas han sido muy limitadas, y hemos creído que los bienes cuya seguridad se queria proteger, podrian conservarse seguros sin imponer gravámenes especiales á las propiedades de los administradores.

Esceptuamos los casos en que se hubiesen constituido hipotecas espresas. Entónces habria precedido una convencion por la cual se hubiese constituido una hipoteca especial; y las nuevas leyes no pueden alterar los contratos y sus efectos que encuentren concluidos entre los interesados. Á mas, por la hipoteca espresa se constituye un derecho real á favor del acreedor; y los derechos reales no pueden ser quitados ni modificados por las leyes posteriores.

Se nos dirá que la hipoteca legal constituye tambien un derecho real sobre todos los bienes de los maridos, tutores ó padres. La lógica del derecho lo exige así, desde que se creaban hipotecas sobre los bienes de esas personas; pero el tiempo, los inconvenientes que han presentado las hipotecas tácitas, han hecho que ese gravámen desaparezca, pasando los bienes á tercer poseedor, lo que demuestra que verdaderamente no hay constitucion de derechos reales, sino sobre aquellos bienes que tengan los tutores ó padres, cuando el derecho del acreedor se abra, cuando se interponga demanda para la garantia de los bienes administrados.

Esceptuamos tambien el caso en que hubiese fianza dada, porque la fianza es un verdadero contrato).—Notas del codificador á los arts. 58 y 3115.—Fallos de la S. Corte Nacional, Serie, 2, tom. 11, p. 189—Id. de la C. de la Capital, Serie 2, tom. 4, p. 369.

**Las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron:** Pero su estincion queda sujeta á las leyes del presente Código. Así, si era constituida la hipoteca por mayor tiempo del que permite nuestro Código, diez años, ésta quedará estinguida en la forma del art. 4051.

**4049**—Las acciones rescisorias por causa de lesion, que nazcan de contratos anteriores á la publicacion del Código Civil, son regidas por las leyes del tiempo en que los contratos se celebraron. (Concuerda con el art. 58.)

## CONCORDANCIAS

(Chabot, *Quæst. transit. verb. Rescison.* Las leyes nuevas no rigen sino los contratos celebrados bajo su imperio. No se aplican á los actos anteriores; así, por ejemplo, el acto, cuya rescision se demande habiendo sido consentido ántes del Código Civil, debe ser sometido á las leyes anteriores. Algunos juriconsultos han sostenido lo contrario, diciendo que si un contrato se ha formado bajo una ley últimamente abrogada, es preciso aplicar esa ley para regir sus cláusulas, para interpretarlas, fijar su sentido y su extensión; pero cuando se trata de una accion de rescision por minoridad ó dolo, es preciso formarlo bajo la ley que la permita, y que de otra manera no puede rescindirse; que es necesario que la accion se hubiese introducido ántes de la publicacion del nuevo Código, y que en tal caso se habria podido, aun despues de la publicacion de las nuevas leyes, aplicar á la causa los antiguos principios; pero que no habiéndose entablado la accion ántes de la nueva ley, el derecho que podia adquirirse no se ha consumado.

Podemos responder á estas observaciones que es incontestable que todo contrato debe siempre ser regido por la ley bajo cuyo imperio ha sido consentido; y no se puede razonablemente contestar que el derecho que era conferido por esa ley á una de las partes no pueda ser ejercido bajo el imperio de la nueva ley. De otra manera el derecho no existiria realmente, pues que no podia ser ejercido. Habria sido destruido por la nueva ley, y esta regiria los efectos y la ejecucion del contrato, lo que evidentemente importaria darle efecto retroactivo)—Nota del Codificador al art. 943.

**En que los contratos se celebraron:** La prescripcion, por lo tanto, de la accion rescisoria será tambien regida por las leyes del tiempo de la formacion del acto. Podria decirse que aqui se debia seguir la regla general establecida en el art. 4051, pero creemos que no puede aplicarse, por la razon de que los términos del presente artículo, y lo espuesto en la nota por el codificador no admiten tal interpretacion.

El artículo dice que las acciones á que se refiere son *regidas* por las leyes antiguas, sin limitar qué efectos son los que deben ser regidos por esas leyes; en la duda debemos suponer que es en todos los efectos, mucho mas cuando éste es de los poquísimos artículos en que se limita el alcance del 4045.

**4050**—Las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos. (Véase arts. 311 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

(Chabot, *Quæst. transit. verb. Adoption*, § 1—La ley nueva no podria regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopcion de clase alguna.)



**Son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos:** Es decir, por las leyes del tiempo en que tuvo lugar la adopcion.

Los derechos de los hijos adoptados tienen tambien que ser regidos por las leyes anteriores, puesto que no existiendo la adopcion por nuestro actual Código, no habria otros derechos que darles si no son los acordados por las leyes existentes al tiempo de la adopcion.

**4051**—Las prescripciones comenzadas ántes de regir el nuevo Código, están sujetas á las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código. (C. Com., 1013.)

#### CONCORDANCIAS

(Código Italiano, leyes transitorias, art. 47)—*Vistas Fiscales* del Dr. Cortes, tom. 1, p. 267 y 327—*Fallos* de la S. C., Serie 2, tom. 17, p. 182—Serie, 3, tom. 8, p. 897—Id. de la C. de la C. de la República, Serie 2, tom. 2, p. 128—Tom. 3, p. 912—Tom. 4, p. 340 y 869—Nuestro comentario al art. 3017, n° 8 bis—Goyena, 1980—*Fallos* de la Cámara de la Capital, Serie 1, tom. 3, p. 291.

**Contado desde que rija el nuevo Código:** De modo que, acogiéndose á la prescripcion adoptada por el Código, el tiempo pasado ántes de su vigencia no se cuenta.

En un artículo que publicamos en la Revista Jurídica, tom. 2, serie 2, estudiando la jurisprudencia de nuestros Tribunales sobre este artículo, en la página 330, decimos: Este artículo fué tomado del 2281 frances, y aunque su redaccion es ménos clara que las del nuestro, la Corte y los juriconsultos franceses, lo han interpretado en el sentido indicado.

Así, Laurent, tom. 32, n° 614, ocupándose del citado art. 2281, dice: ¿Es necesario decidir que despues de este artículo, todas las largas prescripciones han quedado reducidas á treinta años? Una prescripcion de cuarenta años ha corrido bajo el imperio de la antigua ley cinco años: queda á correr treinta y cinco; en tal caso los treinta y cinco quedarán reducidos á treinta. ¿Pero se debe comprender en estos treinta años los cinco que habian corrido durante la antigua ley? No: el art. 2281 supone que la prescripcion ha comenzado á correr, y que segun la antigua





ley, serian necesarios mas de treinta años para concluir; en este caso bastará que corran solo treinta años; pero éstos deben por consiguiente, correr desde la publicacion del Código. Este es el sentido literal de la ley, y es la interpretacion que el orador del Gobierno le ha dado.

Goyena, que ha seguido el Código frances en esta parte, y á quien tambien nuestro codificador ha seguido, en su art. 1980, es mucho mas claro que el nuestro y que el frances. Á haberse adoptado la redaccion de Goyena, ninguna duda hubiera sugerido de nuestros Tribunales; dice así: "Las prescripciones que hubieren principiado á correr ántes de la publicacion de este Código se regirán por las leyes anteriores; *pero si desde que éste fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él requerido para las prescripciones, surtirán éstas su efecto*, aunque por las reglas anteriores se requiera un lapso de tiempo mas largo".

Con estos antecedentes, y con el testo espreso del art. 4051, que dice terminantemente que para acogerse á la nueva ley hay que esperar el tiempo designado por la misma para la prescripcion de que se trate, contado ese tiempo *desde la promulgacion del Código* es indudable que lo sancionado por nuestro Código es lo siguiente:

1º Toda prescripcion comenzada ántes de la vigencia del Código está regida por las leyes antiguas, sin que se pueda unir la posesion anterior á esa vigencia con la posterior para completar el tiempo de la prescripcion mas corta adoptada por la nueva ley. Así, el que ha principiado á poseer contra el Fisco 9 años ántes de 1871, en 1892 no puede oponer la prescripcion treintenaria, alegando que hace treinta años que posee, pues que esto sería ampararse á la ley nueva sin haber cumplido el término de treinta años *contado desde la vigencia del Código*; solo llevaria 21 años.

De aquí se sigue que solo el que ha poseído desde mas de diez años ántes de 1871, puede prescribir contra el Fisco en ménos término que el de treinta años, contado desde la promulgacion del Código.

Así, una persona lleva á la época de la sancion del Código 12 ó 15 años de posesion; esta persona podria prescribir contra el Fisco á los veinte y ocho ó á los veinte y cinco años despues de promulgado el Código, porque, segun la primera par-



te del art. 4051, esta prescripcion debe regirse por la ley antigua, y los cuarenta años exigidos por aquélla quedarian cumplidos á los veinte y ocho ó veinte y cinco despues de la vigencia de la nueva ley.

Pero el que solo ha poseído, por ejemplo, dos años ántes de la vigencia del Código, á los treinta de esta época, que hacen treinta y dos de su posesion, ya puede prescribir, pues que se ampararia á la ley nueva para no tener que esperar cuarenta (Troplong, nº 1089).

1º Con el artículo que acabamos de estudiar termina el Dr. Velez su gran Código, obra que hace honor á los americanos, y que los primeros jurisconsultos europeos no trepidan en colocar entre los grandes monumentos de la ciencia jurídica.

