

CÓDIGO CIVIL

DERECHO CIVIL



CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR EL DOCTOR

BALDOMERO LLERENA

TOMO TERCERO

BUENOS AIRES

—
CARLOS CASAVALLE—EDITOR

Imprenta y Librería de Mayo, Perú 191 (antes 115)

—
1888

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	49.698
UBICACION	C.2134



ADVERTENCIAS

Habiendo notado que se hace cierta confusion en las citas entre los fallos de los Tribunales de la Capital de la República con los de la Capital de la Provincia de Buenos Aires, advertimos al lector:

1° Cuando citamos los F. de los T. de la C., nos referimos á los fallos coleccionados por el Dr. Manuel Ponce.

2° Fallos de las T. de Buenos Aires, nos referimos á los coleccionados con anterioridad á 1877.

Fallos de los T. de la C. Federal, son los fallos dictados por el Superior Tribunal de la ciudad de Buenos Aires despues de ser Capital definitiva de la República.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

TÍTULO VIII

De las donaciones

1789—Habrá donacion, cuando una persona por un acto entre vivos trasfiera de su libre voluntad gratuitamente á otra, la propiedad de una cosa. (Concuerda con los arts. 1139, última parte—1437—1790—1791—1803—1822—1826 á 1828—1834.)

CONCORDANCIAS

(L. 1, Tit. 4, Part. 5.—L. 1, Tit. 7, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 29, Tit. 5—Lib. 39, Dig.—Cód. Frances, art. 894—Napolitano, 814—Holandes, 1703—Savigny, en el tom. 4 del Derecho Romano, destina el § 176 á comparar las legislaciones principales de Europa sobre las donaciones, que en verdad son muy diferentes las unas de las otras.)—Goyena, 940—Freytas, 2119—Cód. de Chile, 1386.

1790—Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condicion de no producir efecto la promesa sino despues de su fallecimiento, tal declaracion de voluntad será nula como contrato, y valdrá solo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos juridicos. (Concuerda con los arts. 947—1217, inc. 4—1789—1803—1810—1983—3743.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2138—Cód. de Chile, 1000—Cód. de California, 2720—Aubry y Rau, §§ 644 y 645, nota 1^a.

Lo dispuesto en el presente art. es sin perjuicio del derecho de reversion de que hablan los arts. 1841 y siguientes.

Valdrá solo como testamento: La liberalidad, en tal caso, es un legado, y su validez se determinará por las disposiciones

del tit. "De los legados" y su forma por el tit. "De la forma de los testamentos."

1791—No son donaciones: (Véase 3477.)

- 1º La repudiacion de una herencia ó legado, con miras de beneficiar á un tercero;
- 2º La renuncia de una hipoteca, ó la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente;
- 3º El dejar de cumplir una condicion á que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omision se tenga la mira de beneficiar á alguno;
- 4º La omision voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella;
- 5º El dejar de interrumpir una prescripcion para favorecer al propietario;
- 6º El pago de lo que no se debe, con miras de beneficiar al que se llame acreedor; (Véase 958—3480.)
- 7º El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio; (Véase 1627—1628—1811.)
- 8º Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan ó se reciben gratuitamente; pero no con el fin de trasferir ó de adquirir el dominio de ellas.

CONCORDANCIAS

(Savigny, Derecho Romano, tom. 4, desde la pág. 28 hasta la 53, y desde el § 105 hasta el 108 inclusive—Demolombe, tom. 20, núms. 36 y siguientes, y núms. 82 y siguientes)—Freytas, 2122—Cód. de Chile, 1394—1395 á 1399—Laurent, tom. 12, núms. 63 y siguientes—Nota 8 del Dr. Segovia—Laurent, tom. 12, núms. 333 y siguientes.

1792—Para que la donacion tenga efectos legales, debe ser aceptada por el donatario, expresa ó tácitamente, recibiendo la cosa donada. (Concuerta con los arts. 10—1145 á 1147—1151—1154—1235—1793 á 1798. Nota del codificador al art. 1795—1811—1814—3516.)

CONCORDANCIAS

(Proemio de la Part. 5ª)—Cód. Frances, 932—Goyena, 945—La necesidad de la aceptacion es impuesta por todos los Códigos—Véase sobre las donaciones manuales, Cód. de Portugal, 1458.

Recibiendo la cosa arrendada: En tal caso no se necesita la aceptacion expresa; pero habiendo aceptacion expresa no se necesita tradicion y que el donante tenga la posesion actual de la cosa donada. La S. C. de la Nacion (S. 2, tom. 9, p. 85) ha declarado en principio general que no hay donacion sin tra-

dicion. Pensamos que hay en esto un error; la sola aceptacion hace perfecto el contrato sin necesidad de la tradicion; prueba de ello son los arts. 1833, 1834 y 1836 que suponen el caso de que, estando perfecto el contrato, el donante no ha hecho tradicion de lo donado.

La aceptacion tácita que causa el recibo de la cosa, es aplicable á las cosas muebles como á las inmuebles.

1793—Antes que la donacion sea aceptada, el donante puede revocarla espresa ó tácitamente, vendiendo, hipotecando ó dando á otros las cosas comprendidas en la donacion. (Concuerda con los arts. 875—1149—1150—1151—1814—3516—3838—3839—3840.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 20, n. 130)—Véase las del art. 3888.

Vendiendo, hipotecando, etc., etc. : Pero si la venta, hipoteca ó la trasmision por que se reboca la donacion se anulan por vicio de consentimiento como el error, la violencia, la donacion no deberá considerarse revocada; pero si se anula por otra causa que el vicio del consentimiento, la donacion queda sin efecto aunque, á causa de esa anulacion vuelvan los bienes á poder del donante.

En el primer caso hay voluntad libremente manifestada, y esta voluntad de enagenar importa voluntad de revocar la donacion; pero cuando esa voluntad no se ha manifestado libremente, es claro que el acto anulado no produce revocacion. (Véase § 3 de la nota del codificador al art. 3838.)

1791—Si la donacion se hace á varias personas separadamente, es necesario que sea aceptada por cada uno de los donatarios, y ella solo tendrá efecto respecto á las partes que la hubiesen aceptado. Si es hecha á varias personas solidariamente, la aceptacion de uno ó alguno de los donatarios se aplica á la donacion entera. Pero si la aceptacion de los unos se hiciese imposible, ó por su muerte ó por revocacion del donante respecto de ellos, la donacion entera se aplicará á los que la hubiesen aceptado. (Concuerda con los arts. 1798—1811—3813 á 3822.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 20, n. 157)—Las citas de los concordantes citados con los cuales se debe complement á la presente disposicion—Laurent, tom. 12, núms. 240 y 241.

Separadamente: Es decir, determinando la parte de cada una. (Art. 3813.)

1795—Si el donante muere ántes que el donatario haya aceptado la donacion, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados á entregar la cosa dada. (Concuerda con los arts. 1149—1154—1811.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, n. 1114—Garnier, Seccion 1, Cap. 1)—En contra, Cód. de Portugal, 1465—Cód. Frances, 932, y demas Códigos europeos.

Están obligados á entregarla: Sobre el tiempo en que se prescribe esta obligacion. (Véase comentario al art. 4023.)

1796—Si muere el donatario ántes de aceptar la donacion, queda ésta sin efecto, y sus herederos nada podrán pedir al donante. (Concuerda con los arts. 1149—1792—1811.)

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 12, n. 238 y las del art. anterior—Aubry y Rau, § 563, nota 3.

Nada podrán pedir: Antes de la aceptacion la donacion es solo un simple proyecto, y si el donatario muere ántes de aceptarla, es claro que sus herederos no pueden tener ningun derecho sobre la cosa donada, puesto que su causante no los tenía tampoco; tal es la razon del presente art. (Véase Laurent, tom. 12, n. 239.)

Creemos que lo mismo deberá aplicarse en caso de incapacidad sobreviniente al donatario despues de hecha la donacion y ántes de ser aceptada. (Aubry y Rau y los autores allí citados.)

El art. 1797, última parte, solo tiene aplicacion en caso de que la donacion se haga al incapaz, despues de ser tal.

Lo espuesto es para el caso en que el donante haya revocado la donacion ántes de tener conocimiento de la aceptacion del representante del incapaz. Cuando se trata de una aceptacion hecha por el mismo donatario, no es necesario, para el efecto de perfeccionarse el contrato, que la aceptacion llegue á conocimiento del donante (nota del codificador al art. 1795); pero tratándose de los representantes del donatario que se ha hecho incapaz despues de la donacion y ántes de su aceptacion, por lo mismo

que ésta queda sin efecto á causa de la incapacidad sobreviniente, es necesario un nuevo acuerdo de voluntades entre el donante y los representantes del donatario para que la donacion pueda tener efecto. El tal caso, se considera que la donacion es hecha despues de la incapacidad, y recibe aplicacion lo dispuesto en el art. 1797, última parte, y sus concordantes. Desde entónces se considera que la donacion es un nuevo acto, y por lo mismo el donante no puede revocarlo; el hecho de conocer la aceptacion de los representantes del incapaz sin objecion por parte del donante, debe considerarse como una prueba de que persiste en la voluntad de beneficiar al donatario.

1797—Nadie puede aceptar donaciones, sino por si mismo ó por medio del que tenga poder especial suyo al intento, ó poder general para la administracion de sus bienes, ó por medio de su representante legítimo. (Concuerta con los arts. 1161—1808—1811—1880—1881, inc. 7.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 933—Holandes, 1711—De Luisiana, 1529)—Cód. de Chile, 1411—Nuestros estudios sobre el Cód. Civil, p. 233—Goyena, 948—Cód. Italiano, 1058—Cód. de California, 3730—Freytas, 2125, inc. 4—Laurent, tom. 12, n. 241—Mourlon, tom. 2, n. 659—Nuestro comentario á los arts. 1162 y 1808.

Ó poder general para la administracion de sus bienes: Cuando en 1879 se trataba de agregar una fe de erratas al Cód. Civil, propusimos que se cambiasen las palabras citadas por las de "*Ó poder general para aceptar donaciones*", conciliando así este art. con el 1808, inc. 5, con el 1881, inc. 7 y con todos los Códigos y autores mas adelantados. De no interpretarse así, hay, por lo ménos, que liminar las facultades del administrador general á la aceptacion de las donaciones de bienes muebles, pues que el inc. 7 de 1881 legisla espresamente el caso de ser la donacion de bienes inmuebles, y al caso puesto en el comentario al art. 1808.

Si una persona acepta una donacion sin mandato al efecto, y ratifica despues la aceptacion, ésta producirá efecto. (Art. 1162.)

1798—Cuando la donacion se haga á dos mas beneficiados conjuntamente, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, á ménos que el donante lo hubiese conferido espresamente. (Concuerta con los arts. 1264—1794—3818.) (Véase arts. 3812 á 3819.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Baviera, Lib. 3, Cap. 8)—Freytas, 2176—Cód. de California, 2730—Cód. de Chile, 1415—Goyena, 955—Véase los concordantes citados.

Ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer: No deben confundirse estas palabras con lo dispuesto en el art. 1794 respecto á la aceptacion de la donacion: allí se trata de la validez de la aceptacion hecha por uno de los donatarios conjuntos, ó por uno de los donatarios solidarios, independientemente del derecho que los unos puedan tener por el fallecimiento ó incapacidad del otro. Aquí solo se trata del derecho que cada uno de los donatarios tiene por fallecimiento del otro.

Las notas puestas en los concordantes citados sirven de comentario al presente art. y deben tomarse en cuenta para su aplicacion práctica.

CAPITULO I

De las cosas que pueden ser donadas, y bajo qué condiciones

1799—Las cosas que pueden ser vendidas pueden ser donadas. (Concuerda con los arts. 1170—1327—1800—3651.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2130, 1.ª parte.

1800—Las donaciones no pueden comprender, sino los bienes presentes del donante, y si comprenden tambien bienes futuros, serán nulas á este respecto. Las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán si los donantes se reservaren el usufructo, ó una porcion conveniente para subvenir á sus necesidades, y salvo los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes, ó ascendientes legítimos. (Concuerda con los art. 800, inc. 5—968—969—1168—1175—1176—1217, inc. 4—1321—1334—1830—1868—3518—3592 y siguientes—3598—3953.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 943—Napolitano, 867—Holandes, 1704—La L. 8, Tit. 4, Part. 5ª, supone válidas las donaciones de todos los bienes: lo mismo la L. 35, Tit. 54, Lib. 8, Cód. Romano—La L. 7, Tit. 12, Lib. 3, F. R. no permite la donacion de todos los bienes—La L. 2, Tit. 7, Lib. 10 de la Nov. Rec. prohibió la

donacion de todos los bienes—Véase Savigny, Derecho Romano, tom. 4, desde la pág. 146—Demolombe, tom. 20, n. 409)—Goyena, 953—Th. Huc, tom. 1º, p. 240—Cód. de California, 2731—Cód. de Chile. 1408 y 1409.

Bienes futuros: No se refieren estas palabras á los frutos ó productos que se esperan de tales ó cuales bienes. Aunque la donacion de tales bienes sea una promesa, como dice el Dr. Velez en la nota del presente art., nada impide que puedan donarse válidamente tales bienes. (Véase Huc, lugar citado—Aubry y Rau, §§ 675 y 676, nota 4 y Mourlon, tom. 2, n. 707.)

Serán nulas á este respecto: Es decir, no serán nulas en el todo, sino que serán válidas respecto á los bienes presentes y nulas respecto á los futuros: *utile per inutile non vitiatur*.

O una porcion conveniente, etc.: Porque no es posible permitir que el mismo donante determine su mendicidad. La cantidad que se deje para subvenir á las necesidades del donante debe ser determinada; de lo contrario sería dar al donante la facultad de dejar indirectamente sin efecto la donacion. (Véase Mourlon, sobre el art. 945 Frances, tom. 2, p. 374.)

Salvo los derechos de sus acreedores: Estos no tienen accion directa contra el donatario (art. 1839), pero la tienen para impedir que los bienes donados pasen á poder del donatario ántes de ser pagados de sus créditos.

La donacion de todos los bienes sin la condicion de ser pagados por el donatario las deudas del donante, debe considerarse como un acto hecho en fraude de los derechos de los acreedores, y como tal nulo con respecto á los acreedores y en proporcion á sus créditos.

Satisfechos éstos, la donacion quedaria subsistente por el resto.

1801—El donante puede reservarse á su favor, ó disponer en favor de un tercero del usufructo de los bienes donados. (Concuerda con los arts. 1800—1840—2814.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 949—Napolitano, 873—Holandes. 1706)—Goyena, 958 y su comentario—Cód. de California, 2731 y 2738.

Puede reservarse á su favor, etc., etc.: Y deberá hacerlo, por lo ménos en una parte, si la donacion es de todos sus bienes (art. 1800).

La reserva de usufructo no perjudica el derecho de los acreedores para ejecutar los bienes donados; por consiguiente no se les puede obligar á que se conformen con pagarse á medida que el donante reciba el usufructo. (Véase Cód. de Chile, 1419.)

1802—El donante puede imponer á la donacion las condiciones que juzgue convenientes, con tal que sean posibles y lícitas. No podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donacion, subordinarla á una condicion suspensiva ó resolutoria, que le deje directa ó indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar ó de restringir sus efectos. (Concuerda con los arts. 21—530—531—532—542—1839—3517.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 944—Demolombe, tom. 20, n. 416—Pothier, *Donat.*, S. 2, art. 2—Troplong, n. 1206 y siguientes—Toullier, tom. 5, n. 218 y siguientes—Aubry y Rau, § 699 y las notas 5 y 7)—Laurent, tom. 12, núms. 409—430 y siguientes.

Posibles y lícitas: Acerca de esto se estará á lo dispuesto en el tít. de las *Obligaciones condicionales*.

Que le deje directa ó indirectamente la facultad de revocarla: Esto no impide que la donacion pueda ser bajo condicion suspensiva ó resolutoria; siempre que el hecho á que se subordine la adquisicion ó la resolucion no dependa de la voluntad del donante, la donacion será perfectamente válida.

En el primer caso, es decir, cuando es bajo condicion suspensiva, no se viola el principio de que el donante debe desprenderse *actualmente* de la propiedad de la cosa donada, puesto que el derecho que se acuerda en la donacion bajo condicion suspensiva es mas que una esperanza, "es un derecho, dice Laurent, tom. 12, n. 431, que entra en el dominio del donatario y que puede transmitir á sus herederos. Si la condicion se cumple, se retrotrae al dia del acto; desde ese dia el donatario habrá adquirido. Si la condicion falta, la donacion caduca, no por la voluntad del donante, sino en virtud de la ley del contrato." Por nuestras leyes, la donacion bajo condicion suspensiva tiene el mismo carácter, lo cual es una excepcion al principio del art. 558.

En el segundo caso, el principio de la irrevocabilidad de la donacion, no queda abolido por la condicion resolutoria, puesto que si la donacion se resuelve, no es el donante quien la opera, sino la condicion, independientemente de la voluntad de las partes.

1º La condicion puede á veces consistir, no en un aconteci-

miento que sucederá ó no independiente de la voluntad de las partes, sino en ciertos cargos que el donatario debe cumplir, como el caso del art. 1839, por ejemplo. En estos casos es donde con mas frecuencia se puede violar el principio de la irrevocabilidad de la donacion. Examinaremos algunos de ellos.

2º ¿Puede hacerse una donacion bajo condicion de que el donatario pague las deudas futuras del donante? Indudablemente que no: esto importaria dejar al donante la facultad de reducir á la nada la donacion, contrayendo deudas que absorbiesen completamente el valor de lo donado. Una donacion hecha bajo semejante condicion seria irremisiblemente nula, dicen Ricar, tom, 1, p. 261—Aubry y Rau, § 699, nota 10.

3º Semejante donacion ¿deberá considerarse inexistente, es decir, absolutamente nula, ó simplemente anulable? Creemos que será simplemente anulable—Laurent, tom. 12, n. 438 propone esta misma cuestion y dice: "Las solas condiciones requeridas para la existencia de una donacion son: el consentimiento, un objeto, una causa lícita y las formas legales. En el caso propuesto (que es el mismo propuesto por nosotros), solo se puede invocar la tercer condicion, considerando la revocabilidad como ilícita. Esto nos parece difícil admitir. La verdadera causa de la donacion es el espíritu de liberalidad que anima al donante. No se puede decir que el donante que hace una donacion que indirectamente puede revocarla, no tenga la intencion de gratificar al donatario; hay entónces una causa, y esta causa es indudablemente lícita. Lo único que hay es que el donante ha puesto una condicion que vicia su intencion. Esto quiere decir que la donacion existe, pero que está sujeta á ser anulada."

De suerte que el donatario, desde que acepta la donacion hecha en la forma debida, adquiere la propiedad de lo donado; pero si á la muerte del donante ó ántes de ella, ve que este último ha abusado, ó ha usado del medio indirecto de revocar la donacion creando obligaciones que por el contrato de donacion están á su cargo, podrá pedir la exoneracion de dichas obligaciones pidiendo la nulidad de la donacion, la cual deberá decretarse infaliblemente aunque se sostenga que las obligaciones creadas por el donante no absorben el valor de los bienes donados. La nulidad en este caso no se funda en lo que ha sucedido sino en lo que puede suceder, ó lo que es lo mismo, en la condicion que deja indirectamente

tamente al donante la facultad de revocar la donacion. Esto es lo único que se tendrá en mira, y no si cuando se pide la nulidad ha usado ó no el donante de este medio indirecto de revocar su liberalidad.

Resulta, pues, que una donacion en los términos indicados, puede en cualquier tiempo ser anulada á solicitud del donatario, siempre que éste vuelva los bienes recibidos por la donacion.

4º Si el donante impone la obligacion de pagar sus deudas, presentes ó futuras, determinándose su monto, tal donacion será válida, pues que estando determinadas unas y otras, no hay el peligro de que ella sea indirectamente revocada. En tal caso, el donatario deberá pagar estas deudas. (Véase nuestro art. 1839—Cód. de Chile, 1418, y Cód. de California, 2742.)

5º Puede hacerse válidamente una donacion bajo la condicion de que el donatario pagará una renta anual ó mensual determinada por un número de años determinados tambien, ó durante la vida del individuo. (Véase contrato de renta vitalicia.)

Respecto á las condiciones ó cargos impuestos, se aplicará lo dispuesto en los arts. 558 á 565, especialmente el 562 y, en general, las reglas sobre las obligaciones condicionales.

1803—No se reconocen otras donaciones por causa de muerte, que las que se hacen bajo las condiciones siguientes: (Véase 1789.)

1º Que el donatario restituirá los bienes donados, si el donante no falleciere en un lance previsto; (Véase art. 543—544—1233—1234—1790—1844.)

2º Que las cosas donadas se restituirán al donante, si éste sobreviviere al donatario. (Véase arts. 543—555—556—557—1841—3743.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2132.

Estas donaciones no son sino bajo cláusula de reversion.

CAPITULO II

De los que pueden hacer y aceptar donaciones

1804—Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que espresamente las leyes dispusiesen lo contrario. (Concuerda con los arts. 134—1160—1806—1807—1808 y los concordantes de ambos—1809.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2123—Cód. de California, 2746 y 2747—Goyena, 944 y 949—Cód. de Chile, 1387 á 1389—Cód. Frances, 902.

1805—El padre y la madre, ó ambos juntos, pueden hacer donaciones á sus hijos de cualquiera edad que éstos sean. Cuando no se espresare á qué cuenta debe imputarse la donacion, entiéndese que es hecha como un adelanto de la legítima. (Véase arts. 279—397, inc. 1^a—3476—3484—3524—3525.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2123.

1806—No puede hacerse donacion á persona que no exista civil ó naturalmente. Puede, sin embargo, hacerse á corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando se hiciese con el fin de fundarlas, y requerir despues la competente autorizacion. (Concuerda con los arts. 45—47—1804—1848—3290—3734—3735.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 18, núms. 321 y siguientes)—Cód. de Chile, 1390—Freytas, 2127—Laurent, tom. 12, n. 255 y núm. allí citado—Fallos del Dr. Drago, p. 314—Goyena, 944.

Y requerir despues la competente autorizacion: Pero si ésta no llega á efectuarse creemos que la donacion volverá á poder del donante ó sus herederos.

1807—No pueden hacer donaciones:

- 1^o Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donacion; (Concuerda con los arts. 868—1217, incs. 3 y 4—1219—1230—1231—1804—1820—3738—3741.)
- 2^o El marido, sin el consentimiento de la mujer, ó autorizacion suplementaria del Juez, de los bienes raíces del matrimonio; (Concuerda con los arts. 1277—1284.)
- 3^o Los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, sin espresa autorizacion judicial; (Concuerda con el art. 297.)
- 4^o Los tutores, de los bienes de sus pupilos, sino en los casos designados en el art. 450, número 5^o;
- 5^o Los curadores, de los bienes confiados á su administracion; (Concuerda con los arts. 475—488.)
- 6^o Los mandatarios, sin poder especial para el caso, con designa-

cion de los bienes determinados que puedan donar; (Concuerda con los arts. 1797—1881, inc. 8.)

- 7º Los hijos de familia, sin licencia de los padres. Pueden sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesion ó industria; (Concuerda con los arts. 54—134—275—287, incs. 1 á 3.)

CONCORDANCIAS

(Ley 1, tit. 4, Part. 5º)—Freytas, 2124—Cód. Frances, 903 á 905—Cód. de Chile, 1392—Laurent, tom. 12, n. 234.

O á las personas de quien éste sea heredero: Es decir, á las personas de quien el cónyuge donatario sea heredero. Por consiguiente, puede hacerse donacion á las personas de quienes sean herederos los hijos del cónyuge que no es el donante.

De los bienes raíces del matrimonio: Se refiere, tanto á los de la mujer como á los gananciales. El art. 1277 dice que el esposo puede hacer donacion de los bienes adquiridos durante el matrimonio con arreglo á las disposiciones del presente título; y como este inciso es el único que se refiere á la donacion de dichos bienes, tenemos que los gananciales entran tambien en la prohibicion.

1808—No pueden aceptar donaciones:

- 1º La mujer casada, sin licencia del marido ó del Juez; (Véase arts. 55, inc. 2—189—1043—1804—3334.)
- 2º Los tutores, en nombre de sus pupilos, sin autorizacion espresa del Juez; (Véase arts. 443, inc. 4—1797—3333.)
- 3º Los curadores, en nombre de las personas que tienen á su cargo, sin autorizacion judicial; (Véase 475—1797.)
- 4º Los tutores y curadores, de los bienes de las personas que han tenido á su cargo, ántes de la rendicion de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare; (Véase arts. 465—3736—3737—3738.)
- 5º Los mandatarios, sin poder especial para el caso, ó general para aceptar donaciones. (Véase, art. 1797—1881, inc. 7.)

CONCORDANCIAS

(L. 2, tit. 4, Part. 5º—Cód. Frances, 934)—Freytas, 2125—Cód. de Chile, 1411—Cód. de California, 2748—Véase nuestro comentario al art. 1797—Cód. Frances, 907—Laurent, tom. 12, núms. 241 y siguientes, 258 y 259—Mourlon, tom. 2, núms. 659 á 671.

La mujer casada: La nulidad de la aceptacion hecha por la mujer casada, ¿puede ser alegada por el donante ó sus herederos? Indudablemente que sí; la aceptacion por parte del donatario es esencial para la existencia de la donacion; sin esa aceptacion válida la donacion es absolutamente nula, es decir, no existe á los ojos de la ley y por lo mismo el donante puede revocarla; (art. 1739—Véase Laurent, tom. 12, n. 259) es una nulidad absoluta que puede ser alegada por cualquiera de las partes (art. 1047). Mas que todo, la donacion no existe, puesto que una aceptacion nula no produce efecto alguno; siendo así, el donante puede revocarla cuando quiera. Así ha sido fallado tambien por las Córtes Francesas (Rogron, comentario al art. 974 Frances,—en contra, Moulon, tom. 2, n. 673.)

Lo que decimos de la aceptacion hecha por la mujer casada es aplicable á todos los declarados incapaces de aceptar donaciones, tales como el menor de edad ú otros. (Rogron, sobre el art. 935.)

1º ¿Puede la mujer divorciada aceptar donaciones sin autorizacion judicial? Si es mayor de edad, indudablemente tiene tal facultad, puesto que la mujer divorciada puede ejercer todos los actos de la vida civil (art. 210). No habiendo una prohibicion espresa su aceptacion será perfectamente válida.

En los casos en que es necesario la autorizacion del marido, ésta debe ser espresa y auténtica, y transcribirse en la escritura de aceptacion si él mismo no concurre á la formacion del acto. (Véase Laurent, tom. 12, n. 234 y arts. 1003 y 1004, y nuestros arts. 1003 y 1004.)

2º El marido, como administrador y representante de la sociedad conyugal puede aceptar donaciones hechas á la mujer (Pothier, *Costumbres de Orleans*, Introduccion al tit. XV, n. 35). Es á este caso al que puede referirse el art. 1797 cuando dice que el que tiene la administracion general de los bienes de otro puede aceptar donaciones á nombre del dueño de dichos bienes.

Inciso 2º Los padres pueden aceptar donaciones gratuitas á nombre de sus hijos. De aquí se sigue que la mujer divorciada que ha quedado con la administracion de los bienes de éstos puede aceptar donaciones gratuitas ó remuneratorias hechas á sus hijos, sin necesidad de aceptacion previa (arts. 1268, 1797—Véase Cód. Frances, 935, última parte y Laurent, tom. 2, n. 246, p. 312.)

3º Los padres naturales no pueden aceptar donaciones á nom-

bre de sus hijos, por cuanto ellos no tienen la administracion de los bienes de dichos hijos (art. 336.)

4º Si la donacion es hecha al ménos por los padres ó por el tutor, debe nombrarse un tutor especial para que acepte la donacion, puesto que no puede aparecer en un mismo acto el donante en su carácter de tal y como representante del donatario.

Inciso 4º En este caso debe aplicarse por analogia lo dispuesto en el art. 465; es decir, que hasta pasado un mes de la aprobacion de las cuentas el tutor no puede recibir donacion de su ex-pupilo.

1809—La capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donacion se prometió ó se entregó la cosa. La capacidad de donatario, debe ser juzgada respecto al momento en que la donacion fué aceptada. Si la donacion fuese bajo una condicion suspensiva, en relacion al dia en que la condicion se cumpliesc. (Concuerda con los arts. 545—1063—1154—1156—1159—1804.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 18, núms. 695 y siguientes)—Freytas, 2128 y 2129—Laurent, tom. 12, núms. 291 á 296.

Al momento en que la donacion se prometió ó se entregó: Consecuencia de esto es el art. 1795.

En cualquiera de las dos épocas que se tenga capacidad la donacion es válida; así, si es hecha por un menor incapaz, la donacion será nula; pero si este mismo objeto donado se entrega despues que el donante ha llegado á la mayor edad, esto importa una confirmacion de la donacion anteriormente hecha. Si, por el contrario, se tenía capacidad al tiempo de hacerse la donacion y no se tenía al tiempo de entregarla, la incapacidad sobreviniente no invalida la donacion y podrá hacerse la entrega por medio del representante del incapaz como puede hacerse por los herederos en el caso del art. 1795.

Es de advertir, sin embargo, que si la validez de la donacion dependia de la forma instrumental, como las de que habla el art. 1810, la incapacidad sobreviniente al donante despues de la oferta, pero ántes de la escrituracion, deja sin efecto la donacion, y su representante no podrá estender dicha escritura. La razon es que ántes de esa escritura la donacion no existe, puesto que aun siendo aceptada y sin que á ninguna de las partes sobrevenga incapaci-

dad, el donatario no puede exigir su ejecucion. Si en este caso es así, con mayor razon quedará sin efecto la que no se escritura por falta de capacidad en el donante.

Si la escritura de donacion se ha hecho por una persona absolutamente incapaz, la cual se hace capaz al tiempo de entregar la cosa donada, será necesaria para la validez de la donacion, un nuevo acto escrito, puesto que tal escritura es absolutamente nula y por lo mismo no es susceptible de confirmacion (art. 1047, última parte).

Pero si no es necesario escritura pública, la entrega de lo donado importa por sí solo una nueva repeticion de la oferta, quedando por consiguiente válida la donacion.

CAPITULO III

De las formas de las donaciones

1810—Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, y á falta de éste, ante el Juez del lugar y dos testigos, bajo pena de nulidad: (Concuerda con los arts. 1223, 2ª parte—977, incs. 1 y 2—1790—3665.)

- 1º Las donaciones de bienes inmuebles; (Concuerda con el art. 1184, inc. 1)
- 2º Las donaciones remuneratorias; (Véase arts. 1822—1855.)
- 3º Las donaciones con cargo; (Véase arts. 1855—1856.)
- 4º Las donaciones de un esposo á otro para despues de su fallecimiento; (Concuerda con los arts. 1217, incs. 3 y 4—1790.)
- 5º Las donaciones de prestaciones periódicas ó vitalicias. (Concuerda con el art. 1184, inc. 5.)

CONCORDANCIAS

(Véase, tit. 16, Lib. 10, Nov. Rec.)—Freytas, 2150—Cód. de California, 2725 y 2726—Cód. de Chile, 1400, 1402 á 1404—Cód. Frances, 931—Laurent, tom. 12, núms. 220 y siguientes—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 12, p. 158—Id. del Dr. Drago, p. 314.

Ante el Juez del lugar: Aunque éste sea el Juez de Paz. (Argumento del art. 3655.)

Las donaciones de un esposo á otro: Si el valor de éstas no pasa de mil pesos y no se trata de bienes inmuebles, podrá hacerse en la forma indicada en la última parte del art. 1223.

La donacion hecha en otra forma que la indicada en el presente art. no valdrá ni como obligacion de hacer. La escritura, como la aceptacion no son meras fórmulas para probar el acto; son de la esencia del contrato; si falta alguno de estos requisitos falta tambien la donacion. En esto están de acuerdo casi todos los autores. (Véase Laurent, tom. 12, núms. 217 á 227.)

No es pues aplicable á la donacion lo dispuesto en los arts. 1185 á 1188. La especialidad del contrato de donacion hace que su existencia dependa especialmente de la forma en que se constituye y en que se acepta. No es lo mismo que los demas contratos en general, en que, espresada la voluntad de las partes en cualquier forma que sea, no le es dado desistir voluntariamente de ella ó dejarla de cumplir sin pagar los perjuicios consiguientes. En la donacion, aunque se haya hecho en una forma auténtica, el donante puede desistir de ella ántes que el donatario la acepte en la forma debida; sin esa formalidad no existe donacion. Es un contrato cuya existencia depende esencialmente de la forma instrumental.

Los arts. 1812 y 1813 dan argumento tambien en pro de la tesis que sostenemos. (Véase lo dicho en el comentario al 1812.)

La forma de la donacion es impuesta en el mismo carácter que la forma de los testamentos, es decir, como condicion esencial de su existencia. (Nota del codificador al art. 3322.) Así como el testamento nulo por vicio de forma no produce ningun efecto, la donacion que no es hecha en la forma especialmente determinada, tampoco produce efecto alguno. (Mourlon, n. 653.)

Todos los Códigos dan este mismo carácter á la forma de la donacion. (Véase Cód. de Chile, 1400—Italiano, 1056, etc., etc.)

1811—Las donaciones designadas en el artículo anterior, deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura. Si estuviere ausente, por otra escritura de aceptacion. (Concuerta con los arts. 1792 á 1797—1814—3516—Véase 1235.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2151—Cód. Frances, 992—Goyena, 947, 1.^a parte—Cód. de California, 2728—De Portugal, 1406—Aubry y Rau, § 650, notas 2 y 3—Laurent, tom. 12, núms. 277 y siguientes—Mourlon, tom. 2, n. 657.

Deben ser aceptadas: ¿Quiere esto decir que no estando ausente el donatario la aceptacion deberá hacerse necesariamente en la misma escritura de donacion? Pensamos que no; por

consiguiente, no sería nula una aceptacion hecha en una escritura posterior á la de la donacion aun cuando se probase que el donatario no estaba ausente al tiempo de hacerse. Lo que esta primera parte del art. quiere decir es únicamente que la aceptacion debe ser espresa, sin que baste para llenar el requisito de la aceptacion el que el donatario esté presente en el acto, y que esa aceptacion espresa puede hacerse ó por la misma escritura ó por otra posterior. Para la aceptacion no hay fórmula sacramental.

La aceptacion, so pena de nulidad, debe hacerse en la misma forma auténtica en que conste la donacion. Lo contrario daría lugar á infinitas dudas cuando fuera necesario determinar la fecha cierta en que ésta se hizo irrevocable por la aceptacion.

Si no se acepta en la misma escritura ó en otra forma auténtica el donante podrá revocarla, y el donatario no podrá alegar que al revocarse habia sido aceptada ya, aun cuando realmente lo haya sido. No le sería, por ejemplo, admitida la prueba de que la aceptó verbalmente. Esto es materia de una disposicion espresa en el Cód. Italiano (art 1061). La aceptacion en la forma debida y con la capacidad necesaria (art. 1808) es indispensable para la existencia de la donacion. (V. Mourlon, 657.)

Aunque la aceptacion se haga por una escritura posterior á la donacion, no habrá necesidad de comunicar esta aceptacion al donante. (Nota del codificador al art. 1795.)

1812—Las donaciones designadas, no se juzgarán probadas sin la exhibicion de la correspondiente escritura en que se hubiesen hecho. (Concuerda con los arts. 1191—1795—1810.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2155—Véase los concordantes y comentarios del art. 1810—Fallos del Dr. Drago, p. 175.

Sin la exhibicion de la correspondiente escritura:
Es decir, sin la escritura pública de que habla el art. 1810. Sin esta escritura pública no hay ni obligacion de hacer, como la hay para los casos en que no es necesario esta forma auténtica y que son á los que se refiere el art. 1813. Prueba de que sin la escritura pública y la aceptacion en la misma forma no existe ni obligacion de hacer es el art. 1796, que declara *sin efecto* la donacion cuando muere el donatario ántes de aceptarla; si por el

solo consentimiento naciese la obligacion de hacer, como sucede en los contratos en general, los herederos del donatario podrian aceptar la donacion, lo cual es negado por el citado art. (Véase lo espuesto en el comentario al art. siguiente.)

1813—En todos los otros casos, si en juicio se demandase la entrega de los bienes donados, la donacion cualquiera que sea su valor, no se juzgará probada, sino por instrumento público ó privado, ó por confesion judicial del donante. (Concuerda con los arts. 1141—1190 á 1193—Nota del codificador al art. 1802—Véase art. 1818.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2155, 2ª parte—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 9, p. 85.

En todos los otros casos: Es decir, que fuera de los casos enumerados en el art. 1810, la prueba de las donaciones está sujeta á las reglas establecidas para los contratos en general. Freytas, art. citado, que es donde ha sido tomado el presente art. lo da á entender de un modo espreso.

Tal es el principio general aceptado por casi todos los Códigos. (Véase el de California, arts. 2723 á 2726—Goyena, 946 y comentario del mismo al art. 952—Rogron, comentario al art. 931 Frances:) Advuértase, sin embargo, que por el presente art. queda suprimida la prueba testimonial cualquiera que sea el valor de lo donado. (Véase lo espuesto en el comentario al art. 1815.)

1814—El instrumento público no es suficiente para probar la donacion, si no se probase por los medios indicados la aceptacion de ella por el donatario, salvo el caso en que la donacion fuese por causa de matrimonio, la cual se presume aceptada desde que el matrimonio se hubiese celebrado. (Concuerda con los arts. 1140—1235—1241—1792—1793—1811—3516.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3156—Aubry y Rau, § 651 y 652, nota 12.

Por los medios indicados: Se refiere á las solemnidades de forma para la donacion. De suerte que la aceptacion deberá hacerse en la misma forma en que se hace la donacion; si ésta solo puede hacerse por escritura pública, la aceptacion deberá hacerse, so pena de nulidad, en la misma forma.

Como la aceptacion es indispensable para la validez de la do-

nacion, porque forma parte esencial de la sustancia misma del acto (nota del codificador al art. 1792), la falta de aceptacion en la forma debida produce esactamente el mismo efecto que la falta de forma al hacerse la donacion. Las consecuencias de esa falta las hemos espuesto en el comentario al art. 1810 y siguientes; lo que allí decimos sobre la falta de instrumento público es aplicable á la aceptacion que no se hace en forma auténtica.

Respecto á las donaciones de que habla el art. 1813, su aceptacion podrá probarse en la misma forma que allí se admite probar la donacion.

1815—La donacion de cosas muebles ó de títulos al portador puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa ó del título al donatario. (Concuerda con los arts. 1457—1816—2390—2412—Véase 2760.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Holanda, 1724—Demolombe, tom. 20, núms. 58 y siguientes—Trop-
long, Donacion, n. 1041 y siguientes)—Cód. de California, 2723—Cód. de Por-
tugal, 1458—Lehr, Derecho Germánico, p. 313, n. 150—Aubry y Rau, § 659, nota
13—Laurent, tom. 12, núms. 281 y 282.

Por la sola entrega de la cosa ó título al donatario:

De suerte que habiéndose hecho la entrega en la forma establecida en el art. 1816, ni donante ni sus herederos podrán alegar nulidad de la donacion fundándose en la falta de formas, cualquiera que sea el valor de lo donado. Esto no quiere, sin embargo, decir que si no se ha hecho tradicion, el donatario pueda demandar su entrega tratando de probar el contrato verbal por medio de testigos. Únicamente se admite como válido el contrato consumado por la entrega de la cosa; pero no que sin un acto escrito se pueda demandar su ejecucion en juicio. Nunca se puede demandar la entrega de lo donado si el contrato no se prueba por instrumento público ó privado ó por confesion judicial del donante (art. 1813 y su comentario). Por instrumento público, en los casos enumerados en el art. 1810, y por instrumento privado en los demas casos no comprendidos en el 1810, pero con sujecion á las reglas establecidas para la prueba de los contratos. Por confesion judicial en todos los casos.

Una cosa es demandar del donante la entrega de la cosa donada, y otra demandar la nulidad de una donacion de cosas

muebles hecha sin forma escrita, pero seguida de la entrega de lo donado. La posicion del donatario es muy distinta en uno y otro caso. (Véase art. 577.)

1816—Para que valgan las donaciones manuales es preciso que ellas presenten los caracteres esenciales del contrato, y que la tradicion que las constituye sea en sí misma una tradicion verdadera. (Concuerda con los arts. 577—2373—2374—2377—2378—2379—2385—2387—3768 y su comentario.)

CONCORDANCIAS

Goyena, 952—Véase Cód. Italiano, 1062—Laurent, tom. 12, núms. 277 y siguientes.

Los caracteres esenciales del contrato: Es decir, la intencion por parte del donante de hacer una liberalidad, y por parte del donatario de aceptar una donacion. (Laurent, tom. 12, núms. 284,—285—290—Aubry y Rau, § 659, texto de la p. 81.)

A esta intencion debe seguir la tradicion. El donatario, por consiguiente, debe probar la posesion; hecho esto, la regla de que la posesion vale por título basta en general, dice una sentencia citada por Laurent, n. 286, para establecer la presuncion de que ha habido tradicion y aceptacion por su parte. Pero sin esta posesion se supone que no ha habido donacion, puesto que no se encuentran reunidos los caracteres de la donacion, tradicion y aceptacion por la aprehension real ó ficticia.

Así, el que demanda la entrega de una cosa á título de donatario, sería rechazado necesariamente en sus pretensiones desde que con el solo hecho de exigir la posesion prueba que no se le ha hecho tradicion.

Aun la posesion misma no prueba muchas veces que haya habido tradicion en el sentido de nuestro art. Así, la esposa, el administrador, etc., etc., que á la muerte del esposo, ó patron, se encuentran en posesion de tales ó cuales bienes muebles, no pueden alegar su posesion como prueba de una donacion: su posesion en tal caso, y para el efecto de establecerse la presuncion de que se han llenado los requisitos esenciales de la donacion, es incierta, equívoca, y por lo mismo no puede establecerse desde luego, é indudablemente, que esa posesion es á título de propietario, puesto que tanto puede poseer á este título como al de comunero ó administrador.

Cuando nuestro art. exige para la validez de las donaciones manuable que ellas presenten todos los caracteres esenciales del contrato, tales como la tradicion con ánimo de donar y la aceptacion por parte del beneficiado, que son los signos que establecen el concurso de voluntades, exige que esos caracteres no puedan fácilmente confundirse con hechos que tengan una explicacion verosímil distinta á la que pueda establecer una presuncion de poseer á título de donatario. (Véase Laurent, tom. 12, n. 286.)

Sobre todas las cuestiones que puedan presentarse sobre las donaciones manuales. (Véase á Laurent, tomo citado, desde el n. 284 á 296.)

1817—Si el que trasmitió la cosa alegase que el poseedor de ella no la tiene por título de donacion, sino por depósito, préstamo, etc., debe probar que la donacion no ha existido. Toda clase de prueba es admitida en tal caso. (Véase arts. 837—874—1818—2201—2246.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, Donacion, 1043 y siguientes)—Laurent, tom. 12, núms. 286 á 289—Véase lo espuesto en el comentario al art. 1816.

Debe probar que la donacion no ha existido: Es decir, que no se han llenado los requisitos esenciales para la existencia del contrato de donacion, exigidos por el art. 1816 y que hemos espuesto en su comentario. Es á este objeto que la última parte del art. admite toda clase de pruebas.

Pero respecto á la causa misma de la posesion del donatario, la prueba está sujeta á las reglas generales de derecho. Así, el que pretenda probar que el que se dice donatario es solo poseedor á título de préstamo, depósito ú otro contrato, le serán admitidos solo los medios de prueba que para esa clase de contrato sean admisibles, con arreglo al valor de lo cobrado (Véase Laurent, lugar citado.)

Una cosa es probar que no existe donacion, porque la tradicion hecha no ha reunido los caracteres necesarios para consumar el contrato, y otra es probar la obligacion por parte del poseedor de devolver la cosa en razon de la causa misma de su posesion, por ser á causa de un préstamo, por ejemplo.

En el primer caso se trata de probar un hecho puro y simple, y como tal se puede constatar por testigos; en el segundo, por

el contrario, se trata de probar la existencia de un contrato, y sobre esto debe necesariamente estarse á las reglas relativas á la prueba de los contratos.

De suerte que segun el título de posesion que se le atribuya al demandado será la prueba que se le admita al demandante, para contrarestar la presuncion que la posesion de las cosas muebles establece en favor del poseedor, de *que la posesion vale por titulo*.

Así es que, cuando la última parte del art. dice: "Toda clase de prueba será admitida en tal caso", no se refiere al caso en que se trata de probar que el demandado solo posee á título de depósito, ó préstamo, por ejemplo. Aplicar á estos casos esa parte de la disposicion que estudiamos sería dejar sin efecto el art. 2201, que dice que el depósito no puede probarse por testigos, cuando su valor pasa de 200 pesos; el 2246 que trae idéntica disposicion para probar el mutuo y muchos otros como éstos, ó que contienen un principio general como el 1193.

Esa parte del art. se refiere al caso en que se quiera probar que no ha existido donacion.

Un ejemplo hará comprender mejor la interpretacion que damos al art. Supóngase que Pedro, depositario de Juan de una suma de dinero ó de otra cosa, al ser demandado, á la muerte de Pedro, por los herederos de éste por la entrega del depósito, alega que lo depositado le ha sido donado por Pedro. En este caso, el origen de la posesion segun la misma confesion del demandado es un contrato de depósito, y como esta confesion es indivisible, es decir, que tanto es creido en lo que le favorece como en lo que no, la prueba del demandante consistirá en demostrar que Pedro no ha podido adquirir á título de donatario, ya porque no se le ha hecho tradicion de lo donado ó porque Juan nunca ha tenido intencion de donar, etc., etc.

Aquí, la prueba no versaria sobre la existencia del contrato de depósito, mutuo ó préstamo que ya era confesado por el poseedor, sino únicamente sobre la *no existencia de la donacion*, por no haberse cambiado el título de la posesion del demandado.

En este caso se le admitiria al demandante toda clase de pruebas, pues que con ello en nada se contraría las disposiciones mencionadas. Otra cosa sería si, invocando el poseedor simple-

mente el título de donatario, se quisiera probar por el demandante que la posesion de aquél es á título de comodatario, ó depositario, etc., etc. Entónces la prueba estaria limitada á lo dispuesto en los concordantes y demas arts. citados.

Tal es la interpretacion mas racional que este art. puede tener para no chocar con los principios generales de derecho que hemos espuesto. (Véase Demolombe, tom. 20, núms. 79 y siguientes, y Troplong, lugar citado.)

1818—La donacion no se presume sino en los casos siguientes: (Véase arts. 874—1190, inc. 5—1817.)

- 1º Cuando se hubiere dado una cosa á persona á quien hubiese algun deber de beneficiar;
- 2º Cuando fuese á un hermano ó descendiente de uno ú otro;
- 3º Cuando se hubiese dado á pobres, cosas de poco valor;
- 4º Cuando se hubiese dado á establecimientos de caridad.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2159—Cód. de Chile, 1393—Goyena, comentario al art. 946, palabras *Escrituras públicas*—Laurent, tom. 12, n. 312.

CAPITULO IV

De las donaciones mútuas

1819—Las donaciones mútuas son aquellas que dos ó mas personas se hacen recíprocamente en un solo y mismo acto.

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 12, núms. 342 y 343—Aubry y Rau, § 703, testo anterior á la nota 1ª.

1820—Las donaciones mútuas no son permitidas entre esposos. (Concuerta con los arts. 1217, inc. 4—1807, inc. 1.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1097—Pothier, *Donat.*, Secc. 3ª, art. 2, § 1, y n. 2—Grenier, *Donat.*, tom. 1, n. 187—Duranton, tom. 8, n. 590—Aubry y Rau, § 703.)

No son permitidas: Durante el matrimonio se entiende. (Véase concordantes citados.)

Como las donaciones mútuas son las que se hacen en un mismo acto, los intérpretes del derecho frances, declaran que el art.

1097 Frances no prohíbe que se hagan donaciones los esposos uno al otro en actos separados, aunque sean en la misma fecha y ante los mismos testigos. (Aubry y Rau, § 743, texto y nota 12.)

Nuestro art. no puede recibir tal interpretacion porque la prohibicion del art. 1807, inc. 1º, es sin distincion alguna.

1821—La anulacion por vicio de forma, ó del valor de la cosa donada, ó por efecto de incapacidad en uno de los donantes, causa la nulidad de la donacion hecha por la otra parte; pero la revocacion de una de las donaciones por causa de ingratitud, ó por inejecucion de las condiciones impuestas, no trae la nulidad de la otra. (Véase art. 499 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 703, notas 2 y 3.

Causa la nulidad de la donacion hecha por otra parte:

Los casos enumerados en el art. susceptibles de causar la nulidad de la otra donacion no son los únicos que pueden presentarse. Por regla general, cuando una de las donaciones se anula por una causa ajena á la voluntad del donante, por lo mismo que la otra queda sin causa, se anula tambien á su vez. La razon es que en las donaciones mutuas, una de las donaciones es en cierto modo la causa de la otra. (Rogron, comentario al art. 960, p. 988.)

Sea que la nulidad se declare á pedido del mismo donante ó de sus herederos, el efecto de la nulidad es la misma con respecto á la otra.

Respecto á la devolucion de lo donado se observará lo dispuesto para el poseedor de buena fe.

CAPITULO V

De las donaciones remuneratorias

1822—Las donaciones remuneratorias son aquellas que se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero, y por los cuales éste podia pedir judicialmente el pago al donante. (Concuerda con los arts. 1274—1823.)

CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 478)—Cód. de California, 2717—Cód. de Chile, 1433—Aubry y Rau, § 702, nota 1°—Laurent, tom. 13, n. 333—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 9, p. 85.

Apreciable en dinero: Si no lo es se aplicará lo dispuesto en el art. 1824. (Véase Demolombe, tom. 20, n. 49, p. 42.)

El hecho de haber renunciado á demandar su pago, no le quita á la donacion el carácter de remuneratoria.

1823—Si del instrumento de la donacion no constara designadamente lo que se tiene en mira remunerar, el contrato se juzgará como donacion gratuita. (Véase 1274.)

CONCORDANCIAS

Véase las del art. anterior, y Freytas, 2172.

Lo que se tiene en mira remunerar: Si el servicio que se designa, es de los que no son apreciables en dinero ó que no se puede exigir judicialmente su valor, la donacion se considerará, no obstante, como gratuita, puesto que falta una de las condiciones exigidas por el art. 1822 para que sea remuneratoria.

La donacion en mira de remunerar un servicio cuyo pago apreciable en dinero no se puede demandar en juicio por estar ya prescrito ¿será remuneratoria?

Pensamos que sí. La designacion de esa obligacion natural en escritura de donacion y la voluntad de cubrirla importa un reconocimiento, y aun cuando al hacer la donacion el donante solo era guiado por un deber moral, y su intencion era hacer una liberalidad, producido el hecho, por lo mismo que el reconocimiento de una obligacion natural la convierte en civil, la donacion que tuvo su origen en una mera liberalidad se convierte en remuneratoria, es decir, onerosa (Demolombe, tom. 2, n. 37) para el efecto de ser juzgada como tal en caso de quererse revocar, ó clasificarla de inoficiosa.

Se aplicaria en tal caso lo dispuesto en el art. 1832, inc. 2.

Sería chocar con los principios generales que rigen en materia de obligaciones naturales obligar al donatario á devolver, en razon de una demanda de reduccion, lo que habia recibido como recompensa de una cosa que realmente se le debia pero que por

efecto de la prescripcion ó por otra causa no podia demandar en juicio. (Véase nota del codificador al art. 516.)

Es necesario no confundir, sin embargo, estas obligaciones con aquellas que nunca, y por razon de su origen, han podido ser civilmente obligatorias. Tal sería, por ejemplo, el deber moral de gratificar á un empleado fiel y diligente con algo mas 'del sueldo que tenía designado y que habia percibido. (Véase Laurent, tom. 12, núms. 337, 338 y especialmente el n. 360, y art. 1824.)

1824—Las donaciones hechas por un deber moral de gratitud, por servicios que no dan accion á cobrar judicialmente su valor en dinero, aunque lleven el nombre de remuneratorias, deben considerarse como donaciones gratuitas. (Véase art. anterior.)

CONCORDANCIAS

· Las del art. anterior y su comentario.

1825—Las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos á título oneroso, mientras no escedan una equitativa remuneracion de servicios recibidos. (Concuerda con los arts. 1274—1863—2146, inc. 4.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 478, nota 2—Grenier, n. 97—Troplong, *Donat.*, núms. 1073 y 1074)
—Aubry y Rau, § 702, notas, 3 á 6—Laurent, tom. 12, núms. 334 á 336.

A título oneroso: En tal caso deberá pagarse los daños y perjuicios provenientes de su inejecucion; pero estos daños y perjuicios deben calcularse en proporcion al valor de lo donado y al de los servicios prestados. (Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 4, p. 169.)

La clasificacion de acto á título oneroso ó de acto á título gratuito es una cuestion de hecho que corresponde decidir al Juez segun las circunstancias especiales que medien en cada caso.

Esta clasificacion tiene su influencia para determinar las reglas á que el acto debe someterse, no solo respecto al *fondo* sino tambien respecto á la *forma*. Cuando la donacion pasa de una equitativa remuneracion de servicios, el acto tiene un doble carácter, el cual lo conserva cuando se trata de juzgar su fondo. Un testo espreso así lo resuelve: nos referimos al art. 1832, inc. 2, última parte, y tambien el art. 1863.

En esos casos, como se ve, el acto se juzga, en una parte como á título gratuito y en otra como remuneratorio ó á título oneroso.

¿Conserva el acto este doble carácter cuando se trata de juzgar su forma? Pensamos que no; el acto deberá juzgarse ó como á título gratuito, ó como á título oneroso, segun que él esceda ó no de una equitativa remuneracion de servicios, pero siempre como donacion. (Véase lo dicho en el comentario á los arts. 1827 y 1828.)

CAPITULO VI

De las donaciones hechas con cargo

1826—La donacion puede hacerse con cargos que sean en el interes del donante, ó de un tercero, sea el cargo relativo al empleo ó al destino que debe darse al objeto donado, sea que consista en una prestacion cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario. (Concuerda con los arts. 558 y siguientes 1169—1265—1802—1828—1832, inc. 2—1852—1853—1854.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 701—Zachariæ, § 476)—Nota del codificador al art. 558.

Puede hacerse con cargos: Pero para que éstos valgan debe designárseles espresamente en la escritura de donacion, y no podrán probarse en otra forma. Si así no se hace, la donacion será juzgada como á título gratuito. (Argumento del art. 1823.)

1827—Las donaciones con cargo de prestaciones apreciables en dinero, son regidas por las reglas relativas á los actos á título oneroso, en cuanto á la porcion de los bienes dados, cuyo valor sea representado ó absorbido por los cargos; y por las reglas relativas á las disposiciones por título gratuito, en cuanto al escedente del valor de los bienes, respecto á los cargos. (Concuerda con los arts. 1265—1832, inc. 2—1858—2146, inc. 3—2149—3604.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 701, texto y notas 10 y 11—Nota del codificador al art. 3604—Mourlon, tom 2, n. 644—Cód. de California, 2718—Laurent, tom. 12, n. 340.

Por las reglas relativas á los actos á título oneroso, etc., etc.: Pero esta division solo es con respecto al fondo del

acto, y en relacion á la parte disponible del donante, ó las obligaciones y derechos del donatario y del donante, etc., etc.; pero no respecto á las formas y solemnidades del acto, los cuales deberán siempre observarse, como lo hemos dicho en el comentario al art. 1825, sin consideracion al valor de los cargos. La ley no distingue al exigir los requisitos que deben llevarse, entre las donaciones onerosas ó con cargo y las puramente gratuitas (Laurent, lugar citado, p. 420); para todos hay una misma forma y exige la misma capacidad en los contratantes. (Véase lo espuesto en el comentario al art. siguiente.)