Con él, á Dios gracias, y mediante cinco años de constante trabajo, terminamos tambien nosotros la tarea que nos impusimos, de contribuir, en la reducida escala de nuestras aptitudes, al estudio que tarde ó temprano se hará de nuestra legislacion civil.



# NOTAS DEL CODIFICADOR

LOS ARTÍCULOS CONTENIDOS EN EL PRESENTE TOMO

## TÍTULO XII

### *De la forma de los testamentos*

Art. 3622. Desde que en las tres formas ordinarias de testar se exige la escritura, no hay testamento verbal ó nuncupativo (**arts. 3632, 3676 y notas del codificador á los mismos**). Las disposiciones verbales no pueden ser probadas por testigos, aunque se trate de sumas menores, respecto de las cuales esa prueba es admitida en los contratos (**art. 1193**), porque las formalidades testamentarias no son prescritas como pruebas, sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma anula el testamento (**arts. 376, 3607 y nota del codificador al mismo**).

La ley exige unidad de tiempo y de accion en la presentacion y suscricion del testamento cerrado (**art. 3667**), á fin de que el testador y los testigos no pierdan de vista el paquete cerrado antes de haber todos comprobado su identidad por sus firmas, y que la sustitucion de otro paquete fuese absolutamente imposible (**art. 3667**).

Pero la unidad de tiempo no es necesaria, ni en el testamento ológrafo (**arts. 3615 y 3617**), ni en el cuerpo del testamento cerrado. Son dos escritos privados que el testador puede preparar en diversos tiempos.

Aun la unidad de tiempo no es absolutamente necesaria en el testamento por acto público (**art. 3656 y nota al mismo**), pues despues de una interrupcion sobreviniente puede continuarse (**art. 3658 y su comentario**).

No se debe confundir dos cosas distintas, la unidad de tiempo y la simultaneidad de las formas impuestas por la ley. Un testamento por acto público puede ser hecho en diversos dias, si en cada seccion, para formarla, han asistido los testigos necesarios; pero no habria testa-





mento, si la escritura por el escribano no fuese simultánea al dictado del testador, ó si los testigos no estuviesen presentes al dictado, á la escritura, á la lectura y á la firma del testamento (**arts. 3656 y comentario al 3658**). Véase Coin Delisle, sobre el art. 969.

Art. 3625. Novela 66, Cap. 1.—Chabot, tom. 2, págs. 394 y 399—Savigny, tom. 8, pág. 456—Así un testamento ológrafo hecho antes de la sancion de este Código, sería de ningún valor en la República, aunque después de sancionado quedase legalizada la forma ológrafa (**art. 973, comentario al 4016**).

Art. 3626. Así, por ejemplo, no se podrá aplicar á las firmas de los testamentos cerrados ó de los testamentos ológrafos lo que se dispone respecto á las firmas de los testamentos por acto público que pueden ser á ruego por otra persona (**arts. 3661 y sus concordantes**).

Art. 3632. No reconocemos en virtud de este artículo los codicilos que solo se fundaban en las costumbres romanas y en leyes especiales, ni los comunicatos secretos y verbales de que tanto se ha usado y abusado en el país (**art. 3622 y nota del codificador al mismo**).

Art. 3639. Aceptamos el testamento ológrafo, reconocido en casi todas las legislaciones de Europa, por la facilidad que esta forma proporciona para testar. El que hace un testamento ológrafo puede meditarlo todos los días, leerlo, estudiarlo fácilmente y rehacerlo cuando quiera, y sin que nadie sepa si ha testado ó no. Es su obra personal y exclusiva. Los escritores franceses nos dicen que la experiencia ha demostrado que es del todo remoto el peligro de la suposición de un testamento ológrafo.

El artículo no dice que todo acto escrito, datado y firmado por su autor será un *testamento* válido, sino que todo *testamento* escrito, datado y firmado por su autor será válido. Es preciso, pues, que haya un testamento, un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo ó parte de los bienes que dejará después de sus días—Véase Marcadé, sobre el art. 970, y Coin Delisle, sobre el mismo art., nº 6 (**arts. 3607 y 3618**).

La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre ó apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos á esta formalidad (**comentario al 3660**). Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales, y de la enunciación de su dignidad. Véase Demante, tom. 4, nº 115 bis, § 3.

Art. 3640. Demolombe, tom. 21, núms. 63 y 64. Como si el testador no pudiendo acabar el testamento, lo hubiese dictado á un tercero. Lo escrito contra la voluntad del testador en vida de él ó después de su muerte, no podría traer la nulidad del acto, porque no se puede dar



á un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular. La única dificultad que se presenta es saber si la escritura extraña que se encuentra en el testamento ha sido ó no hecha contra la voluntad del testador; mas esta es una cuestion de hecho, que se debe abandonar á la apreciacion de los Jueces, apreciacion que no es tan difícil como parece. La regla general es, que no hace parte del testamento todo lo que no está escrito de mano del testador. Por este medio, si el testamento reducido á lo que está escrito de su mano, presenta un sentido completo y suficientemente claro, se ejecutará sin tener consideracion á las adiciones emanadas de una mano extraña. En el caso contrario, el testamento no valdrá, porque no se podría buscar en las adiciones de otra mano, el complemento á la esplicacion del pensamiento que no siendo suficientemente claro, debia quedar sin ejecucion.

Art. 3654. L. 1, Tít. 18, Lib. 10, Nov. Rec. Esta ley exige que los testigos sean vecinos del lugar (**art. 3761 y nota al mismo**). Para evitar cuestiones, preferimos la residencia, porque ella es bastante para que los testigos conozcan al testador y para que el escribano pueda conocerlos á ellos. Por el Derecho Romano no interviene escribano en el testamento escrito: lo mismo por la L. 1, Tít. 1, Part. 6ª. Pero en esta ley debe haber alguna omision en la copia, porque ya ántes la L. 103, Tít. 18, Part. 3ª, declarando la forma del testamento escrito, dice: «*E de si debe escrevir el Escrivano todas las cosas que el testador fciere*» (Dijere).

Art. 3655. Pothier, en su *Tratado de las Donaciones y Testamentos*, Cap. 1, art. 3, § 2, nos dice que en las poblaciones de Francia donde no habia escribano, se podia testar ante los oficiales municipales (**art. 3689 y nota 3690**), ó ante los curas ó vicecuras.

Art. 3656. El Código Frances, art. 972, exige que precisamente el testador ha de dictar el testamento al escribano en presencia de los testigos. Nosotros no encontramos indispensable esta forma, y en el artículo seguimos los usos del país, de los cuales no ha resultado mal alguno. Creemos tambien que hasta que los testigos se hallen presentes al tiempo de la lectura del testamento, sin necesidad de que lo estén cuando se escribe (**nota al 3622**).

Art. 3660. La firma del testador es una de las formalidades indispensables toda vez que sea posible. Cuando él se niega á firmar el testamento, se hace dudosa la libertad de sus disposiciones. Hay lugar de presumir una sugestion á la cual ha querido sustraerse no firmando el testamento (**nota al 3639 y al 3662**.) Véase Marcadé, lugar citado.

Art. 3661. La L. 1, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec., dispuso que cuando el que otorgue una escritura pública no sepa firmar, debe hacerlo por él otra persona ó uno de los testigos (**art. 1001**).

Art. 3662. La declaracion de no saber ó no poder firmar suple la firma, porque ella significa que el testador firmaría si le fuese posible (**nota al 3660**). Esta declaracion, y no solo el hecho de la im-



potencia, es la que debe ser espresamente mencionada. Lo mismo está ordenado para los actos ordinarios respecto á las firmas de las partes. Pero la ley debe exigir una declaracion mas precisa, espresándose la causa que le impedia firmar.

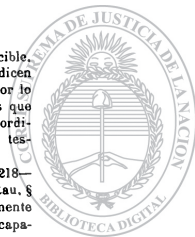
Art. 3663. El caso del artículo puede suceder todos los dias en estos paises, donde la corriente de inmigracion trae tantas personas de diversos idiomas. Los escritores franceses sobre la materia no hallan efectivamente cómo salvar la dificultad (**art. 3611**). Nosotros aceptamos el art. 126, Tít. 12, Part. 1.<sup>a</sup> del Cód. Prusiano.

Art. 3676. Por las leyes de España, el privilegio militar para testar no tenia limite alguno de tiempo. Por las Leyes Romanas, el testamento militar subsistia hasta un año despues que el testador hubiese obtenido la licencia ó retiro del ejército. Inst., Lib. 2, Tít. 11, § 3—Por el Cód. Frances, art. 984, y por el de Nápoles, 910, el testamento militar caduca seis meses despues que el testador haya vuelto á un lugar en donde pueda testar en la forma ordinaria. Por el de Baviera, art. 4, Cap. 4, Lib. 3, un año despues de haberse terminado la campaña ó de haber sido licenciado el testador. El de Holanda, tres meses despues de haber cesado la campaña.

No aceptamos el testamento verbal, ante dos testigos, autorizado por varios Códigos (**notas al 3607 y al 3622**). Seria sin duda el medio mas fácil de suponer un testamento y quitar la herencia á los herederos *ab intestato*. Un privilegio para testar de este modo, podria ser funesto á los mismos militares, familias y parientes, á no ser que se diga que las solemnidades y precauciones adoptadas por todas las legislaciones para asegurar sus últimas voluntades, son innecesarias.

Art. 3690. Si un Juez de Paz ó un municipal puede suplir la presencia de un escribano, es necesario dar á los actos que la ley permite practicar ante ellos, la misma autenticidad que á los practicados ante escribano público (**nota al 3655 y art. 3689**). De este modo se evitarán las diligencias tan costosas y que exigen tanto tiempo respecto á lo que llamamos *memorias testamentarias*, como si no fueran verdaderos testamentos hechos con las solemnidades impuestas por las leyes.

Art. 3697. L. 9, Tít. 1, Part. 6.<sup>a</sup>—Instít., § 7, Tít. 10, Lib. 2—L. 1, Tít. 23, Lib. 6, Cód. Romano—Demolombe, tom. 21, n.º 220—Marcadé, sobre el art. 980, n.º 59—Trolong, *Testament*, n.º 1686—Aubry y Rau, § 670—Puede establecerse la capacidad putativa, no solo por la creencia general, sino por una serie de actos que formen como una posesion de estado (**nota 4007**). Poco importa, por ejemplo, que el testigo se diga mayor de edad; si tal declaracion hubiere de valer siempre, vendria á ser de estilo y serviria á eludir la ley. El error comun sobre la edad ó el parentesco no podria nunca cubrir la nulidad que resultare del defecto de edad ó parentesco, porque no hay una imposibilidad de salir del error. Como la ley no puede querer someter el ejercicio del derecho de testar, á condiciones imposibles, debe soste-



nerse el testamento, cuando el error fuese verdaderamente invencible. Esta ha sido la decision de los tribunales franceses, como lo dicen Marcadé y Troplong, en los lugares citados. Debe concluirse por lo tanto del testo del artículo, que no es aplicable á las incapacidades que resultan de la edad y del parentesco, sino en circunstancias extraordinarias en que no fuere posible averiguar la edad ó parentesco del testigo.

Art. 3698. L. 22, Tit. 1, Lib. 28, Dig.—Demolombe, tom. 21, nº 218—Troplong, *Testament*, nº 1684—Toullier, tom. 5, nº 405—Aubry y Rau, § 670. Así, ni la caducidad, ni la nulidad de un legado posteriormente juzgada, que se hubiere hecho á un testigo, podrian borrar su incapacidad, cuando hacia de testigo en un testamento en que hubiere una disposicion á su favor (**nota 3664**).

Art. 3700. Trata estensamente esta materia. No basta que el testamento se traduzca, si el testigo no puede saber si la traduccion es exacta.

Art. 3701. Las Leyes Españolas exigian la vecindad, materia de eternas cuestiones. Nosotros juzgamos que basta la residencia en el lugar, porque ella es un medio suficiente para probar la individualidad y la identidad de los testigos (**nota al 3654**)—Véase Demolombe, tom. 21, nº 189—Toullier, tom. 5, nº 397.

Art. 3702. Duranton, tom. 9, nº 116—Troplong, *Testament*, nº 1603—Toullier, tom. 5, nº 399—Aubry y Rau, § 670—Estos autores enseñan que aun los ascendientes y descendientes del testador, pueden ser testigos cuando el testamento no contenga alguna disposicion á su favor. Nosotros los hemos escludido por la mútua influencia que pueden ejercer en el testador (**art. 3706 y nota al mismo**).

Art. 3705. Cód. Frances, art. 980—L. 9, Tit. 1, Part. 6ª, en cuanto al sexo, y § 6, Tit. 10, Lib. 2, Instit. Por las Leyes Romanas (L. 21, Tit. 23, Lib. 6, Cód.) y por la de Partida citada, pueden ser testigos, llegando á la pubertad, época en que les es permitido testar. Goyena, art. 589, solo exige la edad de 14 años, porque á esa edad ya pueden testar. Los redactores del Cód. Frances, juzgaron con mucha razon que la capacidad para testar debia ser muy diferente de la capacidad para ser testigo de un testamento—Véase Troplong, *Testament* nº 1673.

Art. 3706. Cód. Frances, art. 975—L. 11, Tit. 1, Part. 6ª—Esta ley comprendió en la exclusion del heredero á sus parientes hasta el cuarto grado. El Derecho Romano escluye solo al heredero instituido y no á los simples legatarios. Instit., § 10, *De testament. ordin.* El Cód. Frances escluye aun á los parientes del legatario hasta el cuarto grado inclusive (**art. 3702 y nota al mismo**) imitando la Ley Romana respecto al heredero instituido, que escluia al hijo que el heredero tenia bajo su patria protestad. Instit., § citado.

Art. 3709. La L. 20, § 4, Tit. 1, Lib. 28, Dig., y la L. 9, Tit. 1, Part. 6ª, disponen que los dementes pueden ser testigos en los intervalos lúcidos, y así lo enseñan Demolombe, Troplong y otros. Nosotros, por



lo que hemos dicho sobre los intervalos lúcidos en los dementes, juzgamos que no es conveniente admitir la resolución de las leyes citadas (**nota al 3615**). ¿Quién juzga que el demente estuvo en un intervalo lúcido cuando servía de testigo, si cuando el Juez lo llama á reconocer su firma se halla fuera de razón? Los otros testigos del testamento pueden creer intervalo lúcido un momento de reposo en la enfermedad, que sin embargo continúe obrando en la persona del demente. Basta la probabilidad de que la enfermedad vuelva, para escluir al demente de ser testigo en los testamentos, aunque los otros testigos lo crean en un intervalo lúcido, porque su testimonio se necesita todavía para abrir un testamento cerrado, ó para reconocer su firma en un testamento militar ó marítimo, y en otros casos que puede ser necesario, y es posible que el Juez del testamento se halle en tales casos con un testigo que está completamente demente.

Art. 3710. L. 7, Tit. 3, Part. 6ª, y L. 1, Tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. de Austria, art. 554—Holandes, 921—Prusiano, 259 y 263—Las sucesiones legítimas en el Derecho Romano, eran incompatibles con las sucesiones testamentarias, por el principio de que un individuo no puede morir parte testado y parte intestado (**nota al 3280**). Si el testador no disponía de la totalidad de sus bienes por legados, el patrimonio restante no se daba á los herederos *ab intestato* segun el orden de las sucesiones legítimas, sino que acrecía al heredero *in re certa*.

Las Leyes de Partida siguieron el principio romano, L. 14, Tit. 3, Part. 6ª—El heredero instituido en cosa cierta, ó en una parte de la herencia, recogía todos los bienes restantes del testador, aunque éste lo prohibiese. Pero la L. 1, Tit. 18, L. 10, Nov. Rec. corrigió la máxima romana, y segun ella, nada influye para la validez de las disposiciones del testador, el que nombre ó no heredero, y que ésie acepto ó no la herencia.

Art. 3716. Cód. de Prusia, art. 263—De Austria, 554—De Vaud, 619—De Chile, 1104—En las disposiciones testamentarias, la razón enseña que siempre se debe estar á las disposiciones dadas por la ley, sin consideración á la calificación que el testador puede haber atribuido á su disposición, en el caso que esta calificación no estuviese en armonía con la naturaleza real de la disposición de la ley (**art. 1326 y nota 3607**)—Aubry y Rau, § 714.

Art. 3719 y á los dos artículos anteriores.—Aubry y Rau, § 714—Troplong, *Testaments*, n° 1768. El legado universal puede corresponder á personas y á cosas. Ninguna dificultad habria cuando el legado se hiciera conjuntamente y sin atribucion de partes, como cuando yo doy la universalidad de mis bienes á Sempronio y á Cayo. Es claro que si Sempronio no puede recibir los bienes que se le dejan, Cayo no dejará de ser un legatario universal (**art. 3263**), ménos por el derecho de acrecer por la energía de la universalidad del título que abraza todo lo que no está exceptuado (**nota al 3512**).

Pero otra cosa sería si el testador hubiese dicho: «lego los tres cuar-



tos de mis bienes á Sempronio». En tal caso, el testador no habria hecho sino legados de cantidad ó parte allicuota, y por consiguiente, no siendo el título universal, y estando divididas las porciones de cada legatario, no habria derecho de acrecer (**art. 3519**). El testamento contendria dos legados distintos sin relacion ni conexion alguna (**nota 3284 y art. 3512**).

Art. 3724. L. 1, Tit. 5, Part. 6ª.—L. 43, Tit. 6, Lib. 28, Dig.—En el Derecho Español y en el Derecho Romano se enumeran seis clases de sustituciones: 1ª la vulgar, que es la que permite el artículo; 2ª la pupilar, por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber, y le nombra heredero en el caso que muera ántes de llegar á la edad de la pubertad; 3ª la ejemplar, disposicion por la cual los padres hacen el testamento de sus hijos púberes, dementes ó imbeciles para el caso que ellos mueran sin haber recobrado la razon; 4ª la sustitucion recíproca hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama á los unos á falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar ó ejemplarmente; 5ª la sustitucion recíproca compendiosa, la que comprende á la vez una sustitucion vulgar y una sustitucion fideicomisoria. Ella valia como vulgar si el caso de la vulgar se presentaba, y como fideicomisoria si el caso de ésta llegaba; 6ª la fideicomisoria subroga un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que á su muerte pasen al sustituido. Véanse las Leyes del Tit. 5, Part. 6.