1828—Cuando la importancia de los cargos sea mas ó ménos igual al valor de los objetos transmitidos por la donacion, ésta no está sujeta á ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas. (Concuerda con los arts. 1825—1832, inc. 2—1863.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 701, notas 13 y 14—Laurent, tom. 12, n. 339.

Esta no está sujeta, etc., etc.: ¿Quiere esto decir que no está sujeta á las formas impuestas para las donaciones? Indudablemente que no; prueba de ello son los arts. 1810, incs. 2 y 3—1811—1812, etc., etc.

Las palabras copiadas se refieren á la revocabilidad, reduccion, garantía, y eviccion, etc., etc., á que están sujetas las donaciones gratuitas. (Véase inc. 2 del art. 1832.)

La forma, cualquiera que sea la naturaleza de la donacion, deberá juzgarse con arreglo á las disposiciones del presente título, en el cual la ley no hace distincion alguna. El que una donacion sea con cargos, no le hace perder su carácter de liberalidad, como dice el codificador al fin de la nota al art. 1854.

1829—Los terceros, á cuyo beneficio el donatario ha sido cargado con prestaciones apreciables en dinero, tienen accion contra él para obligarle al cumplimiento de esas prestaciones; pero el donante y sus herederos no tienen accion respecto á las cargas establecidas á favor de terceros. (Concuerda con los arts. 504—558—Nota del codificador, al art. 1169—1838—1852—1853.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 701, notas 17 á 19—Véase Goyena, 958 y su comentario—(Savigny, Derecho Romano. n. 175.)

Es indispensable tener presente los concordantes citados para la mejor inteligencia de este artículo.

¿Cuál es la situacion del tercero en cuyo favor se han establecido los cargos, respecto al donante?

Este tercero, viene á ser indirectamente, segun la nota y art. 1851, donatario del que impuso los cargos.

Por consiguiente, aunque la accion que se le acuerda para exigir el cumplimiento de esas cargas impuestas á su favor es únicamente contra el donatario principal, puede en algunos casos ejercer á título de donatario esta misma accion contra el donante. Por ejemplo, cuando la donacion ha sido revocada y por efecto de esto vuelven los bienes á poder del donante, el tercero tendrá accion contra éste para el cumplimiento de esas cargas, puesto que la revocacion, segun el art. 1851, no lo perjudica.

Se puede decir que el tercero tiene accion contra el donante siempre que por su culpa el donatario ha dejado de cumplir las cargas impuestas en favor de dicho tercero. (Como en los casos de los arts. 1834 y 1836.)

Pero el donante y sus herederos, etc., etc.: Por consiguiente, si el donatario deja de cumplir con las cargas, por lo mismo que el donante no es responsable, como hemos dicho, para con los terceros por esta falta de cumplimiento, el donante no puede ejercer accion contra el donatario para compelerle á su cumplimiento. Esta accion solo puede ser deducida por el tercero beneficiado. (Art. 1853.)

Esto mismo corrobora lo que decimos respecto al derecho que el tercero pueda tener contra el donante.

CAPITULO VII

De las donaciones inoficiosas

1830—Repútase donacion inoficiosa aquella cuyo valor escede la parte de que el donante podia disponer; y á este respecto se procederá conforme á lo determinado en el libro IV de este Código. (Véase arts. 3536—3537 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(LL. 4, 8 y 9, Tit. 4, Part. 5.—L. 5, Tit. 3, L. 10, Nov. Rec.—Véase L. 7, Tit. 12, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances. art. 920—Napolitano, 837—Holandes, 966)—Freytas, 2175—Goyena, 954 y 971—Cód. de California, 2769 y 2771—Cód. de Portugal, 1492, § 2.

1831—Si por el inventario de los bienes del donante fallecido se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que habia hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reduccion de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas. (Concuerda con los arts. 3593 á 3598—3600 á 3605—3714.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 921 y 923—Holandes, 971—Napolitano, 840—De Luisiana, 1494)—Freytas, 2173—Goyena, 972—Cód. de Portugal, 1492—Aubry y Rau, § 684.

Podrán demandar la reduccion de ellas: Esta reduccion se hará en proporcion al valor de cada donacion y sin consideracion alguna al tiempo en que han sido hechas. El Dr. Segovia apoya esta tesis con buenas razones.

Para conocerse cuando la donacion es inoficiosa se procederá como dispone el art. 3602.

1832—La reduccion de las donaciones solo puede ser demandada:

- 1º Por los herederos descendientes ó ascendientes del donante, que ya existian al tiempo de la donacion; (Concuerda con los arts. 70—1800—1868 y los concordantes del art. 1831 anterior.)
- 2º Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias ó con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas. (Concuerda con los arts. 1826—1827—1828—1863.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2174—Cód. Italiano, 1092—Cód. Frances, 921—Aubry y Rau, § 683—Laurent, tom. 12, n. 137 á 150.

Solo puede ser demandada: Estas palabras no impiden que los esposos puedan demandar la reduccion de las donaciones, puesto que el art. 1831 habla de todos los herederos necesarios, entre los cuales entra tambien la mujer. (Arts. 3570 y siguientes y 3600.)

1º Puede el mismo donante pedir la reduccion de la donacion? Indudablemente que no. La reduccion solo tiene lugar, segun el art. 1831, despues que se ha hecho el inventario de los *bienes del donante fallecido*, puesto que solo despues de esto es que se sabe si las donaciones son ó no inoficiosas. La reduccion siempre supone una sucesion, y no hay sucesion de persona viva. Laurent, tom. 12, n. 137 y 138, piensa del mismo modo. (Véase nuestro art. 3536.)

Por los descendientes ó ascendientes del donante:

Porque éstos y el viudo ó viuda son los únicos herederos forzosos.

¿Pueden los acreedores de los descendientes ó ascendientes pedir la reduccion de las donaciones, si los primeros no ejercen este derecho? Pensamos que sí, porque todo acreedor puede usar de las facultades ó derechos que su deudor ha renunciado y con el cual ha podido mejorar el estado de su fortuna. Este derecho es acordado espresamente en principio general por el art. 964 y nota del codificador. Esta reduccion la pueden pedir sin necesidad de probar que el heredero ha dejado de ejercer el derecho por una negligencia culpable ó por hacer mal á sus acreedores. A ellos les basta probar que ejerciendo el derecho aumentan el haber de su acreedor, insuficiente en la actualidad para pagar sus créditos.

3º Los acreedores del donante no pueden pedir la reduccion de las donaciones sino en caso de fraude (art. 961 y nota del codificador), y por deudas anteriores á la fecha en que se hizo la donacion. (Duranton, tom. 8, núms. 324 y 325.) Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3521.

4º Los herederos forzosos que vienen á la sucesion por derecho de representacion, pueden tambien demandar la reduccion de las donaciones.

Que ya existian al tiempo de la donacion: De suerte que los hijos concebidos al tiempo de hacerse la donacion podrán pedir la reduccion.

5º Los hijos naturales que al tiempo de hacerse la donacion no estaban reconocidos no pueden pedir la reduccion de dichas donaciones.

6º Las donaciones hechas ántes de la vigencia del Cod. y que no afectan la legitimidad determinada por las leyes españolas, no pueden ser reducidas aunque, segun el actual Cód., esas donaciones pasen de la cantidad disponible por el donante. La razon es que los actos válidamente hechos con arreglo á las leyes anteriores, no pueden ser anulados por las posteriores. (Véase concordantes del art. 3.)

7º En qué tiempo se percibe la accion de los herederos para dirigirse contra el donatario pidiendo la reduccion?

Los autores franceses ponen esta accion entre las personales y le

aplican el derecho comun, prescribiéndose por consiguiente, á los treinta años.

Entre nosotros se prescribe por cuatro años (argto. del art. 4028.) La nota del codificador al art. 4023, puede dar lugar á dudas, porque dice que el derecho á pedir la legitimidad que corresponde por la ley se prescribe, con arreglo á dicho art., por diez años.

Pero esta nota, que está en contradiccion con el art., 4037 con el 4028, y otros no tiene fuerza alguna, como lo demostraremos al estudiar dichos arts. (Véase su comentario.)

Salvo en la parte que fuese gratuita: Para esto hay que tomar en cuenta lo dispuesto en los arts. 1823 á 1828.

Respecto á las obligaciones del donatario por los bienes que tiene que restituir en caso de reduccion, se estará á los principios que rigen las obligaciones de dar en lo que no se oponga al carácter especial de la donacion.

CAPITULO VIII

De los derechos y obligaciones del donante y del donatario

1833—El donante que no hubiere hecho tradicion de la cosa donada, queda obligado á entregarla al donatario con los frutos de ella desde la mora en que se hubiese constituido, no siendo, sin embargo, considerado como poseedor de mala fe. Concuerta con los arts. 137—508—578 y siguiente.—800, inc. 5—1242—Nota del codificador al art. 1800—1836—2431—2433 y nota del codificador á dicho art.)

CONCORDANCIAS

(Ley 4, tit. 4, p. 5ª,—Demolombe, tom. 20, núms. 551 y siguientes)—Freytas, 2160—Laurent, tom. 12, núms. 338 y 390—Lehr, Derecho germánico, n. 160, p. 315.

No siendo, sin embargo, considerado como poseedor de mala fe: Es decir, que no será responsable de los deterioros ó pérdidas sufridas en el caso del art. 2435 y sus concordantes.

1834—Independientemente de la accion real que puede segun el caso pertenecer al donatario como propietario de los objetos donados, él tiene siempre una accion personal contra el donante y sus herederos, á fin de obtener de ellos la ejecucion de la donacion. (Concuerta con los arts. 1789—1790—Nota del codificador al art. 1138.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 20, n. 542) Aubry y Rau, § 705, *testo anterior á la nota 1.*

Parece que las hipótesis legisladas por este art. son las á que se refieren los arts. 594 y 595, que son una consecuencia de lo dispuesto en el 577.

La ejecucion de la donacion: El donante puede ser obligado por el donatario á estender escritura pública de la donacion hecha en alguna de las formas establecidas por ley. (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 12, p. 158.)

1835—El donante no es responsable por la eviccion y vicios redhibitorios de la cosa donada, sino en los casos determinados en los *Titulos De la eviccion y De los vicios redhibitorios*. (Concuerda con los arts. 2145 y siguientes—2180.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2161—Cód. Italiano 1077—Cód. de California, 2740—Laurent, tom. 12, n. 387—Cód. de Chile, 1422 y 1423—Goyena, 956.

No responde por la eviccion: Pero el donatario puede ejercer la accion de eviccion que contra terceros corresponda al donante, porque el donatario sucede en los derechos de éste. (Goyena, citado—Laurent, citado, n. 393.)

1836—Si los bienes donados han perecido por culpa del donante ó de sus herederos, ó despues de haberse constituido en mora de entregarlos, el donatario tiene derecho á pedir el valor de ellos. Concuerda con los art. 508—511—513—578—579—581—892—1829 y sus comentarios—1833.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 705, *nota 1*—Laurent, tom. 12, ns. 365 y 390.

El donatario tiene derecho a pedir el valor de ellos: ¿Se aplicarán en este caso los principios generales que rigen en materia de contratos y obligaciones, para el caso de no cumplir el donante con sus obligaciones?

No hay ningun *testo* espreso que esceptúe al donante de pagar los perjuicios provenientes de su falta en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por el contrario, hay disposiciones, como el art. 2180 y otros,

que ponen el contrato de donacion en la misma categoría que los demas contratos.

Las disposiciones sobre las obligaciones de dar, deben pues recibir completa aplicacion cuando se trata de la entrega de la cosa donada (1) y á mas los concordantes citados.

No dar derecho al donatario para cobrar los daños y perjuicios sufridos, en el caso del art. que estudiamos y que es el mismo legislado en el art. 889; poner al donatario en peores condiciones que á cualquier otro acreedor, y entónces la donacion, en vez de ser un beneficio es un perjuicio. No hay, pues, razon alguna para exceptuar el contrato de donacion, respecto á las faltas cometidas por los contratantes, de las reglas á que están sujetos los contrato en general, y sobre todo de los principios generales de equidad, sin que una disposicion espresa lo exceptúe. (Véase Aubry y Rau, y Laurent, lugar citado.)

1837—Cuando la donacion es sin cargo el donatario está obligado á prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligacion devolviendo los bienes donados, ó el valor de ellos si los hubiese enajenado. (Concuerda con los arts. 370—371—372—800, inc. 5—1854—1858, inc. 3—1862.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2162—Goyena, comentario al art. 965.

Cuando la donacion es sin cargo: Ó mas bien dicho, cuando es gratuita, pues la remuneratoria equivale á la con cargo; prueba de ello es el inciso 2 del art. 1832, que pone en la misma categoría estas donaciones.

Que no tuviese medios de subsistencia: Cualquiera que sea la causa que lo haya reducido á tal estado, la obligacion no varía (art. 370).

El donatario obligado á prestar alimentos no puede exigir que los otros donatarios que pudieran haber le ayuden á cumplir con esta obligacion; puede excusarse de prestar alimentos probando que hay parientes que tienen esta obligacion y medios de hacerlo (art. 1862).

La prestacion de alimentos no debe hacerse en consideracion á

(1) El Dr. Segovia, nota 83, piensa que el donante no debe pagar los perjuicios provenientes de su falta.

la fortuna del donatario, sino al valor de los bienes donados (Cód. de California, art. 2764, inc. 3), puesto que solo en razon de éstos es que la ley le impone la obligacion de prestar alimentos al donante. No es, por consiguiente, aplicable lo dispuesto en el art. 372 y su comentario, respecto á la relacion que debe haber entre la cuota alimenticia y la fortuna del deudor de ella.

Al decir que la cuota debe ser en proporcion al valor de los bienes donados no queremos decir que se le pueda exigir al donatario que emplee tódas sus rentas en pagar los alimentos. Le basta con atender á las necesidades de una modesta pero cómoda subsistencia.

No basta que el donante no tenga medios de subsistencia para que el donatario esté obligado á prestar alimentos; es necesario que aquél no pueda materialmente adquirirlos. (Véase lo espuesto en el comentario al art. 370.)

O el valor de ellos: ¿El que tenían al tiempo de donarse ó el que tenían al tiempo de la devolucion, ó el de la enagenacion?

Pensamos que el donatario debería volver el valor de la enagenacion, que se supone ser el que justamente tenían á tiempo de salir del patrimonio del donatario. Aplicamos en esto lo dispuesto en el art. 1854, del cual se deduce que el donatario se libra de la obligacion de prestar alimentos con solo entregar la cosa donada en el estado en que se encuentre, sin que deba volver las rentas percibidas ni el menor valor que tengan los bienes con respecto al tiempo en que lo recibió. (Véase art. 1867, y Laurent, tom. 12, n. 512 y comentario al art. 1854.)

1838—El donatario debe cumplir con los cargos que el acto de la donacion le hubiere impuesto en el interes del donante, ó de terceras personas. (Concuerta con los arts. 558 á 565—1826—1829—1849—1854—1857.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 706, p. 403—(Véase nuestro comentario al art. 1802,—Freytas, 2164, 1.^a parte.

1839—El donatario no está obligado á pagar las deudas del donante, si á ello no se hubiese obligado, aunque la donacion fuese de una parte determinada de los bienes del donante. (Concuerta con los arts. 1800—1801—1840—(Véase 1839 y 2898.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, *Donat.*, Sec. 3, art. 1, § 2—Grenier, *Donat.*, tom. 1, ns. 86 y siguientes,—Merlin, *Rep. verb. tiers détenteur*, n. 8)—Aubry y Rau, § 706, nota 2—Cód. de Chile, 1420—Laurent, tom. 12, n. 435.

Si á ello no se hubiese obligado: Esta obligacion por parte del donatario debe constar en la misma escritura de aceptacion ó en otra separada, pero siempre en la misma forma en que conste la donacion. De lo contrario, se supondrá que la donacion es sin cargo (argto. del art. 1823.) Desde que en la escritura pública consta solo una donacion gratuita, un convenio privado no puede alterar lo contenido en dicha escritura.

El convenio solo puede comprender las deudas presentes del donante especialmente determinadas y no las futuras y las que no se conozcan. (Véase art. 3517). Lo contrario sería dejar al donante la facultad indirecta de dejar sin efecto la donacion creando ó fingiendo deudas que absorbiesen los bienes donados. (Véase art. 1802, su comentario, y Dalloz, palabra Disposicion, n. 1370, y Cód. de Chile citado.)

De una parte determinada de los bienes: Es decir, de una parte alícuota. (Leguizamon y Machado, nota 260.)

1810—Cuando la donacion sea de una parte determinada de los bienes presentes del donante, puede éste, antes de ejecutar la donacion, retener un valor suficiente para pagar sus deudas, en la proporcion de los bienes donados y de los bienes que le quedaban, con las deudas que tenia el dia de la donacion. (Concuerda con, los arts. 1801—1802—1839—3516—3517.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 706, nota 6.)

Antes de ejecutar la donacion: Es decir, antes de hacer tradicion de los bienes donados. (Véase art. 3516.)

CAPITULO IX

De la reversion de las donaciones

1811—El donante puede reservarse la reversion de las cosas donadas, en caso de muerte del donatario, ó del donatario y sus herederos. (Concuerda con los arts. 947—1803, inc 2—1842—1843—1844—1847.)

CONCORDANCIAS

(Ley 7, tit. 4, p. 5—Zachariæ, § 475—Troplong, *Donat.*, n. 1270)—Cód. Frances, 951—Aubry y Rau, § 700, p. 339—Demolombe, tom. 20, n. 497—Freytas, 2133, inciso 2.)

Ó del donatario y sus herederos: En uno y otro caso es necesario que la reserva sea espresa porque la reversion siempre es convencional (art. 1843) y no legal, en el sentido de que la ley nunca la presume. (Goyena, comentario al art 959, Aubry y Rau, § 700, notas 4 y 6.) Esta condicion resolutoria puede imponerse no solo en las hipótesis de que habla en este art. y el 1844 sino en cuantas se puedan imaginar, con tal que sea de esta naturaleza. Así, se puede estipular que la reversion tendria lugar en caso de muerte del donatario y tal ó cual hijo ó heredero determinado, ó de los herederos de una rama, ó de tal ó cual clase de herederos, los sobrinos, nietos, etc., etc., por ejemplo. (Laurent, tom. 12, n. 450.)

1842—La reversion condicional no puede ser estipulada sino en provecho solo del donante. Si se hubiere estipulado copulativamente en provecho del donante y sus herederos, ó de un tercero, la cláusula será reputada no escrita respecto á estos últimos. (Concuerda con los arts. 498—1234—2824—3731—3732.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 951—Napolitano, 875 y 876—Holandes, 1709—De Luisiana, 1521—Zachariæ, lugar citado. En contra L., 7, tit. 4, P. 5.—L. 9, tit. 54, Lib. 8, Cód. Rom.)—Goyena, 959—Freytas. 2170 y 2171—Delsol, tom. 1, p. 262.

1843—El derecho de reversion no tiene lugar, sean cuales fueren los caracteres de la donacion y las relaciones que existian entre las partes, sino cuando espresamente ha sido reservado por el donante. (Concuerda con los arts. 1195—1234.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 700, nota 4—Zachariæ, § 475, nota 2—Troplong, n. 1276—Duranton, tom. 8, n. 492—Toullier, tom. 5, n. 288)—Laurent, tom. 12, n. 457—Comentario al art. 1841—Cód. de Chile, 1424.

1844—Cuando el derecho de reversion ha sido estipulado para el caso que la muerte del donatario preceda á la del donante, la reversion tiene lugar desde la muerte del donatario, aunque le sobrevivan sus hijos. Si el derecho de reversion ha sido reservado para el caso de la

muerte del donatario, y de sus hijos ó descendientes, la reserva no principia para el donante, sino por la muerte de todos los hijos ó descendientes del donatario. Pero si el derecho de reserva se hubiese establecido para el caso de la muerte del donatario sin hijos, la existencia de los hijos á la muerte del donatario estingue este derecho, que no revive ni aún en caso de la muerte de estos hijos ántes de la del donante. (Concuerda con los arts. 66, inc. 1—554 á 557—1790—1803. inc. 2.)

CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 5, n. 286—Duranton, tom. 8, n. 491—Aubry y Rau, § 700, notas 8 y 9.)—Laurent, tom. 12, núms. 452 á 456.

Aunque le sobrevivan sus hijos: Esto no tiene lugar en el caso de donacion entre esposos (art. 1234).

La existencia de los hijos: Cuando se ha establecido la reversion para el caso de muerte del donatario sin hijos sin hacerse distincion entre los naturales y los legítimos, la existencia de unos ú otros á la muerte del donatario impide la renovacion. En esto no están de acuerdo los autores. (Véase Laurent, tom. 12, n. 456—Aubry y Rau, § 700, aunque estos últimos con alguna restriccion, notas 12 y 13.)

Aunque el hijo natural no haya sido reconocido por el donatario, su reconocimiento judicial fundado en la posesion de estado de que habla el art. 325, le da derecho á suceder al donatario en los bienes donados, estinguendo, por consiguiente, el derecho de reversion. En tal caso, á la muerte del donatario, el hijo podrá pedir ántes de concluir el juicio de filiacion, la separacion de patrimonios del difunto y del donante (argumento del art. 3436).

Rechazamos la distincion que hacen Aubry y Rau, de si el reconocimiento es anterior ó posterior á la donacion, porque decidimos la cuestion con arreglo al espíritu ó á la intencion que las partes tuvieron al establecer la reversion si el donatario no dejaba hijos. El objeto de semejante condicion es que los bienes donados no pasen, á la muerte del donatario, á otras manos que no sean los hijos de éste; y desde que á la muerte del donatario exista un hijo no se realiza lo que con la reversion se quiere evitar, puesto que los bienes pasan á poder de un hijo del donatario.

¿Qué importa que el hijo sea reconocido ántes ó despues de hacerse la donacion? ¿Es acaso ménos hijo en un caso que en otro caso?

Si las partes no han hecho distincion, la jurisprudencia tampoco debe hacerla. Desde que la reversion, en la hipótesis que estudiamos, se estingue por la existencia de hijos á la muerte del donatario, el reconocimiento judicial ó voluntario, aunque sea posterior á la donacion es lo suficiente para que la condicion de que depende la extincion del derecho de reversion se considere realizado. La nota del codificador puesta al art. 3290, en el § 2, no puede servir aquí como argumento contrario.

1. En la expresion: *la existencia de los hijos* de que se vale nuestro art. debe comprenderse tambien á los no nacidos pero concebidos á la muerte del donatario, porque la ley considera como existentes á los no nacidos, para el efecto de adquirir, desde la concepcion en el seno materno (art. 70 y 3200).

2. Cuando á la muerte del donatario no existen hijos, pero existen nietos ¿quedará estinguido el derecho de reversion? Indudablemente que no, y que solo cuando se habla espresamente, como en el inc. 2 de este art. de hijos ó descendientes podrán estos últimos estinguir el derecho de reversion con su existencia á la muerte del donatario. (Argumentos del art. 1796, é inciso 2 del art. que estudiamos. Véase tambien nota del codificador al art. 3799, argumento á contrario del art. 3800.)

3. Si á la muerte del donatario solo quedan hijos indignos de suceder, la donacion queda sin efecto; pero cuando el derecho de reserva ha sido establecido para el caso de muerte del donatario sin hijos ó descendientes, la existencia de los descendientes del hijo indigno estinguen el derecho de reversion, puesto que en tal caso la incapacidad del padre no los inhabilita para recibir la donacion por derecho propio. (Véase art. 3301.)

1845—El donante puede, ántes de llegar el caso de reversion, renunciar al ejercicio de este derecho. (Concuerda con los arts. 537—872—1846.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 700, notas 16 y 17.

Renunciar al ejercicio de este derecho: Fuera de los casos puestos en el art. 1846; ú otros espresamente determinados, la renuncia, cuando la donacion consta de escritura pública, debe

hacerse tambien en la misma forma auténtica; y su prueba está sujeta á los principios generales de derecho.

1816—El consentimiento del donante á la venta de los bienes que forman la donacion, causa la renuncia del derecho de reversion no solo respecto del comprador, sino tambien respecto del donatario. Pero el asentimiento del donante á la constitucion de una hipoteca hecha por el donatario no importa renuncia del derecho de reversion sino en favor del acreedor hipotecario. (Concuerda con el art. 1845 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 700, p. 373)—Laurent, tom. 12, n. 466.

El consentimiento del donante: Hemos dicho en el comentario al art. anterior que la renuncia al derecho de reversion debia ser espresa; pero como la voluntad de renunciar puede manifestarse por hechos ó signos que la presupongan (art. 918), se presenta la duda sobre si el hecho solo de tener el donante conocimiento de la venta y no protestar basta para constituir un consentimiento que cause, como dice Laurent, renuncia del derecho de reversion.

Pensamos que no basta el conocimiento que el donante tenga de la venta de los bienes donados para que desaparezca el derecho de reversion; es necesario que en este caso tenga lugar un consentimiento espreso en la venta de dichos bienes, porque el silencio opuesto al acto de la venta, por lo mismo que el donante no está obligado á esplicarse ni á vigilar los actos del donatario su silencio no puede considerarse como una manifestacion de voluntad (Véase art. 919).

Al decir que es necesario un consentimiento espreso, no exigimos una fórmula sacramental, ni una renuncia espresa. Basta que conste de una manera espresa que el donante ha consentido en la venta de los bienes donados para que se juzgue que ha renunciado al derecho de reversion.

A la constitucion de una hipoteca : Ó á cualquier otro derecho real, puesto que militan las mismas razones.

Sino en favor del acreedor hipotecario : En tal caso se realiza la hipoteca del art. 2672.

1817—La reversion tiene efecto retroactivo. Hace de ningun valor

la enajenacion de las cosas donadas, hecha por el donatario ó sus hijos, y los bienes donados vuelven al donante libres de toda carga ó hipoteca, tanto respecto al donatario, como respecto de los terceros que los hubiesen adquirido. (Concuerda con los arts. 543—555—559—563—599—1855—1856—2663—2668 á 2671—2918—3045—3125—3126—3127—3194—4023.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 952—Toullier, tom. 5, n. 294—Duranton, tom. 8, n. 492—Aubry y Rau, § 700—Troplong, *Donat.*, desde el n. 1279)—Nota del codificador al art. 543—Nuestro comentario al art. 555—Nota del codificador al art. 2669—Véase última parte del inc. 2 del art. 1371—Cód. de Chile, 1492—Laurent, tom. 12, núms. 368 y siguientes, y 411—Cód. Italiano, 1079.

Como respecto de los terceros: Para esto es necesario que el derecho de reversion conste en el mismo título ó escritura de donacion de una manera espresa (art. 1843). Pero si en la escritura de donacion, que debe ser pública si se trata de inmuebles (1810, inc. 1), no se espresa tal condicion resolutoria, es claro que el donante no podrá invocando convenio posterior, dirigirse contra los terceros adquirentes de buena fe. (Véase lo dispuesto en el art. 1855 y nuestro comentario al art. 555.)

Sería sumamente peligroso dejar esta puerta al fraude de que podria ser víctima el tercero adquirente. El comprador al tratar con el donatario ha tomado todas las medidas posibles para asegurar sus derechos examinando los titulos de propiedad del vendedor, y desde que éste poseia en virtud de una donacion pura y simple con todos los caracteres de una adquisicion irrevocable, los convenios posteriores ó coetáneos á la adquisicion concluidos entre el donante y donatario no pueden perjudicar á terceros de buena fe.

Siendo la reversion una condicion resolutoria (Laurent, tom. 12, n. 467), debemos aplicar aquí lo dicho en el comentario al art. 555; es decir, que la obligacion del donatario despues de cumplida la condicion es de constituir derechos reales y no de restituir cosas á su dueño.

Lo dicho es sin perjuicio del derecho que el donante pueda tener contra el donatario para exigir el pago del valor de la donacion cuya condicion resolutoria se ha cumplido.

1º Respecto á la restitucion de lo donado, cuando la cosa

donada se encuentra en poder del donatario, se observarán las reglas siguientes:

1º El donatario deberá volver la cosa en el estado en que se encuentre, siendo de cuenta del donante los deterioros no imputables al donatario; 2º La obligacion del donatario es de devolver la cosa en *especie* y no en valor; 3º Los frutos percibidos corresponden al donatario; 4º Respecto á las mejoras se estará á los principios generales que rigen en materia de obligaciones; 5º El donante no vuelve á adquirir la posesion de la cosa donada mientras que el donatario no le haga tradicion de ella (comentario al art. 555 citado y art. 1371, inc. 2); 6º Si la reversion tiene lugar por muerte del donante, el donatario puede exigir desde ese momento su derecho, sin estar obligado á esperar la terminacion del juicio testamentario, puesto que la obligacion de restituir depende únicamente del cumplimiento de la condicion, y el derecho á exigir la entrega de la cosa la tiene el donante, no en calidad de heredero ni de acreedor particular, sino en su calidad de propietario de los bienes donados sujetos á la reversion, la cual se opera desde el momento de la muerte del donatario como lo declara el art. 1844; 7º Si los herederos del donatario siguen en posesion de la cosa despues de la muerte de este último, deberán restituir la cosa con todos los frutos percibidos desde la época de la muerte. La razon es que en este caso los herederos no pueden invocar ningun derecho á la posesion de los bienes, puesto que como tales solo tienen, como dice Laurent, tom. 12, n. 472, una obligacion, la de restituir, y no un derecho. Desde que la reversion tiene lugar de pleno derecho por el cumplimiento de la condicion resolutoria, la sentencia del Juez mandando entregar los bienes en caso de resistirse los herederos tiene efecto retroactivo al dia del cumplimiento de la condicion; 8º El donante no vuelve á adquirir los bienes sujetos á la accion de reversion mientras los herederos del donatario no le hagan tradicion de la cosa donada. (Véase comentario al art. 555 y argumento de la última parte del art. 1371, inc. 2.)

CAPITULO X

De la renovacion de las donaciones

Art. 1848—La donacion aceptada solo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes—(Concuerta con los arts. 1792 á 1794—1863 á 1865.)

CONCORDANCIAS

(Ley 2, tit. 12, Lib. 3, F. R.)—Pothier, Donation, n. 79—El principio de la irrevocabilidad de las donaciones es aceptado por todos los Códigos.

1849—Cuando el donatario ha sido constituido en mora respecto á la ejecucion de los cargos ó condiciones impuestas á la donacion, el donante tiene accion para pedir la revocacion de la donacion. (Concuerda con los arts. 537—538 — 559—560 á 565—1236—1240—1838 --1852.)

CONCORDANCIAS

(Ley 6, tit. 4, P.ª 5—Cód. Frances, 953 y 954—Holandes, 1726—Napolitano, 878 y 879—L. L. 1, tit. 55 y 1, tit. 56, Lib. 8, Cód. Rom. Zachariæ, § 483—Demolombe, tom. 20, núms. 562 y siguientes)—Cód. de Chile, 1426—Cód. Italiano, 1080—Goyena 964—Laurent, tom. 12, n. 485 y siguientes—especialmente los núms. 494 y 495.

Ha sido constituido en mora: Para esto se estará á los principios generales respecto á la mora, y lo que hemos dicho sobre las cláusulas resolutorias.

El donante tiene accion para pedir la revocacion: No tienen, en tal caso, aplicacion las disposiciones de los arts. 560 y 1204. En las donaciones con cargo la condicion resolutoria va subentendida; de suerte que, á diferencia de los demas contratos, en los cuales es indispensable la condicion resolutoria para que se resuelva el derecho adquirido (art. 560), en la donacion se resuelve el derecho sin necesidad de cláusula resolutoria espresa; pero la resolucion no se causa de pleno derecho; el Juez es quien la pronuncia.

A mas de la resolucion de la donacion, el donante puede demandar, con arreglo á los principios generales, (arts. 511 y sus concordantes) los daños y perjuicios. (Véase Freytas, 2164.)

1850—El donante puede demandar la revocacion de la donacion por causa de inexecucion de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuera la causa de la falta de cumplimiento de esas obligaciones, y aunque la ejecucion haya llegado á ser imposible á consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido ántes que él se hubiese constituido en mora. (Concuerda con los arts. 565—889 á 895—1851—1854—2665—2667—3522.)

CONCORDANCIAS

LL. 5 y 6, tit. 4, P.^a 5—Cód. Frances, 953, 954 y 956—Holandes, 1726—Napolitano, 879 y 881—De Luisiana, 1546—Troplong, *Donat.*, 1298—Freytas, 2164—Fallos del Dr. Drago, p. 13—Goyena, 964 y su comentario—Laurent, tom. 12, núm. 487.

Puede demandar la revocacion de la donacion; Es decir que no se revoca de pleno derecho, aunque el deudor caiga en mora de ejecutar las cargas impuestas. Solo despues de la sentencia del Juez queda la donacion revocada. (Véase Goyena, comentario citado.)

El donante tiene derecho, ó para demandar la ejecucion de los cargos ó demandar la revocacion de la donacion, con pago de daños y perjuicios cuando los cargos no se cumplen por culpa del donatario. (Véase Freytas, 2164 y 511).

De suerte que si despues de obtenida la sentencia condenatoria resulta que el donatario está en la imposibilidad de cumplir su obligacion, el donante debe pedir la revocacion de la donacion, y despues de obtenida ésta recien demandar la entrega de lo donado.

Algunos han creido, sin embargo, que obtenida la sentencia ordenando al donatario cumplir los cargos sobre los cuales ha versado la cuestion, si el donatario no cumple con la sentencia, el donante puede demandar desde luego la entrega de lo donado. Ningun testo autoriza semejante interpretacion. No cumplidas las cargas, háyase ó no demandado su cumplimiento, el donante *puede demandar la revocacion*, dice el art., y solo despues de esta revocacion podrá demandarse su entrega.

Sea cual fuera la causa, etc., etc. Entra aquí, por supuesto, el caso fortuito y la fuerza mayor, y aunque éstas sean las causas del no cumplimiento de la obligacion del donatario, la donacion será revocable siempre que este impedimento haya venido despues de constituirse el donatario en mora. (Véase nota del codificador á este artículo.)

1.^o Supóngase que la obligacion del donatario sea de dar una cosa, la cual desaparece despues de constituido en mora de entregarla, ¿le será en este caso permitido al donatario, para impedir la revocacion de la donacion, probar que la cosa hubiera igualmente perecido estando en poder del donante? Pensamos que no deberá

admitirse tal prueba: es el hecho solo de la mora de cumplir su obligacion lo que da derecho al donante para revocar la donacion, y no la circunstancia de haber ó no el donatario podido aprovecharse de lo que el donatario estaba obligado á entregar.

2º Entablado por el donante la demanda de revocacion por haberse el donatario constituido en mora de cumplir las cargas, ¿puede el donatario, despues de esta demanda, impedir la revocacion cumpliendo las cargas impuestas? Pensamos que sí. Hemos dicho ántes que la revocacion no se causa de pleno derecho; es necesario que el Juez la decrete; ántes de esto el donante no tiene ningun derecho adquirido á la revocacion (véase art. 559); luego el donatario tiene derecho á cumplir su obligacion mientras la donacion exista, es decir, mientras no esté decretada su revocacion, (Laurent, tom. 12, n. 503, y Demolombe, allí citado).

3º El hecho de exigir judicialmente el donante la ejecucion de las cargas impuestas al donatario no impide que, en caso de inejecucion el donante abandone la accion de daños y perjuicios, ó abandone la accion sobre cumplimiento, para entablar la de revocacion de la donacion. La razon es que el ejercicio de un derecho no implica la renuncia del otro. "En principio, dice Laurent, tom. 12, n. 496, y haciendo abstracciones de disposiciones especiales, es necesario decidir que el ejercicio de un derecho que pertenece al donatario no importa renuncia del otro. Las renunciaciones son de derecho estricto; cuando el acreedor no renuncia de una manera espresa, no se puede admitir por interpretacion la abdicacion de ese derecho cuando no se presentan hechos que necesariamente presupongan renuncia."

4º ¿Es divisible la revocacion? Indudablemente que sí; pero solo cuando reviste el carácter de gratuita y de onerosa. (Argto. de los arts. 1827 y 1832, inc. 2, última parte, y art. 1863.)

5º Demandada la revocacion el Juez no está obligado á decretarla necesariamente, y puede, como en toda obligacion cuyo plazo no es fijo, conceder un plazo para la ejecucion. (Mourlon, tom. 2, núm. 723.)

Debe tenerse presente, sin embargo, que habiendo época fija para el cumplimiento de las cargas, el Juez no puede prorogar el plazo por razon de imposibilidad momentánea sobrevenida despues del plazo fijado (art. 1850. Véase Marcadé, tom. 3, n. 704).

Salvo el caso etc., etc.: Realizándose la hipótesis puesta en

esta parte del art. los bienes donados quedan adquiridos como si las cargas se hubiesen cumplido.

En tal caso, el donante no puede imponer otras so pretesto de que las puestas anteriormente no han sido cumplidas.

1851—La revocacion por inexecucion de las condiciones ó cargas, es únicamente relativa al donatario, y no perjudica á los terceros á cuyo beneficio las condiciones ó las cargas hubiesen sido estipuladas por el donante. (Concuerda con los arts. 504—1829—1853.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 20, n. 613)—Laurent, tom. 12, n. 499—Comentario á nuestro art. 1853.

Y no perjudica á los terceros: De suerte que el donante no podrá revocarla, puesto que si así lo hace el tercero no podrá exigir del donatario el cumplimiento de las cargas en razon de que, como dice Laurent, desapareciendo la donacion, desaparece el donatario. Es de advertir, sin embargo, que la disposicion que estudiamos no impide que el donante revoque la donacion y siga él cumpliendo con las cargas impuestas al donatario en favor del tercero. En tal caso, la accion que por el art. 1853 se acuerda contra el donatario deberá ejercerse contra el donante con la misma eficacia que podia ejercerse contra el donatario. (Véase comentario al art. 1829.)

Si los bienes donados pasaban á otro donatario por efecto de una nueva donacion, por lo mismo que el derecho del donante es personal contra el donatario primitivo y despues contra el donante que revocó la donacion, el tercero no podria ejercer ningun derecho contra el segundo donatario. Tampoco podria impedir la enajenacion de la cosa donada, salvo el derecho acordado á todo acreedor para impedir las enajenaciones en fraude de sus intereses, ó las medidas preventivas que todo acreedor puede ejercer contra su deudor.

1852—El derecho de demandar la revocacion de una donacion por inexecucion de las cargas impuestas al donatario, corresponde solo al donante y á sus herederos, sea que las cargas estén impuestas en el interes del donante ó en el interes de terceros, y que consistan ellas ó no en prestaciones apreciables en dinero. (Concuerda con los arts. 503—560—1195—1196—1849—1864—3522.)

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 12, n. 498—Cód. de California, 2762—Véase Aubry y Rau, § 707, notas 7 y 8.

Por inexecucion de las cargas: Téngase muy presente que la limitacion al derecho de pedir la revocacion impuesta por este art. se refiere solo á la que proviene de la causa anunciada en las palabras que copiamos, y no á la revocacion que puede venir por otras causas, tales como la de que habla el art. 1800, 2ª parte, en cuyo caso los acreedores anteriores á la donacion pueden pedir la revocacion si el donatario no paga sus créditos. (Véase art. 3521.)

En tal caso, la revocacion que se pronunciare á pedido de los acreedores sería solo hasta el monto de los créditos en virtud de los cuales se habia revocado la donacion.

Los autores franceses, como puede verse por los citados en las concordancias, enseñan que la donacion puede revocarse por el donante, sus herederos y sus acreedores. Nuestro Cód. limita este derecho á solo el donante y sus herederos, por lo cual parece estar en contra de la jurisprudencia francesa; no hay sin embargo en la práctica mucha diferencia entre la doctrina de aquéllos y los principios de nuestro Código.

Lo que hay es puramente mas claridad y lógica en el art. que estudiamos que en la doctrina absoluta sostenida por los jurisconsultos franceses.

Nuestro art. rehusa en general á los acreedores el derecho á demandar la revocacion por inexecucion de las cargas; con esto ha decidido, y por consiguiente, cortado la cuestion á que ha dado lugar el Cód. Frances y demas que le han seguido en el silencio guardado sobre este punto.

La limitacion de nuestro art. no impide, como hemos dicho antes, que los acreedores por deudas anteriores á la donacion puedan pedir la revocacion de las donaciones cuando despues de hechas no le quedan al donatario bienes con que satisfacer sus deudas, pues entónces la cuestion se decide, en unos casos, con arreglo al art. 1800, y en otros con arreglo á los principios generales que permiten á los acreedores pedir la revocacion de los actos ejecutados en fraude y perjuicio directo de sus derechos.

La accion de revocacion de que habla este art., puede ser cedida.

En esto están de acuerdo todos los autores. (Véase Laurent, tom. 12, n. 500. Véase lo dicho en el comentario al art. 1864.)

1853—Los terceros á beneficio de los cuales las cargas han sido impuestas, solo tienen una accion personal contra el donatario para obligarle á cumplirlas. (Concuerda con los arts. 504—1826—1829.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 707, nota 9—Laurent, tom. 12, n. 499—Véase Marcadé y Pont, tom. 3, n. 700.

Solo tienen una accion personal: Por lo cual no pueden pedir la revocacion fundándose en la inejecucion de las cargas. Esto no impide que puedan ejecutar ó embargar los bienes donados, como lo puede hacer todo acreedor con los bienes de sus deudores.

1854—El donatario responde solo del cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse á la ejecucion de los cargos, abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligacion. (Concuerda con los arts. 562—584—1837—1849—2431—2670—3168—3169—3266—Véase 3805.)

CONCORDANCIAS

(En contra, Toullier, tom. 5, n. 283—Duranton, tom. 8, ns. 444 y 544—Marcadé, sobre el art. 954)—Véase nota del codificador al art. 2431—Cód. de Chile, 1421—Laurent, tom. 12, núms. 488 y siguientes—Pothier, *donaciones entre vivos*, n. 138.

Con la cosa donada: Es decir que solo responde con el valor de la cosa donada, pues si ella no existe por haberla vendido ó haberla consumido, siempre será responsable de cumplir las cargas ó entregar el valor de la cosa donada (argto. del art. 1837), y solo en el caso de la segunda parte de este art. queda eximido de la obligacion. Para la restitution por abandono ó por revocacion se observará lo dicho en el comentario al art. 555.

En caso de abandono, el donatario deberá ser reembolsado de todas las mejoras necesarias (véase art. 589) y demas derechos acordados á todo poseedor de buena fe, hasta el tiempo de la demanda, ó mas bien dicho, hasta que esté en mora de cumplir las cargas (véase Cód. de Chile 1426, § 3 y nuestros arts. citados mas

adelante) deberá tambien volver los bienes libres de todo gravámen (art. 1867) y en el estado en que los recibió, salvo los deterioros causados por la propia calidad de la cosa, haciendo suyos los frutos percibidos. (Véase sobre todo esto los arts. 2422 y siguientes.)

Si no puede restituir la cosa, fuera del caso de la segunda parte de este art. será responsable por el valor de ella al tiempo de la demanda. (Véase sobre la clase de posesion del donatario, si es de buena ó mala fe, á Laurent, tom. 12, n. 512.)

1855—Cuando la donacion ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están espresadas las cargas impuestas por el donante, la revocacion de la donacion anula las enajenaciones, servidumbres, é hipotecas consentidas por el donatario. (Concuerta con los arts. 594—970—1810, inc. 2 y 3—1847—2669—2670.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 954)—Cód. Italiano, 1080—Laurent, tom. 12, núms. 516 y siguientes—Cód. de Chile, 1432.

Anula las enajenaciones: Pero si el donante no exige la cosa donada, sino que se manda la ejecucion de las cargas, ó el precio de lo donado, la enajenacion subsistirá. Así lo resuelve espresamente el Cód. de Chile, art. 1432, última parte. Desde que el donante no dirige su accion contra el tercer poseedor, el donatario no puede demandar la nulidad de la enajenacion fundado en su propia falta. (Véase art. 1049, última parte.)

Aunque los cargos no estén espresados en la escritura de donacion, la revocacion tendrá efecto contra terceros cuando, ántes de ejecutar la adquisicion se les ha notificado la obligacion del donatario, ó cuando la enajenacion se ha hecho despues de la demanda de revocacion (art. 1866, y Cód. de Chile, lugar citado), ó cuando se prueba que éstos conocian la obligacion precedente del donatario. (Véase art. 594 y comentario al 555.)

En caso de no poderse demandar de terceros la entrega de la cosa donada, el donatario estará obligado á pagar el valor de ella al tiempo de la donacion con mas los daños y perjuicios (art. 1057).

Respecto á los gastos hechos en la cosa, deberán pagársele por el donatario. En cuanto á los frutos percibidos, se observará lo que hemos dicho del donatario en el comentario al art. 1854 para

el caso en que no se considere al donatario como poseedor de mala fe. El hecho de saber el tercero adquirente que los bienes estaban gravados con cargas, no quiere decir que su adquisicion sea de mala fe, puesto que bien ha podido creer, y esto es lo que debe suponerse, que el donatario cumpliria con las cargas impuestas por el donante. De suerte que, aun cuando el donatario, por motivos especiales, tenga que volver al donante los frutos percibidos, el tercero no estará obligado por los que él ha consumido; en tal caso será el donatario quien deberá pagarlos al donante.

1856—Cuando la donacion ha sido de bienes muebles, su revocacion trae la nulidad de la enajenacion hecha por el donatario, cuando el adquirente de los bienes donados conocia las cargas impuestas y sabia que no estaban cumplidas. (Concuerda con los arts. 592—597 y los concordantes del art. anterior—2671.)

CONCORDANCIAS

Véase los del art. anterior.

Conocia las cargas y sabia que no estaban cumplidas. La prueba de una y otra cosa corresponde al que demanda la entrega.

1857—Los terceros que hubiesen adquirido los bienes donados, pueden impedir los efectos de la revocacion, ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario, si las cargas no debiesen ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. (Concuerda con los arts. 562—626—726 á 730—966.)

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 12, n. 517, p. 600—Aubry y Rau, § 707, *bis*, p. 104.

Pueden impedir, etc., etc. El donante, no siendo el caso de la última parte del art., está obligado á aceptar el pago que los terceros quieran hacer (art. 729).

¿En qué tiempo debe hacerse la oferta por parte del tercero para que su ofrecimiento impida los efectos de la revocacion? Indudablemente que esta oferta puede hacerse aun despues de pronunciada la revocacion contra el donatario.

Las palabras: “impedir los efectos de la revocacion” de que se vale el art. dan á entender bien claro que se refiere al caso de

estar ya pronunciada la revocacion—y, aun cuando asi no fuese, la sentencia obtenida en juicio contra el donatario no puede, con arreglo á los principios generales, serle opuesta al tercero que no ha sido parte en el juicio (Laurent, lugar citado).

Ejecutadas las cargas por los terceros, tendrán éstos accion contra el donatario para el reembolso de lo pagado, aunque el pago se hubiese hecho contra su voluntad (art. 728).

En este caso los terceros no habian hecho mas que hacer uso de un derecho que les acuerda la ley con el fin de evitar mayores perjuicios; el donatario tendrá necesariamente que hacer este pago que pesa sobre la cosa que él ha trasmitido como libre, y como ya no le pertenece, no puede abandonarla para sustraerse á la obligacion que por ella le viene. El donatario no podria invocar su propia falta para pedir la nulidad de la trasmision hecha al tercero, aunque se ofreciera á pagar lo recibido; el acto por el cual la adquirió el tercero no puede quedar sin efecto por solo la voluntad de uno de lo que los han ejecutado.

Solo por una disposicion espresa de la ley, como la que acuerda al donante para perseguir la cosa de poder de terceros, puede anularse la enajenacion.

1858—Las donaciones pueden tambien ser revocadas por causa de ingratitud del donatario en los tres cesos siguientes: (Concuerda con los arts. 212—3747—3843.)

1º Cuando el donatario ha atentado contra la vida del donante; (Concuerda con los arts. 1860—3291.)

2º Cuando le ha inferido injurias graves, en su persona ó en su honor;

3º Cuando le ha rehusado alimentos. (Véase 372—800, inc. 5—1837—1862.)

CONCORDANCIAS

(L. 10, Tit. 4, Part. 5ª, y L. 1, Tit. 12, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, artículo 955—Napolitano, 880—Holandes, 1725—De Luisiana, 1547—De Austria, 948—L. 10, Tit. 56, Lib. 8, Cód. Rom.—Sobre los tres casos, véase Demolombe, tom. 20, desde el n. 614.)

Tambien podria ser revocada la donacion en el caso del art. 172.

La accion de revocacion se prescribe por un año (art. 4034) para cualquiera de los casos enumerados en el presente art. En un fallo del Dr. Molina Arrotea, publicado en el tom. 4 de sus Fallos,

p. 117, apoyando esta interpretacion, dice: "No hay razon moral ni legal, como acertadamente se ha dicho, para esceptuar de la prescripcion (se refiere á la del art. 4034 citado) el atentado á la vida del donante ó la negativa de alimentos, ni para señalarles respecto á su prescriptibilidad un lugar distinto al de la injuria."

En los casos enumerados deben considerarse incluidos los de que hablan los arts. 3292 á 3295.

Ó en su honor: Ó en la persona de sus hijos, padres ó esposa (argto. de los arts. 1080, y 3291, etc., etc.)

Alimentos: El alcance de esta disposicion está determinado por el art. 1862.

1859—El donatario puede ser considerado que ha atentado contra la vida del donante, aunque no haya sido condenado por el hecho, y aunque sus actos no presenten los caractéres de la tentativa segun el derecho criminal. Basta que por esos actos haya manifestado de una manera indudable intencion de dar muerte al donante. (Véase 1102 á 1106—1861—3291.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 1428, § 2—Aubry y Rau, § 708, notas 2 y 3.

La intencion de dar muerte al donante: Esta intencion se juzgará con arreglo á los principios generales contenidos en los arts. 1070, 1076 y 1861. (Véase Aubry y Rau, § 708, notas 5 y 6.)

1860—Los delitos graves contra los bienes del donante pueden, como los delitos contra su persona, motivar la revocacion de la donacion.

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 708, nota 4, y los autores allí citados.

Delitos graves contra los bienes: Por ejemplo, un ataque á la propiedad que dé lugar á una accion civil por daños y perjuicios (Aubry y Rau, § citado, nota 7.)

1861—Para que los hechos del donatario contra la persona y bienes del donante den causa para la revocacion de la donacion, deben ser moralmente imputables al donatario: pero la minoridad no puede excusarlo, cuando voluntariamente y con suficiente discernimiento, se

ha hecho culpable de hechos de ingratitud contra el donante. (Véase arts. 921—1076 y los concordantes del art. 1859.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 708, notas 5, 6 y 28—Véase las citas al art. 1859.

1862—La revocacion de la donacion tiene tambien lugar por causa de ingratitud, cuando el donatario ha dejado de prestar alimentos al donante, no teniendo éste padres ó parientes á los cuales tuviese derecho de pedirlos, ó no estando éstos en estado de dárselos. (Véase arts. 367 á 372—1837—1858, inc. 3.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 708, nota 9.

Cuando el donatario ha dejado de prestar alimentos :

Se refiere á cuando la donacion no es onerosa ó con cargo (art. 1837). Pero debe tenerse presente la division establecida por los arts. 1825 y 1827; en caso de que la donacion reuna este doble carácter, será aplicable la disposicion que estudiamos en la parte que fuere gratuita, y solo en esta parte podrá revocarse: tal es lo que se deduce de los arts. 1827 y 1863 y lo que la razon natural enseña.

No teniendo éste padres ó parientes, etc., etc. Luego, cuando existan estas personas y estén en estado de prestar los alimentos, el donatario no tiene obligacion de darlos; si es demandado en tales circunstancias por el donante, puede rehusarse á prestarlos sin que por esto dé lugar á revocacion de la donacion (Aubry y Rau, § citado.)

El art. 370 será aplicarle al donatario que demande alimentos, debiendo ademas probar que no tiene parientes que le presten alimentos, ó si los tiene, que no estén en condiciones de prestárselos.

1863—Las donaciones onerosas, como las remuneratorias, pueden ser revocadas por las mismas causas que las gratuitas en la parte que aquéllas tengan el carácter de éstas. (Concuerda con los arts. 1825—1827—1828—1832, inc. 2.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 708, notas 13 á 16—Véase comentario al art. anterior.

Que aquéllas tengan el carácter de éstas: Es decir, en la parte que sean gratuitas. Esto confirma lo que decimos en el comentario al art. 1862 de que las donaciones que tienen el carácter de onerosas y de gratuitas, solo pueden ser revocadas por ingratitud en la parte que tengan este último carácter.

1864—La revocacion de una donacion por causa de ingratitud, no puede ser demandada sino por el donante ó sus herederos. (Véase arts. 1099—1832—1852—2667—3304—4034.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 708, nota 18—En contra, Cód. de Portugal, art. 1491—Véase las concordancias del art. 1852.

Creemos que en el caso del art. el derecho á revocar la donacion no puede cederse, como puede cederse el derecho á revocarlo por inejecucion de las cargas. En el primer caso se trata de un agravio moral, cuya reparacion no puede ser objeto de una cesion, mientras que en el segundo se trata de derechos puramente pecuniarios, y como tales pueden cederse. (Véase Laurent, tom. 12, n. 500—El art. siguiente suministra tambien argumento.

1865—La demanda por la revocacion de la donacion, no puede ser intentada sino contra el donatario, y no contra sus herederos ó sucesores; mas cuando ha sido entablada contra el donatario, puede continuar contra sus herederos ó sucesores. (Véase arts. 1099, 1100.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 10, Tit. 4, Part. 5ª, y 1, Tit. 12, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, art. 957—Napolitano, 879—Holandes, 172—De Luisiana, 1547—De Austria, 948—L. 10, Tit. 56, Lib. 3, Cód. Rom.)—Goyena, 969—Cód. de California, 2767.

Este art. se refiere puramente á la demanda de revocacion por causa de ingratitud y no á la revocacion por causa de inejecucion de los cargos impuestos, los cuales pasan á los herederos del donatario, cuando éste no los ha cumplido del todo. Es al primer caso que se refieren los Cód. y leyes citados. (Váase Aubry y Rau, § 708, notas 21 y siguientes, y Goyena, citado.)

Cuando ha sido entablada: Ó cuando ha sido imposible entablarla por haber muerto, por ejemplo, el donatario inmediatamente despues del hecho que da causa á la revocacion.

1866—La revocacion de la donacion por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario, ni por las hipotecas ú otras cargas reales que hubiese impuesto sobre los bienes donados, ántes de serle notificada la demanda. (Concuerda con los arts. 1855—1856—2413—2414—2669 y sus concordantes 2672—3309—3310.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, art. 1432—Cód. Frances, art. 958—Napolitano, 883—Holandes, 1727—De Luisiana, 1549.—L. 7, Tít. 56, Lib. 8, Cód. Rom.)—Goyena, 967—Cód. Italiano. 1088—Comentario á nuestro art. 1855—Aubry y Rau, § 708, nota 31.

No tiene efecto contra terceros: Si la disposicion tomada por el donatario en los bienes donados es un arrendamiento, el donante percibirá desde entónces la renta que produzca. Si lo donado ha sido enajenado, el donatario deberá pagar su valor (art. 1867) con arreglo al precio de la venta ó al valor de los bienes al tiempo de la demanda. (Goyena, comentario al 970); pero no estará obligado á pagar indemnizacion por no poder obtener su propia cosa, pero sí en razon del aumento de valor que haya adquirido con respecto al tiempo en que fué donada, en caso de haber sido vendido por ménos valor que el que tenía. (Véase sobre indemnizacion á Marcadé y Pont, tom. 3, ns. 714 y 715.)

Antes de serle notificada la demanda: La razon es que la sentencia que declara revocada la donacion tiene efecto retroactivo al dia de la demanda.

No deja de ser algo injusto hacer anular los derechos reales constituidos despues de la demanda cuando el adquirente ignoraba la demanda; pero lo contrario se prestaria á abusos y no dejaria de ser negligente el adquirente si ántes no averigua si habia ó no demanda de revocacion.