Con escepcion de la vulgar (**arts. 3725, 3512 y nota**) abolimos todas estas sustituciones. La fideicomisoria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitucion, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver á su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un órden de sucesion en las familias. Esta sustitucion es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, á la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creia una ventaja, la conservacion de los bienes; pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida á los intereses económicos. La sustitucion vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es mas que una segunda institucion para el caso que no tenga lugar la primera; no trastorna el órden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso (**art. 3730**).

Art. 3725. Voct, Lib. 28, Tit. 6, nº 12.—En cuanto á la primera parte, L. 2, Tit. 5, Part. 9ª. En cuanto á la segunda, las Leyes de Partida guardan silencio. El Cód. Frances tampoco resuelve cosa alguna en los dos casos, de impotencia ó falta de voluntad. El Código de Austria, dice: « Si nombrado el sustituto, dice solamente para el caso en que el primero *no quiera*, ó solamente para el caso que *no pueda*, esta disposicion no debe entenderse de un caso al otro ».

Art. 3729. El Cód. de Austria, art. 606, no distingue entre cargas y condiciones « las cargas », dice, impuestas al primer heredero son soportadas por el sustituto que entra en posesion». Pero el de Nápoles dis-



tingue las cargas de las condiciones. Ordena así: « los sustitutos estarán sujetos á las mismas cargas que los instituidos; sin embargo, las condiciones impuestas á la institución ó legado no se presumen repetidas en la sustitución á ménos de declaración expresa ».

Nosotros resolvimos en sentido absoluto, porque no debe presumirse que el testador quiso favorecer mas al sustituto que al heredero, y debe, por lo tanto, entenderse repetidas en aquél las cargas y condiciones impuestas á éste.

Art. 3733. Cód. Frances, art. 906.—Para recibir por donacion, es preciso estar concebido al tiempo que ésta se hace (**art. 1506**); mas para recibir por testamento hasta estar concebido á la época de la muerte del testador. La razon de esta diferencia es que para que haya donacion es preciso que el donante se desapropie de la cosa que da á favor de una persona ya existente por derecho; mientras que el testamento no tiene efecto sino á la muerte del que lo ha hecho, y es solo en esta época cuando la propiedad pasa á quien el testador la da. El testamento siempre lleva la condicion tácita de que el disponente persiste en sus disposiciones hasta su muerte; es, pues, su muerte y la perseverancia de su voluntad hasta ese momento, lo que da vida y efecto al testamento. Sin el concurso de estas dos circunstancias el acto es ineficaz. Por consiguiente, la capacidad del heredero ó legatario es inútil ántes del concurso de dichas dos circunstancias, y basta tenerla al tiempo de la muerte del testador.

Desde que por este Código las profesiones monásticas no causan la muerte civil (art. 103) pueden adquirir por testamento los religiosos de las órdenes reconocidas. Esto no es dar un efecto retroactivo á la ley, sino quitar un impedimento que existia para que esas personas pudiesen adquirir por testamento. Volvemos así á la Legislacion Romana y á la de la Iglesia. Hasta el siglo cuarto los monjes tuvieron facultad de testar; pero Justiniano modificó esta capacidad, porque entrando ellos á un convento debian transmitir todos sus bienes y hacer voto de pobreza (Novela 5, § *Illud quoque, Autentic. ingressi*. Cód., *De Sacrosanct.*; mas ellas podian suceder, Novela 123, cap. 41). Esto mismo dispuso el Derecho Canónico, Decret. 7, Caus. 19, Cuestion 3ª. Al presentarse el Cód. de Chile á las Cámaras, el arzobispo de Santiago y otros obispos pidieron al Cuerpo Legislativo que facultase á las monjas para recibir por testamento. La ley, sin embargo, no hizo lugar á esa solicitud.

Art. 3740. Marcadé, sobre el art. 907, nº 1º.—Coin Deliste, sobre dicho artículo, nº 29.—En contra, Toullier, tom. 5, nº 70.—¿Qué importa que él no confiese? Le da sucosros espirituales y dirige su conciencia; esto creemos que es lo bastante (**art. 3739**).—Vazeille, sobre el art. 909, núms. 7 y siguientes.—Por Derecho Romano y por Derecho de España los adúlteros no podian hacerse legados entre sí. Las leyes no querian que los hijos que proviniesen de estas uniones culpables, pudiesen recibir ni aun alimentos de sus padres (**art. 312**). L. 13, Dig., *De his quæ ut indig.*, y L. 10, Tít. 13. Part. 6ª.—Hemos temido los es-





cándalos, las discordias intestinas, la vergüenza de las familias, y sobre todo la inocencia de los hijos y el ningún derecho positivo de los que pudiesen demandar la nulidad de la adquisición, desde que no se perjudicaba las legítimas señaladas por la ley, y por estas razones hemos creído mejor echar un velo impenetrable sobre estas torpezas ó debilidades, como lo hizo el Cód. Frances, y no señalamos esas causas de incapacidad para recibir. Lo mismo decimos de las disposiciones de las Leyes 4 y 5, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec., respecto á los hijos de los clérigos, frailes ó monjas.

Tampoco ponemos el concubinage como un obstáculo para recibir por testamento (**art. 3733**). La Ley Romana disponia que el que no tuviese hijos legítimos pudiese dejar á su concubina y á sus hijos solo hasta el duodécimo de sus bienes. Lo mismo la Ley de Partida; pero á falta de descendientes legítimos, podia disponer á favor de ellos, de todo su haber, salvo la legítima de los ascendientes.

Al formarse el Cód. Frances, habia en el proyecto un artículo que prohibia las donaciones y legados entre los concubinarios; pero desapareció en la discusion. Se puede, sin embargo, preguntar ¿por qué hacemos incapaz al tutor de recibir del testamento del menor, y al confesor que los auxilia en sus últimos dias, y no tememos las seducciones de una concubina? Hemos querido prevenir indagaciones odiosas y escandalosas. Era poco digno revolver las cenizas de los muertos para descubrir los secretos íntimos de su vida, sacando á luz las miserias de su conducta, cuando el resultado último seria satisfacer la codicia de un pariente al cual el legado del muerto no perjudicaba en sus derechos—Véase Troplong, sobre el art. 902.

Art. 3741. Véase Goyena, art. 616—Cód. Frances, 911—Holandes, 958—Napolitano, 827—De Luisiana, 1478—L. 10, Dig., *De his quæ ut*. En cuanto á la prueba, L. 3, § 3, Dig. *De jure fisci*, Troplong, sobre el art. 911—Coin Delisle, sobre dicho artículo, nº 7—Toullier, tom. 5, nº 84—Voet, Lib. 42, Tit. 2, nº 9. Se puede disfrazar un legado á beneficio de un incapaz de dos maneras, ó por interposicion de una persona, ó por un contrato simulado. El disfraz por interposicion de persona, se hace por un fideicomiso tácito, encargando verbalmente entregar el objeto de la liberalidad á una persona incapaz. La ley crea ciertas presunciones de derecho que hacen suponer que hay interposicion de personas. Las afecciones que unen á los ascendientes con los descendientes, al esposo con la esposa, hacen que sus intereses sean comunes, y por esto la ley presume que lo que se ha dado al esposo ó esposa, al padre y á los descendientes de una persona incapaz, se juzga dado al incapaz mismo.

«La ley no ha definido, dice Troplong, la circunstancia de donde resulte la interposicion de personas. Se refiere á la prudencia del Juez, para decidir si la disposicion testamentaria es sincera ó carece de verdad. Las conjeturas nacen del parentesco, del interes, de la comunidad de sentimientos y de afecciones, de un cierto ascendiente, etc., etc.



Todo puede concurrir al descubrimiento de una intencion fraudulenta.» Sobre la materia estensamente, Vazeille, art. 911.

El reconocimiento de deudas tiene un gran papel en los contratos simulados. Cuando se prueba que las deudas no tienen otra causa que la voluntad de beneficiar á un incapaz, se juzga que son liberalidades hechas al incapaz; mas al que las tiene por sospechosas, le incumba la prueba de que son meramente aparentes: por ejemplo, si el testador al morir se reconoce deudor de una cantidad de pesos á su confesor, el que alega que la deuda es simulada debe probar que el confesor no es un verdadero acreedor.

Art. 3751. LL. 10, 12 y 15, Tit. 9, Part. 6ª. *Et quidem*, dice la Ley Romana, *corpora legari omnia et jura et servitutes possunt*, L. 41, Dig., *De Legatis*, l.—Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 291, nº 109. El Digesto contiene Titulos especiales sobre los legados de usufructo, de uso y habitacion, de servidumbres, de cosas fungibles, de alimentos, de liberaciones, etc., etc.

Art. 3752. Cód. Frances, art. 1021—Napolitano, 975—De Vaud, 636—De Luisiana, 1632—El Cód. de Austria, art. 657 y el de Holanda, 1813, los declaran válidos, si el testador sabia que era ajena la cosa que legaba. En contra del artículo, L. 10, Tit. 9, Part. 6ª—*Instit.*, L. 2, Tit. 20, § 4—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 294, nº 216. Para sostener nuestro artículo, basta decir que las donaciones de cosas ajenas son de ningun valor (**art. 1799**). ¿Por qué disponer lo contrario en los testamentos? El legado de cosa ajena es un legado ilusorio, si el testador sabe que la cosa no es suya (**art. 3754**); si lo ignoraba, hay un error sustancial en el acto. Véase Marcadé, sobre el art. 1021. La experiencia demostró que siguiendo el Derecho Romano, nacen mil cuestiones sobre si el testador sabia ó no que era ajena la cosa legada. Demante, tom. 4, nº 166 bis, desde el § 1 al 6. La disposicion del artículo no se aplica á los legados de cantidades, de cosas indeterminadas, de cosas genéricas ó legados alternativos. Véase Vazeille, art. 1021, nº 9.