Para evitar los inconvenientes que trae la averiguacion ante los tribunales de si existe ó no demanda de revocacion, en que muchas veces es imposible averiguarlo, ya porque los secretarios no llevan como debieran llevar libro de entradas de espedientes por órden alfabético, ó por mil inconvenientes que se presentan en la práctica, habria sido mas conveniente adoptar el sistema frances, ó el chileno, que consiste en hacer pública la demanda, anotando el extracto de ella en el registro donde conste la donacion.

En ese caso le es fácil á todo comprador diligente averiguar si corre ó no peligro su compra.

Pensamos que esta práctica debieran seguir nuestros Jueces, con lo cual se evitaria que un donatario de mala fe hiciera víctima al mas diligente comprador, pues que, como decimos, en la actualidad y con la práctica que se sigue en los Tribunales argentinos, (en su mayor parte) es poco ménos que imposible averiguar si un individuo está demandado ó no, cosa que ni tienen los secretarios obligacion de dar cuenta. No sucede así con el conservador del registro. El demandante ó donante al presentar su demanda de revocacion da la fecha y registro de la escritura de donacion, y el Juez no tendria mas que mandar anotar al márgen esta demanda, anotando despues el fin que tuvo la demanda. (Véase Marcadé y Pont, tom. 3, n. 712.)

1º La disposicion, del art. que estudiamos, acerca del efecto de las enajenaciones hechas despues de la demanda de revocacion, debe entenderse que solo es aplicable á los bienes inmuebles y no á los muebles. (Véase art. 1856.)

Los códigos citados por el codificador así lo dan á entender y es como han sido interpretados por los comentadores. Por ejemplo, Marcadé y Pont, al estudiar el art. 958 frances, citado, en el tom. 3, n. 713, dice: "Cuando los bienes donados son muebles, es claro que nuestro art. no puede aplicarse; pero el donante tiene medios de garantir el efecto de la demanda." Estos medios á que se refiere Marcadé es hacer embargar los inmuebles donados, prohibiendo su enajenacion.

Por nuestra legislacion el donante puede tambien embargar los bienes donados si teme enajenaciones fraudulentas, lo cual es mas fácil y justo que hacer cargar al comprador de buena fe con las consecuencias de la nulidad de su compra. Por lo mismo que la posesion del vendedor vale por título y que siempre se compra sin las averiguaciones que se hacen ántes de comprar un inmueble, al vendedor rara vez se le puede tachar de negligente en averiguar el verdadero título por que posee el vendedor. Son tambien los principios que rigen en materia de muebles (arts. 597 y sus concordantes, y 1856.) (Véase Delsol, tom. 2, p. 272.)

1867—Entre donante y donatario, los efectos de la revocacion por causa de ingratitud, remontan al dia de la donacion, y el donatario está obligado no solo á restituir todos los bienes donados que él

posca, sino que aún debe bonificar al donante los que hubiese enajenado, ó indemnizarlo por las hipotecas y otras cargas reales con que los hubiese gravado, sea por título oneroso ó lucrativo. (Concuerda con los arts. 543—555—584 á 591—2431—2669.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 958—Napolitano, 883—Holandes, 1727—Do Luisiana, 1951)—Goyena, 970—Cód. de Chile, 1429—Aubry y Rau, § 708, notas 33 á 35—Lau-rent, tom. 12, n. 518.

Los que hubiere enajenado: Y tambien los que hubiere consumido. Respecto á los frutos, deberá restituirlos desde el dia de la demanda, haciendo suyo los percibidos desde que se hizo la donacion hasta la demanda.

En cuanto á las destrucciones, ó aumentos y mejoras, se es-tará á lo dispuesto en los arts. 584 á 591 y última parte del art. 1854.

(Véase sobre este art. á Delsol, tom. 2, p. 271 y 275).

1868—Las donaciones no pueden ser revocadas por supernacencia de hijos al donante despues de la donacion, si espresamente no es-tuviere estipulada esta condicion. (Concuerda con los arts. 1800—1832—1842 á 1844.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, art. 1424—El Cód. Holandes tampoco admite esta causa de revocacion—En contra, L. 8, Tit. 4, Part. 5.—L. 8, Tit. 56, Lib. 8, Código Rom.—Cód. Frances, art. 900.—Napolitano, 885—De Luisiana, 1556—Véase, sobre este punto, Savigny, *Derecho Romano*, § 163—Demolombe, tom. 20, n. 715 y siguientes.)

Por supernacencia de hijos despues de la donacion: Debe entenderse que se refiere al caso en que esos hijos nacidos despues de la donacion, no hayan sido concebidos ántes de esa época, porque la existencia de los hijos principia desde la concepcion (arts. 70 y 3290, y nota del codificador á dicho art., y 3733).

Si espresamente no estuviere estipulado: Esta estipu-lacion debe hacerse en la misma escritura de donacion ú otro acto auténtico separado; pero en este caso deberá anotarse el acto en la escritura de donacion. De lo contrario la condicion no podrá producir efecto con respecto á terceros (argt. del art. 1855).

TÍTULO IX

Del mandato

1869—El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da á otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, ó una serie de actos de esta naturaleza. (*C. Com.*, 299.) (Concuerda con el art. 1889.)

CONCORDANCIAS

(L. 20, tit. 12, Pa. 5.—Aubry y Rau, § 410, nota 2—Pont, sobre el art. 1984, Frances, n. 798—Regla 20. tit. 34, P.º 7, y L. 5, tit. 15, P.º 7)—Cód. de California, 2474 y 2475—Freytas, 2853—Lehr, Derecho Civil Inglés, núms. 881 y 882.

Con la definicion del contrato de mandato dado por este art. nuestro Código ha dado un paso adelante, salvándolo de la crítica á que ha dado lugar el art. 1984 frances, y todos los que le han seguido. (Véase sobre esto á Laurent, tom. 27, núms. 332 y 333.)

1870—Las disposiciones de este Título son aplicables :

- 1º A las representaciones necesarias y á las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, ó determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga á las leyes especiales sobre ellas; (Véase 407—411—465—488.)
- 2º A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública; (Concuerda con los arts. 36—37—2185, inc. 3.)
- 3º A las representaciones por administraciones ó liquidaciones de sociedades, en los casos que así se determine en este Código, y en el Código de Comercio; (Concuerda con los arts. 1694—1700—2185, inc. 3.)
- 4º A las representaciones por personas dependientes, como los hijos

de familia en relacion á sus padres, el sirviente en relacion á su patron, el aprendiz en relacion á su maestro, el militar en relacion á su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este Título, cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado ; (Véase 274.)

- 5° A las representaciones por gestores oficiosos ; (Concuerta con los arts. 2288 y siguientes.)
- 6° A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan á las disposiciones del Código de procedimientos ; (Concuerta con los arts. 1952—2185, inc. 2.)
- 7° A las representaciones por albaceas testamentarios ó dativos. (Véase 2185, inc. 1.)

CONCORDANCIAS

Freitas, 2654—Cód. de Chile, 2118—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 356.

A las leyes especiales sobre ellas : Las corporaciones que no están sujetas al Cód. Civil, lo están al derecho administrativo, y á él deben sujetarse con preferencia al primero.

Inciso 6 : En caso de oposicion entre las leyes de este Cód. y las de procedimiento, prevalecerán estas últimas, porque el Congreso, que es quien dicta el Cód. Civil, no puede legislar sobre procedimientos para las Provincias. (Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 1, p. 235.)

En el mismo sentido ha sido fallado en Córdoba, con fecha 1° de Junio de 1882 (tom. 3, p. 84 de los Fallos de Córdoba), resolviendo que tratándose de un mandato para representar á otro en juicio, no concluye dicho mandato por la muerte del mandante como lo establece el inc. 3 del art. 1963, sino que éste continúa mientras los herederos no lo revoquen, porque así lo dispone implícitamente el art. 18 de la ley de Procedimientos de la Provincia, vigente en aquel año.

Piensa del mismo modo el Juez Dr. Beláustegui (tom. 1, p. 63 de sus fallos), quien ha declarado que el mandato para representar á una persona en juicio, no termina por la muerte del mandante, en razon de que el inc. 3 del art. citado del Cód. Civil no es aplicable en tal caso, con arreglo al inc. que estudiamos, sino que es aplicable la ley 23, tit. 5, Pa. 5ª, que manda seguir al *personero el pleito hasta su terminacion*.

Estos fallos han sentado la verdadera doctrina con arreglo á nuestros derechos Constitucionales y al inciso que estudiamos.

1871—El mandato puede ser gratuito ó oneroso. Presúmese que es gratuito, cuando no se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribucion por su trabajo. Presúmese que es oneroso, cuando consista en atribuciones ó funciones conferidas por la ley al mandatario, y cuando consista en los trabajos propios de la profesion lucrativa del mandatario, ó de su modo de vivir. (Concuerda con los arts. 1145—1627—1628—1791, inc. 7—1952—2300.)

CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 750, nota 7—Aubry y Rau, § 410, notas 7 y 8—Pont, sobre los arts. 1984 y 1986—Tropilong, comentario al art. 1986)—Freitas, 2855 y 2856—Cód. de Chile, 2117 y 2118—Laurent, tom. 27, n. 389—En contra, Cód. de California, art. 2506.

Cuando no se hubiere convenido: ¿Quiere esto decir que es necesario una estipulacion espresa para que el mandatario pueda pedir remuneracion por el cumplimiento del mandato? Indudablemente que no. Basta que exista el concurso de voluntades para que, segun las circunstancias, el Juez pueda decir si ha existido ó no ánimo de pagar por parte del mandante y de no hacer su servicio gratuito por parte del mandatario; y entónces el dueño del negocio deba pagar el servicio recibido. “Los tribunales pueden, dicen Marcadé y Pont (tom. 8, n. 888), en ausencia de convenciones especiales, intervenir entre las partes y decidir, apreciando las circunstancias, que un salario es debido al mandatario.

Cuando nuestro art. habla de *convencion* debe entenderse tanto de una convencion tácita como de una espresa.

Del mismo sentir es Laurent, tom. 27, n. 341, quien refiriéndose al art. 1986 Frances, dice: “La ley no exige una estipulacion espresa; ella se contenta con una convencion; es decir, un concurso de consentimientos, pues es un principio general que el consentimiento puede ser tácito; luego ¿una convencion tácita basta para que el mandante deba un salario al mandatario? ¿Cuándo habia convencion tacita de salario? . . . “Es esta una cuestion de hecho, puesto que es por hechos que el consentimiento se manifiesta. La solucion en este caso, es abandonada á la apreciacion de los tribunales.”

En la apreciacion de los hechos es necesario no confundir el mandato con la locacion de servicios. Con la definicion dada por nuestro Cód. dificilmente se pueden confundir, y no se necesita discutir mucho como en derecho Frances (Laurent, 336 y sigts.,

tom. 27), para hacer notar la diferencia esencial entre uno y otro contrato.

El mandato, segun nuestro art. 1869, es *para ejecutar uno ó varios actos juridicos*; mientras que la locacion de servicio, es, segun el art. 1623, para *prestar algun servicio*.

De suerte que en el primero, la representacion del mandante por el mandatario es indispensable en la ejecucion del *acto juridico*; mientras que en el segundo no hay representacion, sino únicamente la ejecucion de un trabajo ó la prestacion de un servicio sin representacion de ningun género. La representacion en el primer caso es indispensable por cuanto, tratándose de ejecutar un acto jurídico, supone una tercera persona ante quien el mandatario representa al mandante, puesto que en todo acto jurídico se trata de crear, modificar, transferir, conservar ó aniquilar derechos, lo que supone que hay otra persona fuera del que lo ejecuta.

No sucede así con la ejecucion de un hecho cualquiera, sin trascendencia, ni en pro ni en contra de tercero. (Véase Marcadé y Pont, lugar citado y siguientes, y Laurent, n. 338, tom. citado.) La Suprema Corte Nacional ha declarado que cuando un comisionado contrata á nombre ó por cuenta de un tercero, no hay comisionado, sino mandato. (Fallos, S. 2, tom. 8, p. 236.)

Presúmese que es oneroso: En tal caso, la prueba de que es gratuito corresponde al mandante.

1872—El poder que el mandato confiere está circunscrito á lo que el mandante podria hacer, si él tratara ú obrara personalmente, (*C. Com.*, 307.) (Concuerda con los arts. 36—1890—1892—1905 á 1908.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 329)—Freytas, 2921, inc. 2 y 2929—Cód. de Chile, 2131—Frances, 1989.

Este art. bien ha podido suprimirse y dejar tan solo el 1905, en el cual está comprendido el presente.

1873—El mandato puede ser espreso ó tácito. El espreso puede darse por instrumento publico ó privado, por carta, y tambien verbalmente. (*C. Com.*, 391.) (Concuerda con los arts. 917 á 920—1184, inc. 7—1874—1983—3330.)

CONCORDANCIAS

Vease las del art. siguiente y su comentario.

1871—El mandato tácito resulta no solo de los hechos positivos del mandante, sino tambien de su inaccion ó silencio, ó no impidiendo pudiendo hacerlo, cuando sabe que álguien está haciendo algo en su nombre. (Concuerda con los arts. 1145—1147—1935—1936—los concordantes del art. anterior, y 2288.)

CONCORDANCIAS

(LL. 12, tit. 24, P.^a 5—L. 6, tit. 35, Lib. 4, Cód. Rom.—Ley 6, tit. 1, Lib. 17, Dig.—L. 60, tit. 17, Lib. 50, Dig.—Cód. Frances, 1985—Cód. de Baviera, art. 2, Cap. 9, Lib. 4—Aubry y Rau, § 411, nota 1—Troplong, *Mandato*, núms. 114 y sigtes.—Zachariæ, § 751, nota 2)—Freytas, 2888, 2889 y 2896—Goyena, 1603—Marcadé y Pont, tom. 8, n. 845—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 5, p. 273—Id. del Juez Dr. Basualdo, tom. 1, p. 74—Laurent, tom. 27, ns. 335 y sigtes.—Téngase presente la nota del codificador al art. que concordamos.

Entre mandante y mandatario, la prueba de la existencia del mandato está sujeto á las reglas establecidas para la prueba de los contratos en general; así, cuando la ley establece una forma determinada para tal ó cual clase de acto que debe ejecutarse por medio de mandatario, si se hace en otra forma, ni los terceros, ni el mandante, ni el mandatario, pueden alegar la existencia del mandato para exigir el cumplimiento de las obligaciones que hubiesen resultado de la ejecucion del mandato si éste hubiese sido dado en la forma regular. Un ejemplo de esto tenemos en el fallo citado en las concordancias, dictado por el Juez Basualdo. Se trataba de un mandante que exigia á su mandatario le hiciese el traspaso de un inmueble que decia haber comprado á su nombre.

Para el efecto, el mandante se propuso probar por testigos y por otros medios de prueba la existencia del mandato para la compra del inmueble en cuestion.

El demandado fué absuelto porque, como dice el considerando 2º de dicha sentencia, dada la naturaleza de la gestion encomendada, el poder ha debido ser hecho en escritura pública, como lo dispone el art. 1184, C. C., y *bajo este aspecto es de todo punto inadmisibile la prueba producida* para acreditar su existencia (la del mandato) en una forma distinta de la que la ley determina en aquella sancion (el demandante no presentaba poder en escritura pública), debiendo principalmente tenerse presente la disposicion del art. 1191 del recordado Cód. segun la cual los contratos que

tengán una forma determinada por las leyes no pueden juzgarse probados si no estuviesen en la forma prescrita."

3º Que en el caso *sub judice* no concurre ninguna de las excepciones que el mismo art. establece, y en consecuencia no proceden para la demostracion del contrato los demas medios de prueba que la ley autoriza."

De suerte, pues, que la prueba de la existencia del mandato, fuera de los casos espresamente determinados por la ley, está sometida á las mismas reglas á que está sujeta la prueba del contrato mismo que se dice (ya por el mandante ó por el mandatario) haber sido ejecutado por un individuo en su carácter de mandatario. Así, un mandato en cuya virtud se celebra un contrato por mas de 200 pesos, no podrá probarse por testigos si no existe principio de prueba por escrito. (Fallo de la S. C., S. 2., tom. 2, p. 229.)

La jurisprudencia francesa está conforme tambien en esto: "Si una procuracion, dice Laurent, es dada para hacer un contrato no solemne, el escrito no sirve sino de prueba y la ley admite indistintamente como prueba literal los actos bajo firma privada y los auténticos. No es lo mismo tratándose de los contratos solemnes; la solemnidad es requerida para la existencia misma del contrato, de donde resulta que el consentimiento en todos sus elementos debe ser constatado de una manera auténtica tambien, sino, no hay consentimiento, y se anula el contrato."

La Suprema Corte Nacional, ha fallado tambien que el mandato cuya retribucion pasa de 200 pesos debe probarse por escrito. (Fallos, S. 2, tom. 9, p. 265.)

Respecto al mandato tácito, toca al Juez apreciar las circunstancias que induzcan á suponer si ha habido ó no mandato, admitiendo la prueba segun los principios á que esté sometido el acto mismo de que se trata, apreciando los hechos de los cuales se desprenda.

Puede suceder que el hecho del mandato sea indudable, y sin embargo ser nulo el acto ejecutado; en tal caso es inútil la prueba: tal sería el caso fallado por el Dr. Basualdo, ó en caso de una donacion, etc., etc.

Véase sobre todo esto los arts. 2890 á 2897 de Freytas. Tambien véase sobre la ratificacion tácita nuestro art. 1935 y sus concordantes.

1875—El mandato puede ser aceptado en cualquiera forma, expresa ó tácitamente. La aceptacion expresa resulta de los mismos actos y formas que el mandato espreso. (*C. Com.*, 302.) (Concuerda con los arts. 918—919—2288. Véase los del art. anterior.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2898 y 2899. Véase las del art. anterior

De los mismos actos y formas: Es aplicable lo que hemos dicho en el comentario al art. anterior. Téngase presente lo dicho en el comentario al art. siguiente.

1876—La aceptacion tácita resultará de cualquier hecho del mandatario en ejecucion del mandato, ó de su silencio mismo. (Concuerda con los arts. 918—919—1145—1146—1177—1178.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1385, y sobre él Troplong—Pont, *Mandat*, n. 889)—Freytas, 2898 y 2899—Cód. de Chile. 2124, 1ª y 2ª parte—Cód. Italiano, 1738, § 2—Pothier, *Mandat*, n. 31.

En ejecucion del mandato: Realizándose la hipótesis del art. 1877 aunque el mandatario obre á nombre propio, si el mandante exige una subrogacion ó entrega de lo adquirido por ese acto, deberá considerarse, con arreglo á dicho art., que el mandatario obró por cuenta del mandante, y como tal obligado á traspasar á este último el derecho adquirido.

El mandatario puede tambien á su vez, aunque haya tratado en su propio nombre, exigir al mandante el cumplimiento de sus obligaciones como tal (art. 1929).

1877—Entre presentes se presume aceptado el mandato, si el mandante entregó su poder al mandatario, y éste lo recibió sin protesta alguna. (Concuerda con los arts. 1876 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2900—Véase las del art. anterior.

1878—Entre ausentes la aceptacion del mandato no resultará del silencio del mandatario, sino en los casos siguientes:

- 1º Si el mandante remite su procuracion al mandatario, y éste la recibe sin protesta alguna; (Concuerda con el art. 1877.)
- 2º Si el mandante le confirió por cartas un mandato relativo á

negocios que por su oficio, profesion ó modo de vivir acostumbraba recibir y no dió respuesta á las cartas. (Concuerda con el art. 1917.)

CONCORDANCIAS

(Pothier Mandat, n. 32—Duranton, tom. 18, n. 224—Troplong, n. 148—Pont, Mandat, n. 870)—Freytas, 2901—Cód. de Chile, 2125, 1.^a parte—Laurent, tom. 27, n. 395.

1879—El mandato es general ó especial. El general comprende todos los negocios del mandante, y el especial uno ó ciertos negocios determinados. (*C. Com.*, 305.) (Concuerda con los arts. 1880—1884.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1987—Troplong, ns. 274 y 275)—Goyena, 1604—Cód. de California, 2481—Cod. de Portugal, 1323 y 1324—Cód. Italiano, 1740—Cód. de Chile, 2170—Fallos del Juez Dr. Drago, p. 298.

1880—El mandato concebido en términos generales, no comprende mas que los actos de administracion, aunque el mandante declare que no se reserva ningun poder, y que el mandatario puede hacer todo lo que juzgare conveniente, ó aunque el mandato contenga la cláusula de *general y libre administracion*. (Véase arts. 448—782—832—1881—2262.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1988—Holandes, 1833—L. 63, Tit. 3, Lib. 3, Dig.—L. 16, Tit. 13, Lib. 2, Cód. Rom.—Aubry y Rau, § 412—Pont, ns. 896 y siguientes. La L. 19, Tit. 5, Part. 3.^a, parece que da la facultad de enajenar y transigir al mandatario sobre las cosas del mandante, cuando el mandato lleva la cláusula de libre y general administracion. Pont, en el n. 910, designalos objetos que comprende el mandato concebido en términos generales)—Freytas, 2879—Cód. de California, 2482—Cód. Italiano, 1741, § 1—Cód. de Chile, 2132.

Los actos de administracion: El Cód. de Chile, lugar citado, enumerando lo que se entiende por actos de administracion, dice “que son los de pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unas y otras al giro ordinario administrativo; perseguir en juicio á los deudores, intentar las acciones posesorias é interrumpir las prescripciones, en todo lo tocante á dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo ó benefi-

cio de las tierras, minas, fábricas ú otros objetos de industria que se le hayan encomendado."

Es lo que por nuestras leyes debe entenderse tambien por actos administrativos. Para el caso de duda, tenemos un punto de partida bastante fijo, y es el art. 1881 y sus concordantes, y podemos decir que el mandatario general puede hacer todos aquellos actos para los cuales la ley no exige un poder especial.

Lo dicho es sin perjuicio de las restricciones especiales impuestas esplicita é implicitamente á los representantes necesarios, como los tutores, curadores, etc., etc.

1881—Son necesarios poderes especiales: (Véase arts. 1184, 2262 y sus concordantes, y 297—443.)

- 1º Para hacer pagos que no sean los ordinarios de la administracion: (Véase 727 á 729—1886—443, inc. 2.)
- 2º Para hacer novaciones que estingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato; (Concuerda con los arts. 782—806—1888.)
- 3º Para transigir, comprometer en árbitros, prorogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, ó á prescripciones adquiridas; (Concuerda con los arts. 443, inc. 5—839—3390—3965.)
- 4º Para cualquier renuncia gratuita, ó remision, ó quita de deudas, á no ser en caso de falencia del deudor; (Concuerda con los arts. 868 á 872—1807, inc. 6—1888—450, inc. 6.)
- 5º Para contraer matrimonio á nombre del mandante;
- 6º Para el reconocimiento de hijos naturales;
- 7º Para cualquier contrato que tenga por objeto trasferir ó adquirir el dominio de bienes raices, por título oneroso ó gratuito; (Concuerda con los arts. 434—435—443, inc. 6—1797—1808, inc. 5.)
- 8º Para hacer donaciones, que no sean gratificaciones de pequeñas sumas, á los empleados ó personas del servicio de la administracion; (Concuerda con los arts. 459, inc. 5—1807.)
- 9º Para prestar dinero, ó tomar prestado, á no ser que la administracion consista en dar y tomar dinero á intereses, ó que los empréstitos sean una consecuencia de la administracion, ó que sea enteramente necesario tomar dinero para conservar las cosas que se administran; (Véase art. 443, inc. 7—450, inc. 8—1694—1885—1886.)
- 10º Para dar en arrendamiento por mas de seis años inmuebles que estén á su cargo; (Véase 443, inc. 10—1278—1279—1511—1575, inc. 1.)
- 11º Para constituir al mandante en depositario, á no ser que el mandato consista en recibir depósitos ó consignaciones; ó que el depósito sea una consecuencia de la administracion;
- 12º Para constituir al mandante en la obligacion de prestar cual-

quier servicio, como locador ó gratuitamente; (Concuerda con los arts. 280—1513—2262.)

13°—Para formar sociedad;

14° Para constituir al mandante en fiador; (Concuerda con los arts. 297—450, inc. 9—2011, inc. 5.)

15° Para constituir ó ceder derechos reales sobre inmuebles; (Concuerda con los arts. 297—1452—1695—3244—3390.)

16° Para aceptar herencias; (Concuerda con los arts. 3330—3389.)

17° Para reconocer ó confesar obligaciones anteriores al mandato; (Concuerda con el art. 3862 y nota del codificador á dicho art.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, Mandat, ns. 279 á 298—Decretal de Bonifacio VIII, capítulo último de *Procurat in Sento*)—Freytas, 2881—El Cód. Chile, art. 2132, declara que se necesita poder especial para todos los casos no enunciados, que son los que hemos trascrito en el comentario al art. 1880 nuestro—El Cód. de California, art. 2482 exige mandato especial para todo acto de *rigoroso dominio*, lo mismo el Cód. Italiano, art. 1741, § 2—Goyena, 1605—Pont, sobre el art. 1988 Frances—Para el inc. 3, véase Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, p. 234—Laurent, tom. 27, ns. 419 y siguientes.

Los poderes especiales á que se refieren los distintos incisos de este art. pueden ir comprendidos en un mandato general, ya sea que en él se dé poder para todos los actos de una naturaleza determinada, ó que se especifique los asuntos, negocios ó cosas en que puede hacer tales ó cuales actos. Así, en un poder general otorgado con *libre y general administracion*; no da poder, segun el art. 1880, para ejecutar los actos enumerados en el art. que estudiamos: pero en ese mismo poder general se pueden bien comprender la facultad para ejercer esos mismos actos, sin necesidad de un otro poder especial. Por ejemplo, si el poder general dice que faculta al mandatario para vender todos sus inmuebles, es claro que siendo este un poder general, el mandatario está facultado para vender cualquier inmueble de su mandante, sin que se le pueda negar esta facultad en razon de no tener poder especial para vender tal ó cual inmueble. (Véase Pont, n. 900, tom. 1.)

Inciso 1º: Se refiere este inciso á las deudas contraidas durante su administracion, pues si son anteriores, aunque sean pagos nacidos de la administracion, no se debe considerar autorizado para hacerlos. Segun el inciso 14 del art. que estudiamos se necesita poder especial para *reconocer ó confesar* deudos anteriores

al mandato; luego, si no puede reconocer, tampoco puede pagar, puesto que ántes de pagarles ha debido reconocerlas; el pago es por sí solo un reconocimiento.

Si el mandatario hace el pago, las relaciones de derechos creados por este acto entre el deudor y el que paga, no serán las del mandatario y mandante; es decir, no tendrá el mandatario la accion *de mandato*, como la tendría si hubiera pagado en virtud de un mandato especial, ó en el caso comprendido en el inciso que estudiamos, sino que tendrá la *negotiorum gestorum* si ha pagado ignorándolo el mandante; (advuértase que nos referimos al pago de una deuda anterior al mandato, por eso hablamos de mandante y mandatario) la ley le acuerda entónces una accion *in rem verso* (arts. 727 y 728).

INCISO 2º: Quiere decir que las deudas contraídas para atender á la administracion, cuando es autorizado para contraer deudas con este fin, pueden ser novadas; la novacion en cierto modo equivale al pago, y como el que tiene poder para administrar con autorizacion de buscar los fondos para atender á los gastos de administracion, está autorizado sin necesidad de poder especial, para pagar las deudas de dicha administracion, es claro que puede novar esas mismas deudas sin necesidad de autorizacion especial. (Pont, n. 918, tom. 1.)

INCISO 3º: Véase sobre este inciso á Laurent, tom. 27, n. 433, Pont, tom. 1, n. 916 (1).

INCISOS 5 Y 6: En cualquiera de estos dos casos será necesario determinar la persona con quien ha de casarse, ó el hijo á quien debe reconocer. De no ser así, en el primer caso, se caería en la prohibicion del art. 531, inc. 3, puesto que tal poder equivaldria á casarse con la persona designada por un tercero ó con su aprovacion.

En el segundo, se prestaría á innumerables abusos; aparte de que siendo la paternidad un hecho personalísimo, un mandatario no podría cumplir acertadamente con su mandato.

Como estos hay muchos actos que no basta designarlos por su naturaleza; es decir, que no es suficiente un poder general para tal ó cual clase de actos, como el ejemplo del poder para ven-

(1) Cuando citamos á Pont nos referimos á la obra de Marcadé y Pont, edicion de 1877.

der inmuebles que hemos puesto en el principio de este comentario, sino que se necesita un poder especial para un acto determinado, no por su naturaleza, sino de un modo concreto, designado especialmente el acto para el cual se faculta. En esto están de acuerdo casi todos los jurisconsultos. (Véase Marcadé y Pont, tom. 8, n. 903.)

INCISO 10: Según este inciso, un mandato concebido en los términos del art. 1880 da facultad al mandatario para arrendar con tal que no pase de seis años.

Un mandato concebido en terminos generales dará derecho al mandatario para hacer todos aquellos actos que no estuviesen explicita ó implícitamente esceptuados, juzgando siempre restrictivamente las facultades del mandatario.

1882—El poder especial para transar, no comprende el poder para comprometer en árbitros. (Concuerda con los arts. 1881, inc. 3—1884.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1989—Trop'long, n. 321 —Laurent, tom. 27, n. 433—Cód. de Chile, 2141.

Comprometer en árbitros: Este art. no es mas que una confirmacion de lo dispuesto en el inc. 3 del art. 1881. Allí se dice copulativamente que es necesario poder especial para transar, para comprometer en árbitros, para prorogar jurisdiccion, etc., etc. De suerte que bien ha podido suprimirse y quedar comprendido en el inc. citado.

De ese inc. y del presente art. resulta que el poder para transar no solo no da poder para comprometer en arbitros, sino que no comprende la facultad de prorogar jurisdiccion, renunciar el derecho de apelar, etc. (Pont, sobre el art. 1989, n. 957).

El poder espreso para transar en un asunto determinado, no da poder para transar en otros asuntos, aunque sea el mismo mandatario el que intervenga en ellos. Así, un poder para cobrar judicialmente los créditos del mandante con facultad de transar en dichos juicios, y que el mandatario tuviese á mas poder general para entender en cualquier otra clase de asuntos del mandante, no le daría facultad para transar en otros asuntos (aunque fuera de los comprendidos en el mandato general) que no sean las

deudas en cuya persecucion se le hubiese especialmente autorizado á transar. (Dalloz, palabra *Mandat*, n. 114, 1º.)

La facultad de transar, como cualquiera otra que necesite ser especialmente comprendida en un mandato general, debe entenderse restrictivamente; de aquí se sigue que el hecho de dar poder para entender en todos los juicios en que el mandante tenga parte, y acordar espresamente la facultad de transar en tales ó cuales, da á entender que en los asuntos no comprendidos en esta enumeracion no tiene el mandatario tal facultad.

1883—El poder especial para vender, no comprende el poder para hipotecar, ni recibir el precio de la venta, cuando se hubiere dado plazo para el pago; ni el poder para hipotecar, el poder de vender. (Concuerta con los arts. 733—1452—1884—Véase 1918.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, ns. 322 y 323—Toullier, tom. 7, n. 23)—Freytas, 2931, 1ª parte—Laurent, tom. 27, n. 435—Pont, tom. 1, n. 949 á 952—Cód. de Chile, 2143.

Cuando se hubiere dado plazo para el pago: De suerte que si la venta ha sido al contado, el mandatario puede recibir el precio aunque en la autorizacion para la venta no se haga mencion alguna de la facultad de recibir el precio (Pont, tom. 1, n. 951 y los autores citados por éste), y sea que se trate de bienes muebles ó inmuebles. La razon es que debiendo en la venta dar el título definitivo al comprador con mencion de estar pagado el precio, es claro que esta carta de pago no puede acordarla si no recibe el precio, ó si de antemano el vendedor no lo ha recibido.

1º El poder para hipotecar comprende necesariamente el poder para recibir el precio de la hipoteca.

2º Si el poder tiene por objeto obtener una suma de dinero, y en él solo se dice que el mandante autoriza al mandatario para conseguirle una suma dada vendiendo tal ó cual inmueble, ó valiéndose de cualquier otro medio, pensamos con Pont, n. 950, que el mandatario está autorizado á hipotecar. “No se puede decir, dice el autor citado, que esto sea sustituir un acto por otro, porque la realizacion de una suma de dinero puede considerarse

aquí como el objeto real del mandato, la venta solo es indicada como medio de obtenerlo."

3º Si el poder es para hacer una venta pura y simple, y el mandatario hace una venta condicional, con pacto de retroventa, ó de mejor comprador, por ejemplo, ¿puede el comprador negar este derecho al mandante cuando quiera hacer uso de él, fundándose el primero en que el mandato ha sido para hacer una venta pura y simple? Indudablemente que no. La cuestion queda, en tal caso, resuelta por el art. 1906, y tambien por el 1937.

1884—El mandato especial para ciertos actos de una naturaleza determinada, debe limitarse á los actos para los cuales ha sido dado, y no puede estenderse á otros actos análogos, aunque éstos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer. (Concuerda con los arts. 1691—1872—1880—1881, incs. 9 y 11—1882—1883—1885 á 1888.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 412)—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, p. 221—Id. del Juez Dr. Basualdo, tom. 1, p. 178—Véase Freytas, 2929, y Laurent, tom. 27, n. 443.

Aunque éstos pudieran considerarse, etc., etc.: En 'el último fallo citado se ha resuelto que, autorizado el mandatario para cobrar ejecutivamente una suma, no tiene personería para cobrar esa misma suma en juicio ordinario. Pensamos que el sabio y recto Juez ha llevado esta vez demasiado lejos la interpretación restrictiva que debe recibir este art. Autorizar á un mandatario para demandar á un deudor en juicio ejecutivo, y demandarlo en juicio ordinario, *no es ejecutar un acto por otro*; es únicamente cambiar los medios de ejecucion del mandato. Esos medios de ejecucion no estaban, segun las palabras copiadas en el 1º. considerando de la citada sentencia, indicadas con exclusion de otro procedimiento. El mandato solo decia para *ejecutar* á Don N.; pero esto no quiere decir que solo se autorizaba al mandatario para perseguir al deudor en juicio ejecutivo.

Creemos, pues, que un mandatario autorizado para ejecutar un deudor, está autorizado para perseguir el pago, tanto en juicio ejecutivo como en juicio ordinario y para valerse de cualquier medio de perseguir el cobro.

Al autorizarse un cobro judicialmente, es claro que debe enten-

derse que el mandante ha querido que su mandatario se valga del procedimiento propio para llevar á cabo su mandato, y desde que solo por la via ordinaria se podia conseguir, no es de suponer que la intencion del mandante fuera que su mandatario se valiese de otros medios que de los marcados por la ley.

La verdadera inteligencia de este art. está demostrada por Pont, en el tom. 1, n. 949.

Nuestro art. se refiere al caso de querer ejecutar *un acto por otro*, ó cuando el mandato autoriza para uno determinado, y el mandatario se *crea* autorizado para ejecutar otros análogos. Esto no está en contradiccion con el principio admitido por todos los jurisconsultos de que la autorizacion para ejecutar un acto lleva en sí la facultad de valerse de los medios de ejecutarlo y que entran en la intencion del mandante. (Véase Cód. de Chile, art. 2134, 2ª parte.)

1885—El poder especial para hipotecar bienes inmuebles del mandante, no comprende la facultad de hipotecarlos por deudas anteriores al mandato. (Concuerda con los arts. 1881, inc. 9—1884.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 324—Pont, *Mandat*, n. 949—Freytas, 2931, inc. 3.

De hipotecar por deudas anteriores al mandato : Esta prohibicion debe estenderse aun al caso de que habla la última parte del inc. 9, del art. 1881.

1886—El poder para contraer una obligacion, comprende el de cumplirla, siempre que el mandante hubiere entregado al mandatario el dinero ó la cosa que se debe dar en pago. (Concuerda con los arts. 1880—1881, incs. 1 y 9—1948.)

CONCORDANCIAS

(Pont, *Mandat*, 946)—Freytas, 2930, inc. 2.

Hubiere entregado al mandatario el dinero : Porque en este caso, dice Pont, lugar citado, hay una ratificacion, ó mandato tácito para la ejecucion del mandato.

Un ejemplo de esto es tambien el poder para administrar, en que hay que contraer deudas para atender á esa administracion; en ese caso debe considerarse al administrador autorizado para cumplir dichas obligaciones.

1887—El poder de vender bienes de una herencia, no comprende el poder para cederla, ántes de haberla recibido. (Concuerda con los arts. 1449—1452—1884.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2931, inc. 2.

1888—El poder para cobrar deudas, no comprende el de demandar á los deudores, ni recibir una cosa por otra, ni hacer novaciones, remisiones ó quitas. (Concuerda con los arts. 782—806—1881, incs. 2 y 4.)

CONCORDANCIAS

(Pont, *Mandat*, ns. 913 y 941)—Freytas, 2931, inc. 4.

CAPITULO I

Del objeto del mandato

1889—Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos, susceptibles de producir alguna adquisicion, modificacion ó estincion de derechos. (*C. Com.*, 299.) (Concuerda con los arts. 944—953—1869.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2870—Cód. de California, 2476—Mourlon, tom. 3. n. 1086—Lanrent, tom. 27, ns. 401 y 402.

1890—El mandato no da representacion, ni se estiende á las disposiciones de última voluntad, ni á los actos entre vivos, cuyo ejercicio por mandatarios se prohíbe en este Código, ó en otras leyes. (Concuerda con los arts. 947, última parte—3619—3711—3843—3845.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2871—Nota del codificador al art. 3844.

1891—El mandato de acto ilícito, imposible ó inmoral, no da accion alguna al mandante contra el mandatario, ni á éste contra el mandante, salvo si el mandatario no supiere, ó no tuviese razon de saber que el mandato era ilícito. (Concuerda con los arts. 930—953—1044—1167—1168—1626—1912—2060 á 2062.)

CONCORDANCIAS

(Ley 25, tit. 12, P.^a 5.^a—L. 6, § 3, y LL. 22 y 26, tit. 1, Lib. 17, Dig.—Pohtier, n. 7—Troplong, ns. 80 y siguientes)—Freytas, 2872 y 2873—Laurent, tom. 27, n. 402.

No supiere ó no tuviere razon de saber: Para juzgar la culpabilidad del mandatario se estará á los principio generales que sirven para determinar los actos que son ejecutados por ignorancia ó error.

Si solo el mandante conocia lo ilícito del acto, el mandatario tendrá accion contra él no solo por los gastos hechos sino por los perjuicios recibidos. (Véase art. 1077 combinado con el 1072, y art. 1893.)

La nulidad del mandato no trae la nulidad de las cláusulas accesorias lícitas aunque sean una consecuencia del mandato lícito (Laurent, lugar citado).

1892—El mandato puede tener por objeto uno ó mas negocios de interes esclusivo del mandante ó del interes comun del mandante y mandatario, ó de interes comun del mandante y de terceros, ó del interes esclusivo de un tercero; pero no en el interes esclusivo del mandatario. (Concuerta con los arts. 1168—1869--1893.)

CONCORDANCIAS

(LL. 20 y siguientes, tit. 12, P.^a 5.^a. Instituta, *Mandat.*, §§ 1 al 5—Tropiong, n. 34 y sigtes.—Pont, *Mandat.*, n. 820)—Freytas, 2874, 2875—Laurent, tom. 27, ns. 404 y 405—Cód. de Chile, 2120.

Pero no del interes esclusivo del mandatario: Con esto ha resuelto nuestro Cód. una cuestion sumamente debatida entre los jurisconsultos. (Véase Pont, n. 819.)

1893—La incitacion ó el consejo, en el interes esclusivo de aquel á quien se da, no produce obligacion alguna, sino cuando se ha hecho de mala fe, y en este caso el que ha incitado ó dado el consejo debe satisfacer los daños y perjuicios que causare. (Concuerta con los arts. 1072—1077—1081—2009—2010--2147—2148.)

CONCORDANCIAS

(L. 23, tit. 12, P.^a 5.^a, y regla 6, tit. 34, P.^a 7.^a.)—Cód. de Chile, 2119 y 2121.

Debe satisfacer los daños y perjuicios que causa: Pero si el que aconsejó prueba que no han sido sus consejos los que le indujeron á ejecutar el hecho, quedará libre de esta obligacion; esto es sin perjuicio de la responsabilidad que puede tener lugar por la aplicacion del art. 1081.

Es necesario tener presente que no se trata aquí del caso en

que habiendo dado un consejo con conocimiento de que el acto podía ser de malos resultados para el ejecutante, no por ser el acto aconsejado ilícito, sino porque el acto era malo como negocio. La responsabilidad impuesta aquí es para el caso en que al aconsejante se le puede imputar un delito; por ejemplo: Pedro aconseja á Juan para que compre á Diego un inmueble que le consta que no pertenece á Diego. En este caso hay un delito, y los perjuicios que reciba Juan por la nulidad de su compra deben ser pagables solidariamente entre Pedro y Diego; ambos han procedido en este caso de mala fe, y deben reparar los perjuicios de su falta.

CAPITULO II

De la capacidad para ser mandante ó mandatario

1891—El mandato para actos de administración debe ser conferido por persona que tenga la administración de sus bienes. (Concuerda con los arts. 1040 y sus concordantes—1895.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 411)—Freytas, 2865—Laurent, tom. 27, núms. 395, 396 y 400.

1895—Si el mandato es para actos de disposición de sus bienes, no puede ser dado, sino por la persona capaz de disponer de ellos. (Concuerda con los arts. 1872—1894.)

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior.

Capaz de disponer de ellos: Si el mandante es incapaz, aunque el mandatario sea capaz, el acto tendrá el mismo vicio de nulidad que cuando fuese hecho por el mismo incapaz. Pero el mandatario capaz no puede oponer la nulidad de sus obligaciones para con el mandante, fundándose en la incapacidad de éste. (Véase concordantes del art. 1898.)

Lo dispuesto en estos dos arts. es sin perjuicio de las reglas establecidas para la tutela y curatela de los incapaces de administrar sus bienes.

1896—Pueden ser mandatarios todas las personas capaces de contratar, excepto para aquellos actos para los cuales la ley ha conferido

atribuciones especiales á determinadas clases de personas. (Concuerda con los arts. 52—53—56—57—1160—1161—1897—1898.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2866 y 2867—Laurent, tom. 27, ns. 397 á 400—Pont, *Mandat*, 963 y siguientes.

Todas las personas capaces de contratar: La capacidad que aquí se exige es principalmente para las relaciones que crea el mandato entre mandante y mandatario; pero tratándose de las obligaciones creadas por el mandatario entre el mandante y los terceros con quienes trata, no se necesita, en tésis general, capacidad en el mandatario 1897 y 1898).

1897—El mandato puede ser válidamente conferido á una persona incapaz de obligarse, y el mandante está obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto al mandatario, como respecto á terceros con los cuales éste hubiese contratado. (Concuerda con los arts. 1049—1896—1898—2399—3846.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 411, nota 8—Troplong, ns. 329 y siguientes—Pont, n. 963 y sigts.)—Cód. de Chile, 2128.

A una persona incapaz de obligarse: Pero si el mandatario ha sido capaz al tiempo de aceptar el mandato y despues se hace incapaz, las obligaciones que contraiga despues de sobrevenirle esa incapacidad, no ligan al mandante con respecto á terceros: desde el momento en que el mandatario se hace incapaz cesa su mandato (art. 1963, inc. 4). La razon de esto es que aunque el mandatario sea legalmente incapaz al tiempo de aceptar el mandato, el mandante lo ha elegido así porque ha pensado que su incapacidad legal no impide conducir bien el negocio que se le encomienda, y como éste no es mas que un instrumento, como dice Pont, del mandante, su incapacidad no tiene nada que ver con la obligacion que por su intermedio contrae para con los terceros con quienes trata. No sucede así tratándose de una incapacidad sobreviniente, y que el mandante no ha podido prever. Así, no es lo mismo que el mandante confiera poder á una mujer casada, porque sabe que su marido no le impedirá cumplir con fidelidad su mandato, que conferir este mismo poder á una mujer

soltera contando con su libertad de obrar, que despues se casó; en este caso, decimos, el mandante no sabe si la mujer podrá ó no seguir cumpliendo con fidelidad el mandato, ó si solo hará lo que su marido le ordene. Es por esto que, en la duda la ley declara sin efecto el mandato desde que sobreviene la incapacidad. (Véase arts. 1984 y 1985.)

Véase el art. siguiente, que es el complemento del presente.

1898—El incapaz que ha aceptado un mandato, puede oponer la nulidad del mandato cuando fuese demandado por el mandante por inexecucion de las obligaciones del contrato, ó por rendicion de cuentas, salvo la accion del mandante por lo que el mandatario hubiese convertido en su provecho. (Concuerda con los arts. 1038—1046—1048—1049—1164 á 1166—2194 á 2196.)

CONCORDANCIAS

Véase las del art. anterior—Cód. Frances, 1900—Laurent, tom. 27, n. 398.

Salvo la asociacion del mandante, etc., etc.: La responsabilidad del mandatario incapaz, será, en tal caso, juzgado con arreglo á los principios generales que rigen las obligaciones contraidas por los incapaces. (Véase concordantes citados y Cód. de Chile, 2128, última parte.)

1899—Cuando en el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos ó mas mandatarios, entiéndese que el nombramiento fué hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados, con las escepciones siguientes: (Concuerda con los arts. 1920 y sus concordantes—386.)

1ª Cuando hubieren sido nombrados para que funcionen todos ó algunos de ellos conjuntamente; (Concuerda con los arts. 701—1693—1921.)

2ª Cuando hubieren sido nombrados para funcionar todos ó algunos de ellos separadamente, ó cuando el mandante hubiere dividido la gestion entre ellos, ó los hubiere facultado para dividirla entre si;

3ª Cuando han sido nombrados para funcionar uno de ellos en falta del otro ú otros. (C. Com., 321.) (Concuerda con los arts. 1901—1902—1903—1921 á 1923—3870.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2859.

Los tres arts. siguientes son el complemento del presente.

Por uno solo de los nombrados: Si todos los nombrados

están dispuestos á aceptar, la aceptacion del primeramente nombrado es la que vale. Aceptado por éste, ó por el siguiente en defecto del primero, los otros pueden aceptarlo válidamente aunque el primer aceptante desista despues de su aceptacion, porque no siendo el caso preciso del inc. 2, debe hacerse ésta por los siguientes, por cuanto es uno solo el que debe obrar en defecto de los otros (art. 1902).

Los tres arts. siguientes son el complemento del presente.

1900—Cuando han sido nombrados para funcionar todos, ó algunos de ellos conjuntamente, no podrá el mandato ser aceptado separadamente. (*C. Com.*, 321.) (Concuerda con los arts. 1693—1920.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2860.

No podrá el mandato ser aceptado separadamente: No quiere decir que la materialidad de la aceptacion no pueda ser por actos distintos y en distintas fechas, como en un mandato por cartas, ó en otra forma. Lo que quiere decir es que todos deben aceptarlo, porque uno de ellos no puede obrar sin los otros; el art. 1693 nos presenta un ejemplo.

La pluralidad de actos por que se acepte el mandato no tiene nada; lo que importa es que, nombrados para que funcionen conjuntamente, el uno no pueda funcionar independientemente de los otros; esto sería *aceptarlo separadamente*, es decir, sin dependencia de la aceptacion de los otros, y es lo que el art. prohíbe.

1901—Cuando han sido nombrados para funcionar uno en falta de otro ó de otros, el nombrado en segundo lugar no podrá aceptar el mandato, sino en falta del nombrado en primer lugar, y así en adelante. La falta tendrá lugar cuando cualquiera de los nombrados no pudiese, ó no quisiese aceptar el mandato, ó aceptado no pudiese servirlo por cualquier motivo. (*C. Com.*, 321.) (Concuerda con los arts. 1899, inc. 2 y 3—1902—3870.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2861.

1902—Entiéndese que fueron nombrados para funcionar uno á falta

de otro, cuando el mandante hubiere hecho el nombramiento en orden numérico, ó llamado primero al uno y en segundo lugar al otro. (Véase los concordantes al art. anterior.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2862.

No siendo el nombramiento en la forma indicada en este art. se entenderá que han sido nombrados para obrar conjuntamente, á ménos que del testo espreso se desprenda otra cosa: así, por ejemplo, si se dice: nombro por mi representante en tal ó cual negocio á Pedro ó á Juan, se entiende que es para que obre uno solo de ellos (primera parte del art. 1899). Pero si se dice: nombro á Juan y á Pedro para tal ó cual acto, es claro, se realiza la hipótesis del primer inciso del art. 1899.

En la duda de si han sido nombrados para obrar unos en defectos de los otros, ó conjuntamente, se entenderá que es para que obren el uno en defecto del otro (1ª. parte del art. 1899.)

En la duda de si el mandato es para ejecutarlo conjuntamente ó cada uno con independencia de los otros, se entenderá que no están autorizados á dividir la gestion, porque el inc. 2 del art. 1899 citado solo supone la ejecucion separada cuando el mandante la hubiese dividido espresamente ó hubiese *facultado* para dividirla entre sí. Luego, no habiéndola *dividido* ni *autorizado* para dividirla, es indudable que, siendo indispensable que todos tomen parte en la ejecucion del mandato, esta participacion debe ser en conjunto.

1903—Aceptado el mandato por uno de los nombrados, su renuncia, fallecimientos ó incapacidad sobreviniente, dará derecho ó cada uno de los otros nombrados para aceptarlo segun el orden de su nombramiento. (Véase 1ª parte del art. 1892, y 2ª del 1901.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2863.

Creemos que este art. ha podido suprimirse por estar comprendido en el 1901.

CAPITULO III

De las obligaciones del mandatario

1901—El mandatario queda obligado por la aceptacion á cumplir el mandato, y responder de los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inexecucion total ó parcial del mandato. (*C. Com.*, 303—318.) (Concuerda con los arts. 413—511—512—513—902—1700—1724 1905—1907—1910—1918—1919—1957 inc. 2—2290—2291—3869.)

CONCORDANCIAS

(*LL.* 20 y 21. tit. 12, P.^a 5^a—*Institutas*, § 17, tit. 27, Lib. 3—*L.* 5, tit. 1^o, Lib. 17 Dig.—*Cód. Frances*, 1991—*Holandes*, 1837)—*Goyena*, 1609, primera parte—*Cód. de Portugal*, 1336—*Cód. Italiano*, 1745 y 1746—*Fallos de la S. C.*, S. 1, tom. 8, p. 72—*Serie 2*, tom. 3, p. 290—*Freytas*, 2915.

Queda obligado por la aceptacion á cumplir el mandato: El mandatario es libre de aceptar ó no el mandato; pero una vez aceptado, queda ligado para con el mandante y no le es dado, sin pagar daños y perjuicios, dejar de cumplir con sus obligaciones de tal. Esto no quita que pueda renunciar el mandato, y en tal caso, queda desligado de todo compromiso; pero para que la renuncia lo desligue de esa obligacion, es necesario que se llenen los requisitos impuestos en los arts. 1978 y 1979.

De los daños y perjuicios: Éstos serán apreciados por el Juez con arreglo á los principios generales (arts. 519 á 522 y sus concordantes), teniendo en cuenta que á no haber sido la infidelidad ó inercia del mandatario, el mandante habria ejecutado él mismo el mandato ó habria encargado á otro; en tal caso, la pérdida comprenderá no solo los desembolsos y perjuicios que por ocasion de la falta hubiese sufrido el mandante, sino tambien la ganancia que hubiese dejado de percibir.

Así, por ejemplo, si encargado el mandatario de hacer inscribir una obligacion hipotecaria, deja pasar el tiempo marcado por la ley, y mientras tanto viene otro acreedor hipotecario y hace registrar primero su hipoteca, el mandatario será responsable para con el mandato si, llegado el vencimiento, el primer crédito hipotecario absorben todo el valor de los bienes hipotecados, sin que el deudor tenga otros con qué responder. En tal caso, la responsabilidad del mandatario será por el valor del crédito que el acreedor

ha dejado de percibir. La razon es que la culpa directa de esto la tiene el mandatario, pues que con haber registrado en tiempo la hipoteca, su mandante habria sido preferido en el pago.

Si el encargado de comprar un inmueble deja pasar el tiempo y entretanto otro lo compra, los perjuicios consistirán en el perjuicio sufrido, segun el destino para que se quiera comprar la cosa, y si es posible comprarla el perjuicio á pagar consistirá en el mayor premio que haya que pagar al primer comprador. (Véase sobre el pago de perjuicio, á Laurent, tom. 27, ns. 463 á 465.)

Véase sobre el perjuicio el fallo del tom. 8, citado en las concordancias.

Que se ocasionaren al mandante: De suerte que si por la inejecucion, parcial ó total, el mandante no ha sufrido ningun perjuicio, el mandatario no tendrá nada que pagar. "La regla (la de pagar daños y perjuicios, dice Pont, Mandat, 986), está fundada en la naturaleza misma de las cosas; el interes es la medida de las acciones, y es indudable que el demandante no tendria accion desde que la falta del mandatario no le trae ningun perjuicio."

Aparte de ésto, las palabras que estudiamos no dejan lugar á duda sobre el punto. Desde que no hay perjuicio no hay indemnizacion. (Mourlon, tom. 3, n. 1096.)

De la inejecucion total ó parcial: ¿Es divisible ó indivisible la ejecucion del mandato? En regla general es indivisible, en el sentido de que el mandatario *no puede hacer ménos de lo que se le ha encargado* (art. 1905).

El mandatario no estará, pues, obligado á aceptar la ejecucion parcial, cuando por la naturaleza del negocio no le sirve de nada tal ejecucion parcial ó le es perjudicial. (Véase sobre esto á Pont, Mandat, ns. 974 á 975.)

Esto mismo servirá tambien para determinar la extencion ó valor de los perjuicios que deberá pagar el mandatario en caso de inejecucion total del mandato. Si el mandante quiere aprovecharse de la parte realizada ó el Juez encuentra que la ejecucion ha podido dividirse y que el mandante está obligado á aceptar la parte ejecutada por el mandatario, el pago de la indemnizacion será solo en relacion á lo que no se ejecuta.

La decision de los Jueces respecto á si el mandante está ó

no obligado por la ejecucion parcial del mandato, debe fundarse en la naturaleza de cada caso especial.

Así, por ejemplo, si se le encarga á un individuo comprar un inmueble determinado, y el mandatario solo compra la mitad, no parece justo que se le obligue al mandante á que acepte esta compra, puesto que su intencion ha sido comprar todo el inmueble designado y no una parte de él, que bien puede no interesarle.

Pero si el mandante encarga comprar tal valor en mercaderías y el mandatario solo compra una parte, habria indudablemente en esto una falta por parte de este último, y deberá indemnizar los perjuicios que le resulten de esta inejecucion, pero sería injusto, dice Pont, n. 976, hacer cargar al mandatario con todo lo comprado si de la naturaleza del negocio ó de otras circunstancias especiales no resulta que la intencion del mandante ha sido no autorizar la compra sino por la totalidad del valor designado. (Véase Laurent, tom. 27, ns. 458 y 459.)

1905—Debe circunscribirse en los límites de su poder, no haciendo ménos de lo que se le ha encargado. La naturaleza del negocio determina la estension de los poderes para conseguir el objeto del mandato. (*C. Com.*, 306—307.) (Concuerda con los arts. 1691—1872—1884—1906.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1989—Holandes, 1834—Institutas, § 8, tit. 27, Lib. 3—LL. 5 y 22, §§ 11 y 41, tit. 1, Lib. 17, Dig.—Pont, Mandat, 980 y siguientes)—Goyena, 1606 y 1610—Freytas, 2921—Cód. de Chile, 2131—Cód. de Portugal, 1835.

En los límites de su poder: La Suprema Corte Nacional ha declarado que un apoderado tiene personería para intervenir en asuntos en que estén comprometidos intereses de su mandante aunque no sean los asuntos especialmente designados en la escritura de poder siempre que tengan alguna atingencia con él. (Fallos, S. 2, tom. 14, p. 550.)

La misma Corte ha declarado que un poder para buscar arrendatario con la cláusula de avisar al mandante el precio obtenido para firmar éste el contrato de arrendamiento, debe entenderse que éste se reserva el derecho de aprobar ó rechazar

el contrato, y que sin su firma no puede existir. (Fallos S. 2, tom. 9, p. 360.)

La obligacion impuesta al mandatario por las palabras que estudiamos tiene aplicacion no solo respecto al modo ó forma de ejecutarlo, sino tambien al tiempo prescrito para su ejecucion, ya por el mandante mismo ó por la naturaleza del acto. (Véase Cód. de Portugal, art. 1335 citado.)

Los términos del mandato es la ley entre el mandante y mandatario, debiendo sujetarse á él con toda estrictez.

Esto, sin embargo, no quiere decir que si habiendo sido cumplido el mandato en otra forma ó fuera del limite indicado, el mandante deje de quedar obligado si el mandatario no le exige mas obligaciones que las que por el mismo mandato se habia impuesto. Aceptamos en esto las doctrinas de Pothier, n. 94, al tratar de la cuestion suscitada entre Sabinianos y Proculeyanos, sobre si, encargado un mandatario de comprar una cosa por un precio determinado la compra mas caro, está el mandante obligado á recibirla por el precio pagado probando el mandatario que no podia obtenerla por el indicado en el mandato, ó si podrá exigir la entrega pagando solo el precio estipulado, haciendo cargar al mandatario con la pérdida del mayor precio pagado, ó si, queriendo este último entregar la cosa por el precio designado conformándose con pagar de su bolsillo el resto, puede el mandante rehusarse á recibirla aun por ese precio, so pretexto de haber pasado los límites del mandato.

Pothier sostiene que el mandante está obligado á recibir la cosa si el mandatario se la quiere entregar por el precio fijado para la compra, puesto que con esto no recibe ningun perjuicio, y el mandatario no hace mas que exigir exactamente lo que por el mandato tenía derecho; el mayor precio pagado no tiene nada que ver con la validez de la obligacion del mandante, puesto que sobre él no pesa.

Esto es lo mas racional, dice Pothier: *Non debet utile per inutile vitari.*

No haciendo ménos de lo que se le encarga: Véase comentario al art. anterior.

Entra tambien en esto la ejecucion en el tiempo convenido ó en el que la naturaleza del negocio indique, y en falta de todo en el que el Juez señale. Un mandato ejecutado fuera del tiempo

necesario, es un mandato no cumplido (art. 512, y Cód. de Portugal, 1335).

La naturaleza del negocio: Las instrucciones del mandante están en primer lugar, dice Goyena, comentario al art. 1610, porque el mandatario obra en su nombre y poder suyo: en segundo lugar, la naturaleza del negocio combinada con la diligencia de un buen padre de familia.

Determina la estension de los poderes: Sobre éste debe tenerse presente que el mandatario siempre se considera autorizado para ejecutar todos aquellos actos indispensables para el cumplimiento del mandato. Así, autorizado para administrar un inmueble, se considera autorizado para hacer todos los gastos de administracion; autorizado para dar un título de propiedad, se considera facultado para hacer los gastos de escritura y demas derechos impuestos para la trasmision; autorizado para hacer deslindar tal ó cual inmueble, debe considerársele facultado para hacer los gastos de agrimensor y demas.

1906—No se consideran traspasados los limites del mandato, cuando ha sido cumplido de una manera mas ventajosa que la señalada por éste. (Véase art. 1872.)

CONCORDANCIAS

(Institutas, § 8, tit. 27, Lib. 3—L. 5, tit. 1, Lib. 17, Dig.—Cód. de Luisiana, art. 2980—Bávaro, art. 9. Cap. 9, Lib. 4)—Goyena, 1607—Laurent, tom. 27, n. 460.

Cuando se ha cumplido de una manera mas ventajosa :
¿Quiere esto decir que so pretesto de mayor ventaja, el mandatario puede variar el modo, forma ú objeto del mandato? Indudablemente que no. Así, si encargado un mandatario de hacer una venta al contado la hace al fiado pero por mayor precio del que se le habia designado, no puede, si el mandante le hace cargos por la inobservacion en la forma de la venta, rechazar el cargo alegando que la venta en esa forma es mas ventajosa; en tal caso, el mandatario estaria obligado á pagar al contado lo que él habia fiado.

Nuestro art. solo habla del caso de haber ventaja sin variar las condiciones del mandato. El Cód. de Chile, mas claro que el nuestro, dice en el art. 2147. En general, podrá el mandatario

aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio ó menor gravámen que los designados por el mandante; *con tal que bajo otros aspectos no se aparte de los términos del mandato.*"

Es en este sentido que debe entenderse nuestro artículo.

1907—El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución fuera manifiestamente dañosa al mandante. (Concuerda con los arts. 506—512—1724—1872--1957, inc. 3—2291.)

CONCORDANCIAS

(Oórd. de Chile, 2149—Tropolong, *Mandat*, n. 397)--Pont, *Mandat*, n. 977—Freytas, 2939, inc. 3.

Manifiestamente dañosa al mandante: Como la obligación del mandatario respecto al cumplimiento de su mandato es el ejecutarlo como un buen padre de familia, poniendo en su desempeño el mismo cuidado que habría puesto en los negocios propios (Freytas, 2937, inc. 3), se sigue de aquí que cuando él tenga conocimiento que la ejecución del mandato será indudablemente perjudicial al mandante, debe responder de los perjuicios que ocasione la gestión. Pero para que sea responsable es necesario que lo dañoso del cumplimiento del mandato no sea una cuestión de apreciaciones, sino que para cualquiera el negocio sea indudablemente perjudicial; en este sentido deben tomarse las palabras que estudiamos y no en el sentido de que todo el mundo sepa que existe tal ó cual motivo que hace perjudicial el negocio.

Así, por ejemplo, dice Pothier, n. 45, si encargado el mandatario de comprar un inmueble, tiene conocimiento que éste no pertenece al vendedor, ó que tiene vicios considerables, está en la obligación de suspender la ejecución del mandato hasta dar aviso á su mandante."

Si, encargado de comprar una mercadería, sabe que ella está dañada, debe abstenerse de comprarla. Si es encargado de prestar una cantidad de dinero, y ántes de entregarlo tiene conocimiento que el futuro acreedor ha caído en insolvencia, debe suspender la ejecución del préstamo.

1º En todas estas cosas la responsabilidad del mandatario será con relación al perjuicio sufrido; así, en el ejemplo de la compra del

inmueble ajeno, la responsabilidad consistirá en el reembolso de su dinero; y si para conseguirlo del comprador se ha visto obligado á efectuar gastos, deberán éstos ser de cuenta del mandatario.

En este caso, puede obstar entre perseguir directamente del vendedor la devolucion del precio, ó exigirlo solo del mandatario para que éste á su vez la exija del vendedor.

Al mandatario no se le podria negar personeria en este caso para demandar al vendedor puesto que tendria aplicacion el art. 1930, desde que no se podria decir que habia contratado en los limites del mandato, requisito exigido por dicho art. para que desaparezca toda relacion de derecho entre el mandatario y los terceros con quien éste trata.

2º La prueba de que el mandatario ha tenido pleno conocimiento del mal resultado del negocio, corresponderia al mandante en principio general. Pero si el negocio era encargado á un mandatario que por su profesion, debia conocer necesariamente esos defectos, pensamos que deberá suponersele de mala fe.

Adviértase que nos referimos aquí á cuando el mal resultado no es manifiesto, en el sentido que cualquiera podria conocerlo, como en los ejemplos citados, pues es sabido que cuando es manifiesto, como dice el art., el mandatario carga con la responsabilidad sin necesidad de prueba especial del conocimiento de ese mal resultado.

Nos referimos el caso en que es necesario una investigacion especial para conocer los resultados que daria el negocio. El hecho de prestar el dinero encargado de colocar á interes en poder de un acreedor fallido, por ejemplo, daria lugar á que el mandante probase que el mandatario tenía reconocimiento de la quiebra y que no obstante le hizo el préstamo.

Probado que tuvo conocimiento de esta circunstancia, el mal resultado del negocio es aquí manifiesto, y en tal caso es responsable por no haberse abstenido de hacerlo; aquí no hay cuestion de si pudo ó no prever que era mejor no hacer el préstamo.

Es á estos casos á los que se refiere el art. que estudiamos.

1908—El mandatario no ejecutará fielmente el mandato, si hubiese oposicion entre sus intereses y los del mandante, y diese preferencia á los suyos. (Véase arts. 1724—1725—1728—1729—2269—2294.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 40—Delamarce y Lepoytevin, tom. 2, ps. 183 y 219)—Freytas, 2939, inc. 2—Pont, Mandat, n. 998—Nota al art. 4023.

Si hubiese oposicion: En tal caso debe renunciar, siempre que la renuncia no sea intempestiva, ó con el fin de aprovecharse de las ganancias que le proporcionaria el negocio haciéndolo por venta propia.

Por nuestras leyes no hay que hacer la diferencia que los jurisconsultos franceses hacen entre el mandato gratuito y el que no lo es; á uno y otro debe aplicarse la misma regla, es decir, la misma estrictez en el cumplimiento de los deberes del mandatario.

1909—El mandatario está obligado á dar cuenta de sus operaciones, y á entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante. (C. Com., 317, 322, 382.) (Concuerda con los arts. 458—459—460—1700—1910—1911—2288—2465—2467—3382—3868.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1993—Holandes, 1899—De Luisiana, 2973 y 2974—L. 20, tit. 1º, Lib. 17, Dig.—Troplong, n. 425)—Goyena, 1611—Freytas, 2914, inc. 4 y 2945—Cód. de Chile, 2155, 1ª. parte—y 2557—Cód. de California, 2495, 2496 y 2497—Lebr, Derecho Inglés, p. 631—Las concordancias del art. 1911.

Está obligado á dar cuenta: Salvo cuando se hubiese convenido lo contrario; esta convencion puede hacerse legalmente porque no repugna á la esencia del mandato (Pont, Mandat, n. 1003). Prueba de ello es el art. 1910, que habla del caso en que el *mandatario ha sido exonerado de rendir cuentas*.

Los arts. 385, 456, 458 y 460 sirven tambien de argumento para sostener la validez de esta convencion, en particular los tres primeros en que espresamente se prohíbe semejante convenio; si en esos casos es prohibido, es claro que en los no comprendidos en la prohibicion está permitido. Este punto resuelto claramente por nuestras leyes es materia de seria discusion entre los jurisconsultos franceses. (Véase en sentido contrario Laurent, tom. 27, n. 496, y en favor Pont, lugar citado.)

El mandante puede exigir esta rendicion de cuentas en cualquier tiempo; es decir, ántes ó despues de concluir el mandato

(Cód. de California, 2495.) Pero como la accion del mandante es personal, se prescribe con arreglo al art. 4023 á los diez años. (Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 18.)

Y entregar al mandante cuanto haya recibido: Aunque otros disputen mejor derecho á ello; pero en tal caso la entrega se hará con conocimiento de esos terceros (art. 2467).

Aunque lo recibido no se debiese al mandante: Pont, n. 1006, fundándose en la jurisprudencia francesa, trae una escepcion á esta prescripcion y que debe aplicarse tambien en nuestro derecho, que en esta parte es igual al frances.

"Pero si el mandatario, dice Pont, lugar citado, debe rendir cuenta de las sumas que ha recibido de las personas que por equivocacion se han creido deudores, no es lo mismo en el caso en que, por un error material ha recibido más de lo que ha debido recibir. En este caso no puede decirse que ha recibido el escedente en virtud del mandato, puesto que no tiene poder sino para recibir lo que es debido al mandante ó lo que el deudor creia deber; por consiguiente, es contra el mandatario y no contra el mandante que ejerceria el que ha pagado la accion de repeticion, y tiene el derecho de guardar el escedente si aquel que ha pagado no lo reclama." (Daloz, 69, 1318—Aubry y Rau, § 413, nota 5.)

Lo mismo será si encargado de vender una cosa por un precio determinado, sin facultar al mandatario para venderla por mayor precio en provecho suyo; el mandatario deberá, en este caso, entregar al mandante el mayor precio que haya obtenido, en virtud del principio del art. que estudiamos, de que el mandatario debe entregar todo cuanto haya recibido en virtud del mandato. Tambien se aplicaria el mismo principio al caso en que autorizado para hacer un préstamo sin interes, el acreedor, reusando esto, paga los intereses (Pont, n. 1007).

Troplong, n. 417, somete tambien al mismo principio el caso en que habiendo sido autorizado el mandatario á prestar sin interes á una persona determinada, presta á otra con interes: en este caso, dice el autor citado, el mandatario ha violado el mandato y no es racional que se valga de esta violacion para procurarse una ventaja, por mas que responda de la solvencia del deudor que él ha elegido contrariando el mandato. Aquí no podria argumentarse, para sostener lo contrario, con el art. 1914, porque dicho art. habla del caso de convenio espreso con el mandante, con lo

cual desaparece tambien el argumento de la ley romana, 1, tit. 10, § 8, *Mandat*, que traten los que sostienen lo contrario.

Otro tanto deberá decirse en caso que, autorizado el mandatario para vender una cosa, la da en cambio, y quiere quedarse con lo recibido pagando al mandante el precio por que se le autorizó vender. El mandante tendria aquí derecho, ó á recibir el precio ó á exigir lo que su mandatario habia recibido en cambio. Esto no solo sería una consecuencia al principio que estudiamos, sino que se resuelve en el mismo sentido en virtud del art. 1918; el mandatario no podria sostener la validez del cambio, para el efecto de no entregar lo recibido sino el precio, porque esto sería aprovecharse de su propia falta. En tal caso, el cambio se validaba para el mandante por su ratificacion al exigir lo recibido en virtud de dicho trato.

1910—La relevacion de rendir cuentas, no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante. (Concuerdia con los arts. 1904—1907—1908—1912—1913—1915—1918.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2155, última parte.

No exonera al mandatario, etc., etc.: Porque la exoneration es solo en el supuesto de que ha cumplido fielmente el mandato, y no abusando de la confianza depositada en él por el mandante. Esta dispensa de rendir cuentas se entiende únicamente en el sentido de que, pasada la cuenta de la ejecucion del mandato, es creído en sus acertos sin necesidad de presentar los justificativos que, á no existir esta condicion, estaria en la obligacion de exhibir para cumplir con la obligacion de rendir cuenta documentada (art. 460) y probar de este modo que los gastos han sido realmente hechos. En una palabra: la exoneration de rendir cuentas solo importa la dispensa de la obligacion de justificar los gastos y operaciones hechas; pero de ninguna manera la de entregar lo recibido en virtud del mandato, ni la de responder por los cargos que por abuso en su desempeño se le hiciera; de lo contrario el acto no será juzgado como mandato, sino como donacion, lo que tampoco existiria puesto que faltarian los elementos que la constituyen.

En tal caso, el mandatario perseguido por la entrega de lo

recibido en virtud del mandato tendria que probar que el acto concluido entre él y el mandante no habia sido un mandato, sino una donacion.

La diferencia principal entre un mandatario eximido de rendir cuentas y otro que no lo está, consiste, pues, en que el primero no está obligado á justificar el empleo que ha hecho de lo que ha recibido, y la prueba de que no lo ha empleado corresponde al mandante; mientras que el segundo deberá justificar plenamente su cuenta; de lo contrario, es responsable por lo recibido, sin necesidad de probar, por parte del mandante, que no lo ha empleado en cumplir con la gestion.

Con el art. que estudiamos, interpretado en la forma que lo hacemos, desaparecen los inconvenientes por que Massé y Vergé, tom. 6, nota 13, y Laurent, lugar citado, atacan como nula la convencion por la cual se exonera al mandatario de rendir cuentas, y estas mismas objeciones son indudablemente las que han dado origen á nuestro art., lo cual, por otra parte, sirve para fortalecer nuestra interpretacion.

"La cuenta, dice este último autor, es la parte de accion que pertenece al mandante contra el mandatario por la inejecucion del mandato ó por las faltas cometidas en su gestion; dispensar al mandatario de rendir cuenta es librarle de toda responsabilidad; es permitir que se haga culpable impunemente de las faltas mas graves, y aún del dolo mismo; semejante convencion será nula como contraria á las buenas costumbres y al orden público."

Tomada en el sentido absoluto que estos jurisconsultos toman semejante convencion, por no existir en el Cód. frances un art. como el nuestro que salve los inconvenientes consiguientes, hay mucha razon para atacarla. Pero con el art. 1910, queda todo salvado, porque con él se cierra la puerta al fraude, siempre que se pueda probar, porque semejante convencion no *exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante*.

El Cód. de Chile, art. 2155, que es de donde ha sido tomado el nuestro, comprende con mas claridad el pensamiento de nuestro Cód. "Las partidas, dice, importantes de su venta serán documentadas si el mandante *no lo hubiese relevado de esta obligacion*." La relevacion de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante". (Véase tambien á Freytas, art. 2943, 2.^a parte.)

1911—La obligación que tiene el mandatario de entregar lo recibido en virtud del mandato, comprende todo lo que el mandante le confió y de que no dispuso por su orden; todo lo que recibió de tercero, aunque lo recibiese sin derecho; todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó: los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiese confiado, con escepcion de las cartas é instrucciones que el mandante le hubiese remitido ó dado. (*C. Com.*, 317—322.) (Concuerda con los arts. 1909 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Mandat*, n. 428)—Laurent, tom. 27, n. 502 y sigs.—Véase las concordancias y comentarios al 1909—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 71 y 239—Tom. 13, p. 403—Freytas, 2945 y 2946.

El presente art. es una aplicación de lo dispuesto en el art. 1909.

1912—Si por ser ilícito el mandato resultaren ganancias ilícitas, no podrá el mandante exigir que el mandatario se las entregue, pero si siendo lícito el mandato, resultasen ganancias ilícitas por abuso del mandatario, podrá el mandante exigir que se las entregue. (Concuerda con los arts. 502—1656—1658—1891 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 422—Pont, *Mandat*, n. 1008)—Freytas, 2948.

1913—El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó á uso propio, desde el día en que lo hizo, y de las que reste á deber desde que se hubiese constituido en mora de entregarlas. (*C. Com.*, 323—374—382.) (Concuerda con los arts. 508—509, inc. 2—622—623—1093—1722—2209—2222.)

CONCORDANCIAS

(L. 10, § 3, tit. 1, Lib. 17, Dig.—L. 31, tit. 5, Lib. 3, id.)—Cód. Franc., 1996—Goyena, 1615—Cód. de California, 2496—Aubry y Rau, § 413, notas 6 á 8.

Desde el día en que lo hizo: Los intereses corren en tal caso sin necesidad de que se constituya en mora, es decir, sin necesidad de que el mandante reclame por el uso que ha hecho de estas cantidades; estos no son intereses moratorios sino compensatorios. (Véase Goyena, comentario al art. 1615, y Laurent, tom. 27, n. 506.)

Y de las que reste á deber: En la primera parte de este art.

se hace cargar al mandatario con la obligación de pagar los intereses de la suma que *empleó en su uso propio*. Consecuencias de esto es que no habiéndolas empleado en su uso propio no debe pagarlos aunque las haya recibido mientras no se constituya deudor moroso con arreglo á los principios generales (art. 509). Esto es lo que resuelve la segunda parte.

1. Importa mucho, entónces, tanto al mandante como al mandatario, la determinación de si el dinero ha estado en poder de este último sin ser empleado en sus negocios propios ó si ha hecho uso de él. ¿A quién corresponde la prueba de que el mandatario empleó el dinero en provecho propio? Pensamos que esta prueba corresponde al mandante.

El uso indebido del dinero por parte del mandatario constituye un abuso; un delito, y como el dinero puede haber estado en poder del mandatario sin que se haya cometido este abuso, y no haberlo entregado por pura negligencia ú otra causa, es claro, que el que afirma que el mandatario ha cometido la falta es quien debe probarla: la mala fe no se presume, al que la alega corresponde la prueba. (Laurent, tom. 27, n. 509.)

Si lo recibido no fuera dinero deberá pagar, en caso de usar de ello, los alquileres como locatario. (Véase art. 2209.)

2. Constituido el mandatario en mora de entregar lo recibido y probado que esto ha sido empleado en provecho propio, creemos que se supondrá que el empleo ha sido inmediatamente despues de recibirlo, salvo la prueba en contra. En este caso se supone que la mora ha tenido por causa ese empleo abusivo de lo recibido.

Además de los intereses, el mandatario deberá abonar los daños y perjuicios que se sigan al mandante cuando, por haber empleado en sus negocios lo recibido, no ha ejecutado el mandato, causando con esto perjuicios al mandante por cargos que terceros hagan contra él. (Duranton, tom. 18, n. 246.)

En este caso el mandatario no podría escusarse de pagar los daños y perjuicios fundado en que ya pagaba los intereses, por que éstos son independientes de la acción que compete al mandante en su carácter de tal por inexecución del mandato; á lo primero está obligado como deudor y á lo segundo como mandatario. (Mourlon, tom. 3, n. 1100.)

1911—El mandatario puede, por un pacto especial, tomar sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro; constituyéndose desde entónces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y de fuerza mayor. (*C. Com.*, 375.) (Concuérda con el art. 513.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2152)—Freytas, 2911, 2ª. parte.

1915—Los valores en dinero que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, parecen para el mandatario, aunque sea por fuerza mayor ó caso fortuito, salvo que estén contenidos en cajas ó sacos cerrados sobre los cuales recaiga el accidente ó la fuerza. (*C. Com.*, 375.) (Concuérda con los arts. 616 y sus concordantes—894—2189—2762.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2153)—Laurent, tom. 27, n. 522 —Freytas, 2497.

Perecen para el mandatario: Esto es una consecuencia de lo dispuesto en los arts. 894 y sus concordantes. (Véase la nota del codificador al art. 616.)

Que tiene en su poder: Se considera que están en su poder para el efecto de la responsabilidad impuesta por este art. miéntras el mandante no los haya recibido, aunque le hayan sido enviados por el mandatario. Así, si después de haberlos remitido le son quitados al portador, ó los pierde, el mandatario será siempre el responsable de su devolución al mandante. Pero será libre de responsabilidad si el mandante pide la remision en tal ó cual forma, habiéndolo hecho así el mandatario, los valores se pierden en el camino. (Laurent, tom. 27, n. 479.)

Salvo que estén contenidos en sacos ó cajas, etc., etc. Siempre que así los hubiese entregado el mandante. Entregados esos valores en tales condiciones, la obligacion del mandatario es restituir cosas ciertas, y entónces es aplicable lo dispuesto en el art. 584.

Por lo demas, la prueba del caso fortuito corresponde al mandatario, con arreglo á los principios generales sobre la materia.

1916—El mandatario que se halle en imposibilidad de obrar con arreglo á sus instrucciones, no está obligado á constituirse agente oficioso: le basta tomar las medidas conservatorias que las circuns-

tancias exijan. (*C. Com.*, 319.) (Concuerda con los arts. 627 á 631—1979.)

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 27, n. 476—Cód. de Chile, 2150.

El art. solo es aplicable al caso en que la imposibilidad de obrar no haya venido por culpa del mismo mandatario, pues si ha venido por culpa de éste deberá pagar daños y perjuicios (art. 628). La prueba de la imposibilidad corresponde al mandatario. (Cód. de Chile, 2150, inc. 3.)

Le basta tomar las medidas conservatorias: Pensamos que en el caso del art. el mandatario podrá cumplir el mandato de un modo equivalente al en que espresamente se le habia ordenado cumplirlo (véase Freytas, 2928, Cód. de Chile 2150, inc. 2º); pero si así no lo cumple no es responsable, pues esto es puramente facultativo en el mandatario; su obligacion no va mas allá de la que se le impone por las palabras copiadas.

1917—Si el negocio encargado al mandatario fuese de los que por su oficio ó su modo de vivir, acepta el regularmente, aun cuando se escuse del encargo, deberá tomar las providencias conservatorias urgentes, que requiera el negocio que se le encomienda. (*C. Com.*, 319.) Concuerda con los arts. 1878, inc. 2—1904—1979.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2913, Cód. de Chile, 2125.

1918—No podrá el mandatario por sí ni por persona interpuesta, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante, lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobacion espresa. (*C. Com.*, 367—368—369.) (Concuerda con los arts. 297 y sus concordantes—450, incs. 1 y 2—1361, inc. 4—1442—1513—1910—1919.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2144)—Cód. Frances, 1596, inc. 2—Mourlon, tom 3, n. 507.

1919—Si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interes corriente, pero facultado para dar dinero á interes, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobacion del mandante. (Concuerda con los arts. 1919—1950—Véase los concordantes del ar: anterior.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2145.

Al interes corriente: Ó al que el mandante le hubiese fijado pagar.

1920—Cuando un mandato ha sido dado á muchas personas conjuntamente, no hay solidaridad entre ellas, á ménos de una convencion en contrario. (*C. Com.*, 313.) (Concuerda con los arts. 700-701-1899-1900-1921-1922-2293-3870-2293.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1965—Holandes, 1841—En contra, L. 60, Tit. 1, Lib. 17, Dig.—Cód. de Prusia, art. 201, Tit. 13, Parte 1°; y tambien Freytag 2950; pero véase el 1951, 2984 del mismo autor—Pont, *Mandat*, núms. 1031 y sigtes.—Laurent, tom. 27, núms. 467 y siguientes—Goyena, 1614—Cód. de California, 2469—Italiano, 1749.

A ménos de una convencion en contrario: Ó que venga de un mandato espreso de la ley. Por ejemplo, si los mandatarios en el carácter de tales, han cometido un delito, el cual ha sido el resultado de una determinacion punible de todos ellos, la responsabilidad es solidaria, con arreglo á los principios generales (art. 1081 y 1082—Dalloz, *Mandat*, 1853, 49).

La convencion de solidaridad puede tener lugar, ó por el contrato de mandato ó por una convencion posterior, ó resultar de la situacion especial de los mandatarios. Este último caso, sería, por ejemplo, si el mandato fuese dado á una sociedad, la cual segun sus propios estatutos ó el contrato de sociedad, se obligase de antemano á responder solidariamente del cumplimiento de los mandatos que se le confirieren, anunciándolo así á sus clientes. En este caso el mandante, al confiar su mandato á la sociedad, es claro que no solo ha contado con la confianza personal que cada uno de los mandatarios le inspire, sino con la responsabilidad solidaria que ofreciere la sociedad misma. (Pont, n. 1036.)

Respecto á la estension de esta responsabilidad, véase lo espuesto en el art. y comentario siguiente.

1921—Cuando la solidaridad ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios responde de todas las consecuencias de la inexecucion del mandato, y por la consecuencia de las faltas cometidas por sus comandatarios; pero en este último caso el uno de los mandatarios no

es responsable de lo que el otro hiciere, traspasando los límites del mandato. (Concuerda con los arts. 710—711—1081—1082—1920—3871.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 413—L. 60, § 2, Dig.)—Pont, *Mandat*, núms. 1037 y 1038—Nota del codificador al art. 711.

La responsabilidad impuesta solidariamente á los mandatarios en la primera y segunda parte de este art. es *in totum et totaliter*; es decir, tanto por el valor de la cosa objeto del mandato como por los daños y perjuicios, aunque la falta haya sido cometida por uno de los mandatarios. (Aubry y Rau, § 413, nota 10.)

El uno de los mandatarios no es responsable de lo que el otro, etc., etc. Aquí hay que hacer la distincion de que hablamos anteriormente, entre el pago de la cosa objeto del contrato y los daños y perjuicios procedentes del abuso de un mandatario.

Así, el uno de los mandatarios no responde por los daños y perjuicios resultantes de lo que el otro hiciere traspasando los límites del mandato, porque en este caso deja de ser mandatario; pero es responsable como deudor solidario de lo que el mandante hubiese entregado en virtud del mandato. (Véase Pont, *Mandat*, n. 1038.)

El hecho de consistir la falta de uno de los mandatarios en haber traspasado los límites del mandato, no es razon para que el mandante pierda la garantía que ha buscado por lo que entrega al estipular solidaridad entre los mandatarios.

Otro ejemplo de aplicacion de esta parte del art. lo tenemos en el fallo citado por Aubry y Rau del 6 de Abril de 1841, por el cual resolvió la Corte de Casacion que habiendo sido, dos ó mas mandatarios solidarios, encargados de vender inmuebles facultándolos para recibir solo una parte del precio, si uno de ellos recibe el todo de ese precio, los demas mandatarios no son responsables por lo que aquél ha recibido de mas, en razon de que ese recibo no ha sido hecho en el carácter de mandatario, puesto que para ello no tenía tal cualidad y los mandatarios solidarios solo responden de la ejecucion del mandato. (Daloz, palabra *Mandat*, n. 300. Véase tambien n. 294.)

Todos estos ejemplos, y por consiguiente, la razon de la escep-

cion contenida en esta última parte del art. que estudiamos, están fundados en la distincion esencial que hay entre no ejecutar el mandato ó ejecutarlo de una manera indebida, y el hecho de que uno de los mandatarios ejecute actos para los cuales no está autorizado y que están naturalmente fuera del límite del mandato. El que obra fuera de los límites del mandato no contrata como mandatario puesto que para el acto que ejecuta no tiene poder; por consiguiente, no hay falta como mandatario en este hecho, y por lo mismo los otros mandatarios no tienen por qué responder de esos actos ajenos completamente al mandato. (Laurent, tom. 27, n. 474.)

Pero si la falta está en la ejecucion misma del mandato, por ejemplo, negligencia, falta de precaucion, preferir sus intereses á los del mandante, etc., etc., todos los mandatarios son responsables cuando la solidaridad se ha estipulado, porque, siendo así, la falta de diligencia ó descuidos de los unos ha debido subsanarse por los otros, é impedir de este modo el perjuicio. No sucede así cuando el mandatario obra fuera de los límites del mandato, puesto que los otros nada pueden hacer. Por ejemplo, si autorizados para vender el inmueble A, uno de los mandatarios vende el inmueble B, los otros mandatarios, aunque sean solidarios, no tienen por qué responder de esta falta que no pueden impedir porque no tienen facultad para ello; pero si en vez de vender el inmueble B, quiere vender el inmueble A por ménos precio del que se puede sacar, los otros mandatarios, como encargados de cumplir fielmente el mandato, están en el deber y tienen el derecho de impedir la venta, puesto que aquí se trata de un acto, que se va á ejecutar dentro de los límites del mandato, pero de una manera irregular, es decir, perjudicial á los intereses del mandante, que están en la obligacion de vigilar.

Tal es la razon del partido que ha tomado nuestro codificador en esta cuestion, tan debatida entre los jurisconsultos del viejo mundo.

Respecto á los derechos del que ha pagado el todo de lo que se le debe al mandante por la inexecucion del mandato se estará á los principios generales del art. 717, salvo lo dispuesto en el art. 1082, adoptando en el primer caso la regla establecida en el art. 1923.

1922—Cuando la solidaridad no ha sido estipulada, cada uno de los mandatarios responde solo de las faltas ó de los hechos personales. (*C. Com.*, 318.) (Concuerda con los arts. 694—697—698—1899, inc. 1.)

CONCORDANCIAS

Véase las del art. anterior, y comentario al art. 698—Cód. de California, 2500—Cód. de Portugal, 1341.

1923—Respecto á las pérdidas ó intereses que se debiesen por la inejecucion del mandato, cada uno de los mandatarios no está obligado sino por su porcion viril; pero, si segun los términos del mandato conferido á muchas personas, el uno de los mandatarios no pudiese obrar sin el concurso de los otros, el que se hubiera negado á cooperar á la ejecucion del mandato, sería único responsable por la inejecucion del mandato, de todas las pérdidas ó intereses. (Concuerda con los arts. 691—1121—1922.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 413, notas 12 y 13—Pont, *Mandat*, n. 1036—Laurent, tom. 27, n. 468.

Quando la solidaridad no ha sido estipulada, la regla general es que cada uno de los mandatarios no responde sino de una porcion viril (véase Cód. de Portugal, art. 1341, § único), pero esta division está subordinada á los términos del mandato y á la culpabilidad que cada uno pueda tener en la inejecucion ó ejecucion irregular del mandato. No queremos decir con esto que haya que medir el grado de responsabilidad del mandatario para, con arreglo á esa gradacion, establecer la responsabilidad; no, los mandatarios ó son responsables cada uno por el todo, ó cada uno por una porcion viril, ó solo unos son responsables por el todo y los otros libres. Quando hay culpa se supone que es de todos ellos, salvo quando por circunstancias especiales resulte lo contrario. La segunda parte del art. que estudiamos es un ejemplo de esto; obligados los mandatarios á no obrar el uno sin el concurso del otro, es claro que los que han estado dispuestos á cumplir con el mandato no pueden ser responsables de su inejecucion desde que no prestándose uno de los mandatarios á cooperar en la ejecucion, no han podido ellos cumplirlo con arreglo á los terminos del mandato. (Véase autores citados en las concordancias.)

1921—El mandatario puede sustituir en otro la ejecución del mandato; pero responde de la persona que ha sustituido, cuando no ha recibido el poder de hacerlo, ó cuando ha recibido este poder, sin designación de la persona en quien podía sustituir, y hubiese elegido un individuo notoriamente incapaz ó insolvente. (*C. Com.*, 320.) (Concuerda con los arts. 511—512—1926—1927—1942—2202.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1904—Holandes, 1340—Duranton, tom. 18, n. 25—Véase Troplong, *Mandat*, desde el n. 446—Pont, n. 1016, y L. 27, Tit. 1, Lib. 17, Dig.)—Goyena, 1612—Freytas, 2916 y 2917—Cód. de California, 2502—Cód. de Chile, 2135—Cód. Italiano, 1748—de Portugal, 1942.

También será responsable cuando habiéndosele designado la persona en quien puede sustituir el mandato, ha elegido otra persona, ó cuando ha elegido la misma persona indicada por el mandante, é hizo la sustitución después de haber ese tercero caído en insolvencia. (Freytas, 2918.) La designación de tal ó cual persona en estado de solvencia no importa autorizar al mandatario para sustituir en esa misma persona el mandato si ésta se encuentra insolvente al tiempo de hacer la sustitución, porque la designación del mandante es bajo el supuesto de encontrarse el sustituto en las mismas condiciones al tiempo de la sustitución. (Freytas, 2918.)

Cuando la sustitución se ha hecho en debida forma, es decir, sin ninguna falta por parte del mandatario, las relaciones de derecho entre el mandante y el sustituto se determinan por lo dispuesto en los arts. 1825, 1926, 1927 y lo espuesto en el comentario al art. 1825 siguiente.

1925—Aunque el mandatario haya sustituido sus poderes, puede revocar la sustitución cuando lo juzgue conveniente. Mientras ella subsiste, es de su obligación la vigilancia en el ejercicio de los poderes conferidos al sustituto. (Concuerda con los arts. 1827—1828.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2920.

Puede revocar la sustitución: Pero esto solo puede hacer el mandatario cuando el mandante no lo ha autorizado para sustituir el mandato en una persona determinada; si la sustitución ha sido á persona espresamente designada, el acto

importa un nuevo mandato que crea relaciones directas entre el sustituto y el mandante. Sobre esto están de acuerdo todos los jurisconsultos. (Freytas, art. 2919—Cód. de Chile, 2137—Pont, Mandat, n. 1020—Lehr, Derecho Inglés, n. 887, nota 8—Lau-rent, tom. 27, n. 488 y fallos citados por este autor en el n. 489.)

Es de su obligacion la vigilancia, etc., etc.: De lo dicho anteriormente en este comentario se sigue que esta obligacion de vigilancia, no comprende el caso en que la sustitucion ha sido hecha por indicacion del mandante y en una persona espresamente designada por éste. Desde que la sustitucion en este caso constituye, como hemos dicho, un nuevo mandato, por el cual desaparecen las relaciones de derecho entre el mandatario y mandante, para formarse entre éste y el sustituto, es claro que la responsabilidad del mandatario desaparece, como lo declara el art. 1924 al decir que este último responde en las hipótesis allí previstas; y si desaparece la responsabilidad, desaparece tambien la obligacion de vigilar su conducta. En una palabra: sustituido el mandato en la persona espresamente designada por el mandante, el primer mandatario queda libre de toda responsabilidad y obligacion respecto al negocio en que ha sido sustituido. Si la sustitucion es solo parcial, lo que decimos será aplicable á la parte de la gestion en que ha sido sustituido.

1º ¿Se aplicará esto mismo al caso en que, si bien ha sido autorizado para sustituir, no se le ha designado persona, y lo ha sustituido en una persona capaz y solvente al tiempo de la sustitucion?

En principio general, en el caso propuesto el mandatario solo responde de la eleccion que hace, es decir, es responsable cuando elige una persona notoriamente incapaz é insolvente (art. 1924); pero si la eleccion ha sido bien hecha, en persona capaz y solvente, el mandatario no es responsable. (Pont, n. 1021.)

Bien, pues, como esta eleccion no la hace el mismo mandante, él no puede estar interiorizado de las aptitudes y fidelidad con que el sustituto desempeñará su encargo; él ha depositado su confianza en el mandatario, de que elegirá, no solo una persona que no sea notoriamente incapaz ó insolvente, sino que sea un mandatario leal, honrado. Con esta sustitucion no desaparecen del todo los deberes del mandatario para con el mandante, como sucede cuando es el mismo mandante el que ha elegido la persona en quien

puede sustituirse el mandato. El mandatario debe vigilar la conducta del que él mismo ha elegido.

Es á esta hipótesis ó á otras semejantes á las que se refieren las palabras que estudiamos.

No pueden referirse, como cree el Dr. Segovia (nota 61), á los casos en que segun el art. 1924 responde de la persona que la ha sustituido, porque con solo el hecho de hacer al mandatario responsable de los actos del sustituto, en los casos allí previstos, se da implícitamente el derecho de vigilar su conducta; si responde el mandatario de esta conducta, es claro que debe vigilarla y está en sus propios intereses hacerlo; en tal caso, la declaracion del art. no tendria objeto. Aun mas, si la parte del art. que estudiamos, solo fuera una redundancia inútil, es decir, que se refiriese á los casos en que segun el art. 1924 responde del sustituto, el Cód. solo habria dicho: *tiene derecho á vigilar la conducta, etc., etc.*, y no como dice: *es de su obligacion la vigilancia*. Tan es así, que el Dr. Segovia en la nota citada, aprueba la disposicion diciendo: "si el sustituyente debe responder de la gestion del sustituto, es justo que se le *conceda el derecho* de vigilar su conducta." Esto prueba, decimos, que si el art. se refiere en esta parte, á los casos en que el mandatario es responsable del sustituto, habria *concedido* un derecho; pero no habria impuesto *una obligacion*; el art. 3855 es un ejemplo de esto, y que corrobora lo que decimos.

Al hacerlo así, es porque ha querido el legislador dejar ligado al mandatario para con el mandante por la eleccion que el primero ha hecho, porque bien puede suceder que el sustituto no sea una persona notoriamente incapaz, pero tampoco ser notoriamente capaz, y en tal caso alguna responsabilidad debe tener el mandatario, cuando sabiendo que el sustituto elegido por él, está defraudando ó perjudicando por su inercia los bienes del mandante no toma las medidas necesarias para librar esos intereses.

Tambien puede presentarse otro caso en que el mandatario estará en la obligacion de vigilar la conducta del sustituto. Supóngase que no puede ó no quiere aceptar el mandato, y para cumplir con lo dispuesto en los arts. 1916 y 1917, ha sustituido en otro el mandato. En este caso el mandatario debe vigilar la conducta del sustituto hasta que la sustitucion llegue á conocimiento del mandante, y pueda él mismo ejercer esta vigilancia en caso de

aceptar la sustitucion. Aceptada por éste, y manifestando el mandatario no poder desempeñar el mandato, cesa su responsabilidad por los actos del sustituto.

La responsabilidad del mandatario en todos los casos de que venimos hablando tendrá lugar si se le prueba negligencia culpable en esta vigilancia y á causa de esto el sustituto ha perjudicado los intereses del mandante; pero si esto no se le prueba, el mandante solo tendrá accion (en los casos de que el mandatario solo tiene obligacion de vigilar) contra el sustituto. No sucede así en los casos en que, segun el art. 1924, responde del sustituto. En esos casos su responsabilidad es por todas las faltas del sustituto, cualquiera que sea su naturaleza, y aunque no se le pueda imputar á él personalmente un descuido; el sustituto solo representa su persona. (Véase art. 1942.)

1926—El mandante en todos los casos tiene una accion directa contra el sustituido, pero solo en razon de las obligaciones que éste hubiere contraido por la sustitucion; y reciprocamente el sustituido tiene accion contra el mandante por la ejecucion del mandato. (*C. Com.*, 320.) (Concuerda con los arts. 1926—1928.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 413—En contra, *LL*. 28, *Dig.*, *Neg. gest.*, y 21, *Tit.* 1, *Lib.* 17, *Dig.*—Véase *L.* 21, § 3, *Tit.* 5, *Lib.* 3, *Dig.*)—*Cód. Frances*, 1904, última parte, —Goyena, 1613—Laurent, tom. 27, n. 490 y siguientes.

Tiene una accion directa contra el sustituido: Pero esto solo es en los casos en que éste no queda completamente desligado del mandato por la sustitucion, como son los de que habla el art. 1924, y en que el mandatario responde del sustituto. Es por esto que á continuacion de las palabras que estudiamos el art. agrega: "pero solo en razon de las obligaciones que éste hubiese *contraido por la sustitucion*"; es decir, en razon de la responsabilidad que, segun el art. 1924, puede venirle por la sustitucion.

Y reciprocamente el sustituido, etc., etc.: Cumplido el mandato, aunque sea por el sustituto, es natural que el mandante quede obligado para con el sustituido, puesto que éste á su vez es responsable para con el sustituto.

Algunos autores, entre ellos el Dr. Segovia, nota 62, han confundido el significado de este art. diciendo, que el mandante tiene

accion contra el *sustituto*, y éste á su vez contra el mandante, cambiando así la palabra *sustituido* por *sustituto*.

Indudablemente, que con arreglo á los principios generales, y de conformidad con los autores citados, el mandante tiene accion contra el sustituto, y éste á su vez contra el mandante, siempre que la sustitucion haya sido autorizada; pero nuestro art. se refiere á las relaciones entre el *sustituido* y el mandante y no entre el *sustituto* y éste último. *Sustituto* es el que reemplaza al mandatario primitivo y *sustituido*, el mismo mandatario, que es reemplazado ó sustituido por el sustituto. (Véase art. 1942, donde se usa la palabra sustituto.)

Véase sobre la inteligencia de este art. á Laurent, lugar citado.

La Suprema Corte de la Nacion ha declarado que cuando la sustitucion se ha hecho por el mandatario sin facultad para hacerlo, solo queda obligado por ella cuando ésta ha sido necesaria ó útil. (Fallos, Serie 2, tom. 8, p. 7.)

Véase lo espuesto en el comentario al art. 1942.

1927—El mandante tiene accion directa contra el sustituido, toda vez que por una culpa, que éste hubiere cometido, fuese responsable de los daños é intereses. (Véase art. anterior y 1828.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 484 y 487—Pont, n. 1024.)—Véase las citas del art. anterior.

Que éste hubiere cometido: Por ejemplo, si ha sustituido el mandato contra su prohibicion; en este caso el sustituido, es decir el mandatario primitivo, queda responsable por su falta de todos los actos del sustituto (art. 1924—Pont, n. 1023.)

1928—Las relaciones entre el mandatario y el sustituido por él, son regidas por las mismas reglas que rigen las relaciones del mandante y mandatario (Véase arts. 1824 á 1826.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 413, nota 14)—Freytas, 2920, 2ª parte—Pont, n. 1028—Laurent, tom. 27, n. 494—Cód. de Portugal, 1343.

Reasumiendo lo que queda espuesto en el comentario á los arts. anteriores, diremos que las relaciones entre el mandante, mandatario y sustituto son los siguientes: *Primera hipótesis*: El mandatario

sustituye el poder sin que el mandante le haya dado facultad para ello. En este caso ninguna relacion directa se crea entre el mandante y el sustituto; el mandatario es quien debe responder al mandante de todas las faltas del sustituto, art. 1924, y debe tambien responder al sustituto por el cumplimiento de sus obligaciones.

Esto no quita que el mandante ratifique esa sustitucion exigiendo directamente del sustituto el cumplimiento de sus obligaciones para con el mandatario, pues en tal caso, queda lo mismo que si de antemano hubiere autorizado á este último para sustituir el poder. Solo despues de esta ratificacion pueden respectivamente exigirse el cumplimiento de las obligaciones creadas por la sustitucion, el mandante y el sustituto.

Segunda hipótesis: Sustitucion de mandato cuando el mandante ha concedido esta facultad sin designacion de persona y el mandatario elige un insolvente. Tiene en este acaso aplicacion lo dicho sobre la primera hipótesis.

Tercera: Sustitucion del mandato en la persona designada, pero despues de haber ésta caido en notoria insolvencia ó incapacidad. Aquí el mandatario responde en los mismos términos que los casos anteriores, partiendo del principio de que una sustitucion en tales condiciones nunca puede entrar en el ánimo del mandante autorizarla.

En todos estos casos, el mandatario puede revocar la sustitucion, y por lo mismo que es responsable debe vigilar los actos del sustituto (art. 1925).

Cuarta: El mandatario ha recibido facultad de sustituir, en una persona determinada y por falta de capacidad ó solvencia de esa persona designada el mandato es sustituido en otra persona. El mandatario tiene la misma responsabilidad hasta que el mandante acepte la sustitucion.

Quinta: El mandatario sustituye el mandato en la persona designada, ó en otra capaz, sea porque no acepta el mandato ó por que aceptado no puede continuarlo. En cualquiera de estos casos deberá vigilar la conducta del sustituto hasta que llegue á conocimiento del mandante la sustitucion, y desde entónces desaparece su responsabilidad.

Las demas cosas no previstas se resuelven con arreglo á los

principios generales espuestos en el comentario á los arts. anteriores.

1929—El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre ó en el del mandante. Si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros. Este, sin embargo, puede exigir una subrogacion judicial en los derechos y acciones que nazcan de los actos, y puede ser obligado por los terceros acreedores que ejercieren los derechos del mandatario á llenar las obligaciones que de ellos resultan. (*C. Com.*, 314—316.) (Concuerda con los arts. 1196—Véase arts. 1656—1715—1716—1744—1946.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2959—Cód. de Chile, 2151—Aubry y Rau, § 415, nota 13—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 319—Id. de Molina Arrotea, tom. 3, p. 168.

A llenar las obligaciones: Es decir, los acreedores del mandatario, pueden exigir al mandante que cumpla con las obligaciones que resultan del mandato, tanto con respecto al mandatario como con respecto á los terceros, para que en este último caso quede el mandatario libre de esas obligaciones que ha contraído con los terceros. (V. Lehr, Derecho Inglés, 891 y sig.)

1930—Contratando en nombre del mandante, no queda personalmente obligado para con los terceros con quienes contrató, ni contra ellos adquiere derecho alguno personal, siempre que haya contratado en conformidad al mandato, ó que el mandante en caso contrario hubiese ratificado el contrato. (*C. Com.*, 315.) (Concuerda con los arts. 1746—1748—1936—1946—1947—2211—2213—3305.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1997—Troplong, núms. 519 y 522)—Freytas, 2952—Goyena, 1616—Cód. de Chile, 2151—Pont, *Mandat*, n. 1053—Aubry y Rau, § 415, p. 650.

En conformidad con el mandato: En lo que haya pasado estos límites se estará á lo dispuesto en los arts. 1931 á 1933. Véase Fallos de la S. C., S. 1, tom. 8, p. 22. Serie 2, tom. 5, p. 389, Tom. 8, p. 84 y 236.)

1931—Cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será éste nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante. (*C. Com.*, 308—315—325.) (Concuerda con los arts. 1161—1162 y los concordantes de dichos arts.—1717.)

CONCORDANCIAS

Fallos de la Suprema Corte Nacional, Serie 1, tom. 9, p. 562—S. 2, tom. 13, p. 319—Freytas, 2953—Cód. de Portugal, 1351 y 1352—Italiano, 1751—Frances, 1997—Laurent, tom. 28, n. 46—Aubry y Rau, § 415, notas 4 á 6.

Conoce los poderes dados por el mandante: El contrato será nulo, con respecto al mandante aunque los terceros no conozcan los poderes del mandatario; si los conocen la nulidad será tanto con respecto al mandante como al mandatario; véase última parte del art. 1933. Pero esto es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1717 ú otros análogos. (Véase Aubry y Rau, § 415, nota 6.) En cualquiera de los dos casos la nulidad del mandato es solo para el efecto de no poder exigir su ejecucion ó la indemnizacion de daños y perjuicios; pero no podrán oponer la nulidad del mandato para el efecto de no indemnizar aquello en que les hubiese sido útil el mandato, con arreglo á los principios generales, y especialmente del que dice: nadie debe enriquecerse á costa de otro.

Otro caso de escepcion lo tenemos en el inc. 1 del art. 1957.

¿A quién incumbe la prueba de que el tercero conocia los poderes del mandatario?

Creemos que en regla general corresponde á los tercesos. Teniendo éstos acordado espresamente por el art. 1938 el derecho á exigir se les presente el instrumento de procuracion ó las cartas, órdenes ó instrucciones que se refieran al mandato, es de suponer, porque tal es lo que la razon natural enseña, que hayan hecho uso de este derecho, y que solo hayan tratado con el que se dice mandatario despues de haber examinado si tiene ó no tal facultad; lo contrario es una negligencia que no se explica. Bien, pues, siendo natural suponer que los terceros han tomado esta medida que el sentido comun aconseja, es claro que lo contrario es lo que debe probarse, es decir, la circunstancias de no haber sido conocidos los poderes, y esta prueba, solo puede darse por los terceros. (Delvincour, sobre el art. 1997 Frances, tom. 3, p. 241.)

1932—En el caso del articulo anterior, solo quedará obligado para con la parte con quien contrató, si por escrito se obligó por sí mismo, ó se obligó á presentar la ratificacion del mandante. (*C. Com.*, 325.) (Concuerda con los arts. 1163—1177.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2954—Cód. Frances, 1997, última parte.

Si por escrito se obliga: Respecto á las partes contratantes, la escritura privada es suficiente para probar esta obligacion, pues no debe considerarse como accesorio del contrato á que se refiere.

La exigencia de la obligacion por escrito es aquí impuesto como medio de prueba, y no como condicion de forma. Esto no quiere decir que cuando el valor del contrato no pase de doscientos pesos, la obligacion especial del mandatario pueda estipularse verbalmente. No se trata aquí de probar la obligacion misma que da causa á la garantía, sin la garantía del cumplimiento de esa obligacion.

1933—Quedará sin embargo personalmente obligado, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato ó por indemnizacion de pérdidas é intereses, si la parte con quien contrató no conocia los poderes dados por el mandante. (Concuerda con los arts. 36—1931 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 591, 776 y sigtes.)—Freytas, 2955—Fallos del Dr. Belástegui, tom. 1, p. 62—Cód. Italiano, art. 1751.

Conocia los poderes dados por el mandante: Véase sobre esto el comentario al art. 1931, Mourlon, tom. 13, n. 1101 y Laurent, tom. 18, n. 46 y sig.

1934—Un acto respecto de terceros se juzgará ejecutado en los límites del mandato, cuando entra en los términos de la procuracion, aun cuando el mandatario hubiere en realidad escedido el límite de sus poderes. (*C. Com.*, 309.) (Concuerda con los arts. 1716—1880—1884.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, n. 89—Aubry y Rau, § 415, nota 2—Zachariæ, § 755—Troplong, desde el n. 510)—Véase la nota del codificador á este art.—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 385.

Cuando entra en los términos de la procuracion:
Al juzgarse esto es necesario tener en cuenta que el mandato

nunca debe entenderse en sentido contrario á los intereses del mandante. (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 9, p. 360.)

Aun cuando el mandatario hubiese escedido, etc., etc. :

En tal caso el mandatario pagará los daños y perjuicios que el doble compromiso le traiga al mandante.

Pero para que la obligacion sea válida con respecto al mandante, es necesario que los terceros con quienes el mandatario ha tratado pasando los límites del mandato, sean de buena fe; es decir, que ignoren por completo la falta del mandatario y á mas que esta ignorancia no les sea imputable, pues si lo es, por no haber hecho las averiguaciones del caso, no tendria accion contra el mandante. (Véase Pont, núms. 1065 y 1066, y fallos citados por éste.)

1935—La ratificacion tácita del mandante resultará de cualquier hecho suyo que necesariamente importe una aprobacion de lo que hubiese hecho el mandatario. Resultará tambien del silencio del mandante si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiese hecho no le hubiere contestado sobre la materia. (Concuerda con los arts. 196—918—919—1063—1145—1146—1876—1937—2304.)

CONCORDANCIAS

(Troplong—Mandato, n. 610)—Freytas, 2963—Aubry y Rau, § 415, nota 7—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 8, p. 236.

Resultará de cualquier hecho suyo: La Suprema Corte, (Fallos, S. 2, tom. 9, p. 153), ha declarado que el pago hecho sin mandato á nombre del mandante, queda válido por ratificacion tácita, cuando esté en arreglo de cuentas con sus acreedores disminuye este valor.

La resolucion de si ha habido ó no ratificacion tácita es una cuestion de hecho que corresponde al Juez apreciar segun las circunstancias. (Aubry y Rau, lugar citado). Cuando de cualquier modo se ve que el mandante ha tenido conocimiento del acto, y ha manifestado de un modo indudable que ha consentido en ello, habrá ratificacion tácita. (V. Laurent, tom. 28, n. 70.)

La interpretacion de los hechos debe juzgarse restrictivamente, en el sentido de que en la duda de si el mandante ratificó ó no, debe estarse por lo último.

1936—La ratificacion equivale al mandato, y tiene entre las partes

efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato, pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido á terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación. (*C. Com.*, 308.) (Concuerda con los arts. 47—504—733—1065—1161—1162—1304—1717—1931—1935—2304—2305.)

CONCORDANCIAS

(L. 16, tit. 1, Lib. 20, Dig.—L. 1, tit. 18, Lib. 4—Cód. Rom.—Troplong núms. 617, 618 y 620)—Freytas, 2995—Aubry y Rau, § 415, nota 10.

Por todas las consecuencias del mandato: De suerte que todos los actos ejecutados por terceros en el intervalo del mandato y la ratificación, quedarán válidas aunque las partes contratantes hubiesen conocido la nulidad del acto. Téngase presente, sin embargo, las notas del codificador á los arts. 3118—3126—3127 y 4014. V. Laurent, tom. 28, núms. 74 y 75.

1937—Los terceros no pueden oponer el esceso ó inobservancia del mandato, una vez que el mandante lo hubiere ratificado, ó quiera ratificar lo que hubiese hecho el mandatario. (*C. Com.*, 308.) (Concuerda con los arts. 1064—1159—1968—última parte.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2996—Nota del codificador al art. 1064—Instituto de Leguizamón y Machado, nota 270—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 1, p. 81.

No puede oponer esceso ó inobservancia del mandato: Según el Fallo citado, las palabras copiadas solo tienen aplicación cuando se trata de terceros que, conociendo ó debiendo conocer los poderes del mandatario, contrataron con éste sin sujeción á ellos.

Creemos que semejante distinción no existe por nuestro derecho y que es aplicable, tanto á los que sepan ó hayan podido saber el esceso en el mandato, como á los que no se encuentren en estas condiciones, con excepción del art. 1968.

Sin embargo, en el caso que se trata en el fallo citado, la sentencia es con arreglo á estricto derecho, pero por otras razones.

Se trataba en ese caso de validar un juicio seguido por un mandatario cuyo poder era nulo, y que haciendo caso omiso de ese poder, el juicio se falló en reveldía: el mandante subsanó los defectos del poder y ratificó lo hecho por su mandatario. Enton-

ces éste podía dejar sin efecto la sentencia dictada en reveldía por no haberse considerado al mandatario con poderes suficientes para representar al mandatario. Cuando vino la confirmación y ratificación, la sentencia tenía ya fianza de cosa juzgada. En tal caso, la ratificación no podía producir el efecto de anular la sentencia dictada, puesto que esto importaría un perjuicio para los terceros cuyos derechos deben quedar á salvo con arreglo á lo dispuesto en el art. 1936, y porque éstos no habrían consentido ni por un momento en que el mandatario obrase por el que se decía mandante; y precisamente el consentimiento es la razón en que se funda el art. que estudiamos para negar á los terceros el derecho de alegar la inobservancia del mandato. (Nota del codificador al art. 1063). Por último, el art. que estudiamos no podía tener aplicación en la sentencia citada porque no se trata allí de un contrato sino de un pleito por uno que se decía representante fundando un mandato nulo.