Art. 3762. Todos los Códigos, desde el Romano, disponen que el legatario tiene derecho á la cosa legada con todos sus accesorios, en el estado que ella se encuentre (**art. 3772**) á la muerte del testador (**art. 3766**). Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 338 nº 329—L. 37. Tit. 9, Part. 6ª—Cód. Frances, art. 1018—Holandes, 1010, y que por lo tanto, si el testador ha hecho construcciones en un terreno legado en su testamento, estas construcciones pertenecen al legatario. Cód. Frances, art. 1019—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 336, nº 316—Troplong, *Testament*, nº 1940—Aubry y Rau, § 722. Estas resoluciones parten del principio de que el dominio de las cosas comprende el dominio de los accesorios de ella. Mas esto no basta para fundar estas resoluciones, pues las mejoras hechas en cosa ajena, lo que se modifique de buena fe en suelo ajeno, son en verdad del propietario de cosa mueble ó inmueble; pero el debe satisfacer lo edificado ó las mejoras que se hubiesen hecho (**art. 2588 y sus concordantes**). Por otra parte, se olvi-



da el principio que siempre rige las liberalidades, que éstas mas bien deben restringirse que ampliarse. Sobre lo contenido en el artículo, Marcadé mismo que sostiene la disposicion del art. 1019 del Cód. Frances, reconoce que la construccion de un edificio, sobre un terreno legado que al tiempo del testamento era un jardin, que causase la destruccion del jardin, causaria la caducidad del legado, y que el legatario, léjos de poder agregar la construccion del terreno legado, no conservaria ni el terreno mismo. El Cód. de Chile se separa de la legislacion y doctrinas existentes sobre la materia, y de él tomamos el testo del artículo. Sobre la materia, Coin Delisle, en los artículos 1018 y 1019—Demante, tom. 4, n° 64 bis.

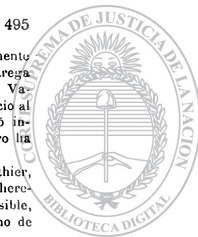
Art. 3766. LL. 34 y 37, Tit. 9, Part. 6ª—Cód. Frances, art. 1014—Aubry y Rau, § 717. El Código Frances, no da al legatario los frutos sino desde el día de la demanda de la cosa legada, porque los principios, dice Troplong, n° 1876, obligan á establecer que el heredero hace suyos los frutos mismos, cuando el legatario no demanda la entrega del legado, pues él no está obligado á saber si el legatario acepta ó no el legado (**nota 3799**). Desde que su título comprende el *universum jus*, debe tambien comprender los frutos desde el día de la muerte del testador. Nosotros podemos contestarle, que en tal caso el heredero no es poseedor de buena fe: no puede tener por suya la cosa legada, pues que el testamento da á otro la cosa que produce los frutos. La resolucion de nuestro artículo es la única que está conforme á los principios, porque la pérdida ó aumento de la cosa legada son de cuenta del legatario en virtud del dominio que le dan las LL. 34 y 37, Tit. 9, Part. 6ª. Solo puede admitirse una escepcion, y es cuando el testador, teniendo herederos forzosos, ha hecho legados que pasan de la cantidad de que la ley le permite disponer.

Art. 3769. Véase Demante, tom. 4, n° 658 bis, § 5. Los intereses dejarían de ser debidos desde la muerte del testador, porque desde ese día los legados producen su efecto. Este efecto, en el caso del artículo, es la liberacion y una deuda estinguida no produce intereses.

Art. 3771. Troplong, *Testament*, n° 1872—Pothier, *Donat.*, *Testament*, cap. 5, parte 2, §§ 31 y siguientes—Aubry y Rau, § 717. En los legados, el término incierto equivale á una condicion que hace condicional el legado. *Dies incertus conditionem in testamento facit*. L. 75, Dig., *De condit.* El término puesto á un legado es cierto, cuando se puede determinar con anticipacion en que llegará. El término es incierto, cuando depende de un acontecimiento que, aun cuando deba necesariamente llegar, puede realizarse en una época mas ó ménos remota, que es imposible determinar con anticipacion. Así, la indicacion de la muerte de una persona constituye un término incierto (**art. 3572**).

Art. 3773. Aubry y Rau, § 717—Troplong, n° 287—Duranton, tom. 9, n° 306. Así, el legatario puede pedir la separacion de los patrimonios (**art. 3436**), y obrar contra los terceros detentadores de inmuebles comprendidos en su legado, para interrumpir el curso de la prescripcion.

Art. 3775. Toullier, tom. 5, n° 572—Aubry y Rau, § 722. Pero Merlin



dice que, si por una parte el legatario está autorizado á obrar realmente contra el tercer poseedor, por otra, debe pedir al poseedor la entrega del legado, y propone los medios de salvar esta dificultad. Véase Vazeille, sobre el art. 1015, n° 5. Nosotros la salvamos citando al juicio al heredero, el cual puede escepcionar sobre la validez del legado ó incapacidad del legatario, y puede tambien aparecer si el heredero ha enajenado ó no la cosa legada (**arts. 3767 y 3768**).

Art. 3776. Cód. Frances, art. 1017—L. 23, Dig. *De legatis*, 2—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 333, n° 307. Si un testador encarga á sus dos herederos dar un derecho de paso á Ticio, como tal derecho es indivisible, cada heredero podrá ser demandado *in solidum*; de modo que si uno de ellos es insolvente, el otro, sin embargo, está obligado por el todo.

Art. 3777. Troplong, *Testament*, n° 1925. El heredero no es obligado por los hechos de su coheredero. La culpa de éste es para él como una fuerza mayor.

Art. 2797. Cuando la sucesion ha sido aceptada pura y simplemente, los acreedores no pueden conservar sus derechos de preferencia sobre los legatarios, sino pidiendo la separacion de los patrimonios. Si omitiesen hacerlo, habria una completa confusion de los bienes de la herencia con los bienes del heredero (**art. 3312**), y los acreedores y legatarios, acreedores personales del heredero, tendrian derechos iguales contra el deudor comun. Pero si los acreedores tienen la precaucion de demandar la separacion de los patrimonios, conservarán la integridad de sus derechos sobre los bienes de la sucesion, y gozarán en ellos de preferencia sobre los legatarios (**art. y nota 3433**).

Quando la sucesion ha sido aceptada con beneficio de inventario, la separacion de patrimonios existe de derecho, y los acreedores conservan sobre los legatarios la preferencia que les pertenece (**art. 3409 y sus concordantes**). Esta aceptacion del heredero, impidiendo la confusion de los bienes dejados por el difunto con los bienes pertenecientes al heredero, hace que los legatarios no vengan á ser acreedores personales del heredero. (Véase Troplong, *Testament*, núms. 1985 y 1987.)

Art. 3799. LL. 34 y 35, Tit. 9, Part. 6ª, Cód. Frances, art. 1039—Troplong, *Testament*, n° 1873—Aubry y Rau, § 726—Demante, tom. 4, n° 187. El legado, como la afecion que lo dicta, es esencialmente personal á aquel para quien se destina, y cuando por su muerte no puede recibirlo, naturalmente caduca (**art. 3766 y nota al mismo**). Pero cuando el legatario sobrevive al testador, aunque sea por instantes, el legado le pertenece y lo trasmite por su muerte á sus herederos. Si el legado fuese hecho á una persona jurídica ó al titular de un cargo, como á tal comunidad ó á tal Cura, caducaria si la persona jurídica ó la funcion hubiese dejado de existir. Á falta de expresiones categóricas del testador, las circunstancias decidirán si el legado hecho á tal Cura ó á tal Juez de Paz, es á la persona investida de la funcion el dia en que el testamento habla, ó á la funcion misma (**art. 3801**).

Art. 3803. L. 41, Tit. 9, Part. 6ª—Cód. Frances, art. 1042—L. 26, Dig., *De legatis*, 1—Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2, n° 353—Demante, tom.



4, n° 193, y el mismo número, bis. El artículo citado del Código Francés declara también que la pérdida del objeto legado, sucedida después de la muerte del testador sin culpa ni por hecho del heredero (**art. 3779**), causa la caducidad del legado. Esta resolución ha sido criticada por Zachariæ, Marcadé y por los juristas Aubry y Rau. Su primera consecuencia es contraria al principio de que el legatario puede reclamar los accesorios de la cosa legada que pudiesen existir. Cuando el objeto legado existe al momento de la apertura del legado, el legatario adquiere la propiedad, y el legado desde ese momento ha surtido todo su efecto. Si una casa legada ha sido incendiada después de la muerte del testador, y antes de entregarse al legatario, el legado queda eficaz en cuanto al terreno en que estaba construida. L. 22, Dig. *De legatis*, l.—Durantou, tom. 9, n° 494—Aubry y Rau, § 726, notas 7 y 9—Tropioug, *Testament*, n° 2144.