1938—Los terceros con quienes el mandatario quiera contratar á nombre del mandante, tienen derecho á exigir que se les presente el instrumento de la procuración, las cartas órdenes, ó instrucciones que se refieran al mandato. Las órdenes reservadas, ó las instrucciones secretas del mandante, no tendrán influencia alguna sobre los derechos de terceros que contrataron en vista de la procuración, órdenes ó instrucciones, que les fueron presentadas. (*C. Com.*, 307.) (Concuerda con los arts. 960—996—1018—1049—1194—1719.)

CONCORDANCIAS

Freyta, 2956—Pont, n. 1057.

No tendrá influencia alguna sobre los derechos, etc., etc. En tal caso, solo se establecen relaciones especiales entre el mandante y mandatario. (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 14, p. 212, véase art. 1967.)

1939—Celebrado el contrato por escritura pública, debe observarse lo dispuesto respecto á los instrumentos públicos, cuando los otorgantes fueren representados por procurador, ó fueren representantes necesarios. Celebrado el contrato por instrumento privado, la parte contratante con el mandatario tiene derecho á exigir la entrega de la pieza original, de donde conste el mandato, ó una copia de ella en forma auténtica. (Concuerda con los arts. 1003 y 1004.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2957.

Debe observarse lo dispuesto respecto á los instrumentos públicos: Es decir, deberán transcribirse, ó protocolizarse los documentos habilitantes. Si así no se hace, el contrato será nulo, (art. 1004) si el mandante no lo ratifica; pero esta nulidad solo es con respecto á terceros y no con respecto al mismo mandante cuando el mandatario tenía realmente poderes y el contrato ha sido hecho con arreglo á ellos.

1940—En caso de duda, si el contrato ha sido hecho á nombre del mandante ó á nombre del mandatario, se atenderá á la naturaleza del negocio, á lo que por el mandato se encargaba, y á lo dispuesto en el Código de Comercio sobre las comisiones. (Concuerda con el art. 1716.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2959. 2ª. parte—Lehr, Derecho Inglés, n. 892.

Se estará á la naturaleza del negocio: Si de ésta no se puede colegir la verdad, se decidirá que el mandatario obró á nombre propio. (Argto. del art. 1716.)

CAPITULO IV

De las obligaciones del mandante

1941—Constituido el mandato en comun por dos ó mas mandantes para un negocio comun, no quedarán solidariamente obligados respecto de terceros, sino cuando espresamente hubieren autorizado al mandatario para obligarlos así. (Concuerda con los arts. 691—699—701—1747—1921—1945—2299.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3004.

Respecto de terceros: Pero quedarán solidariamente obligados respecto al mandatario (art. 1945).

1942—La sustitucion del mandatario no autorizada por el man-

dante, ni ratificada por él, no le obligará respecto de terceros por los actos del sustituto. (Concuerda con los arts. 1199—1924)

CONCORDANCIAS

Freytas, 8005. (Véase 2917, y 2918 del mismo autor)—Zachariæ, § 753—Aubry y Rau, § 413—Laurent, tom. 27, n. 494—Nuestro comentario al art. 1924, y fallos allí citados—Institutas de Leguizamon y Machado, nota 268.

No le obligará : Estas palabras aparecen en contradicción con lo dispuesto en el art. 1924, como lo hicimos notar en nuestros “estudios sobre el Cod. Civil”, p. 255.

Allí decíamos: “Desde el momento en que por el art. 1924 se autoriza al mandatario para sustituir el mandato, tácitamente se reconoce que los actos del sustituto, en los límites del poder conferido al mandatario, obligan al mandante lo mismo que habrían podido obligar á éste, sin que se pueda decir que es facultativo del mandante aceptar ó no esos actos.”

“Si el mandatario *puede*, según el art. 1924, sustituir el mandato, aun sin autorización, el sustituto tiene necesariamente que obligar al mandante.”

Hoy la jurisprudencia es que el art. que estudiamos se refiere á cuando la sustitución ha sido *prohibida* por el mandante, en razón de las aptitudes personales del mandatario elegido por el mandante.

1943—Contratando dos personas sobre el mismo objeto, una con el mandatario y otra con el mandante, y no pudiendo subsistir los dos contratos, subsistirá el que fuese de fecha anterior. (Concuerda con los arts. 597 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2999—Véase lo dispuesto en el art. siguiente.

Subsistirá el que fuese de fecha anterior : Salvo lo dispuesto en el art. 594 cuando ya se ha hecho la tradición á un adquirente de buena fe; porque tratándose de la entrega de una cosa, no es la prioridad del contrato la que da derecho, sino la tradición (arts. 577 y nota del codificador á dicho art.).

1944—En el caso del artículo anterior, si el mandatario hubiere contratado de buena fe, el mandante será responsable del perjuicio causado al tercero, cuyo contrato no subsiste. Si hubiere contratado de

mala fe, es decir, estando prevenido por el mandante, él solo será responsable de tal perjuicio. (Concuerda con los arts. 506—595.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 8000.

El mandatario será responsable del perjuicio causado á tercero: En tal caso, los terceros tienen una acción directa contra el mandante (art. 1930), para exigir el derecho acordado por el art. 595.

El solo responderá de los perjuicios: Pero esto no quita que los terceros puedan exigir la indemnización de perjuicios directamente del mandante cuando los terceros no conocían esas prevenciones (arts. 1933, especialmente el 1938, 1964 y 1967). Pagados por el mandante esos perjuicios, podrá repetirlos del mandatario, (arts. 1938 y su comentario, y art. 1967.)

1945—Si dos ó mas personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del contrato. (C. Com., 313.) (Concuerda con los arts. 691—699—701—2281—2299—2701.)

CONCORDANCIAS

(LL. 21 y 59, Tit. 1, Lib. 17, Dig.—LL. 7 y 14, Tit. 35, Lib. 4, Código Romano—Cód. Frances, art. 2002—Holandes, 1848—Pothier, *Mandat*, n. 82—Trop-
long, *Mandat*, n. 692)—Goyena, 1621—Freytas, 2983.

Para un negocio en común: Es decir, que á todos y cada uno de ellos pertenezca el negocio ó gestion encomendada. Por ejemplo, si se ha dado poder por varios herederos para demandar la entrega de una herencia, este mandato les impone solidaridad entre ellos: pero si el poder ha sido para demandar la partición y entender en el juicio testamentario, la obligación de los mandantes no será solidaria, puesto que aquí lejos de ser la gestión para un negocio en común es para representarlos en intereses encontrados. (Véase Pont, n. 1125 y Laurent, 28, n. 38.)

La solidaridad no desaparece por el hecho de que, una vez terminado el mandato, los mandantes se hayan dividido del negocio en que estaban en comunidad.

Si el negocio ha pertenecido á varios, pero solo una parte de ellos ha dado poder, los que no lo han dado no son responsables

solidariamente, aunque por las reglas sobre gestion de negocios tengan derecho contra ellos; en tal caso las acciones que tenga el mandatario las ejercerá independientemente de la que ejerza contra los mandatarios. (Véase fallo citado por Pont, n. 1126.)

La solidaridad establecida por el art. que estudiamos es sin perjuicio de haberse estipulado lo contrario en el mismo mandato.

Para todos los efectos del contrato: Tanto para las obligaciones contraídas en virtud del mandato, como para el pago de sus honorarios, etc., etc. (Freytas, 2960).

Téngase presente que la solidaridad de los mandantes es solo con respecto al mandatario; pero no respecto á los terceros con quienes el mandatario ha tratado á nombre de varios mandantes: en tal caso rige lo dispuesto en el art. 1941.

1946—Los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y á nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son considerados como hechos por éste personalmente. (*C. Com.*, 308.) (Concuerda con los arts. 36—1666—1700—1929—1930.)

CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, Troplong, n. 516—L. 22, Tit. 12, Part. 5^a.—L. 56, Tit. 3, Lib. 46, Dig.—Cód. de Prusia, art. 85, Tit. 13, Lib. 1. En cuanto á la segunda parte: Cód. Frances, art. 1993—Holandes, 1844—Bávaro, art. 7^o, cap. 9, Lib. 4)—Aubry y Rau, § 415, texto anterior á la nota 1^a—Nota del codificador al art. 1871—Goyena, 1617—Freytas, 2938—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 200—Tom. 8, p. 84—Id. del Dr. Molina Arrotea, tom. 3, p. 168.

A nombre del mandante: Si no es á nombre del mandante, aunque obre dentro de los límites del mandato, no obliga á los terceros para con el mandante, esto no quita que quede obligado para con el mandatario. (Fallos del Dr. Molina Arrotea citados.)

1947—El mandatario no puede reclamar en su propio nombre la ejecucion de las obligaciones, ni ser personalmente demandado por el cumplimiento de ellas. (Concuerda con los arts. 1930—1946.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 415—(texto anterior á la nota 1^a).—Troplong, Mandat, n. 516)—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 10, p. 103—Laurent, 28, n. 43.

No puede reclamar en su propio nombre: Esto es cuan-

do ha contratado á nombre del mandante (arts. 1929 y 1930.)

Cuando ha contratado á nombre del mandante, el derecho que tenga contra terceros depende de los términos del contrato; así, cuando ha sido facultado para concluir un acto y al mismo tiempo se le faculta para exigir su cumplimiento, es claro que este art. no tiene aplicacion. (Véase arts. 1886 á 1888.)

Por lo demás, nuestro art. es una consecuencia de lo dispuesto en los concordantes citados.

1948—El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pidiere, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. (*C. Comercio*, 304.) (Concuerda con los arts. 1886—1949 á 1952—1955 á 1957.)

CONCORDANCIAS

(L. 12, § 17, tit. 1, Lib. 17, Dig.)—Goyena, 1618—Freytas, 2960, inc. 1 y 2.

Si éste lo pidiere: Y no se hubiere convenido que el mandatario los anticipase de sus propios fondos. Si no se los anticipa cuando no se ha hecho la convencion de que hablamos, el mandatario no está obligado á constituirse agente oficioso adelantándolos él, aunque de esto resulte perjuicio al mandatario. Pero si el mandante no puede remitirle en tiempo estos fondos, el mandatario deberá necesariamente anticiparlos ó tomar las medidas necesarias para que no se perjudique su mandante. Así, por ejemplo, si el mandatario ha aceptado el mandato y pide las cantidades en un tiempo en que le es materialmente imposible ponerlas en manos del mandatario, será responsable si por esta circunstancia deja de cumplir el mandato.

Los Tribunales de Mendoza han condenado á un mandatario á pagar daños y perjuicios en el caso siguiente: Se dió poder para un juicio, entregando al mandatario algunos fondos para los gastos; en el término de prueba era indispensable proceder á una inspeccion pericial para lo cual habia que hacer algunos gastos. El mandatario los solicitó del mandante, pero tan á última hora que no era posible llegasen á su poder ántes de vencer el término de prueba, el cual se venció sin producir la prueba pericial. Demandado el mandatario por el mandante en razon de haber dejado de producir esta prueba que de antemano habian convenido en presentar, se escusó diciendo que no lo

habia hecho porque el mandante no le habia dado los fondos cuando se los pidió, como ordena el art. que estudiamos.

No obstante esto, el mandatario fué condenado á pagar los perjuicios por no haber ejecutado el mandato con arreglo á las instrucciones dadas por su mandante. Este fallo es, á nuestro juicio, perfectamente fundado.

1949—Si el mandatario las hubiese anticipado, debe reembolsársele el mandante, aun cuando el negocio no le haya resultado favorable, y aunque los gastos le parezcan excesivos, con tal que no pueda imputarse falta alguna al mandatario; pero puede impugnarlos, si realmente fuesen excesivos. (*C. Com.*, 310.) (Concuerda con los arts. 464—1548, inc. 1—1731—1919—1948—1950—1957—2224—2297—2298.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1999—Holandes, 1845—do Luisiana, 2991—L. 20, tit. 12, P.^a 5^a, y véase la 28—Pothier, n. 78—Duranton, tom. 18, n. 266—Troplong—*Mandat*, núms. 628 y sigts.)—Goyena, 1618, inc. 2—Freytas, 2966—Cód. de Chile, 2158, inc. 2, y última parte del inc. 5—Italiano, 1753—de Portugal, 1344 y 1346—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 14, p. 123.

Aunque los gastos le parezcan excesivos: La última parte de este art. dice que podrá imputarlos *si realmente son excesivos*. El modo de conciliar estas dos partes es diciendo que la primera se refiere á cuando el mandante cree que el mandato se habria podido cumplir con ménos gastos si él hubiese obrado personalmente; y la segunda al caso en que el mandatario sea culpable de una negligencia ó mala administracion que le hayan obligado á gastos extraordinarios que con más ó ménos prevision habrian podido evitarse. Es en este sentido que hablan todos los Códigos citados.

1950—El reembolso comprenderá los intereses de la anticipacion, desde el dia en que fué hecha. (*C. Com.*, 310—311.) (Concuerda con los arts. 466—622—1948 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(L. 12, § 9, Tit. 1, Lib. 17, Dig.—Cód. Frances, art. 2001—Holandes, 1847—de Luisiana, 2994)—Goyena, 1618—Freytas, 2960, inc. 3.

Los intereses: Éstos se determinarán con arreglo al art. 622 y sus concordantes.

1951—El mandante debe librar al mandatario de las obligaciones que hubiera contraído en su nombre respecto de terceros, para ejecutar el mandato, ó proveerle de las cosas ó de los fondos necesarios para exonerarse. (Concuerda con los arts. 1731—1948—2298.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1999 hasta 2001—Aubry y Rau, § 414—Zachariæ, § 754—Troplong, núms. 660 y 673—Duranton, tom. 18, n. 269—Por el derecho Romano el mandatario no puede reclamar indemnizaciones sino por aquellas pérdidas que la ejecución del mandato hubiese sido la causa directa é inmediata—L. 26, § 6, Dig. *De Mand.* Así opina también Pothier, núms. 74 y siguientes)—Freytas, 2963.

De las obligaciones que hubiese contraído en su nombre: Se refiere, tanto á la obligación principal respecto al mandato, como á los que sean una consecuencia de éste.

La prueba de que estas obligaciones han sido contraídas con este fin corresponde al mandatario ó á los terceros acreedores que quieran hacer uso del derecho que les acuerda el art. 1929; téngase presente á este fin lo dispuesto en el art. 1934. Es de advertir que las obligaciones contraídas por el mandatario en su nombre particular, aunque sean para ejecutar el mandato, no pueden ser exigidas directamente del mandante (2ª. parte del art. 1929), á menos de haber éste ratificado el mandato (art. 1936).

1952—Debe también satisfacer al mandatario la retribución del servicio. La retribución puede consistir en una cuota del dinero, ó de los bienes que el mandatario, en virtud de la ejecución del mandato, hubiese obtenido ó administrado, salvo lo que se halle dispuesto en el Código de Procedimientos respecto á abogados y procuradores judiciales. (*C. Com.*, 340.) (Concuerda con los arts. 1870, inc. 6—1871.)

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Freytas, 2960, inc. 4, y 2977—Cód. de Chile, 2158, inc. 3—Fallos de la Suprema Corte, S. 2, tom. 14, p. 123—Id. del Juez Dr. Molina Arrota, tom. 2, p. 344—Lehr, *Derecho Inglés*, n. 886.

La retribución del servicio: Ésta será con arreglo á lo que se hubiese convenido; después de ejecutado el mandato, el mandante no puede alegar que la remuneración es excesiva, (art. 1197) aunque realmente lo sea comparada con lo que se acostumbra pedir por tales actos, porque lo convenido es ley para las partes, y ésta no puede quedar sin efecto por una costumbre contraria á lo estipulado (art. 17 y Laurent, 28, n. 23.)

Si no se hubiera fijado retribucion alguna y el mandato fuera oneroso, los Jueces podrán valorar el trabajo cuando el mandatario no presenta su cuenta ó cuando ésta es escesiva. (Fallo de la Suprema Corte, citado.)

Respecto al mandato ejecutado parcialmente cuando se ha convenido precio por el todo de la ejecucion, véase el comentario al art. 1958 y fallo allí citado.

Aunque el mandato no haya sido fielmente ejecutado, el mandante deberá remunerar el servicio en proporcion á lo en que le haya sido útil su ejecucion, pero nada deberá pagar si á causa de esta infidelidad el mandato ha sido inútil ó perjudicial. (Argto. del art. 1958 y su comentario.)

Habiendo sido útil el cumplimiento del mandato, aunque en su ejecucion haya cometido faltas el mandatario, no sería justo que el mandante aprovecharse su trabajo sin remuneracion alguna, mucho más cuando este último puede demandar del mandatario los daños y perjuicios que la infidelidad ó faltas de éste último le hayan causado. Al ordenar ese pago no se habria hecho mas que cumplir con el principio de que todo el que emplea su dinero ó su trabajo en provecho positivo de otro debe ser remunerado.

1953—Debe igualmente indemnizar al mandatario de las pérdidas que hubiere sufrido, procedentes de sus gestiones, sin falta que le fuese imputable. (*C. Com.*, 310—311.) (Concuerda con los arts. 1731—2224—2300.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 1951—Freytas, 2960, inc. 5—Cód. de Chile, 2158, inc. 5—Goyena, 1619—Cód. Frances, 2000—Lehr, Derecho Inglés, n. 886—Cód. de California, 2504, última parte.

Procedentes de su gestion: Es decir, cuando el perjuicio ha sido una consecuencia directa é inmediata de la gestion, y no cuando ésta solo ha sido la ocasion de dicho perjuicio. (Pothier, Mandat, n. 76. Véase nuestros arts. 520 y 1954.)

1954—Repútase perjuicio ocasionado por la ejecucion del mandato, solamente aquel que el mandatario no habria sufrido, si no hubiera aceptado el mandato. (*C. Com.*, 310.) (Concuerda con el art. 1732.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2081, 2.ª parte—Pont, Mandat, n. 1113, p. 640.

1955—El mandatario no está obligado á esperar la presentacion de sus cuentas, ó el entero cumplimiento del mandato, para exigir los adelantos ó gastos que hubiese hecho. (*C. Com.*, 381.) (Concuerda con los arts. 743—1948.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2968.

No está obligado á esperar, etc., etc.: De suerte que el mandante no podrá negarse á pagar alegando que el mandatario ha recibido ó va á recibir cantidades suyas con las cuales puede compensar los gastos. A su vez el mandante podrá exigir la entrega parcial ó total de lo recibido (art. 743) sin esperar la rendicion de cuentas. (Argts. del art. 467.)

1956—Hasta que el mandatario sea pagado de los adelantos y gastos, y de su retribucion ó comision, puede retener en su poder cuanto bastare para el pago, cualesquiera bienes ó valores del mandante que se hallen á su disposicion. (*C. Com.*, 324.) (Concuerda con los arts. 2218—2466—3939 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 2992—Holandes, 1849—Prusiano, art. 83, Tit. 13, Part. 1ª.—Troplong, n. 698)—Freytas, 2087—Goyena, 1620.

Que se hallen á su disposicion: Y que los haya recibido por ocasion del mandato (Goyena, comentario al art. citado); los que no haya recibido con ese motivo no puede retenerlos puesto que los gastos no reconocieran aquí por causa la cosa misma que se quiere retener, condicion indispensable para ejercer el derecho de retencion (art. 3939 y nota del codificador á dicho art.)

1957—No está obligado el mandante á pagar los gastos hechos por el mandatario: (Véase 1699—1931—2303.)

1º Cuando fueren hechos con su espresa prohibicion, á no ser que quiera aprovecharse de las ventajas que de ellos le resulten; (Concuerda con los arts. 728—1699.)

2º Cuando fueren ocasionados por culpa del propio mandatario; (Concuerda con el art. 1111.)

3º Cuando los hizo, aunque le fuesen ordenados, teniendo ciencia

del mal resultado, cuando el mandante lo ignoraba; (Concuerda con los arts. 1907—1953.)

- 4º Cuando se hubiere convenido que los gastos fuesen de cuenta del mandatario, ó que éste no pudiese exigir sino una cantidad determinada. (*C. Com.*, 309—310.) (Concuerda con el art. 1197.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2967—Pont, Mandat, núms. 1086 y 1087.

INCISO 3º ¿Puede en estos casos exigir los gastos fundándose en las ventajas que se hayan sacado en otros negocios ó gestiones de que el mismo mandante le habia encargado? Indudablemente que no. (Argts. de los arts. 1725 y 1911.)

Para que tenga lugar lo dispuesto en este inciso, es necesario que los gastos hechos por culpa del mismo mandatario no hayan resultado en provecho del mandante.

INCISO 3º Véase comentario al art. 1907.

1958—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; pero si el mandatario hubiere recibido adelantada la retribucion ó parte de ella, el mandante no puede exigir que se la restituya. (*C. Com.*, 310.) (Concuerda con los arts. 1638—1640—1642.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2972.

Sin culpa del mandatario: Si es por culpa del mandatario, es claro que no regirá lo dispuesto en este art. respecto al pago de sus honorarios (Leguizamon y Machado, nota 267—Segovia, nota 93); pero debe hacerse la distincion que dejamos establecida en el comentario al art. 1952, para el caso de que la ejecucion parcial haya sido útil al mandante; esto no quita que éste cobre los perjuicios por la inexecucion.

Que corresponda al servicio hecho: La Suprema Corte ha declarado que el encargado de la venta de varios lotes, y en caso de no haber sido todos vendidos, no tiene derecho á la compensacion convenida bajo la base de la venta de todos los lotes en relacion á los vendidos, sino á una compensacion equitativa, sin consideracion al precio total convenido.

Esta interpretacion la creemos justa, porque no es lo mismo

ejecutar en el todo un mandato que solo ejecutarlo en parte, pues que muchas veces la utilidad está en la ejecucion total, y en este concepto es la remuneracion ofrecida.

Téngase presente que esto es solo cuando la remuneracion ofrecida es en el concepto que se ejecutará todo el mandato; cuando así no fuera, la remuneracion será proporcional al trabajo hecho y en relacion al valor total de la gestion.

Si la ejecucion del mandato se ha convenido por un precio determinado, y el primitivo mandatario no lo ejecuta sino parcialmente, concluyéndolo otro nombrado por el mandante, pero sin ajustar precio, ¿cómo deberá hacerse el pago á este segundo mandatario? ¿en proporcion al precio estipulado con el mandatario anterior ó será el Juez quien determine la retribucion sin consideracion á dicho convenio?

Pensamos que el segundo mandatario no tendria nada que ver con lo estipulado por el primero; y aunque éste conociere la existencia de ese convenio, el valor de su servicio debe determinarse por el Juez sin consideracion á ello. El segundo mandatario, nombrado por el mandante, no es un sustituto ni subrogado en los derechos del primero; es un tercero que entra á ejecutar un mandato sin ninguna relacion con el primer contrato, que no puede ni oponer ni serle opuesto (última parte del art. 1195 y sus concordantes.)

Para poder exigir la remuneracion convenida por su antecesor, tendria tambien que responder de sus faltas, y es indudable que esto no puede ser, á ménos de un consentimiento espreso.

Cuando mas, el convenio anterior podrá servirle como base de equidad para el pago de lo que cobra, es decir, como prueba de que es justo lo que exige; pero no para hacerlo obligatorio.

1959—Pagados los gastos y la retribucion del mandatario, el mandante no está obligado á pagar retribuciones ó comisiones á las personas que le sustituyeron en la ejecucion del mandato, á ménos que la sustitucion hubiese sido indispensable.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2079.

Hubiese sido indispensable: Esta es una cuestion de hecho que resolverá el Juez segun las circunstancias. En todo caso,

la retribucion de los sustitutos se rebajará de lo que haya de pagarse al mandatario primitivo.

CAPITULO V

De la cesacion del mandato

1960—Cesa el mandato por el cumplimiento del negocio, y por la espiracion del tiempo determinado ó indeterminado por que fué dado. (C. Com., 326.) (Concuerda con los arts. 455—1764—1767.)

CONCORDANCIAS

(Pothier—Mandat, n. 119)—Freytas, 3006—Cód. de California, 2524, inc. 5—Cód. de Chile, 2163, inc. 2.

Indeterminado: Por ejemplo, cuando se fija en relacion á un acontecimiento que no se sabe cuándo sucederá, como el ejemplo puesto por el codificador en la nota á este art.: “ó por el evento de la condicion prefijada para la terminacion del mandato” como dice el Cód. de Chile, lugar citado.

1961—El mandante debe estar y pasar por la fecha de los actos privados ejecutados por el mandatario, y es de su cargo la prueba de que el acto hubiese sido anti-datado. (Concuerda con los arts. 951—989—1034.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, Mandat, n. 119.)

Debe estar y pasar por la fecha de los actos privados: Esto tiene principalmente aplicacion en los gastos hechos por el mandatario con dinero de su bolsillo y para el efecto de contar los intereses desde esa fecha en el mandatario dice haberlos ejecutado.

1962—Cesa tambien el mandato dado al sustituto, por la cesacion de los poderes del mandatario que hizo la sustitucion, sea representante voluntario ó necesario. (Concuerda con los arts. 3270—3278.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, Mandat, n. 112—Troplong, n. 753—Delamarre y Lepoitvin, tom. 2, n. 434)—Freytas, 3009, inc. 5—Cód. de Chile, 2163, inc. 9—Pont, Mandat, n. 1131—Fallos del Dr. Basualdo, tom. 1, p. 238.

Por la cesacion de los poderes del mandatario: Ya sea esta cesacion por renuncia, revocacion, ó por cualquier otra causa. En tal caso, las reglas relativas á los actos ejecutados por el mandatario despues de concluido el mandato serán aplicables á los actos hechos por el sustituto y en relacion á los terceros y al mandatario, pero no al mandante. (Véase lo que sobre esto decimos al estudiar los arts. 1964 á 1967.)

1963—El mandato se acaba :

- 1º Por la revocacion del mandante ; (Concuerda con los arts. 1638—1970 á 1977.)
- 2º Por la renuncia del mandatario ; (Concuerda con los arts. 1739—1978—1979.)
- 3º Por el fallecimiento del mandante ó del mandatario ; (Concuerda con los arts. 455, inc. 1—1640—1980 á 1982.)
- 4º Por incapacidad sobreviniente al mandante ó mandatario. (*C. Comercio*, 304—326—331.) (Concuerda con los arts. 456—1981—1984.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2003—Holandes, 1850—Instit., §§ 9, 10, 11, Tit., 27, Lib 3—Las Leyes de España nada dicen sobre la materia)—Goyena, 1622—Freytas, 3009—Cód. de California, 2524—Cód. de Chile, 2163—Lehr, Derecho Inglés, núms. 896 á 900.

INCISO 2º Debe tenerse presente lo dispuesto en los arts. 1978 y 1979.

INCISO 3º Véase comentario al inc. 6 del art. 1870.

INCISO 4º En los casos de este inciso deben considerarse comprendidos el de la quiebra del mandatario, casamiento de la mujer mandataria, aceptacion de un cargo incompatible con las funciones de mandatario, etc., etc.

Termina tambien por hacerse imposible su cumplimiento. (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 8, p. 7.)

Sobre el efecto de la conclusion del mandante en los distintos incisos de este art. téngase presente los arts. siguientes y su comentario.

1964—Para cesar el mandato en relacion al mandatario y á los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido ó podido saber la cesacion del mandato. (Concuerda con los arts. 190, 3ª parte—195—731, inc. 1—983—1718—1719—1842, inc. 5—1746—1763—1944—1965 á 1967.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 724 y 726—Ley 26, Dig., *Mandat*—Cód. Frances, 2008)—Laurent, tomo 28, núms. 110 á 114—Freytas, 3010—Cód. de Chile, 2165 y 2173, § 1.

O podido saber la cesacion del mandato: Por ejemplo, cuando la cesacion se ha notificado al público por diarios, circulares, etc., etc. En estos casos, en que no apareciese probable de la ignorancia del mandato, como dice el Cód. de Chile, el Juez puede absolver de la demanda al mandante.

Toca al Juez apreciar las circunstancias especiales por las cuales se decidirá si los terceros han conocido ó no la cesacion del mandato ántes de tratar con el mandatario (Freytas, 3015).

Esto mismo se aplicará al sustituto en relacion á la revocacion, tanto de la sustitucion como del mandato del sustituido. Este punto está perfectamente legislado por Freytas, art. 3020, y sus conclusiones, en las cuales están basadas las nuestras, pueden servir á formar nuestra jurisprudencia.

1965—No será obligatorio al mandante, ni á sus herederos, ó representantes, todo lo que se hiciere con ciencia ó ignorancia imputable de la cesacion del mandato. (Concuena con los arts. 929—1938—1964 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3010, 2ª parte—Pont, *Mandat*, núms. 1178, 1180 y 1181—Goyena, 1628 y su comentario—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 8, p. 7.

Con ciencia ó ignorancia imputable: En tal caso, el mandatario no podrá demandar ni los gastos que haya hecho despues de saber ó haber podido saber la cesacion del mandato. (Fallo citado.)

El conocimiento que los terceros hayan tenido de la cesacion del mandato, no es necesario que sea una notificacion formal por parte del mandante; basta que de cualquier modo hayan tenido conocimiento, sea directa ó indirectamente, de la cesacion del mandato para que el acto no obligue al mandante: basta que un tercero, ajeno al negocio, le haya hecho saber para que desaparezca su ignorancia y se le aplique el art. que estudiamos. (Véase Pont, n. 1180.)

En la duda de si el tercero obró de buena ó de mala fe, es decir, conociendo ó nó la cesacion del mandato, debe suponerse que es de buena fe, porque la mala fe no se presume: de aquí se sigue que corresponde al mandante probar el conocimiento que el tercero tenía de la cesacion del mandato al tiempo de ejecutar el acto, admitiéndosele á este efecto todos los medios de prueba admitidos á probar los hechos, incluso la prueba testimonial. (Duranton, tom. 18, n. 275), lo cual es aplicable tambien cuando se trata de probar que el mandatario conocia la terminacion de su mandato. (Mourlon, tom. 3, n. 1115.)

Téngase presente que la ignorancia del mandatario es independiente de la de los terceros. (Véase arts. siguientes.)

1966—Será obligatorio al mandante, á sus herederos ó representantes, en relacion al mandatario, todo cuanto éste hiciere ignorando sin culpa la cesacion del mandato, aunque hubiese contratado con terceros que de ella tuvieran conocimiento. (Concuerda con los arts. 1763—1944—1965 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2008—Holandes, 1854—Instit., § 10, Tit. 27, Lib. 3, L. 26, Tit. 1, Lib. 17, Dig.)—Goyena, 1628—Freytas, 3011—Pont, *Mandat*, n. 1179.

Lo dispuesto en este art. es por los gastos que el mandatario hubiese hecho; por lo que hace al acto mismo ejecutado por los terceros de mala fe y el mandatario de buena fe, puede ser anulado (Cód. Italiano es terminante, art. 1763), puesto que no obliga ni al mandante ni al mandatario (arts. 1964 y 1965), cuando no es ratificado. (Véase Pont, núms. 1177, 1178 y siguientes.)

Pero como puede suceder que ya no se pueda dejar sin efecto el acto por imposibilidad material ó por otra causa, como la de haber los terceros caído en insolvencia y no poder devolver lo recibido, no es justo que el mandatario de buena fe se perjudique por solo el hecho de la mala fe de los terceros; en tal caso es el mandante quien debe cargar con la pérdida, como si el mandato no hubiese cesado, lo cual en realidad es así, puesto que la revocacion del mandato solo produce efecto desde que llega ó haya podido llegar á conocimiento del mandatario.

1967—En relacion á terceros, cuando ignorando sin culpa la cesa-

cion del mandato, hubieren contratado con el mandatario, el contrato será obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes, salvo sus derechos contra el mandatario, si éste sabia la cesacion del mandato. (*C. Com.*, 329.) (Concuerda con los arts. 929—1155—1156—1768—1944—1968—1990.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, artículos 2005 y 2009—Holandes, 1855—de Austria, 1026—Troplong, en el comentario al art. 2009—Zachariae, § 756)—Freytas, 3012—Cód. de California, 2532—de Chile, 2173, § 2°.—de Portugal, 1869, inc. 3 y § único—Italiano, 1759.

Salvo sus derechos contra el mandatario: Quien deberá responder al mandante de todos los daños y perjuicios que le resultaren, aun por caso fortuito; responderá tambien de la solvencia de los terceros.

Creemos que en el caso legislado, aun cuando el mandante responda á los terceros del cumplimiento de las obligaciones contraidas por el mandatario, podrá aquél obligar al mandatario á que cargue él con el contrato que ha realizado. Así, por ejemplo, encargado de comprar una cosa, si el mandante no quiere cargar con ella, en la hipótesis del art., puede, despues de pagársela al tercero, exigir al mandatario que reciba la cosa comprada y le reembolsa del dinero pagado. Este sería el medio mejor de evitarle al mandante los perjuicios que pudiera traerle la falta del mandatario. Pero si el mandante quiere aceptar la compra, el mandatario no podrá exigir subrogacion en los derechos de aquél, es decir, no podrá cargar él con la cosa comprada ofreciendo pagar lo desembolsado por el mandatario, puesto que no puede dejar sin efecto el contrato que el mandante quiere ratificar, fundándose en su propia falta. Queda en el mismo caso en que quedan los terceros en la hipótesis del art. 1937.

1968—Es libre á los terceros obligar ó no al mandante, sus herederos ó representantes, por los contratos que hubieren hecho con el mandatario, ignorando la cesacion del mandato; mas el mandante, sus herederos ó representantes, no podrán prevalerse de esta ignorancia para obligarlos por lo que se hizo despues de la cesacion del mandato. (*C. Com.*, 329.) (Concuerda con los arts. 1742, incs. 3 y 4—1936—1937—1967.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3013—Leguizamon y Machado, Institutas, nota 270.

Ignorando la cesacion del mandato: Es decir, ignorando los terceros pero no los mandatarios: se refiere este art. á la hipótesis del art. 1967.

No podrán prevalecerse de la ignorancia, etc., etc.: De suerte que el tercero que ha contratado ignorando la cesacion del mandato, puede obligar al mandante ó al mandatario; pero el mandante no puede obligar al tercero para el cumplimiento de lo pactado, si éste, conociendo la nulidad del acto ejecutado despues de la cesacion del mandato desiste de él.

Nos parece poco lógico esta distincion que se hace con respecto á lo dispuesto en el art. 1937. Allí se establece, sin distinguir entre el tercero de buena ó de mala fe, que ratificado por el mandante el acto ejecutado con esceso en el mandato, el tercero no puede prevalecerse de este esceso para dejarlo sin efecto. Aquí, por el contrario, el tercero de buena fe puede, si quiere, oponer la cesacion del mandato aunque el mandante ratifique lo hecho. (Véase Instituta, nota citada.)

Pensamos que las mismas razones que militan en favor del principio sentado en el art. 1937, consentimiento anterior por parte del tercero, podria servir de fundamento para aceptar el mismo principio tratándose de un acto ejecutado despues de la cesacion del mandato y ratificado por el mandante.

En ambos casos el consentimiento por parte de los terceros ya estaba dado de antemano. (Véase á este respecto la nota del codificador al art. 1064.)

1969—No obstante la cesacion del mandato, es obligacion del mandatario, de sus herederos, ó representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí, ó por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos ó representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por perjuicio que de su omision resultare. (*C. Com.*, 330—331.¹ (Concuerda con los arts. 456—1742, inc. 2—1762—1916—1917—1979—1980—1981—1982.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2010—Austriaco, 1025—Troplong, n. 717—Delamarre y Lopoitvin, tom. 2, n. 338)—Pont, *Mandat*, núms. 1183 á 1185—Freytas, 3018—Goyena, 1629—Cód. de Chile, 2168 y 2170—Italiano, 1763—de Portugal, 1366 y 1367—Laurent, tom. 28, n. 84.

La obligacion impuesta por este art. á los herederos del mandatario ó sus representantes, es en el concepto de que puedan se-

guir con esta atencion, pero sin estar obligados á constituirse agentes oficiosos (art. 1916).

Será obligacion ineludible de éstos dar cuenta al mandante de la muerte ó incapacidad del mandatario para que pueda con tiempo tomar las medidas necesarias, bajo pena de responder de los perjuicios. (Mourlon, tom. 3, n. 1110, y Cód. de California, art. 2530, es terminante en esto.)

Si no es posible dar este aviso, por no conocer el paradero del mandatario ó por otra causa, deberán ponerlo en conocimiento del Juez del lugar para que éste provea lo necesario, salvando así su responsabilidad. Si el mandatario fuere extranjero deberán avisarlo al cónsul respectivo.

Téngase presente que lo dispuesto aquí se aplica á la terminacion del mandato, tanto por muerte ó incapacidad del mandatario como á cuando termina por la muerte ó incapacidad del mandante.

Continuar por sí ó por otro los negocios que no admitan demora: Aunque en este último caso la gestion cueste mas de lo que se habia convenido entre el mandante y mandatario, los representantes del mandatario no deben dejarlo de hacer, siempre que obren con la prudencia necesaria; pero este mayor gasto será de cuenta del mandante.

Siempre será una cuestion de hecho en que el Juez, apreciando las circunstancias especiales, determinará si hay ó no responsabilidad por parte del mandatario, sus herederos ó representantes.

Sobre el mandato para representar en juicio, véase lo dicho en el comentario al art. 1870, inc. 6.

1970—El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera, y obligar al mandatario á la devolucion del instrumento, donde conste el mandato. (*C. Com.*, 227.) (Concuerda con los arts. 457—1638—1690—1681, 2ª. parte—1958—1963, inc. 1—1974—1977.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2004—Holandes, 1831—Institutas, § 9, tit. 26, Lib. 83)—(Goyena, 1623—Fallos del Juez Dr. Basualdo, tom. 1º, p. 238—Freytas, 3017—California, 2525 y 2526.

La devolucion del instrumento, etc., etc.: Salvo cuando éste conste en cartas que el mandatario puede necesitar, (Freytas, 3017, inc. 3).

1971—El nombramiento del nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocacion del primero desde el día en que se le hizo saber á éste. (*C. Com.*, 328.) (Concuerda con los arts. 918—920—1943—1966—1972—1973).

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2006—Holandes, 1853—L. 31, § 2, tit. 3, Lib. 3, Dig.)—Goyena, 1625—Freytas, 3025—Cód. de California, 2527—Laurent, 23, n. 102.

Desde el día en que se le hizo saber á éste: Es aplicable á esto lo que hemos dicho en el comentario á los arts. 1964 y 1965. No habrá, pues, necesidad de una notificacion oficial para que el mandato cese; basta que el mandatario sepa ó haya podido saber, dice el 1964, la cesacion del mandato.

Ese art. no se refiere á una determinada clase de revocacion, por lo que debe ser comprendida en su precepto la revocacion de que habla el que estudiamos. La jurisprudencia francesa ha interpretado en este mismo sentido el art. 2006 Frances, igual al nuestro (Pont, n. 1162, y los autores citados en la nota 2 de dicho autor). Las palabras que estudiamos se refieren especialmente al caso que ponemos mas adelante en este comentario.

Puede suceder que la constitucion de un nuevo mandatario no importe, segun los términos del nuevo mandato, mas que un medio de dividir la gestion. Lo que hace que el segundo mandato importe una revocacion del primero, es que la existencia de aquél sea incompatible con la de éste, lo cual es así cuando la gestion es indivisible.

Supóngase, por ejemplo, un encargado de la compra de campos, sin determinarse qué campos deben comprarse, y que su mandato solo está limitado por el valor autorizado á emplear, ¿se creará sin facultad para seguir comprando por el hecho de saber que otro mandatario ha sido nombrado por el mismo mandante para comprar campos en la misma zona que él estaba encargado comprar? Indudablemente que no, y mientras el mandante no le comunique directamente la cesacion de su mandato tendrá razon de suponer que el nuevo mandato solo importa una division de la gestion, puesto que los dos mandatos pueden coexistir.

No sería lo mismo si, encargado un mandatario de comprar una cosa determinada, sabe que por un acto posterior se ha encargado á otro hacer esta misma compra.

De suerte, pues, que para juzgarse revocado un mandato por la constitucion de otro nuevo, es necesario que la existencia del uno sea incompatible con la del otro, ó que en caso contrario, el mandante haya *hecho saber directamente* al primer mandatario que su mandato ha cesado. De lo contrario, se juzgará que solo hay una division de la gestion, como en el caso del art. 1899, inc. 2. En este mismo sentido se espresa Freytas, art. 3025, y es indudablemente á este caso al que se refieren las palabras “desde el dia que se le hizo saber á éste”, porque solo en ese caso, en el de compatibilidad de la existencia de los dos mandatos, el primer mandatario puede dudar si su mandato ha sido revocado ó no. Lo contrario sucede en el caso de ser inconciliable la existencia de los dos mandatos; basta que de cualquier modo sepa que exista para que comprenda desde luego que el suyo ha cesado, porque los dos no pueden existir; y es por ésto que no se necesita una notificacion especial como en el caso de poder existir los dos mandatos.

En el primer caso, el mandatario tendria razon para abrigar duda sobre si el nuevo mandato importaba revocacion del suyo mientras el mandante no le hiciese saber su determinacion; mas en el segundo la duda no podia existir, puesto que el nuevo mandato importaria *necesariamente* una revocacion *tácita*; cosa que podia *no importar* en la primera hipótesis.

Véase lo espuesto en el comentario al art. siguiente.

1972—Interviniendo el mandante directamente en el negocio encomendado al mandatario, y poniéndose en relacion con los terceros, queda revocado el mandato, si él espresamente no manifestase que su intencion no es revocar el mandato. (Véase arts. 1943—1971.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 780—Cód. Frances, 2006.)

Y poniéndose en relacion con los terceros : Esto viene á corroborar lo que decimos en el comentario al art. anterior: que solo cuando el segundo mandato fuese incompatible con el primero se considerará éste último revocado sin necesidad de notificacion especial al mandatario. Aquí, como se ve, no solo se exige intervencion del mandante en los negocios encomendados, sino que trate con los mismos terceros, que es lo que trae la revo-

cacion por la incompatibilidad de los dos contratantes con las mismas personas y sobre los mismos negocios. Si el mandante trata con otras personas aunque sea sobre los mismos negocios encomendados al mandatario, solo se dirá que hay division de jestion si no se le avisa la revocacion al mandatario en los términos del art. 1971.

1973—El mandato que constituye un nuevo mandatario, revocará el primero, aunque no produzca efecto por el fallecimiento ó incapacidad del segundo mandatario, ó aunque no lo acepte, ó aunque el instrumento del mandato sea nulo por falta ó vicio de forma. (Concuerda con los arts. 1897—1898—1971—1984—1985.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, n. 114—Troplong, n. 788)—Freytas, 3026.

Por falta ó vicio de forma: Si es por vicio de consentimiento en el mandante, no se considerará revocado el primer mandato, porque siendo la voluntad del mandante la que causa la revocacion (art. 1970), es claro que no siendo ésta voluntad libre y exenta de vicio, no puede producir efecto alguno respecto al primer mandato.

Nuestro art. no habla del mandato que no produce efecto por incapacidad del mandante, porque es sabido que la incapacidad sobreviniente del mandante ó mandatario causa la revocacion del mandato (art. 1963, inc. 4, explicado por el 1984.)

1974—Cuando el mandato fué constituido por dos ó mas mandantes para un negocio comun, cada uno de ellos sin dependencia de los otros, puede revocarlo. (Concuerda con los arts. 1688—1941—1945.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 719)—Freytas, 3021.

Cada uno de ellos, etc., etc.: Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por lo ejecutado hasta la época de la revocacion, establecida por el art. 1945.

1975—Cuando el mandato es general, la procuracion especial dada á otro mandatario, deroga, en lo que concierne esta especialidad, la procuracion general anterior. (Concuerda con los arts. 1879 y nota del codificador—1976.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 791)—Freytas, 3028.

En todos estos casos es aplicable lo que hemos dicho sobre el conocimiento que el primer mandatario ha tenido del nuevo mandato. (Comentario á los arts. 1965 y 1966).

1976—La procuracion especial no es derogada por la procuracion general posterior, dada á otra persona, salvo cuando comprendiese en su generalidad el negocio encargado en la procuracion anterior. (Concuerda con el art. 1975 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3029—Laurent, tom. 28, n. 101.

La nota del codificador al art. 1879, art. 1880 y comenrario, esplican la razon de este art. y los casos en que la generalidad de un mandato puede comprender tales ó cuales actos.

Si el mandato especial es para alguno de los negocios ó gestiones de que habla el art. 1881, por lo mismo que en un mandato general no se consideran comprendidos los casos enumerados en dicho art., es claro que un mandato concebido en terminos generales, como el de que habla el art. 1880, no derogaria el mandato especial anterior.

1977—El mandato es irrevocable en el caso en que él hubiese sido la condicion de un contrato bilateral, ó el medio de cumplir una obligacion contratada, ó cuando un socio fuese administrador de la sociedad, por el contrato social, no habiendo justa causa para privarlo de la administracion. (Concuerda con los arts. 731, inc. 7—1681.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 718)—Freytas, 8031.

Cuando un socio fuese administrador: Adviértase que los herederos del mandatario no tienen calidad de socios y que por lo mismo, el mandato no pasa irrevocable hasta ellos (art. 1670).

En cualquiera de los casos enumerados en este art. la revocacion del mandato por alguno de los mandantes ó de las partes contratantes, no le desliga de las obligaciones que la ejecucion poste-

rior del mandado crea, tanto con respecto á terceros como con respecto al mandatario mismo.

1978—El mandatario puede renunciar el mandato, dando aviso al mandante; pero si lo hiciere en tiempo indebido, sin causa suficiente, debe satisfacer los perjuicios que la renuncia causare al mandante. (*C. Com.*, 304.) (Concuerda con los arts. 1071—1687—1689—1739—1740—1741—1767—1904—1963, inc. 2.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2007—Holandes, 1854—Instit. § 11, Tit. 27, Lib. 3—L. 22, § 11, Tit. 1, Lib. 17, Dig.—Pothier explica lo que en el derecho se llama renuncia intempestiva, y es cuando se hace en un tiempo, ó en unas circunstancias en que el mandante no puede hacer por sí mismo el negocio que era objeto del mandato, ó no le es fácil encontrar una persona á quien encargarlo, n. 44—En las LL. 22 á 27, Tit. 1, Lib. 17, Dig., se ponen por ejemplo varias causas justas para la renuncia del mandato: y Troplong enumera y discute muchas de ellas, desde el n. 891)—Cód. de Chile, 2167—Cód. de California, 2531—Freytas 2915, 3032 y 3034.

El mandatario puede renunciar al mandato: Pero esto solo es cuando por una obligacion especial no es irrenunciable (art. 1977, y Freytas, 3036.—Aubry y Rau, § 416, p. 654.)

Pero si lo hiciere en tiempo indebido, sin justa causa: Habiendo justa causa aunque la renuncia sea en tiempo indebido, es decir, en tiempo en que el mandante se pueda perjudicar, el mandatario no carga con responsabilidad alguna. Es precisamente á ese caso al que se refieren las palabras *sin justa causa*, puesto que siendo la renuncia en tiempo oportuno, el mandatario tiene completa libertad para renunciar sin necesidad de espresar causa alguna. (Aubry y Rau, § 416, núm. 2, Pont, n. 1164.)

De suerte que para determinar si hay ó no responsabilidad por la renuncia, hay que averiguar en primer lugar si es en tiempo indebido, y si así es, averiguar si ha tenido ó no justa causa para ello el mandatario; solo cuando se reunan estos dos elementos, renuncia intempestiva, ó falta de razon para ello, vendrá la responsabilidad del mandatario. (Véase Laurent, 28, 106.)

Será intempestiva, como lo dice el mismo codificador en la nota á este art., cuando por circunstancias especiales imposibles de preverlas el mandante, la renuncia es necesariamente perjudicial, ya porque no haya tiempo material de poner remedio ó por ser esto imposible. Pero como puede suceder que lo intempestivo de la renuncia tenga por causa un perjuicio que el mandatario va

á sufrir en sus bienes, el Juez deberá, como dice Pont, n. 1166, velancear los perjuicios y dar la razon al que sufra mayor perjuicio; cuando la causa de la renuncia es la imposibilidad de obrar tiene perfecta aplicacion el art. 1916. (Laurent, 28, 107.)

Puede tambien la renuncia tener por causa otros impedimentos para seguir ejecutando el mandato, tales como un viaje indispensable, por motivos de salud ú otro así. (Véase Freytas, art. 3032, y Pont, n. 1167.)

La apreciacion de las causas que han dado lugar á la renuncia y la clasificacion de intempestiva, dependerá casi siempre de los hechos que se demuestren, los cuales corresponde al Juez apreciar, pues no se puede dar una regla uniforme para todos los casos. Es por esto que los jurisconsultos citados entran en largas enunciaciones de los casos en que hay y los en que no hay perjuicio por la renuncia del mandatario. Puede verse sobre esto los autores citados por el codificador.

Advertiremos que no basta la circunstancia de no tener el mandatario una razon plausible para renunciar, y que el mandante se perjudique con la renuncia; es necesario á mas que, advertido el mandante de la renuncia, haya sido diligente en evitar los perjuicios sin haberlo podido conseguir. Si el mandatario prueba que ha dado aviso oportuno de su renuncia y el mandante no ha hecho nada para evitar los perjuicios consiguientes reemplazándolo en su gestion, ninguna responsabilidad puede venirle al mandatario por el abandono que haga de la gestion, pues que el mismo mandante será el culpable de sus perjuicios. (Véase lo dispuesto en el art. 1979 siguiente, y Freytas, 3019, 1ª. parte).

1979--El mandatario, aunque renuncie el mandato con justa causa, debe continuar sus gestiones, si no le es del todo imposible, hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para ocurrir á esta falta. (Concuerta con los arts. 1916—1917—1969—2290.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Prusia, art. 172, tit. 3, parte 1ª.)—(Goyena, 1627.—Véase las concordancias y comentario del art. anterior.

Hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias: Lo que será en un tiempo racional; y si el mandante no toma ninguna, tendrá lugar lo que decimos al fin del comentario del art. anterior.

1980—La muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato deba ser cumplido ó continuado despues de su muerte. El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo. (*C. Com.*, 330.) (Concuerda con los arts. 1759—1760—1890—1969—1983.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 416—Pothier, n. 108—Duranton, tom. 18, n. 283—Troplong, núms. 728 y 740—Delamarre y Lepoitvin, tom. 2, n. 445)—Cód. de Chile, 2169—Freytas, 3038—Leguizamon y Machado, Institutas, nota 272—Pont, *Mandat*, n. 1145.

Debe ser cumplido ó continuado despues de su muerte:

Por ejemplo, cuando así se haya convenido de antemano (Laurent, 28, n. 85) ó cuando un individuo encargado de comprar una cosa la ha comprado y entregado al mandante y éste le ha dado lo necesario para hacer el pago; en este caso el pago hecho por el mandatario despues de la muerte del mandante será válido. Lo mismo será en un mandato para seguir un juicio. (Véase comentario al inc. 6 del art. 1870. Véase tambien el art. 1977.)

El negocio debe ser continuado, etc., etc.: Esta segunda parte es independiente de la primera, y solo importa una repeticion á lo dicho en el art. 1969.

Lo dicho sobre la muerte del mandante es aplicable á la muerte del mandatario, cuando no sea cuestion de aptitudes personales la continuacion del mandato, ó cuando los herederos sean menores (art. 1981).

1981—Aunque el negocio deba continuar despues de la muerte del mandante, y aunque se hubiese convenido espresamente que el mandato continuase despues de la muerte del mandante ó mandatario, el contrato queda resuelto, si los herederos fuesen menores ó hubiere otra incapacidad, y se hallasen bajo la representacion de sus tutores ó curadores. (Véase arts. 1195—1497 y los concordantes del art. 1980.)

CONCORDANCIAS

(En contra, Troplong, n. 734)—Freytas, 3039—Pont, *Mandat*, n. 1145, p. 658.

Lo dispuesto en este art. es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1969, pues el que concordamos se refiere únicamente á la continuacion normal del mandato, ya sea por los herederos del mandatario, ó para los herederos del mandante. El art. que estudiamos no es aplicable al caso del art. 1982.

Y se hallasen bajo la representacion de un tutor :

Luego, si se hallan bajo la representacion de sus padres, esposas, ó si son menores emancipados, podrá continuar el mandato. Frey-tas, art. 3039, habla únicamente de incapaces, sin decir si están ó no representados por tutores ó los padres.

Aunque los incapaces estén bajo la representacion de tutor, el Juez puede autorizar que continúe el mandato (arts. 443, inc. 12—444 á 449). En esos arts. se habla de autorizacion para continuar los negocios en que los pupilos tengan parte, sin distinguirse del caso en que tengan ó no mandatarios nombrados por el contrato social que deban continuar hasta que la sociedad concluya ; es por esto que decimos que el Juez puede autorizar la continuacion del mandato en una sociedad, ya sea por el mismo mandatario, en caso de muerte del mandante, ó por los herederos del mandatario en caso de muerte de éste (art. 449).

Lo dispuesto aquí para el caso de muerte del mandante ó mandatario debe aplicarse tambien para el caso de incapacidad de uno ú otro, pues que las dos cosas producen el mismo efecto, la cesacion del mandato (incs. 3 y 4 del art. 1963—Freytas, 3042).

1982—El mandato continúa subsistiendo aun despues de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interes comun de éste y del mandatario, ó en el interes de un tercero. (Concuerda con el art. 1977.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 416, nota 13—Troplong, n. 718—Duranton, tom. 18, n. 284)—Pont, n. 1140—Véase Cód. de Chile, 2120—Laurent, 28, n. 86.

En el interes comun de éste y del mandatario: Por ejemplo, dicen Aubry y Rau, siguiendo á Duranton, un mandato dado al acreedor de hacer vender por defecto de pago en el plazo convenido, objetos mobiliarios pertenecientes al deudor.

Ó de un tercero: Esto tiene lugar, dice Troplong, cuando en un contrato, un tercero, por su propio interes ó por el del deudor, ha sido indicado para recibir el pago resultante de esa obligacion. Véase las citas del art. 1977.

1983—Cualquier mandato destinado á ejecutarse despues de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposicion de última voluntad. (Concuerda con los arts. 383—394—947—1890—3845.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3911—Laurent, toin. 28, n. 88.

Si no puede valer como disposicion de última voluntad: El nombramiento de un ejecutor testamentario no es necesario que sea en el testamento mismo cuyo cumplimiento se encarga (art. 3845).

Otro ejemplo de mandato que debe ejecutarse despues de la muerte del mandante, es cuando se dejan bienes á una persona menor de edad con la condicion de que otro los administrará hasta su mayor edad.

1981—La incapacidad del mandante ó mandatario que hace terminar el mandato, tiene lugar siempre que alguno de ellos pierde, en todo ó en parte, el ejercicio de sus derechos. (*C. Com.*, 330.) (Concuerda con los arts. 1894—1895—1963, inc. 4—2288—2289.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, n. 111—Trop long, n. 744)—Aubry y Rau, § 416, nota 15.

En todo ó en parte el ejercicio de sus derechos: Si la incapacidad es solo relativa á ciertos actos no comprendidos en el mandato, es claro que éste no cesa, pues que siendo capaz de ejecutar por sí mismo el acto para el cual ha conferido poder, no hay razon para que termine el mandato por incapacidad sobreviniente para otros actos que no sean los comprendidos en el mandato. (Argts. del art. 1985.)

1º Una vez terminado el mandato por la incapacidad, el mandatario no vuelve á recuperar sus facultades aunque desaparezca la incapacidad que lo hizo cesar.

2º La terminacion del mandato por incapacidad sobreviniente del mandante ó mandatario ó por la muerte de uno ú otro se causa de pleno derecho desde el dia en que se realiza el hecho que causa la incapacidad, el matrimonio, por ejemplo, ó desde el dia de la declaracion de incapacidad, ó desde el dia de la muerte (Laurent, 28, n. 81); pero en caso de incapacidad sobreviniente, los actos del mandatario pueden ser atacados de nulidad en el caso en que, segun el art. 473, pueden ser atacados los actos ejecutados por el mismo mandante, siempre que el mandatario haya tenido conocimiento de la incapacidad de su mandante.

Tambien puede el Juez, durante el juicio de incapacidad, hacer cesar el mandato, ó dejar al mandatario con solo las facultades de que habla el art. 471.

Por lo demas, como hemos dicho ántes, los actos ejecutados por el mandatario despues de haber cesado el mandato, por lo que respecta á terceros y al mandante, se aplicará lo dispuesto en los arts. 1964, 1965 á 1967.

1985—Subsistirá sin embargo el mandato conferido por la mujer ántes de su matrimonio, si fuese relativo á los actos que ella puede ejercer, sin dependencia de la autorizacion del marido. (Concuerda con los arts. 190—1226—1227.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 749 y sigts.)—Freytas, 3042, 2ª. parte—Laurent, 28, n. 91.

Subsistirá sin embargo: Si es que el marido no lo prohíbe espresamente (art. 190).

Respecto á los actos que ella no puede ejercer, ya hemos dicho ántes que la cesacion del mandato se causa de pleno derecho sin necesidad de manifestacion alguna por parte del marido revocándolo “tiene lugar, dice el art. 1984, siempre que alguno de ellos pierde en todo ó en parte”, etc., etc., sin exigir ninguna otra formalidad.

De suerte que solo una ratificacion por parte del marido puede validar los actos ejecutados por el mandatario despues de haber cesado éste por el casamiento de la mujer. Pueden validarse tambien en el caso de consentimiento tácito, pues entónces importa un nuevo mandato (art. 1874, y nota del Dr. Velez á dicho artículo).

TÍTULO X

De la fianza

1986—Habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligacion accesoría. (*C. Com.*, 603.) (Concuerda con los arts. 524—1150—1151—1154—1990—3130.)

CONCORDANCIAS

(L. 1, tit. 12, P. 5.—*Institutas*, tit. 21, Lib. 3)—*Freytas*, 3285—*Goyena*, 1733, 1.ª parte—Cód. de Chile, 2335—Cód. Frances, 2011—Fallos del Dr. Drago, p. 92.

Aceptase su obligacion accesoría: Mientras esta aceptacion no tenga lugar, el fiador puede retirarla; ántes de ella no puede ser declarado responsable (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 6 p. 19), escepto el caso del art. 1990. (Véase arts. 1150 y 1151—Aubry y Rau, § 423, núm. 1, p. 673.)

1987—Puede tambien constituirse la fianza como acto unilateral ántes que sea aceptada por el acreedor. (Concuerda con los arts. 1149—3130.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3286.

1988—La fianza puede preceder á la obligacion principal, y ser dada para seguridad de una obligacion futura, sin que sea necesario que su importe se limite á una suma fija. Puede referirse al importe de las obligaciones que contrajere el deudor. (Concuerda con los arts. 1168—1170—1187—1989—1990—Véase 3131, inc. 4.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, Tit. 12, Part. 5ª.—L. 6, Tit. 1, Lib. 46, Dig.—Aubry y Rau, § 423, nota 5)—Goyena, 1736—Cód. de Chile, 2339.

Que su importe se limite á una suma fija: Pero el fiador, aunque la fianza sea solidaria (véase comentario al art. 2004) no puede ser exigido por su pago sino despues que la deuda ha sido liquidada, y se sabe con seguridad á cuánto asciende ella (Cód. de Chile, 2339, 2ª. parte—Cód. de California, 1821—Goyena, lugar citado), porque recien entónces es legalmente exigible.

1989—La fianza de una obligacion futura debe tener un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada. (Concuerda con los arts. 1170—1988—1993.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 757, nota 2—Pothier, n. 399—Duranton, tom. 18, n. 297)—Véase las concordancias del art. anterior, y su comentario, y tambien el comentario al art. 2004.

1990—El fiador de obligaciones futuras puede retractar la fianza, mientras no existiere la obligacion principal; pero queda responsable para con el acreedor y tercero de buena fe que ignoraban la retraccion de la fianza, en los términos en que queda el mandante que ha revocado el mandato. (Concuerda con los arts. 1148 á 1156—1165 á 1167—1986--1988.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3296—Cód. de Chile, 2339—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 3, p. 434—Id. de la C. de la Rep., tom. 2, p. 140.

Mientras no existiere la obligacion principal: Porque hasta entónces, no existiendo el acreedor, es claro que no ha habido aceptacion por su parte.

En los términos en que queda el mandante: Se refiere á los arts. 1964 á 1968.

1991—La fianza no puede tener por objeto una prestacion diferente de la que forma la materia de la obligacion principal. (Véase arts. 664 y 1163.)

CONCORDANCIAS

(L. 42, Dig. De Fidej. Aubry y Rau, 423, nota 4—Troplong, *Causion*, n. 120)—Freytas, 3294, 1ª parte—Véase Cód. de Chile, 2343.

Una prestacion diferente: Pero esto no quita que, afianzando la ejecucion de un hecho ó la prestacion de una cosa que no es dinero, el fiador se obligue á solo pagar una cantidad (art. 1992).

La fianza siempre tiene por objeto pagar una suma de dinero, así, el que se obliga á entregar una cosa si otro no paga una suma de dinero ú otra cosa, no constituye una fianza (Cód. de Chile, § 4, art. citado); será en tal caso una prenda, hipoteca ú obligacion de dar cosa cierta, segun la forma en que se haya constituido la obligacion accesoria, y el que la ofrece solo estará obligado con la cosa ofrecida, alcance ó no al pago de la obligacion principal.

1992—Cuando la obligacion principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero, ó de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, ó algun hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de la obligacion solo estará obligado á satisfacer los daños é intereses que se deban al acreedor por inejecucion de la obligacion. (Concuerda con el art. 629.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, n. 759, nota 14—Troplong, n. 51)—Freytas, 3298—Cód. de Chile, 2343, §§ 3 y 4—Mourlon, tom. 3, n. 1130.

El presente art. comprende dos partes diferentes, que es necesario tenerlas muy presente para resolver las cuestiones que su aplicacion práctica puede traer. Primera hipótesis: la deuda afianzada es de pagar una suma de dinero, ó de dar una cosa fungible, ó de ejecutar un hecho que no es personal al deudor. En estos casos, por lo mismo que nunca hay imposibilidad de cumplirlas, el fiador siempre está obligado por su valor y los daños y perjuicios de la mora.

Segunda: la deuda es de dar un cuerpo cierto no fungible, ó de prestar un hecho personal al deudor: en estos casos la obligacion del fiador será, como dice el art., solo de satisfacer los daños y perjuicios. (Véase Cód. de Chile, lugar citado, y comentario al art. anterior.)

1993—Toda obligacion puede ser afianzada, sea obligacion civil ó sea obligacion natural, sea accesoria ó principal derivada de cualquier causa, aunque sea de un acto ilícito; cualquiera que sea el acreedor ó deudor, y aunque el acreedor sea persona incierta; sea de valor determinado ó indeterminado, líquido ó ilíquido, puro ó simple; á plazo

ó condicional, y cualquiera que sea la forma del acto principal. (*C. Com.*, 604.) (Concuerda con los arts. 518—1888—1839—1994—3116—4153.)

CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 12, Part. 5ª.—L. 8, Dig. *De Fidej.*—Instit., Tit. 3, Lib. 21, § 1—Cód. de Chile, artículos 2338 y siguientes—Troplong, n. 50)—Freytas, 3295—Cód. de Chile, 2338 á 2340 y 2346—Lehr, Derecho Germánico, p. 421.

Obligacion natural: Véase lo espuesto en el comentario al art. siguiente, palabra *anulado*.

Líquido ó ilíquido: Pero el fiador no puede ser ejecutado, aunque la fianza sea solidaria hasta que no se haya hecho la liquidacion con el deudor principal, Véase sobre esto el comentario al art. 2004, Cód. de California, art. 1821, y Goyena, 2736, última parte.

1991—La fianza no puede existir sin una obligacion válida. Si la obligacion nunca existió, ó está estinguida, ó es de un acto ó contrato nulo ó anulado, será nula la fianza. Si la obligacion principal se deriva de un acto ó contrato anulable, la fianza tambien será anulable. Pero si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor. (*C. Com.*, 604.) (Concuerda con los arts. 525—663 á 666—703—1045—1046—1049 y sus concordantes—1993—2020—2021—3122.)

CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 12, Part. 5ª.—Instit., § 1, Tit. 21, Lib. 3—Cód. Frances, art. 2012—Italiano, 1899—Napolitano, 1884—Holandes, 1858. El art. 1352 del Cód. de Austria dice: “El fiador de una persona que no puede obligarse, es considerado como codeudor solidario, aun cuando le fuese desconocida la incapacidad. Pero si la obligacion principal es nula por causa de violencia, error, falta de solemnidades, etc., lo será tambien la fianza.”—Véase Troplong, núms. 46 y siguientes hasta el n. 84—Aubry y Rau, § 424—Toullier, tom. 6, n. 391—Duranton, tom. 18, núms. 305 y siguientes)—Freytas, 3299 y 3300—Cód. de California, 1818 á 1820—Italiano, 1899—Portugues, 822, 1ª. parte § 1—Aubry y Rau, § 424—Goyena, 1735—Véase nuestro comentario al art. 518—Mourlon, tom. 3, n. 1214.

Anulado, será nula la fianza: Pero esto solo es cuando se afianzó creyéndola civilmente existente, y no cuando se afianza con conocimiento una obligacion anulada que por lo mismo ha pasado á ser natural, puesto que tales obligaciones pueden ser válidamente afianzadas (arts. 518 y comentario, y art. 1993 anterior).

Será tambien anulable: Porque el fiador puede oponer al acreedor todas las escepciones que competen al deudor y que no sean personales. El art. 2020, combinado con el 715 y su comentario, dan la esplicacion del presente.

1995—El fiador puede obligarse á ménos y no á mas que el deudor principal; pero puede por garantia de su obligacion constituir toda clase de seguridades. Si se hubiese obligado á mas, se reducirá su obligacion á los limites de la del deudor. En caso de duda si se obligó por ménos, ó por otro tanto de la obligacion principal, entiéndase que se obligó por otro tanto. (C. Com., 606.) (Véase art. 1582.)

CONCORDANCIAS

(L. 7, Tit. 12, Part. 5ª—L. 13, Tit. 18, Lib. 3, F. R.—Inst., § 5, Tit. 21, Lib. 3—Cód. Frances, art. 2013—Italiano, 1900—Napolitano, 1888—Holandes, 1850—El Cód. de Prusia, art. 277, parte 1ª, tit. 14)—Goyena, 1737—Freytas, 3902—Cód. de California, 1822—Cód. de Chile, 2343, 1ª parte—Nuestro comentario al art. 702.

Y no á mas: Es decir, no á mas cantidad, pero sí en condiciones mas onerosas respecto al tiempo ó lugar del pago. Las palabras de la nota puesta por el mismo codificador á este art. no dejan lugar á duda sobre esto. “El fiador, dice, puede, por lo tanto, obligarse bajo una cláusula penal, constituir hipoteca por su obligacion, ú obligarse con *mas rigor respecto al lugar ó tiempo del pago*.”

Hay mas; casi todos los Cód. (el de Chile, art. 2344, de California, 1822, Italiano, 1900, Portugal, 823, etc., etc.) que están en contra de esto no se conforman con decir, como nuestro art., que el fiador puede obligarse á ménos y no á mas, sino que agregan espresamente que tampoco puede obligarse en condiciones mas onerosas, tanto respecto al tiempo, forma y lugar del pago.

El mismo Goyena, de quien nuestro codificador ha tomado parte de su nota, declara espresamente que la fianza no puede ser por mas ni mas onerosa. Nuestro codificador ha tenido presente indudablemente todo esto, y sin embargo no los ha seguido, pues ha variado la redaccion, suprimiendo lo que todos esos Cód. traen, prohibicion de obligarse de un modo mas oneroso respecto al tiempo, lugar, etc., etc.; y para quitar toda duda sobre el motivo de la supresion ha puesto la nota explicativa que hemos copiado, lo cual constituye una interpretacion auténtica de la ley.

No se podría, por otra parte, incluir por interpretacion en nuestro Código, lo que en los demas es materia de una disposicion espresa. El hecho de traer los Cód. citados, el mismo art. nuestro y á mas, espresamente, la prohibicion de que venimos hablando, prueba que los respectivos legisladores han pensado que sin esa disposicion espresa la ley sería interpretada del modo que nosotros lo hacemos respecto á nuestro Cód. que no trae tal disposicion (1) y que, por el contrario, la segunda parte del art. habla de *otro tanto*, es decir, igual cantidad y no de iguales *condiciones*.

La obligacion contraida en condiciones desiguales quedaria como en el caso de que habla el art. 702.

1996—Si la deuda afianzada era ilíquida y el fiador se obligó por cantidad líquida, su obligacion se limitará al valor de la deuda afianzada, si por la liquidacion resultare que á ella escedia el valor de lo prometido por el fiador. (Concuerda con los arts. 1993—1995, 1ª. parte.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3303—Aubry y Rau, § 423, p. 673—Mourlon, tom. 3, n. 1128.

1997—Si la fianza fuese del principal ó espresase la suma de la obligacion principal, comprenderá no solo la obligacion principal, sino tambien los intereses, estén estipulados ó no. (Concuerda con los arts. 744—1992—3111—3152.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 426—Véase L. 1, tit. 12, P.ª 5—y Cód. Frances, 2016—Italiano, 1903—Napolitano, 1844—Holandes, 1862—Cód. de Prusia, 258, parte 1ª, tit. 14—Cód. de Baviera, art. 9, Lib. 4, Cap. 10)—Freytas, 3301—Cód. de Chile, 2347.

Sino tambien los intereses: Cuando no se ha hecho mencion de los intereses devengados y no pagados, y la fianza fué dada en los términos del art., el fiador solo responde de los intereses á devengar desde la época en que se contrajo la obligacion.

(1) El Dr. Segovia, notas 15 y 17, piensa lo contrario, fundándose en que ningun autor piensa como el Dr. Velez; lo cual no es argumento tratándose, no de sostener una doctrina ó de hacer un Cód., sino de aplicar sus disposiciones con arreglo á su espíritu.

Estén estipulados ó no: Estas palabras se refieren á cuando en el contrato de fianza no se han estipulado intereses y en la obligacion principal habia tal estipulacion. De suerte que aun cuando el fiador se obligue por una suma fija, queda siempre obligado á pagar, á mas de dicha suma, los intereses, aun cuando no se haya hecho mencion de ellos.

Por lo demas, es claro, no habiéndose estipulado intereses en la obligacion principal, el fiador tampoco está obligado á pagarlos, puesto que no se puede obligar á mas de lo que el deudor principal se ha obligado (art. 1995); pero el fiador estará obligado á pagar los intereses moratorios, háyase ó no obligado á ello. (Véase, respecto á la legislacion alemana lo que dice Lehr, Derecho Germánico, p. 421.)

Cuando la obligacion no es de pagar una suma de dinero, la obligacion del fiador se determina por lo dispuesto en el art. 1992, en el cual deben comprenderse los frutos y demas pagos que el deudor principal debe hacer al acreedor.

Pero, tanto ese art. como el que estudiamos, si bien comprenden los intereses moratorios, los convencionales, los frutos percibidos y los daños y perjuicios, no comprenden las costas procesales causadas por la ejecucion al deudor principal, como lo declara espresamente el codificador en la nota del art. que estudiamos, separándose en esto de la mayor parte de los Códigos.

1998—La fianza puede ser legal ó judicial. Cuando la fianza sea impuesta por la ley, ó por los Jueces, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligacion principal y ser abonado, ó por tener bienes raices conocidos, ó por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna. (*C. Com.*, 608.) (Concuerda con los arts. 118—211—302—966—1296—1419—1425—1578—1582—2000—2002—2851—2967—3159—3385.)

CONCORDANCIAS

(Véase Cód. Frances, artículos 2018 y 2019—Napolitano, 1890 y 1891—Italiano, 1904 y 1905—Holandes, 1864 y 1865)—Cód. de Chile, 2336 y 2350—Cód. de California, 1814 y 1831—Goyena, 1768—Fallos de la S. C., S. 2. tom. 8. p. 260.

0 por tener bienes raices, etc., etc.: De suerte que no será bastante que el fiador sea persona de honorabilidad y buenos cumplimientos; la solvencia del fiador no se estima, como dicen

el Cód. Frances, art. 2019, y el Cód. de Chile, § 2, art. 2350, sino con respecto á los bienes que posee.

Si el fiador no tiene bienes suficientes aunque sea persona que goce de crédito, el acreedor no está obligado á aceptarlo. (Véase discusion du conseil d'Etat, art. 2018.) Pero esto solo es en la fianza legal, pues en la convencional, todo es cuestion de consentimiento de las partes, especialmente del acreedor.

1999—El obligado á dar una fianza, no puede sustituir á ella una prenda ó hipoteca, y recíprocamente, contra la voluntad del acreedor. (Véase art. 2000.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, art. 2337—Zachariæ, § 757, nota 1—Troplong, núms. 40 y 202—En contra, Pothier, *Obligaciones*, n. 393.)

2000—La disposicion del artículo anterior no rige en caso de ser la fianza de ley ó judicial. Los Jueces pueden admitir en lugar de ella prendas ó hipotecas suficientes. (Véase art. 1999.)

CONCORDANCIAS

(Véase LL. 41, Tit. 2, Part. 3ª, y 2, Tit. 3, Lib. 2, F. R.—Cód. de Chile, § 2 del artículo citado—Troplong, n. 591)—Goyena, 1769—Cód. Frances, 2041—Mourlon, tom. 3, n. 1135—Cód. Italiano, 1922.

Los Jueces pueden admitir: En muchos casos, tales como los de los arts. 302, 1296, etc., etc., la ley exige fianza ó hipoteca, y deja á la voluntad del que debe prestar la seguridad el dar una ú otra; en estos casos creemos que, siempre que la hipoteca ofrezca garantía suficiente el Juez *debe* admitirla, y no está en su mano rechazarla, por mas que el presente art. diga que los *Jueces pueden*, etc., etc. Lo facultativo de este art. debe limitarse á los casos en que la ley no ha dejado al acreedor espresamente la facultad de dar fianza ó hipoteca. (Véase Cód. Italiano, lugar citado). En esos casos, si el acreedor prueba que le es imposible dar fianza, debe admitírsele la hipoteca.

Siempre que la cantidad que se trata de asegurar con la fianza judicial sea determinada, los Jueces deben acceder con facilidad al cambio de hipoteca por fianza. Donde es mas peligroso admitir hipoteca es cuando no se conoce el monto de lo que el deudor tendrá que desembolsar, ó cuando se trata de la administracion de bienes, puesto que la hipoteca, ó mas bien dicho, el

bien hipotecado, tiene un valor determinado, y no se puede saber con anticipacion si alcanzará ó no con ese valor á garantirse de la obligacion que se quiere asegurar; no sucede así con la fianza, pues que el fiador responde no solo con sus bienes presentes, sino tambien con los futuros.

2001—Si el fiador despues de recibido llegase al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir que se le dé otro que sea idóneo. (*C. Com.*, 609.) (Concuerda con los arts. 753—754—962, inc. 1º—1998—2002—3159—3160—3215.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2029—Italiano, 1903—Napolitano, 1892—Holandes, 1866—de Luisiana, 3012. Por derecho Romano, la disposicion del articulo solo tenía lugar en la fianza legal y judicial, y no en la convencional. *LL. 9, al fin*, Tit. 1, 4, Tit. 5, Lib. 46, Dig., y 4, Tit. 4, Lib. 36, ídem)—Goyena, 1741—*Discusion* del Consejo de Estado sobre el art. 2020 Frances—Cód. de California, 1835.

La disposicion del presente art. se refiere, tanto á la fianza legal como á la convencional (véase concordantes citados); pero tratándose de la fianza legal puede exigirse en el nuevo fiador las condiciones exigidas por el art. 1998.

El Cód. Frances no acepta la nueva fianza para el caso en que el primer fiador ha sido elegido por el acreedor.

Portalís, sosteniendo la proposicion de que en todos los casos puede exigirse nueva fianza, como interpretamos nuestro art., decia: "Aunque el acreedor se contente con la garantía que se le ofrece, el deudor, sin embargo, no se exime de la obligacion que tiene en general de dar garantía: Todo fiador puede hacerse insolvente; ¿De cuenta de quién corren los perjuicios de la insolvencia? No puede ser de cuenta de aquel que ha entendido asegurarse una garantía y en favor del deudor. El acreedor, en efecto, no la ha exigido sino en provecho propio, porque no ha querido seguir la fe de su deudor. Por consiguiente, la obligacion de prestar garantía subsiste desde que la que ha sido aceptada por él se hace insegura."

2002—En las obligaciones á plazo ó de tracto sucesivo, el acreedor que no exigió fianza al celebrarse el contrato podrá exigirla, si despues de celebrado, el deudor se hiciera insolvente ó trasladase su domicilio á otra Provincia. (Véase los concordantes del art. anterior.)

CONCORDANCIAS

(Goyena, 1742)—Cód. de California, 1836.

Podrá exigirla: Si el deudor no la da, pierde el derecho al plazo (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 12, p. 526 y art. 572.) (Véase Cód. de California, 1837).

2003—La fianza será solidaria con el deudor principal, cuando así se hubiese estipulado, ó cuando el fiador renunciare el beneficio de escusion de los bienes del deudor, ó cuando el acreedor fuese la hacienda nacional ó provincial. (Concuerda con los arts. 701—2004—2013, incs. 1, 2 y 9—2020.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3309—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 288.

Como la diferencia entre la fianza solidaria y lo que no lo es consiste únicamente en la exclusion del beneficio de escusion y el de division (art. 2004), el presente art. bien ha podido quedar suprimido por estar comprendida su parte dispositiva en los arts. concordantes citados.

2001—La solidaridad á la cual el fiador puede someterse, no le quita á la fianza su carácter de obligacion accesorio, y no hace al fiador deudor directo de la obligacion principal. La fianza solidaria queda regida por las reglas de la simple fianza, con escepcion de la privacion del beneficio de escusion y del de division. (Concuerda con los arts. 2003—2013, inc. 2—2020—2036—2042—2046.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 427—Duranton, tom. 18, n. 332—Zachariæ, § 757, nota 4)—Cód. Frances, 2021—Freytas, 3310.

Y no hace al fiador deudor directo, etc., etc.: ¿Puede el fiador solidario ser perseguido en primera línea ántes de conocerse el monto de la deuda, es decir, ántes de liquidarse y probarse su existencia?

Pensamos que no. Hay, sin embargo, un fallo dictado por la S. C. de la Capital de Buenos Aires, el 18 de Setiembre de 1875 (Fallos, tom. 2, p. 223), en el cual se hace lugar á la demanda contra el fiador ántes de estar reconocida la deuda

por que se demanda, es decir, antes de ser liquidada. Este fallo fué dictado en disidencia del Camarista Dr. Lahitte.

Con permiso de la indisputable ilustracion de este alto Tribunal, pensamos que esta vez no ha sido bien interpretado el art. que estudiamos. Opinamos con el Dr. Lahitte, con Goyena, art. 1736, Fernandez y Gutierrez, págs. 30 y 60, tom. 5, y Cód. de California, art. 1821, que el fiador no puede, aunque la fianza sea solidaria, ser demandado ántes de liquidarse la deuda. "Por mas que la fianza, dice el Dr. Lahitte, imponga una obligacion, ésta se refiere siempre á un hecho contingente que puede ó no tener efecto, dependiendo de este hecho la efectividad de la obligacion; si los locadores hubiesen probado el hecho sobre el cual deducen su accion, y los arrendatarios no lo cumplieren, entónces recien sería el caso de repetir contra el fiador, pero ántes de constatarse el hecho que ha de hacer efectiva la fianza no puede exigirse ésta sin confundir el fiador solidario con el deudor, entre quienes media la diferencia que establece distintas obligaciones."

La fianza solidaria, dice el art. que estudiamos, queda regida por las *reglas de la simple fianza con escepcion*, etc., etc.; entre esas escepciones á que se refieren estas palabras no está el caso en cuestion; luego, no deben aplicarse las reglas aplicables á las obligaciones solidarias.

Cuando un fiador exige que se constante entre el acreedor y el deudor principal el monto de la deuda de que debe responder, no quiere decir que se escutan los bienes del deudor con preferencia á los suyos; únicamente exige que se liquide esa deuda, y con ninguno es mas racional que esto se haga que con el mismo deudor, pues será el que estará verdaderamente instruido en el negocio; es por esto que Goyena, art. 1736, y Código de California dicen que "cuando se afianza una deuda futura no habrá recurso contra el fiador sino cuando la *deuda sea líquida*."

La nota misma del codificador á este art. no deja lugar á duda sobre lo que decimos; la única diferencia que hay entre la fianza simple y la solidaria, es que el fiador no puede valerse del beneficio de escusion y del de division entre sus cofiadores. Tambien el art. 2023, dice que el fiador *puede* intervenir en la instancia entre el *acreedor y el deudor*, sobre la existencia ó validez de la obligacion; luego, es voluntario del fiador intervenir ó

no en la instancia que la ley supone previamente tenida entre el *deudor y el acreedor* para probar la existencia de la deuda.

¿Cómo puede un fiador, que por mas que su obligacion sea solidaria, es siempre accesoria, ser demandado por una deuda que aun no se sabe si existe ó no? Siguiendo las teorías de la Corte aludida, se caeria en la monstruosidad jurídica de que afianzado un administrador de bienes por los actos de su administrador, pueda el fiador ser demandado por la rendicion de cuenta: nadie negará que no se puede exigir que un individuo que no ha administrado, ni que es sucesor en los derechos ú obligaciones del administrador pueda ser llamado á rendir cuentas.

Igual cosa sucede con el fiador del arrendatario; su obligacion es de pagar lo que por la liquidacion que se haga resulte deber el arrendatario; pero no que, porque este último se encuentre insolvente ó se haya contraido una fianza solidaria, va á estar obligado á intervenir en los arreglos de cuenta entre el locador y el locatario; si de esos arreglos resulta alguna obligacion para el segundo, será recien entónces cuando deberá hacerse efectiva su responsabilidad.

2005—Cuando alguien se obligare como principal pagador, aunque sea con la calificacion de fiador, será deudor solidario, y se le aplicarán las disposiciones sobre los codeudores solidarios. (Concuerda con los arts. 699 y siguientes—2013, inc. 3.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 523—Aubry y Rau, § 423, nota 7, al fin)—Freytas 3311.

Como principal pagador: No se trata aquí del caso de que habla el art. 2003, pues á esa clase de fianza solidaria no se aplican, como lo dice el art. 2004, las leyes sobre las obligaciones solidarias, con escepcion del beneficio de escusion y de division, sino las de la simple fianza. En el presente art. se trata de un simple codeudor solidario que ha firmado de *mancomum et in solidum* una obligacion aunque en ella tome el título de fiador, pues no es tal cuando así se obliga, es decir, como principal pagador. Esto no impide que despues pueda repetir del deudor el reembolso de lo pagado. En tal caso la sentencia de pago dictada contra él, le servirá de título ejecutivo (Cód. de California, art. 1853).

2006—La fianza puede contratarse en cualquier forma: verbalmente, por escritura pública ó privada; pero si fuese negada en juicio, solo podrá ser probada por escrito. (*C. Com.*, 605) (Véase arts. 974—1191—1993.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3315—Institutas de Leguizamon y Machado, nota 173—Cód. de Portugal, 826—Fallos del Dr. Drago, p. 384—Aubry y Rau, § 421, nota 1.

En cualquier forma: Aunque pase de la tasa de la ley, y aun cuando se trate de actos que deban redactarse en escritura pública; este art. es una escepcion á los principios generales sentados en el art. 1193 para los contratos que pasan de 200 pesos y en el inc. 10 del art. 1884 para los que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública.

De suerte que reconociéndose en juicio la fianza, nunca podrá el fiador escepcionarse oponiendo la nulidad de forma en la fianza.

Solo podrá probarse por escrito: Esta prueba será ya con arreglo á los principios generales sobre la prueba de los contratos, con escepcion de la prueba testimonial que no deberá admitirse aunque se trate de una fianza que no pase de 200 pesos, pues ademas de que la fianza no se presume (comentario al art. 2007), los términos del art. no dejan lugar á duda).

2007—Las cartas de crédito no se reputan fianzas, sino cuando el que las hubiese dado declarase espresamente que se hacia responsable por el crédito. (Concuérda con los arts. 2008 á 2010.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3320—Aubry y Rau, § 424, nota 2.

Espresamente: Porque la intencion de afianzar no se supone (Cód. Frances, art. 2015); y en la duda de si la carta importa una fianza ó una simple recomendacion, se estará á esto último, (Mourlon, tom. 3, n. 1129). Los arts. siguientes se complementan con el presente, especialmente el 2009.

2008—Las cartas de recomendacion en que se asegura la probidad y solvencia de álguien que procura créditos, no constituyen fianza. (*C. Com.*, 632.) (Véase art. anterior y 1893.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3321—Mourlon, tom. 3, n. 1129.

No constituyen fianza: Es una consecuencia de lo dispuesto en el art. anterior.

2009—Si las cartas de recomendacion fuesen dadas de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las suscribe será responsable del daño que sobreviniere á las personas á quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado. (*C. Com.*, 632.) (Concuerda con los arts. 1067—1072—1077—1893—2010)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3322, y las citas de los dos arts. anteriores—Véase lo espuesto en el comentario al art. siguiente.

2010—No tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dió la carta probase que no fué su recomendacion la que condujo á tratar con su recomendado, ó, que despues de su recomendacion le sobrevino la insolvencia al recomendado. (*C. Com.*, 632.) (Véase art. anterior.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3332.

Ó que despues de su recomendacion le sobrevino la insolvencia: Tambien quedará esento de responsabilidad si prueba que aun cuando el recomendado estaba insolvente al tiempo de la recomendacion, era en esa época tenido como solvente, pues el art. 2009 solo hace responsable al que da la recomendacion de mala fe, y no hay mala fe en el que recomienda un insolvente creyéndolo solvente. De suerte que, resultando que un recomendado es insolvente, se supone que el recomendante conocia este estado y que su recomendacion fué de mala fe: probado por éste que la insolvencia vino despues de la recomendacion, ó que al tiempo de darla creida de buena fe en la solvencia porque el recomendado era generalmente tenido por tal, corresponderia al perjudicado probar que el recomendante obró de mala fe.

En esto no hacemos sino aplicar los principios generales de derecho: que debe suponerse la buena fe miéntras no haya motivo para suponer lo contrario.

CAPITULO I

De los que pueden ser fiadores

2011—Todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos, la tienen para obligarse como fiadores, sin diferencia de casos, con escepcion de los siguientes :

- 1º Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial y aunque la fianza no exceda de quinientos pesos. (Véase 133 y 135, inc. 2.)
- 2º Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de las personas jurídicas que representaren ; (Véase arts. 37 y 41.)
- 3º Los tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el Juez ; (Concuerda con los arts. 297—450, inc. 9—475.)
- 4º Los administradores de sociedad si no tuviesen poderes especiales ; (Concuerda con los arts. 1694—1697—1881, inc. 14.)
- 5º Los mandatarios en nombre de sus constituyentes, si no tuviesen poderes especiales ; (Concuerda con los arts. 1161—1881, inc. 14.)
- 6º Los que tengan órdenes sagradas cualquiera que sea su jerarquía, á no ser por sus iglesias, por otros clérigos, ó por personas desvalidas. (Concuerda con el art. 1160.)

CONCORDANCIAS

(LL. 1 y 2, tit. 12, P.ª 5—L. 6, tit. 18, Lib. 3—Fuero Real, véase LL. 4 y 5, tit. 11, P.ª 5)—Freytas, 3291—Cód. de California, 1816—de Chile, 2342—de Portugal, 819—Aubry y Rau, § 421, nota 3—Fallos de la S. Corte de la Capital de la R., tom. 1, p. 308—(*Jurisp. Comercial.*)

Para contraer empréstito: La mujer casada que con licencia de su marido puede contraer obligaciones (art. 189), puede tambien con la misma autorizacion ser fiadora.

La mujer separada de bienes no puede ser fiadora (argto. del art. 1302 ; véase su comentario.)

La mujer soltera y mayor de edad, puede obligarse como fiadora puesto que puede contraer deudas.

CAPITULO II

De los efectos de la fianza entre el fiador y acreedor

2012—El fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor, sin previa escusion de todos los bienes del deudor. (Concuerda con los arts. 1482—2013 y sus concordantes—3163—1481)

CONCORDANCIAS

(L. 9, tit. 12, P.^a 5^a—Novela 4, Cap. 1—Cód. Frances, 2021—Italiano, 2907—Napolitano, 1893—Holandes, 1868—de Luisiana, 3014—Prusiano, 283—tit. 14, parte 1^a)—Freytas, 3328—Goyena, 1743—Cód. de Chile, 2357—de California, 1841 y 1842—Lehr, Derecho Germánico, p. 423—Fallos de la S. Corte, S. 2, tom. 14, p. 173.

De todos los bienes del deudor. Se refiere á los bienes que están en el domicilio del deudor (art. 2014 y Fallos de la S. C., S. 1, tom. 2, p. 250.)

Téngase presente lo dispuesto en el art. 2018.

2013.—No le es necesaria al acreedor la previa escusion en los casos siguientes: (C. Com., 622.)

- 1^o Cuando el fiador renunció expresamente este beneficio; (Concuerda con los arts. 872--2003.)
- 2^o Cuando la fianza fuese solidaria; (Concuerda con los arts. 699--2003--2004.)
- 3^o Cuando se obligó como principal pagador; (Concuerda con el art. 2005.)
- 4^o Si como heredero sucedió al principal deudor; (Concuerda con el art. 1195.)
- 5^o Si el deudor hubiese quebrado, ó se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligacion;
- 6^o Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro de la República;
- 7^o Si la obligacion afianzada fuere puramente natural; (Concuerda con los arts. 515--518.)
- 8^o Si la fianza fuere judicial;
- 9^o Si la deuda fuere á la hacienda nacional ó provincial. (Concuerda con el art. 2003, última parte.)

CONCORDANCIAS

(Véase Cód. Frances, art. 2021. Los arts. 355 y 356 del Cód. de Austria exoneran al acreedor de la escusion de los bienes del deudor, cuando éste quebrare ó fuere desconocido su domicilio.—El Holandes, art. 1869: "Si el deudor se hallase en estado de insolvencia."—El Cód. de Prusia, art. 297, tit. 14, parte 1^a: "En caso de quiebra, ó de no poder accionar contra el deudor en el Reino." La L. 9, Tit. 12, Part. 5^a, manda: que hallándose ausente el deudor, pueda el fiador pedir al Juez plazo conveniente para presentarlo; y no haciéndolo en el plazo dado, pierde el beneficio de escusion. La simple ausencia del deudor del lugar en que deba hacerse el pago, no impide que el acreedor pueda demandarle mientras conste su domicilio dentro de la República, y por esto no aceptamos la disposicion de la Ley de Partida. El Cód. de Holanda: "Si la fianza es judicial," art. 1869.—Sobre la ausencia del deudor, L. 9, Tit. 12, Part. 5^a.)—Goyena, 1744—Cód. de Chile 2358 y 2359—Cód. de California, 1843—Freytas, 3329 y 3334—Mourlon, tom. 3, n. 1141.

INCISOS 1 y 2.—La renuncia como la solidaridad deben ser expresas (arts. 701 y 2003—Cód. de California, 1844).

Si hubiese quebrado: Y se hubiese declarado judicialmente la insolvencia (art. 572 y su comentario, y 753).

Ó se hallare ausente de su domicilio: No se refiere á simple ausencia, sino á un cambio de domicilio (nota á este art.) siempre que dicho domicilio sea el en que deba hacerse el pago; si otro es el lugar designado para hacerlo, es allí donde el acreedor debe demandar al deudor esté ó no domiciliado en ese lugar (art. 747, 1ª. parte, y 748). Véase nota del codificador al art. 747.

Habiéndose designado lugar para el pago, el acreedor deberá necesariamente entablar su demanda allí, y hacer citar al deudor con arreglo á las leyes de procedimiento de ese lugar; en tal caso ejecutará los bienes que existan, y solo despues de haber ejecutado los que se encuentren dentro de la Provincia, y que el fiador podrá denunciar, podrá ir contra este último (art. 2014).

Por lo demas, el cambio de domicilio, cuando éste ha sido el designado para el pago, solo hace perder el beneficio de escusion cuando el deudor no ha dejado bienes en el lugar en que debia cumplirse la obligacion, ó cuando el domicilio se ha cambiado á un lugar fuera de la jurisdiccion del Juez del domicilio del deudor al tiempo de contraerse la obligacion si éste era el en que debia cumplirse, aunque se encuentre dentro de la República.

Pero si no hubiese lugar designado para el pago, ó se hubiere designado el que el deudor tuviera dentro de la República al tiempo del vencimiento de la obligacion, la ausencia ó cambio de domicilio del deudor con respecto al que tenía al tiempo de formarse la obligacion, no privará del beneficio de escusion mientras el deudor pueda ser demandado dentro de la República (nota del codificador al art. que estudiamos).

Fijado el domicilio en el extranjero desaparece el beneficio de escusion; es á este caso al que se refiere la nota á este art., corroborando lo dispuesto en el inciso 6 del mismo y en el inc. 4 del art. 2026.

Tal es lo que resulta de la combinacion de los incs. 5 y 6, nota á este art., y arts. 2914 y 2026, inc. 4.

2011—Si los bienes del deudor se hallasen fuera del territorio de la Provincia, ó de la Capital de la República donde el Juez ejerza su jurisdiccion, ó si estuviesen embargados por otro acreedor, ó dependieren en alguna manera de otro juicio, no será necesaria la escusion de esos bienes para exigir al fiador el pago de la obligacion. (Véase arts. 2012—2013, inc. 6, y 2026.)

CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 2023, 2ª. parte—Cód. de Chile, 2359—Cód. de California, 1843, incs. 3, 4 y 6—Laurent, tom. 28, n. 215—Freytas, 3334, incs. 3 y 4.

Donde el Juez ejerza su jurisdiccion: Se refiere aquí al Juez del lugar en que, segun los arts. 737 á 749, debe ser demandado el deudor, pues que no teniendo bienes en el lugar del cumplimiento de la obligacion sería inútil demandarlo allí, y el acreedor no está obligado á perseguir su pago en otra parte. (Véase discusion del Cód. Frances sobre el art. 2023.)

En este art. están comprendidos tambien los casos en que los bienes que existan del deudor estén hipotecados á otros acreedores ó dependan de alguna condicion resolutoria, porque en uno ú otro caso es lo mismo que si no los tuviese. (Véase Freytas, citado.)

2015—Aunque el fiador no sea reconvenido podrá requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda para que proceda contra el deudor principal, y si el acreedor no lo hiciere, el fiador no será responsable por la insolvencia del deudor sobrevenida durante el retardo. (Concuerda con los arts. 1482—2018—2043 á 2046.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2355)—Cód. de California, 1850—Freytas, 3343—Fallos de la C. de la Capital de la República, tom. 2, p. 25.

Podrá requerir al acreedor: Pero si no lo hace, no por esto pierde el derecho de alegar la negligencia del acreedor en perseguir á su deudor cuando á causa de esta demora se realiza la hipótesis de la última parte del art.

El derecho acordado aquí al acreedor recibe completa aplicacion cuando la deuda es sin plazo ó cuando antes del plazo el deudor se encuentra insolvente. En una deuda sin plazo importa mucho al fiador, para los resultados ulteriores, requerir al acreedor para que pida al Juez la fijacion del plazo, porque en este caso

especialmente es cuando el fiador queda desobligado si el acreedor no exige la determinación de dicho plazo; exigiéndoselo el fiador en el caso del art. 2025, sin más que probar esta exigencia, el acreedor quedaría como negligente y se le aplicaría lo dispuesto en el presente art. y el 2018, y hasta se podría aplicar como corroborando lo que decimos en el art. 2046, porque el no exigir fijación de plazo á la deuda sería prorrogarlo sin consentimiento del fiador.

Desde que sea exigible: En las obligaciones á plazo la obligación no es exigible sino después de su vencimiento; pero como, según los arts. 753 y 754, hay casos en que la deuda se puede exigir antes, si el fiador exigiese al acreedor proceder contra el deudor tendría el primero que probar que el deudor se encuentra en las condiciones á que se refieren los arts. citados para que se le pueda tachar de negligente al acreedor.

Las obligaciones sin plazo se consideran siempre exigibles en el sentido de que en cualquier tiempo se puede hacer uso del derecho acordado por los arts. 618 y 620, y es por esto que hemos dicho que bastaría que el fiador exigiese al acreedor hacer uso de la facultad acordada por dichos arts. sin conseguirlo, para dar por libre al fiador de la obligación si el deudor quiebra antes de los diez días, que es el plazo que generalmente se acuerda, desde que debió exigirse la fijación del plazo.

2016—Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente, y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho á que se escutan no solo los bienes del deudor afianzado por él, sino también los de sus codeudores. (Concuerda con el art. 2012.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2362—Pothier, n. 413)—Freytas, 3330—Laurent, tom. 23, n. 216.

Con el presente art. nuestro Cód. decide una gran controversia entre los jurisconsultos Franceses, cuya mayoría se decide en contra apoyándose en el art. 2030. (Véase Laurent, lugar citado.)

2017—Si los bienes escudidos no produjeren sino un pago parcial, el acreedor estará obligado á aceptarlo, y no podrá reconvénir al fiador, sino por la parte insoluta. (Véase arts. 673 y 1997.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2364)—Freytas, 3338.

2018—Si el acreedor es omiso ó negligente en la escusion, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, cesa la responsabilidad del fiador. (Concuerda con los arts. 2015 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2365—Véase las concordancias del art. 2015—Laurent, tom. 28, n. 217—Goyena, 1746 y 1757, inc. 5—Cód. Frances, 2024.

Cesa la responsabilidad del fiador: Pero si los bienes del deudor en el tiempo en que debió ejecutarse no alcanzaren para el pago total, la responsabilidad del fiador solo cesa en relacion al valor de esos bienes que no se escutieron (argto. del art. 2017 y Cód. de Chile, citado). Supóngase, por ejemplo, que la deuda afianzada es de dos mil pesos y que el deudor solo posea mil en el tiempo en que debió hacerse la escusion. En este caso, decimos, la responsabilidad del fiador solo será por mil, puesto que los otros mil se han perdido ó se ha hecho imposible la escusion por negligencia* del mismo acreedor.

Probado por el fiador el monto de los bienes que el acreedor ha dejado de escutir debiendo hacerle, su responsabilidad, es natural que cese, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2017 y presente.

2019—El fiador del fiador goza del beneficio de escusion tanto respecto del fiador como del deudor principal. (C. Com., 607.) (Concuerda con los arts. 2012—2041.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2366)—Cód. Italiano, 1914—Cód. de California, 1855—Freytas, 3331—Cód. de Portugal, 837—Goyena, 1739—L. 27, §§ 1 á 4, tit. 1, Lib. 46, Dig., argumento al contrario del art. 2043 del Cód. Frances.

Del principio romano de que: *fidejussor principalis fidejussoris suo subalterno loco rei est*, se sigue que en todos los casos, como los de que habla el art. 2013, en que el fiador no goza del beneficio de escusion, tampoco lo tendrá el fiador del fiador, puesto que el sub-fiador no puede ser de mejor condicion que el fiador, (Véase Goyena, comentario al art. 1770.)

2020—Aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al acreedor todas las escepciones propias, y las que podría oponerle el deudor principal en la fianza simple, escepto solamente las que se funden en su incapacidad. (*C. Com.*, 221—612.) (Concuerda con los arts. 702 - 715 y su comentario—829—830—1047—1048—1994—2003—2004—2021—2039.)

CONCORDANCIAS

(L. 15, Tit. 12, Part. 5ª—L. 13, Tit. 18, Lib. 3, F. R.—L. 19, Tit. 1, Lib. 44, Dig.—Troplong, n. 522—Aubry y Rau, § 423 y nota 7)—Freytas, 3339—Cód. de Chile, 2354—Cód. Frances, 2036—Laurent, tom. 28, núms. 295 y siguientes—Cód. Italiano, 1927—de Portugal, 854.

Los concordantes citados dan el verdadero alcance á esta disposicion.

Adviértase que el que afianza una obligacion natural, no puede escepcionarse como lo podría hacer el deudor principal, (arts. 518 y 1993.)

Las que se funden en su incapacidad: Es decir, las que sean personales al deudor principal (art. 1994 y sus concordantes).

2021—El fiador puede oponer en su nombre personal todas las escepciones que competan al deudor, aun contra la voluntad de éste, (*C. Com.*, 612.) (Véase los concordantes del art. anterior.)

CONCORDANCIAS

(L. 15, tit. 12, P.ª 5ª—Aubry y Rau, § 426, nota 14)—Véase las del art. anterior, y Fallos de la C. de la C., tom. 4, p. 430—del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 308.

Que competen al deudor: Méenos las que sean personales por fundarse en su incapacidad (art. 2920 y sus concordantes).

2022—La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripcion de la deuda, ó de toda otra causa de liberacion, ó de la nulidad ó rescision de la obligacion, no impide que el fiador haga valer esas escepciones. (Concuerda con los arts. 829—852—964—966.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 426, nota 18—Merlin, Verb. *Caution*, § 4, n. 3)—Freytas, 3342—Cód. de California, 1854, 1ª. parte.

O de la nulidad, etc., etc.: Pero si la causa de la nulidad á que renunció el deudor era una escepcion personal á él, el fiador, por lo mismo que no tiene derecho á oponerla, nada tiene que ver con la renuncia.

No impide que el fiador haga valer esas escepciones: El deudor principal puede mejorar la situacion del fiador, pero no empeorarla; si la fianza se deriva de un acto anulable por una causa que no es personal al deudor por no fundarse en su incapacidad, la fianza permanecerá anulable tambien, como dice el art. 1994.

2023—El fiador puede intervenir en las instancias, entre el acreedor y el deudor, sobre la existencia ó validez de la obligacion principal; y si no hubiese intervenido, las sentencias pronunciadas no le privan de alegar esas escepciones. (Concuerda con los arts. 2042—2877—Véase 17, 26, y 2110 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 426, nota 19)—Cód. de California, 1851—Freytas, 3341.

No le privan de alegar esas escepciones: Esto solo tiene lugar cuando el fiador no se obligó, como principal pagador (art. 2005), porque en tal caso le es aplicable lo dispuesto para los deudores solidarios.

Si el fiador interviniese en la instancia entre el deudor y el acreedor, la sentencia pronunciada, tanto le perjudica como le aprovecha.

2024—Si hubiese dos ó mas fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir á ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda. Todo lo dispuesto en el titulo XII, seccion I, parte 1ª de este libro, es aplicable á los fiadores simplemente mancomunados. (Concuerda con los arts. 677—690 y sigtes.—701.)

CONCORDANCIAS

(L. 19, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. de Chile, art. 2367.—En contra, L. 8, Tit. 12, (Part. 5ª—instit., § 4, Tit. 21, Lib. 3, y todos los Códigos extranjeros —Véase Proyecto de Goyena, art. 1750)—Freytas 3312 y 3327—Cód. de California, 1857 á 1859.

Que no se hayan obligado solidariamente al pago: Cuando se han obligado solidariamente entre sí ó con respecto

al deudor, rige lo dispuesto en el art. 2004. La solidaridad no se presume; así, cuando no conste espresamente esta solidaridad (art. 2003), los fiadores tienen el beneficio de *division*.

Es aplicable á los fiadores: De suerte que la insolvencia de uno de ellos, será soportada por el acreedor y no por los otros fiadores (arts. 894), aunque la insolvencia sea anterior á la ejecucion (en contra, Goyena 1751). Véase otro caso de aplicacion en el art. 696.

CAPITULO III

De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador

2025—El fiador podrá pedir al deudor la exoneracion de la fianza, cuando han pasado cinco años desde que la dió, á no ser que la obligacion principal sea de tal naturaleza, que no esté sujeta á extinguirse en tiempo determinado ó que ella se hubiese contraído por un tiempo mas largo. (Véase art. 2015 y su comentario, y 2026.)

CONCORDANCIAS

(L. 14, tit. 12, P. 5.—L. 8, tit. 18, Lib. 3, Fuero Real)—Cód. Frances, 2032, incs. 3 y 5—Cód. de California, 1870, incs. 4 y 6—Goyena, 1057, inc. 6—Pont, tom. 9, núms. 298 á 296—Fallos de Molina Arrotea, tom 3, p. 119.

Que no esté sujeta á extinguirse en tiempo determinado: No se refiere aquí á cuando la deuda es sin plazo, pues entónces puede exigir la exoneracion de la fianza, despues de los cinco años y en los casos á que nos referimos en el comentario del art. 2015 y los del art. 2026. Aquí se habla de la obligacion que por *su naturaleza debe necesariamente durar* mas de cinco años. Por ejemplo, la fianza dada á favor de un empresario que no tiene tiempo determinado para concluir la obra; el usufructuario, de la renta vitalicia; de los empleados en la recaudacion, etc., etc. (Véase Cód. de Chile, 2369, inc. 4—Laurent, tom. 28, n. 256—Mourlon, n. 1159, 5º, y ejemplo allí citado.)

2026—El fiador puede pedir el embargo de los bienes del deudor ó la exoneracion de la fianza en los casos siguientes: (Véase 2027.)

- 1º Si fuese judicialmente demandado para el pago;
- 2º Si vencida la deuda, el deudor no la pague;

- 3º Si disipare sus bienes, ó si emprendiese negocios peligrosos, ó los diese en seguridad de otras obligaciones; (Concuerda con los arts. 753—754.)
- 4º Si quisiere ausentarse fuera de la República, no dejando bienes raíces suficientes y libres para el pago de la deuda. (Véase 2013, inc. 5, y su comentario—2014.)

CONCORDANCIAS

(Véase Cód. Frances, art. 2032—Italiano, 1019—Napolitano, 1904—Holandes, 1880—de Luisiana, 3026—de Austria, 1865—L. 14, Tit. 12, Part. 5ª—LL. 33 y 56, Tit. 7, Lib. 17, Dig., y L. 10, Tit. 35, Lib. 4, Cód. Romano)—Goyena, 1757—Cód. de Chile, 2369—Freytas, 3344—Pont, tom. 9, n. 297.

Demandado para el pago: En tal caso, podrá el fiador hacer notificar al deudor para que pague ó para que con este la demanda y oponga las escepciones que tenga; y si se encuentra en las condiciones del art. 2015, podrá hacer uso del derecho que le acuerda dicho art. haciendo que el acreedor demande al deudor.

Una demanda intempestiva; es decir, antes del vencimiento de la deuda, y sin que medie ninguna de las circunstancias que, segun los principios generales, puede el deudor ser demandado por el pago, no da derecho ni al embargo de los bienes del deudor ni á la exoneracion de la fianza.

Inciso 2º Por consiguiente, si el acreedor no ejecuta al deudor é intertanto cae en insolvencia, la responsabilidad del fiador cesa aunque este último no haya embargado los bienes (art. 2018), porque es el acreedor quien debe perseguir los bienes del deudor cuando el plazo de la deuda se ha vencido, y no el fiador.

Inciso 3º Aquí es el fiador quien debe vigilar los actos del deudor, puesto que si por efecto de los negocios ó actos de que habla este inciso, el deudor cae en insolvencia, el acreedor no pierde el derecho de garantía que tiene contra el fiador, porque el art. 2018 y sus concordantes se refieren únicamente al caso de no haber escutado los bienes cuando el plazo de la obligacion está vencido. De suerte que es al fiador al que mas interesa asegurar los bienes del deudor cuando los compromete en empresas peligrosas; y el modo de asegurarlos es pedir el embargo de esos bienes ó que se le exonere de fianza, siempre que el acreedor consienta en recibir otra seguridad.

La apreciación de si es ó no llegado el caso de pedir el embargo de los bienes del deudor es una cuestión de hecho que el Juez resolverá según las circunstancias; solo cuando ha formado concurso de acreedores, el derecho es ya indudable puesto que el deudor ya no puede reclamar el plazo estipulado para el pago (arts. 753 y 754).

Adviértase que la insolvencia del deudor principal, si bien le hace perder el derecho á reclamar el plazo, no priva al fiador de este beneficio, pues él solo está obligado á pagar á su vencimiento, siempre que por otro motivo no se le pueda privar de ese plazo (Mourlon, tom. 3, n. 1159, 2º). Véase nuestro comentario al art. 754.

2027—El derecho declarado al fiador en el artículo anterior, no comprende al fiador que se obligó contra la voluntad expresa del deudor. (Véase art. 2029.)

CONCORDANCIAS

(Véase Ley 12, al fin, tit. 12, P. 5º.)—Freytas, 3347—Laurent, tom. 28, n. 236.

Pero el fiador, aunque se obligue contra la voluntad del deudor tendrá el derecho acordado en el art. 2025.

Si la deuda afianzada es natural no podrá valerse del art. 2026.

2028—Si el deudor quebrase ántes de pagar la deuda afianzada, el fiador tiene derecho para ser admitido preventivamente en el pasivo de la masa concursada.

CONCORDANCIAS

Freytas, 3346.

El fiador tiene derecho: Con mayor razón lo tiene el acreedor.

Pero supóngase que el acreedor no ha formado parte del concurso, ni tampoco el fiador, ¿podrá este último pedir disminución de su obligación en proporción á lo que le habria correspondido en el concurso si hubiera tomado parte?

Pensamos que no, porque el inciso 5 del art. 2013, declara que en caso de quiebra del deudor no está obligado el acreedor á escutir los bienes del primero ántes de recurrir contra el fia-

dor; luego, no se le puede decir que es negligente si no toma una medida á que no está obligado. En prevision de esto es precisamente que el art. que estudiamos da derecho al fiador para ser admitido en el pasivo de la masa concursada; y si ninguno de los dos habia tomado esta medida preventiva hubieran dejado perder este derecho, el fiador seria el mas negligente, puesto que lo que del concurso no saque lo va á pagar de su bolsillo, con arreglo á lo dispuesto en el inciso 5 á que nos hemos referido.

Téngase presente que el art. se refiere á cuando la quiebra del deudor ha tenido lugar ántes del tiempo en que el acreedor debia exigir el pago, pues si quiebra despues, se aplicará lo dispuesto en el art. 2018.

2029—El fiador que pagase la deuda afianzada, aunque se hubiese obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores á la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesion alguna. Esta disposicion comprende los privilegios de la hacienda pública, tanto nacional como provincial. (*C. Com.*, 614.) (Concuerta con los arts. 693, última parte—728—768, incs. 2 y 3—771—814—2032)

CONCORDANCIAS

(L. 11, Tit. 12, Part. 5ª, y L. 4, Tit. 18, Lib. 3, F. R. Por estas leyes el fiador tenia que pedir la cesion de las acciones del acreedor para poder demandar á los cofiadores.—Conforme con el artículo, Cód. Frances, art. 2029 —Italiano, 1916—Napolitano, 1901—de Austria, 1358—Holandes, 1877—Prusiano, 838 y 399, tit. 14, parte 1ª.—El Derecho Romano y de Partidas no daban accion alguna, cuando el fiador hubiese dado la fianza contra la voluntad del deudor—L. 12, citada de Partida.)—Freytas, 3348—Goyena, 1753—Laurent, tom. 28, núms. 236, 242 y 243—Aubry y Rau, § 426, notas 1 y 2.