El artículo habla del caso en que la cosa *perere*; pero este hecho debe entenderse según las disposiciones establecidas en los primeros Títulos del Libro III. Una cosa ha perecido en el sentido de la ley, no solo cuando ha dejado de existir (**art. 3635**) absolutamente, sino también cuando ha dejado de existir en la especie que tenía. Si la cosa se cambia en otra especie, el legado concluye. *Ex dissolutione et permutatione rei legatæ in alteram speciem, voluntas mutata videtur*, L.L. 41 y 42, Tit. 9, Pat. 6°, L. 6, Dig., *De auro leg.*, Tit. 2, Lib. 34. La ley citada de Partida pone por ejemplo de la regla el caso en que el testador hubiese hecho un legado de lana y después con ella hubiese fabricado paños, ó un legado de maderas que después hubiese empleado en la construcción de un buque, y decide que ni los paños ni el buque son debidos. La misma Ley Romana dice: *Materia legata, navis, armariumve ex ea factum, non vindicetur . . . Navis autem legata, dissoluta, neque materia neque navis debetur*. ¿Y por qué, aquel á quien el buque ha sido legado no tendría derecho á la materia *dissoluta nave*? La ley da la razón *Nam mutata forma prope interimit substantiam rei*. L. 8, § 3, Dig., *Ad exhibendum* (**nota al 2567**).

Los juristas romanos proponían una resolución diferente, cuando el cambio se aplica á una cosa que, aunque revestida de una nueva forma, puede fácilmente volver á tomar la forma que ántes tenía. Así, dice la ley romana, si yo lego á un individuo un lingote de plata, y después hago un vaso de él, el legado será debido porque la plata no pierde su nombre por la transformación, y puede fácilmente tomar por el fuego la forma de lingote.

La acesión hace comunmente cambiar la forma y el valor de una cosa, y sin embargo esta cosa no deja de ser lo que era. Lo que debe considerarse en tales casos, es si la cosa legada forma lo principal en la unión, y si la cosa agregada no es sino lo accesorio. En este último caso no habrá transformación legal de la cosa, y el legado no caducará. L. 44, § 4, Dig., *De legatis*, l.

Hay objetos que se componen de partes diversas, cuyo conjunto forma un todo que tiene una forma determinada, tal es una cosa (**nota**



**al 926.)** Cuando se trata de un objeto de esta naturaleza, el cambio de las partes no puede dañar al todo. Si, pues, el testador lega una casa y despues la rehace parte por parte, la casa será siempre de-  
bida. Otra ley pone otro ejemplo análogo, el legado de un buque repa-  
rado tantas veces despues de hecho el testamento, que quedase enteramente re-  
hecho. En este caso el cuerpo no dejaba de subsistir: son  
partes existentes que reciben la union partes nuevas. L. 24, § 4, Dig.,  
*De legatis*, l.—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 345, n° 390. (Véase Troplong,  
n° 2138 y siguientes—Sobre la materia, Vazeille, n° 1042.)

Art. 3804. L. 36, Tit. 9, Part. 6ª—Cód. Frances, art. 1033. Cuando  
el donatario entre vivos muere ántes de haber aceptado formalmente la  
donacion, ésta queda sin efecto (**art. 1796**), porque la donacion es  
un contrato que no subsiste sino por el concurso de dos voluntades le-  
galmente manifestadas (**art. 1792**). Si al contrario el legatario  
muere ántes de haber hecho conocer su aceptacion, trasmite, sin em-  
bargo, á sus herederos, la cosa legada que habia adquirido desde la  
muerte del testador (**art. 3766**), porque el legado no forma un con-  
trato entre testador y legatario (Troplong, *Testament*, n° 2147).

Art. 1810. En los contratos y en las donaciones entre vivos, el dere-  
cho de acrecer no tiene lugar (**arts. 1794, 1798 y 2893**). Si  
ellos no han sido aceptados, no hay contrato ni donacion; la disposicion  
queda sin efecto, y por lo tanto no puede servir de base al derecho  
de acrecer, si la donacion ha sido aceptada tampoco puede haber dere-  
cho de acrecer porque la cosa pasa á los herederos del aceptante. Sin  
embargo si resultase formalmente de los términos de la donacion, que  
ella es hecha *in solidum* á cada uno de los donatarios, la no aceptacion  
del uno no podria dañar al otro, pues que el aceptante habria aceptado  
por el todo, no por el derecho de acrecer, sino por lo que se llama  
*jus non decrescendi* (**art. 1798 y nota al 3819**).

Cuando no hay institucion de heredero, la caducidad de los legados  
aprovecha á los herederos *ab intestato*. Si hay herederos legítimos, y la  
parte disponible por el testador es dada á alguno, el legado que cadu-  
que no aprovechará á los herederos legítimos, que solo tienen derecho  
á la porcion disponible del testador; y todo lo que está fuera de esta  
porcion acrece para aquellos á quienes ha dejado el remanente de sus  
bienes.

Pero otra cosa sucederá cuando el testador ordene explicita ó impli-  
citamente, que la caducidad de un legado se convierta, no en provecho  
de los herederos legítimos ó de aquel á quien ha dejado el remanente de  
sus bienes, sino en provecho de los colegatarios particulares, ó de  
los coherederos conjuntos. Este derecho escepcional fundado sobre la  
voluntad del difunto, es lo que se llama en jurisprudencia *derecho de  
acrecer* (**art. 3819 y nota al mismo**).

Art. 3812. L. 33, Tit. 9, Part. 6ª, y véase glosa 6 de Gregorio Lopez  
—Marcadé, sobre el art. 1044, n° 191. El acrecimiento no es otra cosa  
en realidad sino un no decrecimiento (**nota 3810**), no para que el  
heredero ó legatario tengan mas de lo que les ha sido dado, sino solo



para que no tengan ménos. Esta sola idea es suficiente para resolver todas las cuestiones á que pueda dar lugar esta materia (**nota 3719**).

Desde que el derecho de acrecer se deriva de una conjuncion establecida por el testador, la Ley Romana habia creado entre dos legatarios tres maneras de conjunciones: *re tantum*, *re et verbis* y *verbis tantum*. L. 142, Tít. 16, Lib. 50, Dig., *De verb. signif.* La conjuncion *re tantum* tenia lugar cuando dos individuos eran llamados al mismo legado por dos disposiciones separadas. *Titio fundum Tusulanum do lego. Mevio cumdem fundum Tusculanum do lego*. Se ve por esta fórmula, que aun cuando los co-legatarios eran llamados por frases diferentes, estaban unidos por el vínculo que produce la identidad de la cosa legada.

La conjuncion *re et verbis* sucedia cuando por la misma disposicion dos personas eran llamadas á la misma cosa. *Titio et Mevio fundum Cornelianum do lego* (**art. 3815**).

La conjuncion *verbis tantum* se hacia cuando el testador llamaba muchas personas á la misma cosa, señalando á cada una la parte que debia tener: *Titio et Mevio fundum Tusculanum do lego aequis partibus* (**nota 3814**).

Nosotros seguimos en un todo el Derecho Romano. El Código Frances modificó notablemente las maneras de causar la conjuncion por el Derecho Romano, y lo haremos notar en los artículos siguientes.

Hay una gran diferencia entre el acrecimiento que tiene lugar en la institucion de herederos, y el que sucede en los legados particulares. En estos últimos el acrecimiento está subordinado á las condiciones rigurosas de conjuncion puestas por la ley; pero entre los herederos universales estas condiciones especiales no son necesarias. El carácter universal de la disposicion testamentaria las reemplaza por su latitud. El acrecimiento se causa, no precisamente por las palabras que forman la conjuncion, sino en virtud de la universalidad del título que absorbe todo, por lo mismo que es universal. Asi, pues, cuando se trate de la institucion de heredero hecha á muchos, no se debe decidir la cuestion de acrecimiento entre ellos por las condiciones estrictas de conjuncion que son la regla de los legados particulares.

Art. 3813. L. 33, Tít. 9, Part. 6ª. Segun el Derecho Romano, si la disposicion que llama dos personas á una cosa se encontraba en actos diferentes, con tal que no fueran incompatibles, el derecho de acrecer tenia lugar (**art. 3815**). Pero el Código Frances, art. 1045, impone aun otra condicion para que la conjuncion *re tantum* produzca el derecho de acrecer, y es, que las dos disposiciones separadas estén contenidas en el mismo acto. Nosotros seguimos la Ley Romana, porque la identidad del objeto legado á muchas personas es la única condicion *sine qua non* de toda verdadera conjuncion, y la base del derecho de acrecer. Troplong, nº 2172, funda en muy débiles razones la modificacion que hizo el Código Frances á la Ley Romana.

Art. 3814. Esta era la conjuncion *verbis tantum* que no daba lugar al derecho de acrecer por las Leyes Romanas, ni lo da por los Códigos modernos. Por ejemplo, Ticio lega su casa á Primo y á Segundo para



que aquél tenga los tres cuartos de ella, y éste un cuarto. Si Segundo pudiese tener mas de lo que se le ha designado, la voluntad del testador sería violada (**nota 3810**). Véase Troplong, *Testament*, nº 2173.

Art. 3815. Troplong, *Testament*, núms. 2174 y 2175—Toullier, tom. 5, nº 69—Duranton, tom. 9, núms. 505 y siguientes—Aubry y Rau § 726, letra C, y nota 32—En tal caso, el testador supone evidentemente que por consecuencia del concurso de los colegatarios ó coherederos, tendrá lugar una particion, y es solo respecto á esta particion que él determina la parte que le tocará á cada uno. La asignacion de partes hecha así, no es sobre la institucion misma de los legatarios ó herederos para fijarlos partes determinadas, sino solo la enunciacion de que el testador se sirve para espresar simplemente las consecuencias de la particion entre los legatarios. Por ejemplo, cuando el testador instituye muchas personas por herederos con esta adiccion: *para que gocen y dispongan de mis bienes por partes iguales*, esta cláusula accesoria y de pura ejecucion no restringe el llamamiento general de los herederos. Si el testador por ignorancia ó abundando en palabras ha explicado el modo de la particion, esa explicacion inútil, no debe interpretarse en un sentido que desnaturalice el carácter de la disposicion principal (**nota 3810**).