Aunque se hubiese obligado contra su voluntad. Todos los Cód., incluso el Frances, que el codificador declara estar conforme con su art., solo hablan del caso en que el fiador sea constituido tal con el consentimiento del deudor. (Véase Laurent, lugar citado). En caso semejante, la subrogacion de que habla el art. debe limitarse á lo dispuesto en el art. 728, y en este sentido debe entender el art. 2030. (Véase Mourlon, tom. 3, n. 1151.)

Queda subrogado en todos los derechos, etc., etc. Pero si el pago se hace contra la voluntad del acreedor, éste podrá negar la subrogacion (art. 729).

2030—El fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede exigir todo lo que hubiese pagado por el capital, intereses y costas, y los intereses legales desde el día del pago, como también la indemnización de todo perjuicio que le hubiese sobrevenido por motivo de la fianza. (*C. Com.*, 614.) (Concuerda con los arts. 727—728—771—1949—1950—1953—2036—2300.)

CONCORDANCIAS

)L. 12, Tit. 12, Part. 5.—Instit., § 6, Tit. 21, Lib. 3—Cód. Francos, art. 2028—Italiano, 1915—Napolitano, 1900—Holandes, 1876—de Luisiana, 3011—Goyena, 1752 y su comentario—Freytas, 3352—Cód. de California, 1862—Cód. de Chile, 2370—Mourlon, tom. 3, n. 1153—Véase nota del codificador al art. 1997—Aubry y Rau, § 427, notas 3, 8 á 13.

Todo lo que hubiese pagado: Véase comentario al art. 2036.

Aunque según la nota del codificador al art. 1997, el fiador no está obligado á pagar las costas del juicio contra el deudor, por no ser éstas accesorias de la deuda, una vez pagadas voluntariamente justo es que sea reembolsado de ellas.

De todo perjuicio que le hubiese sobrevenido: Por ejemplo, si para obtener el dinero necesario ha tenido que pagar intereses mas elevados que los legales, que según este mismo artículo debe pagarse; en tal caso la indemnización consistirá en la diferencia entre los intereses legales y los que él ha pagado. (Laurent, tom. 28, n. 235). Mourlon trae otro ejemplo, y dice: "si los bienes del fiador han sido embargados, si ha caído en insolvencia porque el retardo del deudor para reembolsarle de lo pagado le ha impedido pagar á sus acreedores debiera ser indemnizado de los perjuicios recibidos á causa de esto."

"El fiador, continua el mismo autor, tendrá derecho á esta indemnización de perjuicios é intereses, aún cuando haya causado una deuda que tenga *por objeto una suma de dinero*, porque, si bien en principio el acreedor de una suma de dinero que le es pagada á su vencimiento, no puede obtener otra indemnización á título de daños y perjuicios que el interes legal de su dinero á contar desde la demanda (así lo dispone nuestro art. 622 y el 1153 Frances) la ley ha debido favorecer al fiador porque por su generosa intervencion ha favorecido operaciones que sin su intervencion habrian sido imposibles."

El presente art. no tiene aplicacion cuando la fianza se cons-

tituyó y se pagó contra la voluntad del deudor, como hemos dicho al estudiar el art. anterior. En tal caso solo estará obligado el deudor por aquello en que le ha sido útil el pago y no estará obligado á pagar perjuicios sufridos por el fiador. (Aubry y Rau, § 427, notas 14 y 15) Si se afianza, por ejemplo, una obligacion natural, el deudor no será responsable por lo pagado.

2031—Si el fiador pagó ántes del vencimiento de la deuda, solo podrá cobrarla despues del vencimiento de la obligacion del deudor. (Concuerta con el art. 727.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, tit. 12, P. 5.—L. 22, tit. 1, Lib. 17, Dig.)—Freytas, 3354—Goyena, 1756—Véase las concordancias del art. 727.

Solo podrá cobrarla, etc., etc.: Si al vencimiento de la obligacion el deudor pagase al fiador, no habrá lugar á indemnizacion de perjuicios, y si la deuda no lleva intereses tampoco deberá pagarlos el fiador. La razon es que los perjuicios sufridos por el pago con anticipacion al plazo de la deuda, los ha sufrido el fiador voluntariamente, puesto que no tenía necesidad de hacer este pago.

Si la deuda fuera condicional, tampoco estará obligado á efectuar el reembolso, miéntras la deuda no sea perfectamente exigible (concordantes citados—Cód. de California, art. 1869).

2032—El que ha afianzado á muchos deudores solidarios, puede repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que hubiese pagado. El que no ha afianzado sino á uno de los deudores solidarios queda subrogado al acreedor en el todo, pero no puede pedir contra los otros, sino lo que en su caso le correspondiese repetir contra ellos al deudor afianzado. (*C. Com.*, 617.) (Concuerta con los arts. 689—717—771, inc. 3—2916—2029—2037.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2030—Italiano, 1917—Napolitano, 1902—de Holanda, 1878—de Luisiana, 3023)—Freytas, 3363—Goyena, 1754—Aubry y Rau, § 427, notas 4 y 5—Véase nuestros Estudios al Cód. Civil, p. 265.

Queda subrogado al acreedor en el todo: De suerte que puede repetir el todo contra el deudor á quien afianza, sin necesidad de dirigirse contra los otros co-deudores; pero si lo hace,

solo será bajo las condiciones de la última parte del art. (Cód. de Chile, art. 2372).

A su vez el deudor afianzado que pagó al fiador el todo de la deuda que él había afianzado, tiene su recurso contra los otros codeudores en la proporción determinada en los concordantes citados.

2033—Si el fiador hiciese el pago sin consentimiento del deudor, y éste ignorándolo pagase la deuda, el fiador en tal caso no tiene acción contra el deudor; pero le queda á salvo el recurso contra el acreedor.

Si el fiador paga sin dar conocimiento al deudor, éste podrá hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor. (C. Com., 616.) (Concuerda con los arts. 929—1460—1469—2034—2035—2039.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2031—Italiano, 1918—Napolitano, 1903—de Holanda, 1879—Prusiano, 349, tit. 14, parte 1ª—Austriaco, 1361—L. 29, Tit. 1, Lib. 17, Dig. Véase L. 15, Tit. 12, Part. 5ª)—Goyena, 1755—Freytas, 1359, incs. 3 y 4—3361—Cód. de Chile, 2377.

Sin consentimiento del deudor y éste ignorándolo :

Algunos han creído que la palabra *consentimiento* es un error de imprenta, y que lo que se ha querido poner es: *conocimiento*; si así fuese resultaría una redundancia inesplicable, y esto mismo prueba que el texto oficial está bien.

Si el texto quisiera decir sin *conocimiento* habría suprimido la palabra *ignorándolo*, de que se vale en seguida, puesto que pagar sin *conocimiento* del deudor es pagar ignorándolo éste.

Lo que la ley quiere establecer con las palabras que estudiamos, es lo siguiente: 1ª hipótesis: pago sin *consentimiento* del deudor; se supone que éste ignoraba el primer pago hecho por el fiador, mientras no se pruebe lo contrario; 2ª: pago sin *conocimiento* del deudor, pero con su asentimiento. En este caso, por lo mismo que ha consentido en que pague el fiador, es decir, que le ha dado mandato, ántes de pagar él segunda vez ha debido averiguar si su fiador, haciendo uso de su consentimiento, había pagado ya ó no. La primera hipótesis suministra argumento al contrario para decidir en esta segunda hipótesis; es decir, cuando paga con consentimiento del deudor aunque ignore la efectividad del

pago, el fiador tendría recurso contra el deudor y éste á su vez contra el acreedor.

Esto no contradice lo dispuesto en otra parte de que el fiador puede pagar sin el consentimiento del deudor; aquí únicamente se le ordena al fiador avisar al deudor el pago que va á efectuar. Respecto á la prueba de que el fiador hizo la advertencia, y que si el fiador pagó por segunda vez lo hizo teniendo conocimiento del primer pago, servirá cualquier clase de prueba, incluso la testimonial, cualquiera que sea el valor de la deuda afianzada (Pont, tom. 9, n. 254, p. 141).

1. ¿Que deberá decidirse en caso de ser el fiador el que ha pagado por segunda vez? Pothier, n. 437, de acuerdo con el Derecho Romano, ley 29 citada por el codificador, decide que el fiador tendrá á su vez el mismo derecho que por el art. que estudiamos se le acuerda al deudor que ha pagado despues de haberlo hecho el fiador. Pont, tom. 9, n. 255—Laurent, tom. 28, n. 240, rechazan esta interpretacion para el Código Frances, en razon de que no deben, en el silencio de la ley, crearse obligaciones por solo inducciones mas ó ménos falibles. En el Cód. de Chile (art. 2376) es espresa la doctrina de Pothier.

Igual interpretacion debe recibir nuestra ley, no solo por las razones espresadas por estos autores, sino porque los arts. 2035 y 2036 suministran argumentos en favor de esta tesis, es decir, en el caso propuesto, el fiador no tendrá ningun recurso contra el deudor cuando ha pagado una deuda estinguida ya de antemano por éste; él no ha debido pagar, so pena de cargar con las consecuencias de su negligencia, sin haberse cerciorado si su obligacion accesoria no habia sido pagada ya, como era natural, por el pagador principal. El pago del fiador es lo escepcional, el del deudor es lo natural. Es por esto que el art. que estudiamos no le da ningun recurso al fiador que ha pagado sin prevenirle al deudor cuando pagó en esta ignorancia; el deudor aquí, por lo mismo que va á ejecutar un hecho natural, como es el pagar lo que personalmente debe, no tenía que prever si aquel que solo por escepcion debia ejecutar lo ha ejecutado ya, puesto que no era esto lo que debia suponerse.

El fiador, por el contrario, al pagar ha debido contar con que el deudor principal cumpliria con su obligacion, y para que no lo hiciera por segunda vez debió prevenir al garantido.

Todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor: Así, si la deuda estaba prescrita, el deudor podrá oponer la prescripción al fiador, como podría habérsela opuesto al acreedor.

Si el acreedor capaz de contraer la obligación se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, y á causa de esto no se extinguiese la deuda ó solo se extinguiese en aquello que le hubiese sido útil al acreedor, no será responsable para con el fiador ó lo será solo parcialmente en relacion á la parte de deuda extinguida, que es en lo único que le sería útil el pago. (Véase art. 735).

Si la deuda estaba embargada judicialmente, por lo mismo que el pago hecho por el fiador no extingue la obligación (art. 736), el deudor no será responsable para con el fiador.

2031—Tampoco el fiador podrá exigir del deudor el reembolso de lo que hubiese pagado, si dejó de oponer las excepciones que no fueron personales ó suyas propias, que sabía tenía el deudor contra el acreedor, ó cuando no produjo las pruebas, ó no interpuso los recursos que podrían destruir la acción del acreedor. (Concuerda con los arts. 2020—2021—2033, segunda parte—2035—2112.)

CONCORDANCIAS

(L. 15, tit. 12, P. 5^a).—Freytas, 3359, inc. 4—Cód. de California, 1868—Pont, tom. 9, núms. 249 á 251.

Este art. es algo confuso y parece una repetición de la segunda parte del art. anterior y del art. 2035 siguiente.

Sin embargo, legisla casos distintos. El Cód. de California, art. citado, trae la misma disposición, pero en una redacción perfectamente comprensible y que sirve perfectamente para interpretar el nuestro; dice así: "Si el fiador ha pagado en virtud de un fallo judicial y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste quedará obligado á indemnizar á aquél, y no podrá oponerle las excepciones que las que sean inherentes á la obligación, y que no hubieren sido *opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellos.*"

Tal es la verdadera inteligencia de nuestro art. (Véase Pont, lugar citado.)

Los arts. 1866 y 1867 del Código citado legislan el mismo caso que nuestro Código en el 2033.

El fiador, demandado por el pago, debe dar aviso al deudor

(art. 2035, y Laurent, tom. 28, n. 241), si le es posible, si es que no invoca el beneficio de escusion; de este modo podrá el deudor oponer las escepciones que, siendo personales al deudor, el fiador no puede oponer.

Si el deudor es demandado primeramente y no opuso ninguna escepcion, y despues el acreedor se dirige contra el fiador por no haber podido obtener el pago del primero, este último podrá oponer, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2023, las escepciones que el deudor no opuso; pero si no las opone no caerá en la responsabilidad de que habla el art. que estudiamos, el cual supone el caso en que el deudor no ha sido demandado. Si el mismo deudor no ha opuesto escepciones, con doble razon no se le deberá imputar falta al fiador si él tampoco la opone, mucho mas cuando está en sus intereses oponerlas para no tomar por deudor á una persona de quien el acreedor no ha podido obtener el pago.

Que no fuesen personales: Las personales al deudor, por fundarse en su incapacidad, no pueden ser opuestas por el fiador (arts. 1994, última parte. 2020 y 2039), y las personales al fiador, por lo mismo que no pueden ser opuestas por el deudor, por cuanto la nulidad de la obligacion accesoria no trae la de la principal, es voluntario en el fiador oponerlas ó no, y nada podrá tacharle el deudor si paga sin oponer ninguna de las escepciones que son personales al mismo fiador (Pont, tom. 9, n. 252, Ley Romana citada por éste, y Freytas, 3362).

Que sabía tenía el deudor: Luego, si las ignoraba, no le perjudica el no haberlas opuesto, como lo dispone claramente el Cód. de California citado. (Véase comentario al art. siguiente, y Laurent, tom. 28, p. 253.)

2035—Cuando el fiador ha pagado sin haber sido demandado, y sin dar conocimiento al deudor, no podrá repetir lo pagado, si el deudor probase que al tiempo del pago, tenía escepciones que extinguían la deuda. (*C. Com.*, 615.) (Concuerda con los arts. 2033, 2ª. parte—2034—2111.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 427, nota 17)—Cód. Frances, 2081, y las concordancias de nuestro art. 2033—Freytas, 3359, inc. 4, 3360, 2ª. parte.

Sin ser demandado y sin dar conocimiento al deudor:

En este caso, al contrario de lo dispuesto en el art. anterior, aun cuando el fiador ignore que existen tales escepciones, el deudor podrá oponérselas cuando sea demandado por el reembolso al fiador. (Véase comentario al art. anterior, y Laurent, tom. 2, n. 238 y siguientes.)

2036—El fiador puede repetir lo pagado contra el deudor, aunque haya pagado sin ser demandado, y sin ponerlo en su conocimiento, con tal que del pago no se haya seguido al deudor perjuicio alguno. (Concuerda con los arts. 2004—2030—2035—2111—2112, última parte.)

CONCORDANCIAS

(L. 16, tit. 12, P^a. 5^a)—Goyena, comentario al art. 1755—Cód. de Chile, 2375, inc. 3.

No se haya seguido al deudor perjuicio alguno: Esto resultará, es decir, no habrá perjuicio alguno, cuando el deudor no tenía ninguna escepcion que oponer al acreedor y el pago ha sido útilmente hecho por haber quedado estinguida la obligacion. En el caso del art. el fiador queda en las mismas condiciones que el que ha pagado una deuda de otro sin su consentimiento.

El fiador solo podrá repetir del deudor lo que *efectivamente ha pagado* (Fallos de la S. C., S. 1, tom. 9, p. 330, art. 771, inc. 1), sea pagando por compensacion, ó por otro título propio del fiador, como una remision á título oneroso, etc., etc. (Laurent, tom. 28, n. 237.)

Sobre la prueba de que el fiador ha pagado, la Suprema Corte de la Nacion ha fallado (Serie 1, tom. 8, p. 33) que la existencia del documento de obligacion que debe ser devuelto al deudor una vez pagado, en poder del fiador hace presumir que es este último es quien ha pagado, y tiene, por consiguiente, derecho á repeticion.

CAPITULO IV

De los efectos de la fianza entre los cofiadores

2037—El cofiador que paga la deuda afianzada, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor,

contra los otros cofiadores, para cobrar á cada uno de éstos la parte que le correspondiese. (*C. Com.*, 718.) (Concuerta con los arts. 768, inc. 2—771, inc. 3—2024—2032.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 11, tit. 12, P.^a 5.^a) —Freytas, 3365—Goyena, 1758—Cód. de California, 1873—Italiano, 1920 — de Portugal, 815 — Frances, 2033—Pothier, núm. 445.

Que paga la deuda afianzada: Es decir, que la paga útilmente, en el sentido de que por este hecho se estinga la deuda; pero si hace el pago en las condiciones de que hablan los arts. 2033 y 2034 no tendrá el recurso que el presente art. acuerda. (Véase los Códigos citados.)

La parte que les correspondiese: Aunque la fianza haya sido contraída solidariamente en los términos del art. 2024, la subrogacion que la ley acuerda á uno de los cofiadores que ha pagado el todo de la deuda es para que este ejerza los derechos del acreedor proporcionalmente ó por partes iguales contra cada uno de los cofiadores y no por el todo.

La solidaridad establecida entre los deudores, respecto al acreedor primitivo, desaparece una vez que la deuda se paga por uno de ellos.

Algunos Tribunales de provincia han concedido sin embargo accion á uno de los fiadores contra otro de los cofiadores por el todo de la deuda.

No hay testo alguno que autorice semejante interpretacion; por el contrario, en el capítulo que estudiamos, que era donde podia haber algo, está el presente art. que con las palabras que estudiamos supone que la deuda está dividida ó debe dividirse entre los cofiadores; “para cobrar á *cada uno de éstos*, dice, la parte que le corresponda; luego, la subrogacion no es para cobrar de cualquiera de ellos el todo. El inc. 3 del art. 771 es mas terminante aun que el presente. “La subrogacion legal, dice, establecida en provecho de los que han pagado una deuda á la cual estaban obligados con otros (el caso de varios fiadores precisamente) *no los autoriza á ejercer los derechos del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia* de la parte, etc., etc. Respecto á la proporcion en que debe hacerse el pago, véase, art. 689.

Los Códigos citados resuelven la cuestion en el mismo sentido ; véase especialmente Goyena, art. 1758, Freytas, 3365, y Laurent, tom. 28, n. 267.

Aun en las obligaciones solidarias en que no hay fianza, una vez pagada la deuda por uno de ellos, deja de ser solidaria, y el que ha pagado solo puede ejercer su accion contra cada uno de los codeudores en las proporciones establecidas en el art. 689. (Véase art. 717.)

2038—El fiador que paga mas de lo que le corresponde, es subrogado por el exceso, en los derechos del acreedor contra los cofiadores, y puede exigir una parte proporcional de todos los cofiadores. (Concuerda con los arts. 768, inc. 2 y 3—2033.)

CONCORDANCIAS

(Ley 11, tit. 12, P.^a 5.^a—Cód. de Nueva York, § 675)—Cód. de Chile, 2378.

El presente art. no hace distincion entre la fianza solidaria y la que nó lo es, por lo que debemos considerarle como una escepcion á lo dispuesto en el art. 693, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. anterior y sus concordantes.

Por lo demas, se refiere al caso en que, creyendo uno de los fiadores pagar solo su parte en la deuda ha pagado mas de esa parte, y el anterior á cuando se ha pagado íntegra la deuda.

Dada la disposicion del artículo anterior y sus concordantes creemos inútil esta disposicion, por estar comprendida en aquéllos.

2039—Al fiador que hubiese hecho el pago podrán los otros cofiadores oponerle todas las escepciones que el deudor principal podría oponer al acreedor ; pero no las que fuesen meramente personales á éste. (Concuerda con los arts. 2020 y sus concordantes—2021—2033 á 2036—2040 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Ley 15, tit. 12, P.^a 5.^a)—Cód. de Chile, 2379—de California, 1876—de Portugal, 846—Goyena, 2759—Freytas, 3368.

El art. 2040 es un complemento del presente, y bien podia figurar en un párrafo de éste, como en el Cód. de Chile y el de California.

Si uno de los fiadores paga sin ser demandado, y despues otro paga por demanda, tendrá lugar lo dispuesto en el art. 2033; es decir, el primer fiador no demandado solo tendrá accion contra el acreedor por el reembolso de lo recibido de mas. (Véase arts. 2034, 2035 y sus comentarios.

Si son varios los que han pagado con imprudencia, sabiendo que habian escepciones, ó sin ser demandados, los demas cofiadores no les serán responsables y podrán oponerles todas las escepciones que dejaron de oponer.

Para evitar dificultades, el fiador que va á pagar sin ser demandador, debe avisar á los demas para que éstos á su vez no paguen nuevamente la deuda, pues como hemos dicho, los que pagan sin dar aviso á los demas solo tienen accion contra los que no han pagado por aquello en que les ha sido útil el pago, sin que ninguno de los pagadores sera preferido. En tal caso, ambos tendrán que dirigirse contra el acreedor por lo que éste ha recibido de mas.

2010—Tampoco podrán oponer al cofiador que ha pagado, las escepciones puramente personales que correspondiesen á él contra el acreedor, y de las cuales no quiso valerse. (Concuerta con los arts. 715—2034—2039.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2379—Freytas, 3368—de California, 1876.

2011—El subfiador en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable á los otros cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador. (Concuerta con los arts. 768, inc. 2, y su comentario—2019.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Vaud, 1513)—Goyena, 1760—Cód. de Chile, 2380—de California, 1877—Freytas, 3369.

Queda responsable: Pero tratándose de la responsabilidad respecto á los cofiadores de su afianzado, que es de la que aquí habla, la del sub-fiador es ya solo por la parte que corresponda á su afianzado, aunque haya sido solidario con respecto al acreedor primitivo (comentario al art. 2037).

CAPITULO V

De la extincion de la fianza

2012—La fianza se estingue por la estincion de la obligacion principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general, y las obligaciones accesorias en particular. (*C. Com.*, 610—621.) (Concuerda con los arts. 525—724—850—852—865—880 á 888—1991—2004—2023—2047—2049—2050—3963—3997.)

CONCORDANCIAS

(*Instit.*, al principio del Tit. 30, Lib. 3—Cód. Frances. art. 2034—Italiano, 1925—Austriaco, 1363—de Nápoles, 1906—Holandes, 1882)—Cód. de California, 1878—Véase los concordantes citados, Laurent, tom. 28, núms. 268 á 271—Cód. de Chile, 2381, 1.ª parte del inc. 3—Goyena, 1761—Cód. de Portugal, 848.

Por la estincion de la obligacion principal: Pero cuando el que paga se subroga en los derechos del acreedor, aunque hay estincion de la obligacion principal (comentario al art. 727), no hay estincion de fianza (Freytas, 3371).

2013—La fianza se estingue tambien, cuando la subrogacion á los derechos del acreedor, como hipoteca, privilegios, etc., se ha hecho imposible por un hecho positivo, ó por negligencia del acreedor. (*C. Com.*, 623.) (Concuerda con los arts. 1482—2015—2018—2044—2045.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2037—Italiano, 1928—Napolitano, 1909—Holandes, 1885—de Luisiana, 3031—Pothier, *Obligaciones*, n. 557—Merlin, *QQ. Verb. Solidarité*, § 5—Toullier, tom. 7, n. 172—Duranton, tom. 18, n. 382)—Freytas, 3342 y 3492—Cód. de California, 1882—de Portugal, 853—Goyena, 1766—Cód. de Chile, 2381, inc. 2.

Se estingue tambien: Aunque sea solidaria con el deudor (Códigos citados y Laurent, tom. 28, n. 304).

Se ha hecho imposible: Los concordantes citados dan ejemplos de los casos en que la subrogacion se hace imposible, ó por lo menos ineficaz.

Por un hecho positivo ó por negligencia: En este punto es mas claro nuestro Cód. que el Frances, que solo habla de *hechos* del acreedor; pero la jurisprudencia ha salvado la deficien-

cia de aquel Cód. y ha hecho extensivo el art. 2037 Frances á la disposicion espresa contenida en las palabras que estudiamos (Aubry y Rau, § 429, nota 12—Pont, tom. 9, n. 380).

Sobre la apreciacion de los hechos ó de la negligencia del acreedor, por cuya causa se hizo imposible la subrogacion, puede verse á Laurent, tom. 28, n. 11 y siguiente.

El art. 3433 da al acreedor el derecho á pedir la separacion de los patrimonios del difunto del de los del heredero. Supóngase que á la muerte del deudor el acreedor no hace uso de este derecho, ¿será en tal caso culpable de negligencia para los efectos del art. que estudiamos? Pensamos con Laurent, tom. 28, n. 320, que no. “La separacion de los patrimonios, dice este autor, no es una seguridad anexa al crédito y que el acreedor debe conservar; es un beneficio que la ley acuerda á los acreedores para ponerlos al abrigo del daño que pudiera causarles la insolvencia del heredero”. “Es un derecho que el acreedor adquiere á la muerte del deudor, si llena las formalidades prescritas por la ley; y el acreedor no está obligado á adquirir nuevas garantías despues de constituida la fianza.”

2011—El artículo anterior solo es aplicable respecto á las seguridades y privilegios constituidos ántes de la fianza, ó en el acto en que ésta se dió y no á las que se dieran al acreedor despues del establecimiento de la fianza. (Concuerda con los arts. 1197—2043.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 429 y nota 7—Troplong, núms. 570 y 571—En contra, Zachariæ, tom. 3, pág. 166—Duranton, tom. 18, n. 382)—Laurent, tom. 28, n. 308.

2015—Cuando la subrogacion á los derechos del acreedor solo se ha hecho imposible en una parte, el fiador solo queda libre en proporcion de esa parte. (Concuerda con los arts. 2043 y y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 572—Pothier, n. 557)—Goyena, 1764—Laurent, tom. 28, núms. 306 y 307—Pont, n. 375—Cód. de Portugal, 851.

Supóngase una deuda de diez mil pesos en que el deudor, á mas de la fianza ha hipotecado un inmueble que solo vale dos mil pesos, y que éstos sean todos los bienes que posea al constituirse la fianza. La hipoteca desaparece por negligencia del

acreedor, por no haberla registrado en tiempo, por ejemplo ¿Quedará en este caso desobligado el fiador por el todo de la deuda? Indudablemente que no; si al tiempo de hacerse efectiva la fianza, el inmueble que fué hipotecado no existe en poder del deudor, es claro que la exoneracion de la fianza solo será por los mil pesos y sus intereses, puesto que el deudor, despues de la primera hipoteca, ha podido constituir otras válidamente, y el acreedor afianzado, en caso de concurso de hipotecarios, solo podria obtener mil pesos, y en solo este valor habria adquirido subrogacion el fiador, en caso de pagar él la deuda.

Se dirá tal vez que habiendo salido el inmueble de poder del deudor, se disminuye la garantía que tenía el fiador, no solo por el valor de la hipoteca, sino por el mayor valor del inmueble hipotecado: pero esta observacion desaparece si se tiene en cuenta que el acreedor no está obligado á impedir que el deudor contraiga nuevas deudas para impedir que con esto no se disminuya la seguridad que tenía el fiador al prestar la fianza. De suerte que en realidad, la negligencia del acreedor solo habria hecho perder, en el caso propuesto, la subrogacion en el valor de la hipoteca. Hay á mas la circunstancia de que por el art. 2026, el fiador puede tomar sus medidas en los casos allí indicados. El art. tendrá aplicacion cuando, siendo varios los fiadores el acreedor exonera á uno de ellos; en tal caso se disminuirá la responsabilidad de los otros en preparacion á la del exonerado. (Cód. de California, 1881.

2016—La próroga del plazo del pago hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza. (Concuerda con los arts. 762—812—852—1483—2015—2026, inc. 2.)

CONCORDANCIAS

(L. 10, Tit. 18, Lib. 3, F. R.—Véase Proyecto de Goyena, art. 1765.—En contra, Cód. Frances, art. 2039—Italiano, 1900—Napolitano, 1911—Holandes, 1887—de Luisiana, 3032—Pothier, *Obligaciones*, n. 407)—Cód. de Portugal, 852—de California, 1893—Fallos de la C. de la C., tom. 2, p. 296—Laurent, tom. 28, n. 278—Freytas, 3375.

La estincion de la fianza tiene lugar en el caso del art. que concordamos, aunque el acreedor se haya reservado el derecho á la fianza (Freytas, 3376, y argto. de nuestro art. 2047).

El solo hecho de dejar pasar el vencimiento de la obligacion sin

ejecutar al deudor, estingue la fianza, porque esto importa prorogar el término de la deuda.

La argumentacion contraria que hace el Dr. Segovia, nota 97, de que el silencio del acreedor no debe importar próroga so pena de dejar sin efecto el inc. 2 del art. 2026, desaparece teniendo en cuenta que dicho inciso se refiere, á las obligaciones sin plazo, como hemos dicho en el comentario al art. 2015.

Téngase presente lo dispuesto en el art. 762.

2017—La estincion de la fianza por la novacion de la obligacion hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor lo hiciese con reserva de conservar sus derechos contra el fiador. (Concuerda con los arts. 760—769—802—803—811—813—2042.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 579 y 583.—En contra, Duranton, tom. 18, n. 383)—Freytas, 3276—Cód. Frances, 1251—Laurent, tom. 28, núms. 277 y siguientes.

La dificultad que puede presentar este art. es para decidir cuando hay novacion, lo cual se resolverá con arreglo á lo dicho en el título correspondiente.

Si la novacion se anula, no siendo por las causas del art. 802, la fianza no revive (argto. al art. 2050).

2018—La reunion en una misma persona de la calidad del deudor y fiador, deja subsistentes las hipotecas, las fianzas y todas las seguridades especiales dadas al acreedor por el fiador. (Concuerda con los arts. 865—866—867—3191.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 429—Troplong, n. 488—Duranton, tom. 12, n. 976—Toullier, tom. 7, n. 427)—Cód. Frances, 2035—Freytas, 3382—Cód. de California, 1879—de Chile, 2383—Goyena, 1862—Italia 70, 1926—Portugues, 849.

Y todas las seguridades especiales: Por consiguiente, queda subsistente la obligacion del sub-fiador—Los Códigos citados lo disponen así espresamente.

La reunion de deudor y acreedor estingue la fianza (art. 865), lo mismo que la reunion de fiador y acreedor; pero en este último caso no se estingue la deuda, porque la estincion de la obligacion accesoria no trae la de la principal (art. 525). (Véase Freytas, 3381.)

2049—La renuncia onerosa ó gratuita del acreedor al deudor principal, estingue la fianza, con escepcion de las renunciaciones en acuerdo de acreedores, aunque ellas importen la remision de la deuda y aunque los acreedores no se reserven espresamente sus derechos contra el fiador. (Concuerda con los arts. 525—868—880—2042.)

CONCORDANCIAS

Cód. de California, 1884—Freytas, 3387, 3388 y 3389—Pont, n. 406 y 407—Cód. Frances, 1287 y 1288—Laurent, tom. 28, n. 285.

La remision al fiador aprovecha al sub-fiador (Freytas, 3389), porque la obligacion del sub-fiador es accesoria de la del fiador.

El fallecimiento del deudor no estingue la fianza; en tal caso los derechos del fiador que paga pueden ejercerse contra los herederos del deudor.

2050—Si el acreedor acepta en pago de la deuda otra cosa que la que le era debida, aunque despues la pierda por eviccion, queda libre el fiador. (*C. Com.*, 624.) Concuerda con los arts. 783—854—855—2114.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2038—Italiano, 1929—Napolitano, 1910—Holandes, 1886—de Luisiana, 9031—Zachariæ, § 763, nota 6)—Goyena, 1763—Cód. de California, 1880—de Chile, 2382—de Portugal, 250—Freytas, 3373.

Acepta en pago: Pensamos que en caso de concurso del deudor, la adjudicacion forzada que el acreedor se ve obligado á aceptar no le priva de la fianza, cuando resulta que lo dado es ajeno (argto. del art. 2049), pues en este caso, lo mismo que la próroga que los acreedores del concurso conceden y que no estingue la fianza, es dada solo por la necesidad de asegurar en algo el crédito.

TÍTULO XI

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

2051—Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas ó pérdidas, para ambas partes contratantes, ó solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto. (Concuerda con los arts. 1404 á 1406)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1934—Italiano, 1729)—Cód. de California, 2829—Freytas, 2270—Cód. de Portugal, 1537.

2052—El contrato de juego tendrá lugar cuando dos ó mas personas entregándose al juego se obliguen á pagar á la que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado.

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Contratos aleatorios*, n. 27—Pothier, *del juego*, núms. 1 y 2—Pont, n. 591)—Cód. de California, 2901—Véase Freytas, 2271, 1.ª parte—Aubry y Rau, § 386, p. 573.

2053—La apuesta sucederá, cuando dos personas que son de una opinion contraria sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya opinion resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero, ó cualquier otro objeto determinado.

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 386—Pont, n. 598.—Por el Derecho Romano la apuesta era válida, con tal que en su causa ó en su objeto, no fuese contraria á la ley, á la moral, ó á la honestidad pública.—L. 3, Dig., *De Aleat.*—El Derecho Frances, igualó la apuesta al juego.—Véase Pont, *Contrat aleat.*, núms. 599 y 601)—Aubry y Rau, § 386, p. 574.—Cód. de Portugal, 1539).

2051—La suerte se juzgará por las disposiciones de este título, si á ella se recurre como apuesta ó como juego. (Véase art. 2068.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2279, 1.^a parte.

2055—Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, ó de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos ó apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención á alguna ley ó reglamento de policía. (Concuerda con los arts. 515, inc. 5—518—666—953—2057—2069.)

CONCORDANCIAS

(L. 15, Tit. 23, Lib. 12, Nov. Rec.—Véase L. 35, *Vers. otrosi*, Tit. 5, Part. 5.^a—Cód. Frances, art. 1965—Italiano, 1803—Napolitano, 1837—De Halanda, 1825—De Baviera, Cap. 12, Lib. 4—Cód. de Austria, 1270—Prusiano, 577—LL. 1 y siguientes, Tit. 5, Lib. 11, Dig. y 1 y 3, Tit. 43, Lib. 3, Cód. Romano. No es fácil comprender el espíritu de la legislación de las Partidas. Ellas guardan silencio sobre las deudas de juego: y entre tanto la L. 6, Tit. 14, Part. 7.^a, niega toda acción por injurias, ó hurto que cometieren los jugadores contra el dueño de la casa que los recibe, porque debía suponer que eran *ladrones*. La L. 10, Tit. 16 de la misma Partida, habla de los jugadores; pero tan sólo de los que engañan con dados falsos ó de otra manera semejante.)—Cód. de Chile, 2900—Goyena, 1700—Freytas, 2272—Laurent, tom. 7, p. 42.

Lo que este art. prohíbe es el juego de azar, entendiéndose, por tal aquel en que las pérdidas ó las ganancias dependen únicamente de la suerte y no de las combinaciones, cálculos ó destreza del jugador. Esta es la definición que hace el Cód. de Portugal, § 1 del art. 1542.

La Suprema Corte en lo Comercial de la Capital de la República, ha declarado que los contratos aleatorios sobre diferencias en la bolsa son prohibidos y carecen los contratantes de acción para demandarse en juicio (tom. 2, p. 70—tom. 3, p. 282). Véase sobre esto á Laurent, tom. 27, n. 323 y siguientes. No entramos aquí en las distintas cuestiones que pueden presentarse sobre el *juego de bolsa* que por desgracia se ha generalizado tanto en nuestro país, por ser esta una materia mas bien propia de la legislación comercial, dado el carácter que tiene hoy la institución de la Bolsa de Comercio, que es donde se hacen las grandes y desastrosas jugadas, cuyas consecuencias ya se hacen sentir.

Todos los juegos de naipes, dados, taba, ruleta ú otros semejantes deben considerarse entre los que no dan accion para demandar en juicio lo ganado. Los de billar, pelota, ajedrez, etc., etc., deben considerarse en la misma categoría de los de corridas de caballos y destreza de fuerza de que habla este art. (Pont, n. 609).

La sociedad, mas que el legislador, ha establecido diferencias remarcables entre los juegos llamados reprobados, en el sentido de que habla nuestro Cód. y los permitidos. En la práctica, cuando se trate de saber si tal ó cual obligacion carece ó no de accion, la costumbre ejercerá su influencia, y si ésta le ha impuesto el sello de la reprobacion, los Jueces no deben hacer mas que seguir esa costumbre; tratándose de juegos de azar, siempre las sociedades, aun en su mayor grado de relajacion, han mirado como despreciables á los jugadores de profesion.

La division mas exacta, y que es la que nuestro Código ha seguido, es la de poner en la categoría de los prohibidos, independientemente de todo reglamento policial, todo juego de suerte, envite ó azar, lo mismo que á las apuestas que tengan coneccion ó analogía con éstos (Goyena, arts. 1700 y 1702), y en la de los permitidos, las que provengan, como dice el art. que estudiamos, de fuerza, destreza, etc., etc. (Mourlon, tom. 3, n. 1077).

Hemos dicho que la clasificacion de prohibido ó no que los Jueces hagan para aplicar las leyes del presente título y especialmente el art. que estudiamos, es independiente de los reglamentos policiales ó municipales, porque estos reglamentos de carácter local no pueden tener influencia alguna en la ley civil, que es de carácter general, por su origen nacional. Así, aunque una ley provincial permita y reglamente los juegos de azar, considerados como prohibidos ó reprobados por el Código Civil, los Jueces deberán sólo atenerse á las disposiciones de este último, y sin consideracion á lo que aquéllos dispongan, pues que las Provincias no puede dictar leyes que contradigan las dictadas por el Congreso de la Nacion, como es el Código Civil.

2056—Los Jueces podrán moderar las deudas que provengan de los juegos permitidos por el artículo anterior, cuando ellas sean extraordinarias respecto á la fortuna de los deudores.

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1966—Italiano, 1848—Véase Goyena sobre el art. 1701)—Mourlon, tom. 3, n. 1077, *quinquies*.

2057—La deuda de juego ó apuesta no puede compensarse, ni ser convertida por novacion en una obligacion civilmente eficaz. (Concuerda con los arts. 515, inc. 5—518—666—802—819—2055.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 326, nota 11—Toullier, tom. 6, n. 389—Duranton, tom. 12, núms. 405 y 406—Notas del codificador á los arts. 515, 518 802—Aubry y Rau, 386, notas 8 y 9.

La prohibicion de este art. es únicamente para las deudas de juego ó apuesta que no dan accion para demandarse en juicio por ser reprobados por la ley; pero no á las de que habla el art. 2055. (Véase las notas citadas, nuestro comentario al art. 802, fin de la página 6 del tom. 2—Segovia, nota 5). En caso de ser la deuda de las permitidas, podrá hacer uso el acreedor, cuando se le quiera oponer compensacion, del derecho acordado á los Jueces en el art. 2056.

2058—El que hubiese firmado una obligacion que tenia en realidad por causa una deuda de juego de apuesta, conserva á pesar de la indicacion de otra causa civilmente eficaz, la escepcion del artículo anterior, y puede probar por todos los medios la causa real de la obligacion. (Concuerda con los arts. 515 y su comentario—791, inc. 5—813—1944—Véase art. 2063.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Contrat aleat.*, núms. 59 y 60—Pont. núms. 644 y sigs.)—Aubry y Rau, § 386; notas 11 y 15—Mourlon, tom. 3, n. 1079, *series*, 1°.

El que hubiese firmado una obligacion: No así el que la hubiese pagado, art. 2063; véase nuestro comentario al art. 791, inc. 5—Laurent, tom. 27, n. 204.

La escepcion del artículo anterior: Del cual éste es su consecuencia, y se refiere, como aquél, á las deudas de juegos ó apuestas prohibidos. (Véase comentario al art. 515.)

2059—Si una obligacion de juego ó apuesta hubiese sido revestida como titulo á la orden, el suscriptor debe pagarla al portador de buena fe; pero tendrá accion para repetir el importe del que recibió el billete

La entrega de él no equivaldrá á pago que hubiese hecho. (Véase arts. 812—1438—2058 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 386, notas 12 á 14—Troplong, n. 61—Pont, *Contrat*, núms. 63 y sigts.)—Laurent, tom. 27, n. 205.

Como título á la órden: Ó al portador. Pero si no es á la órden podrá oponer al mismo cesionario la escepcion del art. 2057 (art. 1474). Véase nota 8 y 9 del Dr. Segovia.

De buena fe: La prueba de que el tenedor no es de buena fe, corresponde al acreedor, porque la mala fe no se presume.

2060—No son deudas de juego, sino las que resultan directamente de una convencion de juego ó apuesta, y no las obligaciones que se hubiesen contraído para procurarse los medios de jugar ó de apostar; y así, cuando un tercero que no es de la partida, hiciere una anticipacion á uno de los jugadores, éste está obligado á pagarla aunque hubiese perdido la suma prestada; pero no, si el préstamo se hubiese hecho por uno de los jugadores. (Véase art. 1165.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Contrat aleat.*, n. 67—Pont, núms. 647 y siguientes—Aubry y Rau, § 386—Voet., Tit. 5, Lib. 5.—El Cód. de Prusia, art. 681, Tit. 11, parte 1^a, dice así: “No hay accion alguna para pedir en justicia el reembolso del dinero prestado para jugar ó apostar.”—Cód. de Portugal, 1542, § 2.

Que no es de la partida: Aunque esté en el mismo lugar en que se juega, siempre que él mismo no juegue ó no tenga participacion en lo que los otros juegan, no se debe considerar como de la partida para el efecto de lo dispuesto en este art. Pero el socio de los jugadores, aunque él mismo no juegue, debe considerarse como uno de los jugadores, pues que tiene interes pecuniario en la partida (art. 2061, última parte).

Este está obligado á pagarla: Siempre que sea capaz de contraer la obligacion; pero si no lo es, sólo podrá cobrar, con arreglo á los principios generales, aquello en que le haya sido útil el préstamo (art. 1165 y 2067).

¿La apuesta de personas que no son de la partida, pero que versan sobre el mismo juego prohibido es deuda de juego? Indudablemente que sí: el art. 2055 habla de deudas que provienen

de juego ó *apuesta*; en el mismo sentido habla el art. 2057 y siguientes.

No es la materialidad de tener los naipes ó dados en la mano lo que hace que el legislador niegue toda accion á las deudas de juego, es por el carácter de la causa misma de la obligacion que la ley anula tales obligaciones. La especulacion inmoral la ejecuta tanto el que juega como el que apuesta á manos de tal ó cual jugador. Los jugadores en este caso no son sino los instrumentos de que se valen los apostantes para hacer sus apuestas; el medio empleado para ganar dinero es el mismo en los jugadores como en los que apuestan á sus manos. La ley, que es el guardian de las buenas costumbres, nunca puede prestar su sancion á todo aquello que se relaciona con la inmoralidad, cualquiera que sea la situacion de los que se valen de ella para procurarse una ganancia.

2061—El que ha recibido y ejecutado el mandato de pagar sumas perdidas en el juego ó apuestas, puede exigir del mandante el reembolso de ellas; pero si el mandato hubiese sido de jugar por cuenta del mandante, ó en sociedad de éste con el mandatario, no puede exigirse del mandante el reembolso de lo anticipado por el mandatario. (Concuerda con los arts. 502 y sus concordantes, 1891—2062.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 73—Aubry y Rau, § 386, notas 5 á 7—Pont, n. 650)—Mourlon, tom. 3, n. 1079, *secies*, 4^a—Laurent, tom. 27, n. 248.

No puede exigirse del mandante el reembolso de lo anticipado por el mandatario: A su vez el mandante tampoco puede exigir que le comunique lo que haya ganado (art. 1659, y Laurent, tom. 27, n. 249, p. 283).

Supóngase que en vez de haber el mandatario anticipado los fondos para jugar, los anticipa el mandante, ¿puede este último repetirlos? Pensamos que no, en el caso de haberse jugado esta suma en ejecucion del mandato.

Por regla general, todo pago hecho sin causa ó por una causa contraria á la moral y buenas costumbres puede repetirse (art. 792); pero cuando el pago ha sido hecho en ejecucion de una convencion, no ya de un mandato, que deba procurar á cada una de las partes una ventaja ilícita, la repeticion no puede tener lugar (arts. 794 y 795—véase arts. 530, 953 y sus concordantes);

en contra Mourlon, tom. 3, p. 474. En favor, fallos de la Corte de Paris—Dalloz, 1852, 2º, n. 95), mucho mas cuando se trata de una sociedad, en cuyo caso es aplicable lo dispuesto en el art. 1659, que dice: “Los socios que forman sociedades ilícitas no tienen accion entre ellos para pedir la division de las ganancias ó pérdidas, ó *los capitales ó cosas que aportaron á la sociedad.*”

2062—El tercero que sin mandato hubiere pagado una deuda de juego ó apuesta, no goza de accion alguna contra aquel por quien hizo el pago. (Véase art. anterior.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 72—Aubry y Rau, § 386, nota 8.)

2063—El que ha pagado voluntariamente deudas de juego ó de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos. (Concuerda con los arts. 516—791, inc. 5—2058—2059—2062—2064—2067.)

CONCORDANCIAS

(Las citas del art. 2055—Cód. Frances, 1967—Pont, n. 651)—Goyena, 1700—Freytas, 2274, 1ª parte—Cód. de California, 2904—de Portugal, 1542—Cód. de Chile, 2260, § 3 (art. 986).

Voluntariamente: De suerte que podrá repetirlo si ha habido intimacion ó si la cantidad perdida ha sido quitada violentamente (art. 937) ó ha sido sustraída de donde estaba depositada. (Véase Mourlon, tom. 3, p. 469, n. 2º, y p. 373—Laurent, tom. 27, núms. 208 y 251.)

2064—Esceptuase el caso en que hubiese dolo ó fraude de parte del que ganó en el juego. (Concuerda con los arts. 931—935—954—2065.)

CONCORDANCIAS

(Pont, núms. 651 y siguientes)—Freytas, 2274, inc. 1ª—Véase las citas del art. anterior.

El art. siguiente es el complemento del presente. (Véase Cód. de Portugal, 1542, inc. 1º.)

2065—Habrá dolo en el juego ó apuesta, cuando el que ganó tenía

certeza del resultado, ó empleó algun artificio para conseguirlo. (Concuerda con los arts. 931—932—1407—2051—2064—2066.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2275—Cód. de Chile, 2061—Cód. de California, 2907—Véase art. siguiente.

2066—Cuando ha habido dolo ó fraude del que perdió, ninguna reclamacion será atendida. (Concuerda con los arts. 795—932, inc. 4—2064—2590.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2575, § 2.

2067—Si el que hubiese perdido no tuviere capacidad para hacer un pago válido, sus representantes pueden reclamar lo pagado, no solo de aquellos que ganaron, sino tambien de aquellos en cuyas casas tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios. (Concuerda con los arts. 516—1160—1081.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2276—Mourlon, tom. 3, n. 1078, 3°.

Sus representantes: Tambien debe concederse accion al dueño del dinero perdido por el incapaz, siempre que éste ignore que el incapaz iba á jugar. Así, por ejemplo, si un menor es mandado con una suma de dinero á entregársela á otro y la pierde en el juego, nada mas natural que concederle á la víctima una accion de repeticion, en caso de ser negligentes los representantes del menor. Véase Cód. de California, 2905, el cual va hasta conceder este derecho al dueño del dinero perdido por una persona capaz.

No creemos, sin embargo, que nuestro Código autorice hasta allí, pues el dinero no es susceptible de reivindicacion (art. 2762), que sería la única accion que podría tener el dueño del dinero.

No sucede lo mismo tratándose del dinero ganado á un menor; aquí, á más del acto prohibido del juego, hay el abuso, que puede equipararse á un robo, como sería el inducir á un menor á jugar.

2068—Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no

como apuesta ó juego, sino para dividir cosas comunes, ó terminar cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de una particion legitima, y en el segundo los de una transaccion. (Concuerta con los arts. 837—849—3462.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2279.

2069—Las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales ó reglamentos de policía. (Véase art. 2055.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2281—Fallos de la S. C. de la C. de la República, en lo Com.; tom. 4, p. 440.

Serán regidas: En todo lo que no se opongan á las disposiciones del presente título.

TÍTULO XII

Del contrato oneroso de renta vitalicia

2070—Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando álguien por una suma de dinero, ó por una cosa apreciable en dinero, mueble ó inmueble que otro le da, se obliga hácia una ó muchas personas, á pagarles una renta anual durante la vida de uno ó muchos individuos designados en el contrato. (Véase art. 2082.)

CONCORDANCIAS

(Ley 6, tít. 15, Lib. 10, Nov. Rec.—Cód. Frances, 1908—Holandes, 1812—Austriaco, 1284 y 1285—Duranton, tom. 18, n. 120)—Guyena, 1703—Cód. de Chile, 2264 á 2266—Cód. de California, 2911—Italiano, 1789.

2071—El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, y no quedará concluido sino por la entrega del dinero, ó por la tradicion de la cosa, en que consistiese el capital. (Concuérda con los arts. 1141—1142 y nota del codificador á este último—1184, inc. 5—2244.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2243—Cód. de Chile, 2269—Lehr, Derecho Germánico, n. 209.

Sino por escritura pública: Sobre esto será aplicable lo dispuesto en los arts. 1185 á 1188. La disposicion del art. que estudiamos es aplicable tanto á la constitucion de renta gratuita como á la onerosa. En derecho frances no es así (Laurent, tom. 27, n. 265).

Por la entrega del dinero ó por la tradicion, etc., etc.: Si despues de escriturado el contrato la cosa ofrecida se pierde, ó se hace tradicion á otro por venta ó por cualquier otra causa, se observará lo dispuesto en el título "De las Obligaciones de dar," sin que el acreedor pueda perseguir á terceros

poseedores de buena fe, porque ántes de la tradicion no adquiere ningun derecho real sobre lo que se ha prometido dar en pago de la renta vitalicia.

No cumpliéndose el contrato por el que da el precio de la renta, la otra parte tendrá derecho á la indemnizacion de daños y perjuicios, pero no podrá exigir la entrega forzada.

2072—Si el precio de una renta vitalicia es dado por un tercero, la liberalidad que éste ejerce por tal medio hácia la persona á cuyo beneficio la renta es constituida, es regida en cuanto á su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones generales respecto á los títulos gratuitos; mas el acto de la constitucion de la renta no está en cuanto á su validez estrínseca, sometido á las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos. (Concuerda con los arts. 504—1830 á 1832—2071—2079.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1973—Aubry y Rau, 388—Duranton, tom. 18, núms. 138 y sigs.)—Cód. de California, arts. 2913 y 2917—Italiano, 1791 y 1794, 2.ª parte—de Chile, 2278—Mourlon, tom. 3, núms. 1032 y 1033—Goyena, 1704—Laurent, tom. 27, n. 257.

En cuanto á su validez intrínseca: De suerte que podrá ser reducida por inoficiosa, y revocada por ingratitud en los mismos casos en que pueden serlo las donaciones por título gratuito. (Nota del codificador á este art.) Puede constituirse bajo cualquier condicion, con tal que por ella no se deje directa ó indirectamente al que da los bienes, la facultad de dejarla sin efecto, (art. 1802. Véase art. 2079).

En cuanto á su validez estrínseca: No será, por consiguiente, necesario aceptarla espresamente en la forma que deben serlo las donaciones, por parte del que la recibe, porque, como dice el codificador en la nota á este artículo, el derecho del tercero á percibir la renta es independiente de la existencia del contrato entre el que paga la renta y el que la constituye.

Pero la escritura pública para constituirla es siempre indispensable, lo mismo que la entrega del capital (art. 2071). Esta exigencia es sin distincion entre la que se constituye á favor de un tercero y la que se forma á favor del mismo que da el capital.

2073—Tiene capacidad para contratar la constitucion de una renta vitalicia por dinero que diese, el que la tuviere para hacer empréstitos; y tiene capacidad para obligarse á pagarla el que la tuviere para contraer empréstitos. (Concuerda con los arts. 1160 y sus concordantes.)

Tiene capacidad para constituir una renta vitalicia por venta que hiciere de cosas muebles ó inmuebles el que la tuviere para venderlas: y tiene capacidad para obligarse á pagarlas, el que la tuviere para comprar. (Concuerda con los arts. 1357 á 1362 y 1302.)

CONCORDANCIAS

Freytas 2240.

2074—La prestacion periódica no puede consistir sino en dinero; cualquiera otra prestacion en frutos naturales, ó en servicios, será pagadera por su equivalente en dinero.

CONCORDANCIAS

(LL. 3 y 4, tit. 15, Lib. 10, Nov. Rec.)—Freytas, 2241—Cód. de Chile, 2267, 2ª. parte.

Será pagadera por su equivalente en dinero: Por los términos de este art. se ve que si una renta vitalicia se estipula para pagarse en otra cosa que no sea dinero, no será nula, pero el Juez deberá determinar el valor con arreglo al precio de lo que se habia estipulado como renta, estimándose este valor por el que tenia lo que se debia entregar al tiempo en que se constituyó dicha renta.

2075—Será nula toda cláusula de no poder el acreedor enajenar su derecho á percibir la renta. (Concuerda con los arts. 1444—Véase arts. 374— 2076.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2242—Lehr, Derecho Germánico, n. 210, p. 399.

El art. siguiente es el complemento del presente.

2076—La renta que constituya una pension alimenticia no puede ser empeñada ni embargada al acreedor. (Véase los concordantes del art. anterior.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2242, 2ª. parte—Cód. de California, 2929—Laurent, tom. 27, n. 298, p. 386.

No puede ser empeñado ni embargado: Tampoco podrá

ser cedida (art. 374), lo cual constituye una escepcion al art. anterior. A esta clase de rentas debe aplicarse en todas sus partes el art. 374.

¿Cuándo se entiende que una renta constituye una pension alimenticia para el efecto á no poder ser embargada? Pensamos que solo cuando el Juez ha decretado la prestacion de alimento por demanda judicial, y el deudor de ellos la constituye para cumplir con su obligacion, tendrá el carácter de alimenticia.

No bastaria que la pension fuere gratuita y que se constituyere diciéndose que era con este objeto, para que no pueda ser embargada.

Aun mas, creemos que aun cuando la pension sea constituida para atender á una deuda de alimentos mandada pagar por el Juez, puede ser embargada si la renta pasa de la cantidad designada por él; en tal caso el embargo podrá recaer sobre el escedente. (Cód. de California, 2929.)

El constituyente no puede imponer por sí solo la condicion de que la renta no sea embargable, como se permite en otros Códigos.

Este silencio de nuestro legislador nos confirma en lo que decimos sobre lo que debe entenderse por renta alimenticia.

2077—Una renta vitalicia puede ser constituida en cabeza del que da el precio ó en la de una tercera persona, y aun en cabeza del deudor, ó en la de varios otros. Puede ser creada á favor de una sola persona ó de muchas, sea conjuntamente ó sea sucesivamente. (Concuerda con el art. 2078.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, núms. 137 y 135—Aubry y Rau, § 389—Cód. Frances, arts. 1971, 1972 y 1973—Napolitano, 1843, 1844 y 1845—Holandes, 1813.—La L. 6, Tit. 15, Lib. 10, Nov. Rec., prohibió que los censos vitalicios se constituyesen por mas de dos vidas.)—Freytas, 2259 y 2260—Goyena, 1705—Cód. de Chile, 2265 y 2266—de California, 2914 á 2916.

O en la de una tercera persona: Aunque ésta sea completamente estraña al contrato.

2078—El contrato de renta vitalicia será de ningun efecto cuando la renta ha sido constituida en cabeza de una persona que no existia el dia de su formacion, ó en la de una persona que estaba atacada en el momento del contrato, de enfermedad de la que muriere en los treinta dias siguientes, aunque las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad. (Concuerda con los arts. 954—3573.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, arts. 1974 y 1975—Napolitano, 1846 y 1847—Holandes, 1816—Toullier, tom. 6, n. 47—Aubry y Rau, § 388—Duranton, tom. 18, n. 144 y siguientes)—Freytas, 2262—Goyena, 1706—Cód. de Chile, 2270.

Que no existia: La declaracion de muerte presuntiva, por lo mismo que tiene efecto retroactivo al dia que se fija el fallecimiento, producirá la anulacion del contrato de renta si el dia que se designa que ha tenido lugar la muerte es anterior á la de la constitucion de la renta. Desde que la ley no hace distincion entre la muerte natural y la presuntiva, la jurisprudencia tampoco debe hacerla.