Art. 3816. L. 23, Tit. 9, Part. 6ª—Goyena, art. 816—Aubry y Rau, § 726, nota 34. Se observa con razon, dicen los juriconsultos Aubry y Rau en el lugar citado, que el sistema romano es á la vez mas racional que el sistema del Código Frances. La circunstancia de la posibilidad ó imposibilidad de dividir sin deterioro la cosa legada, no puede ser decisiva cuando se trata de juzgar si el testador que ha legado á muchas personas la totalidad de un mismo objeto, ha entendido que la caducidad del legado en la persona de uno de los legatarios aprovecha á los otros colegatarios.

Art. 3819. Aubry y Rau, § 726—Troplong, *Testament*, nº 2191. En las disposiciones de esta materia se ha seguido la voluntad presunta de los testadores, cuando hacen un legado á varias personas; pero desde que la voluntad de ellos sea manifesta, cesan las disposiciones de la ley (**nota 3810**).

Art. 3824. L. 25, Tit. 1, Part. 6ª—L. 4, Tit. 4, Lib. 34, Dig.—Véase Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 429, nº 1—El testador aun no podrá, por una declaracion espresa de voluntad, dar al testamento el carácter de irrevocabilidad. Tal cláusula vendria á hacer predominar una voluntad mas antigua sobre una voluntad mas reciente: es decir, hacer perder á un testamento el carácter de un acto de última voluntad, carácter que debe ser esencial en las disposiciones testamentarias.

Art. 3836. L. 24, Tit. 1, Part. 6ª—L. 1, Dig. *De his quæ in test. delentur*—Pothier, *Pand.*, tom. 2, pág. 194, nº 1—Merlin, *Repert. verb. revoc. de testament*, § 4—En contra, Toullier, tom. 5, nº 664—Duranton, tom. 9, nº 470.



## TÍTULO XX

*De los albaceas*

Art. 3844. El testador puede nombrar una ó mas personas encargadas del cumplimiento de su testamento.

Art. 3845. El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse (3666).

Art. 3838. Cód. Frances, art. 1038—De Luisiana, 1688—L. 15, Dig. *De adm. legat*—Vot., sobre dicho título—Marcadé, sobre el art. 1038—Véase L. 17, Tit. 9, Part. 6a—Aubry y Rau, § 725, nota 29—Tropiong, *Testament*, núms. 2085 y siguientes. «Es preciso penetrarse de una verdad, dice Tropiong, y es que no basta la enajenacion para revocar el legado, sino la voluntad de enajenar manifestada por el testador. Cuando hago una donacion á un incapaz, no hay enajenacion; y sin embargo, el legado es revocado por la razon de que mi voluntad no concurre ya con la liberalidad que habia hecho» (**nota 3534**).

El artículo dispone tambien, que volviendo la cosa enajenada á la propiedad del testador por cualquier causa que sea, no revive el legado. La enajenacion lo habia revocado y no puede recobrar su existencia, sino por una nueva declaracion de la voluntad, revestida de las formalidades requeridas por la ley (**art. 3831**).

Pero podemos decir con Demante, que se llegaria á consecuencias contrarias á los principios mas elementales del derecho y de la razon, si exagerando la doctrina del artículo se diese efecto revocatorio á una enajenacion nula por vicio de consentimiento. ¿Cómo una voluntad impotente para trasferir la propiedad, podria tener la fuerza de revocar un legado? Si la enajenacion lleva el vicio de violencia ó de error, ¿será posible atribuir algun efecto á un acto semejante?

El empleo que el testador hace de la cosa que habia legado, equivale á la disposicion hecha á favor de un tercero. El es dueño de la cosa á pesar del legado, y cuando desnaturaliza la cosa legada para hacer otra diferente para su uso, revoca el legado (**art. 3803 y nota al 3762**). Véase Vazeille, sobre el art. 1038, nº 10.

Art. 3839. Aunque en el derecho se dice que la hipoteca es una manera de enajenacion, es, sin embargo, una enajenacion impropia, que no hace salir la cosa del dominio del testador y por esto no revoca el legado—Toullier, tom. 5, nº 652—Duranton, tom. 9, nº 465.

Art. 3841. Morlin, *Repert. verb. revoc. de legat.*, § 2, nº 6—Aubry y Rau, § 725, letra B—Toullier, tom. 5, nº 654—Vazeille, sobre el art. 1036—Tropiong, nº 2104. Cuando la carga al legatario es la causa final, el legado es meramente accesorio; la carga es lo principal. En el caso de un legado hecho al albacea que debe velar sobre el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, la carga es lo principal, el legado lo accesorio (**art. 3849**). Pero si el testador lega mil pesos á Juan con el cargo de pagar cien que lo debe á Pedro, y ántes de





morir él mismo paga la deuda, el legado no quedará revocado. La carga no era lo principal, ni el motivo único del legado, pues que era mínima respecto al importe de la cantidad legada.

Art. 3844. L. 1, Tit. 10, Part. 6ª.—Téngase presente que en el art. 1870, nº 7, está resuelto que las disposiciones de ese Título son aplicables á los albaceas testamentarios ó dativos.

Zachariae y otros juriconsultos enseñan que el albacea es mandatario de los herederos, y nosotros con otros escritores juzgamos que lo es del testador y no de los herederos (art. 3859). Si al concluir sus funciones está obligado á dar cuenta á los herederos, es porque éstos representan á su autor. Del carácter que damos al albacea resulta, que una demanda, por deuda de la sucesion debe entablarse contra los herederos, y no contra el abacea que no es representante de ellos (art. 3862 y notas al mismo). Resulta tambien que el albacea no puede por sí reconocer deudas contra la sucesion, lo que podria hacer si fuese mandatario de los herederos.

Art. 3846. L. 8, Tit. 5, L. 3, Fuero Real. Hemos establecido en el art. 1897 de este Código, que el mandato puede ser válidamente conferido á una persona incapaz de obligarse; y aunque el ejecutor testamentario sea un mandatario, la ley debe exigir que el testador elija personas capaces de obligarse. En el mandato ordinario él es solo quien sufre por la incapacidad de su mandatario: tiene siempre el recurso de revocar el mandato cuando le parezca, mientras que cuando el ejecutor testamentario es incapaz, son los herederos ó legatarios á los cuales la incapacidad del legatario puede perjudicar sin que ellos hayan participado en su nombramiento, y sin que tengan el poder de revocarlo.

Art. 3854. En el caso de este artículo y del anterior, los bienes que quedan en poder del albacea son en calidad de depósito ó secuestro, para satisfacer con ellos los derechos constituidos por el testamento (nota 3862). Véase L. 4, Tit. 10, Part. 6ª.

Art. 3858 Regularmente se enseña que el albacea puede ser dispensado de hacer el inventario de los bienes de la sucesion; pero esto no importa privar que se haga inventario, sino exonerar al albacea de una formalidad que puede ser llenada por todos los que tengan algun interés en la sucesion. Marcadé, sobre el art. 1031—Troplong, *Testament*, nº 2023—Pero es muy fácil que entónces queden los bienes sin ser inventariados, lo que puede traer cuestiones con los herederos y legatarios ó entre estos mismos; ó pueden ser perjudicados los acreedores de la herencia. Creemos, pues, mas conveniente que el albacea, en todo caso, esté obligado á formar inventario de los bienes.

Art. 3862. Duranton, tom. 9, nº 415—Toullier, tom. 5, nº 591—Aubry y Rau, § 711—Troplong, nº 2005—Zachariae, § 491, nota 27—Aunque el albacea tuviese facultad para pagar las deudas, no puede reconocer un crédito contra la sucesion, cuando hay herederos legítimos ó instituidos en el testamento; porque no tiene mandato para representar á los herederos sino en las cosas que se derivan del testamento, ó que están confiadas á su cuidado.



Art. 3868. Damos la resolución del artículo contra Pothier, Toullier y Aubry y Rau, porque tal dispensa autorizaría al albacea, habiendo herederos legítimos, á tomarse el sobrante de las legítimas, y cuando solo haya herederos voluntarios, á darles lo que quisiera, contra el espíritu del testador. El ejecutor testamentario es un mandatario, y la rendición de cuentas es una de las obligaciones esenciales que se derivan del mandato (**art. 1909**). Si fuese exonerado de dar cuentas, vendría á ser un verdadero propietario, y no puede presumirse que el que nombra un albacea, haya tenido la intención de instituir un verdadero legatario si él quisiera hacerse tal. El testador ha podido sin duda legar al albacea, cuando no hubiese herederos legítimos ó herederos instituidos, todo lo que no se emplease en pago de deudas ó de las cargas hereditarias; mas de que hubiese podido hacerlo, no se sigue que el mandatario pueda apropiarse las cosas que le han confiado bajo una calidad que excluye todo derecho de propiedad sobre esas mismas cosas—Troplong, n° 2028—Marcadé, sobre el art. 1031—Zachariæ. § 491, nota 9—Coin Delisle, sobre el mismo artículo, n° 3.

Art. 3878. El privilegio no grava los muebles con tanta energía como los inmuebles. Si se trata de estos últimos, el carácter eminente de la carga que los grava, es de seguirlos por cualesquiera transmisiones que pasen. La duración de la posesión por el deudor es, al contrario, la medida general de la eficacia del privilegio sobre los muebles. El principio de que, en cuanto á muebles, la posesión vale por título, impide que el acreedor privilegiado los persiga en las manos de un tercer tenedor, con solo las escepciones espresas en las leyes (**art. 3921 nota, y nuestro comentario al mismo**).

Art. 3896. Los muebles están sujetos á trasformaciones que modifiquen su naturaleza. ¿Qué influencia tienen esas trasformaciones sobre la suerte del privilegio del vendedor? Troplong, *Privil.*, núms. 109 á 116, adopta la teoría de Cuyas. Si la cosa ha cesado de ser lo que era para trasformarse en una especie diferente, el privilegio se ha perdido, á no ser que el cambio no sea definitivo, y que la materia pueda volver á la especie primitiva (**art. 2567 y siguientes, 2606**). Si la cosa no ha recibido sino mejoras ó disminuciones que no impiden que conserve su primitiva especie, el privilegio continúa.

Algunos encuentran muy rigurosa la resolución de Cuyas. Mourlon, *Examen critique*, desde el n° 64, sostiene estensamente que el privilegio del vendedor debe conservarse, siempre que los cambios hechos en la cosa no impidan comprobar su identidad; que el privilegio no se pierde sino cuando la cosa está completa y absolutamente destruida, cuando no existe ninguna parte visible de ella, ni se la puede reconocer, como se resuelve en el artículo (**nota del codificador al 2567**). Martou, desde el n° 479, ha tratado de las diversas opiniones sobre la materia.

Art. 3906. Aubry y Rau, § 214—Vazeille, n° 258—Cód. Frances, art. 2252—Duranton hace muy justas observaciones sobre el artículo del Cód. Frances, tom. 21, n° 290—Troplong, sobre dicho artículo. El ha



demonstrado en su Tratado de la venta, n° 166, que el menor, representado por su tutor, no es igual al mayor de edad. En cuanto al menor emancipado, podemos decir que siendo la prescripción, una vía indirecta para enajenar, no podría enajenar por este medio sus bienes inmuebles, cuando por las disposiciones del Título *De los Menores*, no puede vender ni enajenar sus bienes raíces. Por iguales prohibiciones que en ese Título, los menores emancipados no podrían por la prescripción causar la liberación de un deudor suyo de cantidad de pesos (**art. 135, 436 y sus concordantes**).

Art. 3969. Cód. Frances, art. 2553—Duranton, tom. 21, n° 299—Vazeille, núms. 272 y siguientes. Las relaciones que existen entre los esposos y en su incapacidad recíproca para hacerse beneficios irrevocables, dejan sin valor alguno las consecuencias que se podrían deducir de la posesión del uno y del silencio del otro. Aunque haya separación de bienes, la prescripción debe suspenderse entre los esposos. A ninguno de ellos se le puede culpar de no haber cobrado al otro lo que le debiese (**arts. 1276 y siguientes**).

Supongamos que un marido hubiese poseído durante veinte años, con todas las condiciones requeridas por la ley, un inmueble que ignoraba que pertenecía a su mujer. Era preciso bajar del tiempo de su posesión, el tiempo del matrimonio, porque la prescripción no ha corrido durante esa época de unión en que la mujer debía reposar sobre los cuidados del marido, respecto a los bienes que a ella le pertenecían, y en que el marido habría sin duda abdicado el pensamiento de adquirir un inmueble con perjuicio de su mujer, si él hubiese sabido que le pertenecía.

Decimos *aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente*. El marido regularmente tiene sobre la mujer un ascendiente que una separación de bienes ó un divorcio no tienen el poder de borrar. Cuando a la mujer se le restituyen sus derechos civiles, no se le devuelve al mismo tiempo un corazón libre de toda afección, ó temor. Desde que el mismo principio de afección puede subsistir en una mujer separada de su marido, que en la que no lo está, sería injusto que la prescripción a la cual, la una por debilidad, y la otra por condescendencia con el marido pudiese esponerla, corriese contra la una, y no corriese contra la otra. La separación de bienes (**art. 1291 y siguientes**) tiene por fin la conservación de la fortuna de la mujer, y si ella trajese consigo la prescripción, iría contra su fin. Retenida por el amor, por el respeto ó temor a su marido, la mujer dejaría perecer sus derechos. Vazeille ha tratado esta inateria muy bien y extensamente en su obra *Tratado de las Prescripciones*, cap. 6, desde la pág. 326.

Art. 3999. L. 18, Tit. 29, Part. 3ª—Cód. Frances, art. 2265—Napolitano, 2171—De Luisiana, 3435—Instít., Lib. 2, Tit. 6, § 2.

Si el justo título y la buena fe son dos condiciones distintas, no son, sin embargo, dos condiciones independientes. El que quiera prescribir, debe probar su justo título, pero el mismo justo título hará presumir la



buena fe. Para la percepcion de los frutos, la buena fe es la única condicion exigida al poseedor para hacer suyos los frutos (**art. 2423**) y el justo titulo no es requerido sino como elemento de la buena fe.

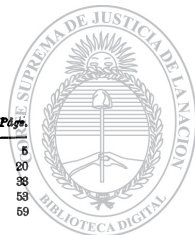
La prescripcion que determina el articulo, no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con titulo y buena fe. La prescripcion en tal caso no hace mas que consolidar la adquisicion hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda accion de reivindicacion. La posesion debe ser legal y sin los vicios de precaria, clandestina, ó violenta (**arts. 2361 á 2366**).

Art. 4005. La Ley 16, Tit. 29, Part. 3ª, habla tanto de las sucesiones universales como de las particulares, y exige en ambas la buena fe. Pero, los sucesores universales no hacen sino continuar la persona del difunto (**arts. 3251 y 3417**): ellos no comienzan una nueva posesion: continúan solo la posesion de su autor, y la con-ervan con las mismas condiciones y las mismas calidades: si ella es viciosa en vida del difunto, se conserva viciosa en el heredero; y recíprocamente, si era justa y de buena fe, se continúa como tal, aunque el heredero llegare á saber que la heredad pertenecia á otro (**arts. 2351 y nota al mismo, 3418**).

Los sucesores particulares, sean á titulo oneroso ó lucrativo, no continúan la posesion de su autor: no hay identidad jurídica en las personas: no representan á su autor: no suceden en sus obligaciones. El autor del sucesor puede tener una condicion totalmente diferente, que impida unir la posesion del uno á la del otro. Hay dos posesiones distintas, que en ciertos casos tienen la facultad de unirse para cumplir el tiempo requerido por la prescripcion.

Art. 4009. Las nulidades de formas privan al acto de su existencia legal, y hacen que el poseedor no pueda creerse propietario. Son vicios visibles y estrínsocos, y nadie debe ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos—Véase Troplong, núms. 901 y 920.

# ÍNDICE DEL TOMO SÉPTIMO



	<u>Págs.</u>
<b>TÍTULO XII</b>	
De la forma de los testamentos . . . . .	5
Capítulo I Del testamento ológrafo. . . . .	20
Capítulo II Del testamento por acto público . . . . .	38
Capítulo III Del testamento cerrado . . . . .	58
Capítulo IV De los testamentos especiales. . . . .	59
Capítulo V De la apertura, publicación y protocolización de algunos testamentos. . . . .	70
<b>TÍTULO XIII</b>	
De los testigos de los testamentos. . . . .	75
<b>TÍTULO XIV</b>	
De la institución y sustitución de heredero . . . . .	91
<b>TÍTULO XV</b>	
De la capacidad para recibir por testamento. . . . .	110
<b>TÍTULO XVI</b>	
De la desheredación. . . . .	128
<b>TÍTULO XVII</b>	
De los legados. . . . .	130
Capítulo I Caducidad de los legados. . . . .	190
<b>TÍTULO XVIII</b>	
Del derecho de acrecer. . . . .	204
<b>TÍTULO XIX</b>	
De la revocación de los testamentos y legados. . . . .	214

## TÍTULO IX

Págs.

De los albaceas . . . . .	236
---------------------------	-----

## SECCION SEGUNDA

*Consecuencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común*

## TÍTULO I

De la preferencia de los créditos . . . . .	261
Capítulo I Division de los privilegios. . . . .	263
Capítulo II De los privilegios sobre ciertos muebles . . . . .	284
Capítulo III Del orden de los privilegios sobre los bienes muebles. . . . .	307
Capítulo IV Del privilegio sobre los inmuebles . . . . .	329

## TÍTULO II

Del derecho de retencion . . . . .	360
------------------------------------	-----

## SECCION TERCERA

*De la adquisicion y de la pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo*

## TÍTULO I

De la prescripcion de las cosas y de las acciones en general . . . . .	388
Capítulo I De la suspension de la prescripcion . . . . .	390
Capítulo II De la interrupcion de la prescripcion. . . . .	404
Capítulo III De la prescripcion para adquirir. . . . .	421
Capítulo IV De la prescripcion liberatoria. . . . .	445

## TÍTULO II

De la prescripcion de las acciones en particular . . . . .	451
--	-----

## TÍTULO COMPLEMENTARIO

De la aplicacion de las leyes civiles . . . . .	473
Notas del codificador á los artículos contenidos en el presente tomo. . . . .	480