Supóngase que las partes sabian que las personas sobre cuya cabeza se constituia la renta no existia ya á tiempo de perfeccionarse el acto. ¿Sería válido el contrato, en razon de suponerse que las partes habian renunciado al derecho acordado por el artículo?

Rogron, sobre el art. 1975 Frances, cita un fallo en el cual se establece que las partes no pueden derogar dicha disposicion (que es igual á la que estudiamos), retrotrayendo la fecha. Esto prueba que la jurisprudencia francesa no admite renunciaciones al derecho acordado por el art. que estudiamos.

Entre nosotros pensamos que todo depende de circunstancias especiales, que pueden ó no hacer anulable el acto hecho á sabiendas que la persona sobre cuya cabeza se constituye es muerta.

Un acto semejante, no tendria nada de renta vitalicia, puesto que faltaria su base; luego, como tal sería nulo; pero como puede suceder que el acto valiese como donacion, si reunia todos los requisitos requeridos para ser tal, es indudable que la enajenacion subsistiria, y que, no obstante no valer como renta vitalicia, la trasmision de la propiedad no pueda ser anulada por los acreedores ó herederos del que transmitió la propiedad.

Es un principio aceptado por nuestro Código que la simulacion, cuando á nadie perjudica, no es reprobada por la ley, ni puede ser anulado el acto que la contiene (arts. 957 y 958). En el caso propuesto, la renta vitalicia no sería otra cosa que una donacion á título gratuito: y desde que mirada bajo este punto de vista no adolecia de ningun vicio de nulidad, no vemos por qué los

herederos del que dió los bienes pudiesen anularlo si no afectaba sus legítimas. El principio de la libre disposicion de los bienes cuando no hay perjuicios á derechos creados por la ley ó por contrato en favor de terceros, apoya nuestra tésis. (Véase Pont, n. 719).

La razon misma de la exigencia de la ley nos conduce á la solucion que damos á esta cuestion; en efecto, la nulidad del acto como renta vitalicia es dictada, no como medida de órden público, sino en el interes esclusivo del que da los bienes para formar la renta, porque faltaria, en el caso propuesto, el fundamento de su determinacion al crearla; pero cuando el mismo, en cuyo provecho la ley ha creado la nulidad, la renuncia, desaparece tambien la razon de la prescripcion legal. Esta renuncia no tendria nada de ilegal, puesto que la misma ley la autoriza en los arts. 19, sus concordantes, y 21.

Casi todos los autores, entre ellos Goyena, comentario al 1706, dan como fundamento de la disposicion que estudiamos, la ignorancia del que da los bienes respecto á la existencia de aquel sobre cuya cabeza se constituyó la renta. "Un padre, dice Goyena, constituye una renta á favor y en la cabeza de un hijo cuya *muerte ignoraba*: podrá reivindicar la finca, ó repetir el capital que entregó, como entregado sin causa." Luego, no existiendo esa ignorancia, el contrato no quedaria sin causa, puesto que esta causa consistiria en la intencion manifiesta de beneficiar gratuitamente al que recibe los bienes.

2º Si la renta ha sido constituida sobre varias personas, de las cuales una habia muerto á la época de la formacion del contrato ignorándolo el constituyente de la renta, ¿será ésta nula? La Corte de Casacion de Francia ha declarado que en tal caso no habria nulidad (Rogron, comentario al art. citado).

Pensamos que por nuestras leyes tampoco sería nulo, puesto que no habria desaparecido del todo el fundamento de la constitucion.

El constituir la renta sobre varias cabezas no es con el fin de alargar el período durante el cual debe pagarse, desde que marchando esas personas á un mismo tiempo á su fin, la duracion solo está determinada por el que tenga vida mas larga. De suerte que si al constituirse la renta una de esas personas habia desaparecido, siempre habria quedado la de vida mas larga, que

es, como hemos dicho, la destinada á determinar la duracion de la pension con arreglo á la duracion de su vida.

De la cual muriese en los treinta dias siguientes: Por manera que si la persona no estaba enferma á tiempo de perfeccionarse el contrato, aunque muera dentro de los treinta dias los bienes transmitidos habrian quedado irrevocablemente adquiridos; lo mismo será si, estando enfermo, muere dentro de los treinta dias, pero de otra enfermedad que no sea la de que estaba atacado el dia del contrato.

1º ¿Termina la obligacion de pagar la renta si el deudor de ella mata al que con su vida debia determinar la duracion de su pago?

En este caso, muy raro, pero posible de suceder, creemos que no terminaria la obligacion, y que el dueño de los bienes ó sus herederos tendrian derecho de elegir otra persona de la misma edad para que la siguiese durante la vida de esa persona—Pont, n. 784, cree que en este caso se resolveria el contrato. El Cód. de Prusia, 621, art. 11, p. 1, dispone lo mismo. Pensamos que es mas justo el partido que adoptamos y de consecuencias menos perjudiciales á la estabilidad de los derechos adquiridos, como lo prueba perfectamente Laurent, tom. 27, p. 341.

Lo contrario sería hacer terminar la obligacion del deudor por su sola voluntad. El Código de California, art. 2933 trae en el sentido indicado una disposicion terminante. En el mismo sentido se pronuncia Laurent, tom. 27, n. 305.

Para el caso de muerte de aquel en favor del cual se constituyó la renta, véase comentario al art. siguiente.

2079—En el caso en que la renta se hubiese constituido á favor de un tercero incapaz de recibir del que ha dado el valor de ella, el deudor no podrá rehusar satisfacerla. Ella debe ser pagada al que ha dado el capital ó á sus herederos, hasta el momento prescrito por el contrato para su estincion. (Concuerta con los arts. 2072—2073. Véase art. 1829.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, n. 142.)

Incapaz de recibir: Sea que al constituirse la renta fuese incapaz ó que la incapacidad sobrevenga despues, regirá siempre este art. Como él se refiere á cuando la renta se ha constitui-

do por entrega de los bienes al que deba pagarla, resulta que no pudiéndose anular esa venta por incapacidad del que recibe la renta, el art. es aplicable tambien á cuando el beneficio concedido gratuitamente al tercero ha sido revocado por ingratitud, ó por exceder de la cantidad disponible por el que dió los bienes, lo cual puede suceder con arreglo á lo dispuesto en el art. 2072. En uno y otro caso se puede decir que hay incapacidad para recibir.

Así, por ejemplo, Pedro entrega á Juan determinados bienes, bajo condicion de pagar una renta á Diego durante su vida. Este acto importa, en primer lugar, una venta de Pedro á Juan (2ª parte del art. 2073) y en segundo una donacion gratuita de Pedro á Diego (1ª. parte del art. 2072). Despues de concluido el acto, resulta que Diego es incapaz de recibir de Pedro, ó éste último incapaz de hacer esta donacion; es decir, que por cualquiera de estas dos causas la liberalidad es nula. En este caso, no pudiendo efectuarse el pago de la renta á la persona designada, por la incapacidad relativa del donante y donatario ó solo de uno de ellos, ni siendo posible que por esta causa se anule el contrato entre Pedro y Juan, el artículo resuelve que la renta siga pagándose al dueño de los bienes (á Pedro, en el caso propuesto) hasta la muerte de Diego, si el término de su vida era el designado para la donacion de la renta.

Viene ahora el caso de haber Pedro revocado, por causas autorizadas por la ley (arts. 1858 y siguientes) la liberalidad hecha á Diego, ó que á la muerte del primero se ve que la donacion es inoficiosa y que los herederos pueden hacer uso del derecho acordado por los arts. 1800 y 1831. En estos casos, decimos, el tercero á cuyo favor ha sido constituida la renta no puede seguir percibiéndola, y como este hecho no puede dar por resultado la terminacion de la obligacion del deudor, seguirá pagándola, como en el caso de incapacidad, al dueño de los bienes ó á sus herederos, hasta el momento prescrito por el contrato para su terminacion, como dispone el art. que estudiamos. Este término será, la vida del primer acreedor si sobre su cabeza se habia constituido la renta.

1º Si la persona á cuyo favor se ha constituido la renta creada por la entrega de bienes á un tercero habia muerto á tiempo del contrato, el derecho no pasará á los herederos puesto que no ha

podido transmitir derecho que aun no habia adquirido. En tal caso, la renta será percibida por el dueño de los bienes, como en el caso de incapacidad del acreedor, hasta la muerte de aquel sobre cuya cabeza se constituyó.

Algunos creen que el contrato quedaria sin efecto ; no vemos la razon: hecha la escritura y entregados los bienes por el constituyente de la renta, el acto queda perfecto, el deudor deberá entregar una suma determinada hasta cierta época ¿á quién? á la persona determinada por el que entrega los bienes ; si esa persona no existe, el contrato no puede quedar sin efecto, puesto que no falta ninguno de la condiciones exigidas en general para la existencia de los contrato ; para cumplir el deudor con su obligacion, lo racional y natural es que la deuda se pague al disponente de la renta.

La existencia del contrato es independiente del consentimiento, y de la incapacidad jurídica de la persona que ha de percibir la renta ; prueba de ello es que el art. que estudiamos no declara sin efecto el acto por incapacidad de éste, sino que hace únicamente cambiar de acreedor, porque al deudor lo mismo le da pagarle á uno ó á otro. No es, pues, la persona del acreedor con capacidad jurídica la causa determinante del que dió los bienes al formar el contrato.

Por otra parte, una razon de analogía confirma nuestra tesis ; el no poder el acreedor recibir la pension por incapacidad relativa al constituyente, no deja sin efecto el acto, luego la no existencia de esa persona que trae la misma imposibilidad de recibir, debe producir tambien el mismo efecto : cambio de acreedor y no resolucion del contrato.

2080—El deudor de una renta vitalicia está obligado á dar todas las seguridades que hubiese prometido, como fianza ó hipoteca, y á pagar la renta en las épocas determinadas en el contrato. (Concuerda con los arts. 1197—2087—2088.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2263—Laurent, sobre el art. 1979 Frances, tom. 27, n. 292—Cód. de California, 2925, 2.ª parte.

En las épocas determinadas: Si no se ha determinado deberá tomarse como base para el pago la determinacion que se le ha

hecho en la fijacion del monto de la renta. Así, si se estipula que pagará *tanto anual*, ó *tanto mensual*, se entenderá que es para pagarse al fin de cada año ó de cada mes segun sea la determinacion. El pago adelantado solo se hará cuando así se haya convenido espresamente (2ª. parte del art. 2081).

2081—La renta no se adquiere, sino en proporcion del número de dias que ha vivido la persona en cabeza de quien la renta ha sido constituida. Pero si se ha convenido que la renta fuese pagada con anticipacion, cada término es adquirido por entero por el acreedor desde el día en que el pago ha debido ser hecho. (Concuerta con los arts. 2865—3793.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1980—Napolitano, 1852—Holandes, 1822—Proudhon—*Usufruit*, tom. 2, n. 910—Aubry y Rau, § 889—Duranton, tom. 18, núms. 173 y siguientes)—Cód. de California, 2926—Cód. de Chile, 2276—Goyena, 1710 y su comentario—Pont, 772 á 776.

Desde el día en que el pago ha debido ser hecho:

Aunque el acreedor muera dentro de él, y aunque la enfermedad de que muera haya principiado en el período anterior, y haya muerto el primer día del último período. (Véase autores citados.)

2082—El acreedor que exige el pago de una renta vencida, debe justificar la existencia de la persona en cabeza de quien la renta ha sido constituida. Toda clase de prueba es admitida á este respecto. (Concuerta con el art. 2070.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, n. 183—Cod. Frances, 1983—Napolitano, 1855—Holandes, 1824)—Cód. de California, 2932—de Chile, 2275—Goyena, 1712—Laurent, tom. 27, n. 296.

En caso de ser morosa la prueba, y temerse fundadamente que despues no pueda pagarlas, pensamos que el acreedor, como todo acreedor condicional ó á término, podrá pedir las medidas preventivas para asegurar el pago de las cantidades devengadas (argto. de los arts. 546 y 2087).

Si el deudor ha pagado algunas rentas, y se descubre que este pago ha sido hecho despues de la muerte de aquel de quien dependia la duracion de la renta, tendrá derecho de repetition.

2083—La obligación de pagar una renta vitalicia se extingue por la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida. (Concuerda con los arts. 2070—2920.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1932)—Cód. de California, 2990. Todos los Códigos reconocen implícitamente esta disposición.

Se extingue por la muerte de la persona, etc., etc.:

Pero esto no tiene lugar en el caso de ser el deudor quien le ha dado muerte, como dijimos en la última parte del comentario al art. 2078.

2084—Cuando la renta vitalicia fuese constituida á favor de dos ó mas personas para que la perciban simultáneamente, se debe declarar la parte de renta que corresponda á cada uno de los pensionistas, y si el pensionista que sobrevive tiene derecho á acrecer. A falta de declaracion se entiende que la renta les corresponde por partes iguales, y que cesa en relacion á cada uno de los pensionistas que falleciere. (Concuerda con los arts. 689, inc. 3—691—1798—2708—2823—3818.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, desde el n. 134. En contra, Troplong, n. 245—Aubry y Rau, § 390—Pothier, núms. 241 y sigts. En favor Freytas, 2261)—Cód. de Chile, 2265.

Y que cesa en relacion, etc., etc.: Lo mismo será cuando se hubiese designado partes desiguales; en tal caso el deudor de la pension quedará libre en la misma porcion designada á la parte que falleciere.

2085—Cuando la renta vitalicia es constituida en cabeza de dos ó mas, á favor del que da el precio de ella ó de un tercero, la renta se debe por entero, hasta la muerte de todos aquellos en cabeza de quienes fué constituida. (Concuerda con el art. 2070.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, n. 133)—Laurent, tom. 27, n. 304.

Hasta la muerte de todos aquellos: Es decir, hasta la muerte del último de aquellos sobre cuya cabeza se constituyó la renta (Aubry y Rau, § 390, núms. 1 y 2).

2086—Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de

un tercero, llega á morir antes que éste, la renta pasa á sus herederos hasta la muerte del tercero. (Concuerta con los arts. 1195—2070, última parte—2079.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, n. 129)—Cód. de California, 2931—Laurent, tom. 27, n. 304—Pont, sobre el art. 1962 Frances, n. 783. Para el caso de haber muerto al constituirse la renta, véase comentario al art. 2079 nuestro—Freytas, 2269—Cód. de Chile, 2274, 1.ª parte.

2087—Si el deudor de una renta vitalicia no da las seguridades que hubiere prometido, ó si hubiesen disminuido por hecho suyo los que habia dado, el acreedor puede demandar la resolucion del contrato y la restitution del precio de la renta. (Concuerta con los arts. 1999 á 2005—2080.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1977—Napolitano, 1849—Aubry y Rau, 390, nota 5—Duranton, núms. 162 y 163)—Goyena, 1708—Cód. de California, 2921—Cód. de Chile, 2273—Laurent, tom. 27, n. 309—Véase Pont, núms. 739 y siguientes.

No da las seguridades que hubiese prometido: Cualquiera que sea la causa de no darse estas seguridades, el derecho del acreedor para pedir la resolucion del contrato es el mismo, y no hay que confundir este caso, como se ha hecho ya en algunos Tribunales de las Provincias del Interior, con el caso de haber disminuido las seguridades dadas al tiempo de formarse el contrato.

La situacion del deudor en uno y otro caso son bien distintas para aplicar el mismo principio; esto sin contar con que el testo de la ley hace espresamente diferencia entre ambas hipótesis.

En el primer caso el deudor no cumple con lo prometido, y de aquí nace la condicion resolutoria que la ley atribuye al contrato. Es en razon de esas seguridades estipuladas, dice Laurent, tom. 27, n. 311, que el acreedor ha tratado; sin ellas no habria hecho el contrato. Poco le importa la razon por la cual no se ha dado la seguridad prometida, ya sea esto por falta del deudor ó por caso fortuito, la causa en que se funda la resolucion del contrato será la misma."

No es lo mismo cuando la condicion acerca de las seguridades han sido cumplidas exactamente por el deudor, y que posteriormente vienen á disminuirse. En este caso nuestro art. excep-

túa terminantemente el en que el deudor no tenga culpa en la disminucion: "*ó hubiesen disminuido por hecho suyo las que habia dado*", dice el art. que estudiamos; luego, si la disminucion no es por *hecho* del deudor, es claro que el acreedor no tendrá el derecho acordado en la hipótesis contraria. En este caso, el deudor no ha faltado en nada á sus obligaciones, por lo cual tampoco puede ser penado por el solo hecho de disminuir, por caso fortuito, las seguridades dadas. No es tampoco la ocasion de aplicar lo dispuesto para las obligaciones á plazo. (Véase Laurent, tom. 27, p. 350). Véase el n. 3 de este comentario.

Todos los autores citados por el codificador están de acuerdo en la distincion que hace el testo de nuestro art. (Aubry y Rau, § 390, nota 10--Pont, n. 738 y autores allí citados.)

1º Sea que el deudor no haya dado las seguridades debidas, ó que hayan disminuido por hecho suyo las dadas al formarse el contrato, podrá impedirse la resolucion del contrato siempre que se den seguridades equivalentes (pero siempre con sujecion á lo dispuesto en el art. 1999) antes de pronunciarse la sentencia de resolucion, porque la resolucion, como hemos dicho ántes, no se causa de pleno derecho, sino que el acreedor debe *demandar*, dice el art. que estudiamos, la resolucion del contrato. (Laurent, tom. 27, n. 314).

De aquí se sigue tambien que si el acreedor muere ántes de haberse pronunciado la sentencia declarando resuelto el contrato los herederos no podrán continuar la accion, puesto que, desde el momento de la muerte del acreedor de la renta desaparece la obligacion del deudor, si es constituida sobre su cabeza, y por consiguiente el contrato. Desapareciendo éste no queda ya contrato para disolver. (Pothier, n. 229).

Lo dicho es sin perjuicio de que los herederos puedan cobrar las pensiones debidas hasta el momento de la muerte del acreedor.

Y la restitution del precio de la renta: Estas palabras dan á entender que nuestro art. no se refiere á la renta constituida gratuitamente, como lo declaran espresamente los Códigos citados. (Véase Goyena, comentario al art. 1708, citado).

2º ¿Qué efecto produce la resolucion del contrato respecto á terceros poseedores de los bienes dados como precio de la renta?

Si el inmueble dado no está especialmente hipotecado, es indudable que el acreedor no podrá perseguir su devolucion de terceros poseedores de buena fe, que no conocian los cargos á que estaban sujetos los bienes adquiridos.

Téngase presente lo dispuesto en los arts. 1827—1855 y 2072.

Desde el momento de la perfeccion del contrato y la tradicion, el deudor adquiere la propiedad de lo dado; desde ese momento él puede enagenar la propiedad válidamente; esa enajenacion no puede estar espuesta á quedar sin efecto por mal cumplimiento de una obligacion á la cual no ha quedado especialmente afectado lo dado al deudor. Bajo cualquier punto de vista que se mire el contrato, es decir, ya sea como acto traslativo de propiedad á título gratuito ó á título oneroso, el resultado será el mismo (art. 1855).

Respecto á las partes contratantes la nulidad no tiene efecto retroactivo; el acreedor recibirá la cosa ó su valor sin poder demandar los frutos percibidos, los cuales se juzgan compensados con las rentas pagadas. (Véase sobre esto á Laurent, tom. 27, n. 316).

3º Si el acreedor, al constituir la renta, no ha exigido seguridades especiales ni el deudor las ha prometido, el contrato no podrá ser resuelto porque el deudor disminuya su patrimonio ó no ofrezca las condiciones de solvencia en que se encontraba al formarse el contrato (argto. al art. 2088).

Su obligacion es solo de dar las seguridades prometidas (art. 2080).

Esto no impide que en caso de insolvencia, el acreedor haga uso del derecho acordado por el art. 2002 á todo acreedor por obligaciones de trato sucesivo.

4º Sucede muchas veces que la renta vitalicia es creada á favor de un tercero (art. 2073). ¿Puede en tal caso ese tercero pedir la resolucion del contrato por la causa espresada en el art. que estudiamos? Pensamos que no (art. 1852) y que el tercero solo tiene contra el deudor una accion personal como cualquier otro deudor (art. 1853). Desde que la liberalidad hecha al tercero debe juzgarse en cuanto á sus efectos, por las disposiciones generales de los actos á título gratuito (art. 2072),

debemos aplicar al caso propuesto los arts. citados, 1852 y 1853.

El acreedor de la renta no es el dueño de los bienes; por consiguiente, no puede pedir su devolucion, que es el efecto inmediato de la resolucion del contrato.

4º En caso de revocacion del contrato, los efectos de tal resolucion no perjudicarán á los terceros en cuyo favor estaba constituida la renta como donacion (argto. del art. 1851). Véase nota del codificador al art. 1851, citado.

5. Aunque el deudor no haya dado hipoteca especial sobre el inmueble entregado como precio de la renta, en caso de concurso de los bienes de éste, el acreedor de la renta tendrá privilegio sobre los bienes dados.

Una razon de analogía nos lleva á esta solucion, en razon de lo dispuesto para el donante en el art. 3930 y para el vendedor en el art. 2924. (Véase las notas respectivas de dichos arts. puestas por el codificador.

2088—La falta de pago de las prestaciones, no autoriza al acreedor á demandar la resolucion del contrato, si no fué hecho con pacto comisorio. El solo tendrá derecho para demandar el pago de cada una de las prestaciones no pagadas, como se procede contra cualquier deudor de suma de dinero. (Concuerda con los arts. 616—622 y sus concordantes—1204—4027.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1978—Holandes, 1819—Napolitano, 1850—Aubry y Rau, § 390—Duranton, tom. 18, n. 170—L. 1, tit. 15, Lib. 10, Nov. Rec.)—Freytas, 2267—Cód. de Chile, 2271—Cód. de California, 2928—Goyena, 1709—Leguizamon y Machado, Institutas, nota 259—Pont, núms. 332, 749 y siguientes.

En el caso del art. será aplicable lo que hemos dicho en el comentario anterior acerca del privilegio ó preferencia que el deudor de la renta tiene respecto á esos mismos bienes cuando se encuentran en poder del deudor.

Sobre el efecto de la condicion resolutoria espresa puesta en el contrato (véase lo dicho por Laurent, tom. 27, núms. 325 y siguientes), cuyas doctrinas son aplicables al art. que concordamos.

Podrá tambien el acreedor, con arreglo á los principios generales, pedir el embargo de los bienes dados como precio de la

renta, para asegurar así su crédito, es decir, el pago de las pensiones futuras, pues que, aunque no sean exigibles actualmente el acreedor tiene derecho indiscutible á ellas durante el tiempo que dure el contrato.

Esas rentas vencidas producirán una accion ejecutiva, como toda deuda líquida que consta en documento público, como debe constar el contrato de renta vitalicia, (art. 2071.)

TÍTULO XIII

De la evicción

2089—El que por título oneroso trasmitió derechos, ó dividió bienes con otros, responde por la evicción, en los casos y modos regulados en este título. (Concuerda con los arts. 1414—1701—2141—2145—2146—3505.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 295—Demolombe, tom. 17, n. 333)—Freytas, 3502—Cód. de California, 1605—de Portugal, 1046.

2090. Responderá igualmente el que por título oneroso trasmitió inmuebles hipotecados, ó los dividió con otro, si el adquirente ó copartícipe no puede conservarlos sin pagar al acreedor hipotecario. (Concuerda con los arts. 2105—3170.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, tit. 5, P.^a 5.^a.—Troplong—*Venta*, n. 415)—Freytas, 3503, inc. 1.^a—Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 111—Véase comentario al art. 2105.

2091—Habrà evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior ó contemporánea á la adquisición, si el adquirente por título oneroso fué privado en todo, ó en parte del derecho que adquirió, ó sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce, ó posesión de la cosa. Pero no habrá lugar á garantía ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aún en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, ó establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, ó de pretensiones formadas en virtud de un derecho real ó personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación. (Concuerda con los arts. 1528—1529—2093—2094—2095—2101—2104—2106—2108—2112—2113—2995.)

CONCORDANCIAS

(Ó como dice Maynz, la evicción debe tener por causa un vicio inherente al derecho del enagenante, § 295—L. 32 y siguientes, Tit. 5, Part. 5^a.—LL. 1 y siguientes, Tit. 2, Lib. 21, Dig.—Cód. Frances, arts. 1528 y 1529—Italiano, 1482 y 1483—Napolitano, 1472 y 1473—Holandes, 1526 y 1527—Demolombe, tom. 17, núms. 333 y siguientes—Aubry y Rau, § 625, n. 2—Chabot, sobre el art. 844, núms. 2 y 4—Duranton, tom. 7, núms. 596 y siguientes—Demolombe, núms. 333 y siguientes)—Freytas, 3510—Cód. de California, 1604—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 8, p. 257—Serie 2, tom. 2, p. 257—Tom. 12, p. 563—DeIsol, tom. 3, p. 220.

En virtud de sentencia: El adquirente, no puede entablar la accion de saneamiento, que es distinta á la citacion de evicción, sino despues que ha pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia por la cual se le priva de la propiedad de la cosa objeto de la evicción, aun cuando no haya salido á la defensa del adquirente. (Fallos de la S. C., Serie 2, tom. 12, p. 563. Véase Laurent, tom. 24, n. 216, p. 216.)

Por causa anterior ó contemporánea: ¿Dará lugar á a evicción una prescripcion comenzada ántes de la venta y concluída despues? Pensamos que no, en principio general: las palabras "causa anterior" deben tomarse aquí como sinónimo de *derecho preexistente*. Esto basta para resolver la cuestion, teniendo presente que una prescripcion comenzada no es un derecho existente sino únicamente una esperanza. "El vendedor, dice Laurent, tom. 24, n. 222, trasmite al comprador la plena propiedad; por consiguiente, es á este último que correspondè vigilar por la conservacion de sus derechos de tal." Esto no quita que el Juez, tomando en cuenta la equidad, resuelva lo contrario por razon de estar autorizado para ello por el art. 2095.

Por un título oneroso: Ó por un título gratuito en los casos determinados por la ley (art. 2146).

Una turbacion de derecho: La segunda parte de este art. es una consecuencia de esto: los hechos de tercero que no pretenden derecho de propiedad no dan lugar á la evicción, aunque esos hechos sean ejecutados por odio al enagenante creyéndolo aún propietario (argto. del art. 1517. Véase Dalloz, palabra *venta*, n. 796).

Una demanda entablada contra el adquirente por denuncia de obra nueva dará lugar á la evicción (Fallos de la S. C., Serie 2, tom. 3, p. 410).

Turbacion de hecho: En tal caso el adquirente solo tendrá derecho contra el autor de esos hechos.

2092—Aunque no haya decision judicial que declare la eviccion, la indemnizacion que por ella se concede al que fuese vencido, tendrá lugar cuando se hubiese adquirido el derecho trasmitido por un título independiente de la enajenacion que se hizo.

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 297—Tropolong, *venta*, n. 415—L. 13, tit. 1, Lib. 19, Dig.)—Laurent, tom. 24, n. 216.

Independiente de la enajenacion que se hizo: Es decir, cuando el adquirente adquiere por segunda vez la cosa del verdadero dueño, por no haber sido tal el primer enajenante. (Véase Segovia, nota 3.)

2093—La eviccion será parcial cuando el adquirente fuere privado, por sentencia, de una parte de la cosa adquirida ó de sus accesorios ó dependencias, ó si fuere privado de una de las cosas que adquirió colectivamente, ó cuando fuere privado de alguna servidumbre activa del inmueble, ó se declarase que ese inmueble estaba sujeto á alguna servidumbre pasiva, ó á otra obligacion inherente á dicho inmueble. (Concuerda con los arts. 1531—2091—2125 á 2127—2149—2150.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3511—Cód. de California, 1621, 1622 y 1625—Delsol, tom. 3, p. 224.

Sobre el derecho del adquirente en caso de eviccion parcial, véase lo dicho en los concordantes citados, especialmente en los arts. 2125 y siguientes.

2091—Habrá lugar á la eviccion, cuando un acto del Poder Legislativo, ó del Poder Ejecutivo privase al adquirente en virtud de un derecho preexistente; pero no habrá lugar á la eviccion, si el acto que trae la privacion del derecho no fuese fundado sobre un derecho preexistente, ó sobre una prohibicion anterior, que pertenece al soberano declarar, ó hacer respetar. (Concuerda con los arts. 1104—2004—2091.)

CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 1629—Aubry y Rau, § 355, notas 19 y 20—Tropolong, *venta*, n. 423)—Freytas, 3537, inc. 2—Nota del codificador al art. 514—Laurent, tom. 24, n. 224.

De un derecho preexistente: Por ejemplo, cuando se ha ordenado dejar tal espacio para calle, y el adquirente, al querer edificar en el terreno adquirido se le da una línea que le priva de una parte de lo comprado. Si esa era la línea determinada para todo el que edificare, habrá lugar á evicción parcial; pero si la ordenanza es dada con posterioridad, no habrá lugar á reclamo contra el enajenante.

Otro caso sería tambien cuando estuviese prohibido sacar agua de tal ó cual rio y el enajenante vendia con derecho al agua de ese rio.

Los actos del poder legislativo que no tienen por objeto privar del derecho de propiedad, sino únicamente gravar la propiedad no dan lugar á evicción, aunque sean dictados con anterioridad á la enajenacion; esto sucederá en caso de impuestos, por ejemplo, aunque sean creados ántes de la venta y que solo venga á hacerse efectiva despues de ella.

2095—Cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido posteriormente á la trasmision de la cosa, pero cuyo origen era anterior, los Jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias, y resolver la cuestion. (Véase arts. 2091—2094.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 17, núms. 352 y sigts.—Troplong, *venta*, n. 425—Duvergier, 314)—Laurent, tom. 24, p. 222.

Los Jueces están autorizados para apreciar, etc., etc.

Así, en el caso de una prescripción empezada con anterioridad á la adquisicion y vencida despues, si el Juez ve que el adquirente no ha podido interrumpir la prescripción por faltar muy poco tiempo, ó por haber ignorado esta circunstancia sin falta que le sea imputable, como negligencia ú otra así, el Juez, apreciando estos hechos podrá hacer lugar ó no á la evicción. (Véase lo dicho en el comentario al art. 2091.)

Será un motivo poderoso para fallar en contra del enajenante el hecho de haber éste conocido el peligro de la prescripción y no haberlo avisado al dueño; lo contrario sucederá en caso de habersele advertido esto al adquirente ó que se pruebe que de cualquier otro modo tenía conocimiento de tal circunstancia.

Habrá negligencia por parte del adquirente si deja pasar demasiado tiempo sin ejercer ningun acto de dueño que inter-

rumpa la prescripción, aunque ignore que otro pueda adquirir por prescripción la propiedad de lo adquirido por él.

2096—Habrá lugar á los derechos que da la evicción, sea que el vencido fuere el mismo poseedor de la cosa, ó que la evicción tuviera lugar respecto de un tercero, al cual él hubiese transmitido el derecho por un título oneroso, ó por un título lucrativo. El tercero puede, en su propio nombre, ejercer contra el primer enajenante los derechos que da la evicción, aunque él no pudiese hacerlo contra el que le transmitió el derecho. (Concuerda con los arts. 1196—2109—2154—3267—3268.)

CONCORDANCIAS

(En contra, Pothier, n. 98—En favor, Marcadé sobre el art. 1629, n. 4—Trop-Long, n. 237 y sigts.—Duranton, tom. 16, núms. 254 y sigts.—Duvergier, n. 342)—Cód. de Chile, 1841—Delsol, tom. 3, p. 228—En contra, Freytas, 3528, 2.ª parte.

Por un título oneroso ó un título lucrativo: La razón es que siendo la enajenación al tercero evincido por título gratuito, éste no tiene en general, derecho alguno de garantía (art. 2154). (Véase nota del codificador al art. que estudiamos.) Pero cuando el donante estipuló la garantía con el donatario y también en los casos de los incisos 3, 4 y 5, por lo mismo que el donatario tiene acción contra el donante, la tendrá también contra los enajenantes anteriores.

En este caso no se puede decir, como en la nota puesta por el codificador á este art., que el donatario nada pierde con que la ley no le acuerde derecho contra el enajenante anterior desde que no puede en general ejercer tal derecho; en el caso propuesto por el contrario, el donatario tiene interés en conservar ese derecho que la ley le ha acordado contra el donante y poderlo ejercer en caso necesario contra los primeros. (Véase art. 2154.)

Aunque él no pudiese hacerlo, etc., etc.: Esto tendrá lugar cuando en el contrato posterior de enajenación se hubiere convenido exonerarle de la evicción, en cuyo caso deberá entenderse que solo se libra el enajenante respecto á su adquirente, pero no los enajenantes anteriores que están siempre obligados á prestar la evicción al propietario de la cosa, que es á quien se transmiten los derechos que tenía el enajenante exonerado de la

eviccion (Duvergier, tom. 1, n. citado por el codificador y Laurent, tom. 24, n. 230, p. 231); tal estipulacion es solo respecto á él pero no respecto á los enajenantes anteriores.

2097—La responsabilidad que trae la eviccion tiene lugar, aunque en los actos en que se transmiten los derechos, no hubiere convencion alguna sobre ella. (Concuerda con los arts. 2098—2104—2105—2106—2173.)

CONCORDANCIAS

(L. 32, Tit. 5, Part. 5ª, y L. 7, Tit. 10, Lib. 3, F. R.—L. 1, Tit. 2, Lib. 21, Dig.—Cód. Frances, art. 1626—Napolitano, 1472—Holandes, 1528—de Luisiana, 2477—Italiano 1633.)

2098—Las partes sin embargo pueden aumentar, disminuir ó suprimir la obligacion que nace de la eviccion. (Concuerda con los arts. 1197—2099 á 2102—2105—2146, inc. 1—2166—2167—2169—3511.)

CONCORDANCIAS

(L. 31, al fin, Tit. 5, Part. 5ª, y las citas de los Códigos en los artículos anteriores. Marcadé, sobre el artículo citado, n. 5, explica los tres casos del artículo)—Goyena, 1308—Cód. Frances, 1627—Freytas, 3512—Cód. de California, 1606—de Portugal, 1055—Nuestro comentario al art. 2096—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 8, p. 332.

Los concordantes citados son un complemento del presente artículo.

Pueden aumentar: Por ejemplo, aumentando las causas de eviccion, ó que el enajenante pagará en caso de eviccion mayor suma de la que recibe, etc., etc.

Disminuir: Librando al enajenando de responder, por ejemplo, por tales ó cuales causas de eviccion, ó comprometiéndose á pagar solo cierta suma en caso de eviccion total.

O suprimir: Pero esta convencion solo importa no pagar los daños y perjuicios en caso de eviccion, sin que por esto quede libre de la restitution del precio (art. 2100) salvo cuando se hace un contrato alcatatorio; véase el comentario al art. 2100, ó en los casos del art. 2101.

Véase Delsol, tom. 3, p. 218—Cód. de California, 1609, última parte, es espreso.

2099—Es nula toda convencion que libre al enajenante de responder de la eviccion, siempre que hubiere mala fe de parte suya.

(Concuerda con los arts. 19—506—507—933—1407—1480—2098—2102—2106—2146, inc. 2—2170.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1628—Napolitano, 1474—Holandes, 1530—de Luisiana, 2480—L. 6, Tit. 1, Lib. 19, Dig.)—Goyena, 1399—Cód. de California, 1607—de Portugal, 1055.

Siempre que hubiere mala fe : La mala fe no se presume sino en los casos espresamente determinados por la ley. De aquí se sigue que el adquirente tendrá que probar que el enajenante conocía el peligro de la evicción á tiempo de hacerse la convencion.

Esta será una cuestion de hecho que corresponde al Juez resolver, y en la duda de si la exclusion de la responsabilidad fué de buena ó de mala fe debe estar por lo primero. Probada la mala fe el adquirente no solo tendrá derecho al precio entregado, sino á los daños y perjuicios.

2100—La exclusion ó renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la evicción, y el vencido tendrá derecho á repetir el precio que pagó al enajenante aunque no los daños é intereses. (Concuerda con los arts. 2099—2101—2106—2163.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 19, Tit. 5, Part. 5ª, y la L. 6, Tit. 10, Lib. 3, F. R.—Y véase Goyena, art. 1400, que funda la resolucion del artículo)—Freytas, 3513—Cód. Frances, 1629—de California, 1609—Aubry y Rau, § 355, p. 382—Laurent, tom. 24, n. 257.

El precio que pagó al enajenante : De lo contrario la venta sería aleatoria, para lo cual se necesita una estipulacion espresa. (Véase arst. 2098 y 2101.)

La renuncia á la garantía de evicción en términos generales, no exime de la responsabilidad al enajenante (argto. del art. 2169 y art. 3511).

2101—Eseptúanse de la disposicion del artículo anterior, los casos siguientes : (Véase arts. 1476 á 1479.)

- 1º Si el enajenante espresamente escluyó su responsabilidad de restituir el precio ; ó si el adquirente renunció espresamente el derecho de repetirlo ; (Concuerda con los arts. 1197—2098.)
- 2º Si la enajenacion fué á riesgo del adquirente ; (Concuerda con los arts. 1404 á 1406.)

3º Si cuando hizo la adquisicion, sabia el adquirente, ó debia saber, el peligro de que sucediese la eviccion, y sin embargo renunció á la responsabilidad del enajenante, ó consintió en que ella se escluyese. (Concuerda con los arts. 2091—2106—2170—2171.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2629—Italiano, 1485—Napolitano, 1475—Holandes, 1580—de Luisiana, 2481—L. 11, § 18, Lib. 19, Dig.—Sobre los tres casos, véase Marcadé, lugar citado, n. 6—Aubry y Rau, § 355—Maynz, § 295)—Freytas, 3514—Cód. de California, 1609 y 1627—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 2, p. 257.

INCISO 1º Este inciso solo tendrá aplicacion si el enajenante no conocia el peligro de la eviccion, pues se refiere al caso en que tambien el adquirente ignoraba este peligro. Pero si era conocido del enajenante y no del adquirente rige lo dispuesto en el art. 2099.

INCISO 2º Sabiendo el adquirente el riesgo de la eviccion, siempre que renuncie á la responsabilidad, el conocimiento que el enajenante tenga de ese peligro no le hace responsable ni por el precio ni por los daños y perjuicios. Este inciso resuelve, pues, una hipótesis contraria á la del inciso 1º El art. 2106 solo exime al enajenante de pagar los daños y perjuicios cuando el adquirente conocia el peligro de la eviccion, pero no le exime esta circunstancia de pagar el precio, aunque el enajenante ignore la eviccion que puede venir, salvo cuando sabia que la cosa era ajena (art. 1329).

De modo que para que el enajenante no responda por el precio de la enajenacion en caso de eviccion, es necesario que renuncie espresamente á ello el adquirente y que el enajenante sea de buena fe. Pero si es de mala fe, es decir, si conoce el peligro de la eviccion, el contrato será nulo, á ménos que, como dice el inciso que estudiamos, el adquirente sabia y debia saber que podia tener lugar la eviccion.

La razon es obvia: conociendo el adquirente esta circunstancia, desaparece la mala fe del enajenante puesto que no hay la ocultacion dolosa que lo pone en tal condicion. (Véase sobre esto á Laurent, tom. 24, núms. 258 y 259).

2102—La renuncia á la responsabilidad de la eviccion, deja subsistente la obligacion del enajenante, por la eviccion que proviniese

de un hecho suyo, anterior ó posterior. (Concuerda con los arts. 2099 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1028—Troplong, n. 477—Duvergier, n. 337—Aubry y Rau, § 355—L. 6, § 9, tít. 1, Lib. 19, Dig.)—Véase Freytag, 8515—Cód. de Portugal, 1054—Laurent, tom. 24, núms. 255 y 256—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 8, p. 832—Delsol, tom. 3, p. 218.

Que proviniese de un hecho suyo: Por ejemplo, si ha vendido una cosa que no le pertenecía y después adquiere la propiedad. En este caso, aunque el adquirente haya renunciado á la indemnización procedente de la evicción, el enajenante responderá de la evicción si vende la misma cosa á otro y éste segundo comprador demanda al primer adquirente por su entrega.

Anterior ó posterior: Esto es así cuando el adquirente ignora los hechos anteriores á la enajenación; pero si conociéndolos y sabiendo que de ellos puede haber peligro para sus derechos adquiridos, renuncia espresamente á la evicción designando especialmente esos hechos, no habrá lugar á reclamo, porque semejante convención no tendría nada de ilícito (Segovia, nota 12). Casi todos los autores están de acuerdo en esto (Aubry y Rau, § 355, nota 45—Laurent, lugar citado).

Una renuncia en términos generales, deja subsistente la responsabilidad de la evicción por los hechos del enajenante, anteriores ó posteriores al contrato. Es á este caso especialmente al que se refieren los términos absolutos del art. que estudiamos. Pero si, como hemos dicho antes, aparte de la renuncia en general, ó sin ella, se mencionan especialmente los hechos anteriores del enajenante que pueden dar causa á la evicción y se renuncia á ella, tal contrato será válido. Adviértase que por los hechos que no se mencionen habrá siempre lugar á la responsabilidad por la evicción. La renuncia por los hechos posteriores siempre será nula, pues no es permitido dispensar el dolo al contraer la obligación.

2103—El adquirente tiene derecho á ser indemnizado, cuando fuese obligado á sufrir cargas ocultas, cuya existencia el enajenante no le hubiere declarado, y de las cuales él no tenía conocimiento. (Concuerda con los arts. 2097—2106—2165—2169 á 2171—2286—3510—4040.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 355, nota 53—L. 63, tit. 5, P.^a 5^a.—L. 1, tit. 1, Lib. 19, Dig.—Tropolong, venta, núms. 527 y siguientes—Duranton, tom. 16, n. 302)—Cód. Francés, 1626—Cód. de Chile, 1859.

Los concordantes de este art. esplican su verdadero alcance (art. 2097).

Tiene derecho á ser indemnizado : Aunque sobre esto no se haya estipulado nada, y aunque el enajenante sea de buena fe (Tropolong, n. 524). Véase comentario siguiente.

2101—Las cargas aparentes, y las que gravan las cosas por la sola fuerza de la ley, no dan lugar á ninguna indemnizacion á favor del adquirente. (Concuerta con los arts. 2091—2094—2106—2169 á 2171.)

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Laurent, tom. 24, n. 268.

Las cargas aparentes : Se supone que éstas son conocidas por el adquirente. La decision de lo que se entiende por carga aparente es una cuestion de hecho que el Juez resolverá segun el exámen del lugar. Si el Juez decide que éstas no son aparentes regirá lo dispuesto en el art. 2103, es decir, responderá el enajenante si de esto no le ha dado conocimiento al adquirente. ¿Que se resolverá si aun siendo aparente las cargas, el adquirente prueba que no las conoce?

El testo del art. exime al enajenante de responder por las cargas aparentes; luego basta que sean tal para que se aplique la disposicion. La ley no distingue, como en el caso del art. anterior, las cargas que conoció y las que no conoció el adquirente; el hecho solo de ser aparentes es el que la ley toma en cuenta. Si el adquirente ha comprado un inmueble sin verlo, es claro que no conocerá las cargas aparentes, si algunas tiene, pero él solo será el que sufra las consecuencias de su negligencia.

No sucede así cuando las cargas no son aparentes, y es por esto que en tal caso el art. anterior impone al enajenante la obligacion de ponerlas en conocimiento del adquirente. Si el primero no se las ha hecho conocer, le queda el recurso de probar que las conocia por otros medios (Aubry, § 395, nota 49), y si lo consigue se libra de la obligacion.

De la combinacion de estos dos arts. y sus concordantes resulta.

1º Que las cargas no aparentes, se supone no ser conocidos por el adquirente cuando el enajenante no se las hizo conocer, salvo la prueba contraria. 2º Las aparentes se supone siempre que el adquirente las conoce y no se le admitirá prueba en contra.

Por la sola fuerza de la ley: Tales son las servidumbres legales, ú otras así. Por derecho Frances este punto no está decidido de un modo espreso como en el nuestro.

2105—Cuando el enajenante hubiese declarado la existencia de una hipoteca sobre el inmueble enajenado, esa declaracion importa una estipulacion de no prestar indemnizacion alguna por tal gravámen. Mas si el acto de la enajenacion contiene la promesa de garantir, el enajenante es responsable de la eviccion. (Concuerda con los arts. 1179—1197—1433—2090—2097—2098—3142.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 418 y 463—Duranton, tom. 16, n. 261—Duvergier, n. 319—Aubry y Rau, 355, notas 50 y 51)—Cód. de California, 1625.

Hubiese declarado la existencia de la hipoteca: Para que esta declaracion produzca el efecto designado en el art. es necesario que ella conste en la escritura pública de enajenacion. No basta por otra parte, el conocimiento que por otros medios haya tenido el adquirente. “El conocimiento, dicen Aubry y Rau, § citado, nota 50, que el adquirente pueda haber tenido de las hipotecas que gravan el inmueble, no basta para probar que él ha querido renunciar á la garantía. Por lo mismo que el enajenante no ha declarado espresamente la existencia de esas hipotecas, el adquirente bien ha podido y debido creer que el primero ha tomado las medidas necesarias para levantar los gravámenes.” (Véase Laurent, tom. 24, n. 261).

Freytas, art. 3523, dice que basta que la hipoteca esté inscrita en el *Registro Conservatorio*; para que se suponga que el adquirente tenía conocimiento del gravámen. Este sistema es contrario al adoptado por nuestro Cód., que exige *declaracion espresa* por parte del enajenante.

2106—Cuando el adquirente de cualquier modo conocia el peligro de la eviccion ántes de la adquisicion, nada puede reclamar del enaje-

nante por los efectos de la eviccion que suceda, á no ser que ésta hubiere sido espresamente convenida. (Concuerda con los arts. 1329—1488—1532—2091—2097—2100—2101 y su comentario—2103—2148—2170—2171—3512.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, venta, n. 418—Pothier, venta, n. 187—Ley 27—Cód. Rom.)—Cód. de California, 1614—Freytas, 3522, inc. 4—Laurent, tom. 24, núms. 260 y 261—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 2, p. 257.

Nada puede reclamar del enajenante: La razon es que la obligacion de saneamiento establecida únicamente por la ley nunca puede tener por objeto asegurar á una de las partes los beneficios de su propio dolo.

El que conociendo el peligro adquiere sin asegurarse por medio de una estipulacion espresa de sus resultados, es porque renuncia al derecho de pedir indemnizacion; el que conviene espresamente, por el contrario, es porque quiere tomar las precauciones necesarias poniéndose al abrigo de todo perjuicio.

Téngase presente que las palabras que estudiamos se refieren únicamente á los daños y perjuicios, pero no á la restitution del precio, el cual, fuera del caso del art. 2101, siempre deberá restituirse. El principio sentado en este art. es el mismo legislado en el art. 2100.

Todos los autores citados por el Dr. Velez en la nota á este art. así lo hacen comprender espresamente. Desde que el art. 2101 exceptúa al enajenante de volver el precio cuando, conociendo el peligro de la eviccion *renuncia* espresamente á la *responsabilidad del enajenante*, es claro que cuando esa renuncia espresa no existe se debe volver el precio.

La misma ley Romana citada como concordante de nuestro art. lo resuelve así: *Emtor autem sciens rei gravamen adversus venditorem, actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duple stipulationis, neque melioratione locum habente.*

Del mismo modo piensan el Dr. Segovia, nota 19, Leguizamón y Machado, nota 289. Véase tambien art. 3512.

2107—La obligacion que produce la eviccion es indivisible, y puede demandarse y oponerse á cualquiera de los herederos del enajenante; pero la condenacion hecha á los herederos del enajenante sobre restitution del precio de la cosa, ó de los daños é intereses causados por la

evicción, es divisible entre ellos. (Concuérda con los arts. 686 y nota del codificador á dicho art.—688—689—1329—1745—2181.)

CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 1628, n. 7—Pothier, núms. 104 y sigtes.—Aubry y Rau, § 355, nota 5 á 8—Troplong, núms. 434 y sigtes.—Duvergier, n. 355—Revista de Legislación, tom. 11, p. 318 y sigtes.)—Cód. de Chile, 1840—Laurent, tom. 24, n. 213 y siguientes—Nota del codificador al art. 673.

Es divisible entre ellos: ¿Esta divisibilidad importa, disponer que después de la condenación, el adquirente solo puede exigir la indemnización de cada uno de los herederos en proporción de su porción hereditaria? ¿puede el acreedor exigir el pago de uno solo de los herederos para que el pagador exija después las respectivas cuotas á sus coherederos? El alcance del art. es el siguiente: la citación de evicción para el efecto de conservar el adquirente sus derechos contra el enajenante ó sus herederos, en caso de no poder dejar al primero en posesión de lo adquirido, es indivisible en el sentido de que, condenado uno de los herederos, el citado de evicción, por ejemplo, esa condenación basta para responsabilizar á todos los herederos por el precio de lo enajenado y por la indemnización de daños y perjuicios. (Véase comentario al art. 2110). Pero una vez que el enajenante va á hacer efectiva esa responsabilidad, la obligación se hace divisible en proporción á sus partes hereditarias y el acreedor tendrá que hacerla efectiva en esa misma proporción de cada uno de los herederos, porque, como dice el codificador en la nota al art. 686: "Las reglas sobre el pago de las obligaciones indivisibles cesan, desde que esta obligación se resuelve por inejecución de ella, en pago de pérdidas é intereses, porque las pérdidas é intereses consisten siempre en una suma de dinero, y constituyen, por consiguiente, una prestación divisible."

Aubry y Rau, en el texto citado por el codificador y de quien tomó el art. que estudiamos, después de la primera parte de nuestro art., agregan: "Pero si el heredero citado (de evicción) no puede hacer cesar la turbación, no puede ser condenado sino por su parte hereditaria, á la restitución del precio de los daños y perjuicios del adquirente evincido."

El el mismo sentido se expresa Laurent, tom. 24, n. 214, y el Cód. de Chile, lugar citado.

A la muerte del enajenante, el adquirente tendrá derecho, para evitar dificultades en el pago, pedir la separacion del patrimonio del difunto del de los herederos (art. 3433). Conseguido esto, la accion para la ejecucion de la condena podrá seguirla contra el mismo heredero citado de eviccion, salvo lo dispuesto en las leyes de procedimiento sobre la notificacion de la accion de separacion.

Este derecho de separacion lo tendrá el evincido aun antes de que se resuelva la demanda del tercero que dió lugar á la accion de eviccion (art. 3434).

2108—El enajenante debe salir á la defensa del adquirente, citado por éste en el término que designe la Ley de Procedimientos, en el caso que un tercero le demandase la propiedad ó posesion de la cosa, el ejercicio de una servidumbre ó cualquier otro derecho comprendido en la adquisicion, ó lo turbase en el uso de la propiedad, goce ó posesion de la cosa. (Concuerta con los arts. 1414—1515—2091—2109—2110.)

CONCORDANCIAS

(LL. 32, y siguientes, tít. 5, P.^a 5.^a)—Cód. de California, 1610—Frances, 1648—Cód. de Chile, 1843—Fallos de la S. C., Série 2, tom. 2, p. 257—Id. de la Capital de la República, 2, p. 345—Tom. 4, p. 494—Id. de los T. de Córdoba, tom. 3, p. 402—Concordancias y comentario al art. 2110.

En el término que designe, etc., etc.: La Suprema Corte de la Nacion, fallo citado, ha declarado que la citacion de eviccion no puede hacerse en segunda instancia.

Sobre la prescripcion de la accion véase arts. 3513—4038—4040 y 4041.

2109—El adquirente de la cosa no está obligado á citar de eviccion y saneamiento al enajenante que se la trasmitió, cuando hayan habido otros adquirentes intermediarios. Puede hacer citar al enajenante original, ó á cualquiera de los enajenantes intermediarios. (Concuerta con los arts. 1196—2096—2108—3154—3266 á 3268.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 437—Pothier, venta, n. 149—Cód. de Chile, 1841.

2110—La obligacion que resulta de la eviccion cesa si el vencido en juicio no hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante, ó si hubiere hecho la citacion, pasado el tiempo señalado por la Ley de Procedimientos. (Concuerta con los arts. 1530—3107—2108—2111—2113.)

CONCORDANCIAS

(LL. 82 y 36, tit. 5, P. 5.º)—Freytas, 3524, inc. 6—Los concordantes del art. 2108—Goyena, 1404—Cód. de Portugal, 1052, inc. 1—de California, 2027, inc. 2—Fallos de los T. de Córdoba, tom. 8, p. 402.

No hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante: Ó á uno de sus herederos, en caso de muerte de éstos (art. 2107). Si la enajenacion ha sido hecha por una sociedad, la citacion á uno de los socios es bastante para responsabilizar á la sociedad. (Fallos de la C. de la C. de la R., tom. 4, p. 376).

Si el cesionario sostiene pleito con el deudor sin hacer citar al ausente, pierde el derecho de garantía que tiene contra éste. (Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 1, p. 132).

Hecha la citacion al enajenante, el adquirente puede seguir el asunto ó no; pero no puede obligar al primero á que tome participacion en el juicio. Se presente ó no en juicio su responsabilidad es siempre la misma. (Véase Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 404).

2111—No tiene lugar lo dispuesto en el artículo anterior, y el enajenante responderá por la evicción, si el vencido en juicio probare que era inútil citarlo por no haber oposicion justa que hacer al derecho del vencedor. Lo mismo se observará cuando el adquirente, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociese la justicia de la demanda, y fuese por esto privado del derecho adquirido. (Concuerda con los arts. 2035—2036—2110—2113, última parte.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, Venta, n. 96—Troplong, Venta, n. 415)—Freytas, núms. 3525 y 3527.

Por no haber oposicion justa, etc. etc.: El hecho de que el adquirente ignorase que el enajenante tenía alguna escepcion especial que oponer al demandante, no sería una razon para responsabilizar al segundo cuando no habia sido citado por el primero.

Todos estos inconvenientes se evitan citando con tiempo al enajenante. (Véase Delsol, tom. 3, p. 221.)

2112—La obligacion por la evicción cesa tambien si el adquirente, continuando en la defensa del pleito, dejó de oponer por dolo ó ne-

gligencia las defensas convenientes, ó si no apeló de la sentencia de primera instancia, ó no prosiguió la apelacion El enajenante, sin embargo, responderá por la eviccion, si el vencido probare que era inútil apelar ó proseguir la apelacion. (Concuerdá con los arts. 1482—2034—2111 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1497 y 1640—Ley 36, tit. 5, P.^a 5^a.—Troplong, sobre el art. Frances citado)—Freytas, 3524—Delsol, tom. 3, p. 221—Laurent, tom. 24, n. 202—Fallos de los T. de Córdoba, tom. 4, p. 376.

Adviértase que el enajenante está en primer término obligado á defender los derechos del adquirente (art. 2108), y que en el adquirente es voluntario seguir ó no el pleito. De aquí se sigue que, citado de eviccion el enajenante, el adquirente puede desistir de sostener el asunto dando cuenta de esto al enajenante, sin responsabilidad alguna por este desistimiento. Pero cuando al enajenante no le es posible tomar inmediatamente la participacion necesaria en el juicio, el adquirente debe tomar todas las medidas urgentes del caso.

Cuando se ha convenido con el enajenante que el adquirente salga á la defensa, es indispensable que este último le comuniqué con tiempo al primero su resolucion de no seguir con el asunto, para que éste pueda tomar las medidas necesarias de la prosecucion del juicio.

Tanto el art. que estudiamos como el anterior, se refieren, no solo al caso en que el enajenante no ha sido citado de eviccion, sino tambien al caso en que ha sido citado, pero que el adquirente ha seguido en la defensa con consentimiento del primero.

En el primer caso, el enajenante no puede recibir perjuicio por una falta que solo es imputable al que lo sufre, por no haberle notificado de las pretensiones de los terceros, y en el segundo, bien ha podido confiar en que el adquirente defenderá debidamente sus intereses, descuidándose por esta causa de tomar las medidas necesarias.

El adquirente obra en cierto modo como mandatario del enajenante, y en este concepto es responsable de su propia falta.

Véase, sin embargo, lo dicho en el comentario al art. anterior.

2113—Cesa igualmente la obligación por la evicción, cuando el adquirente, sin consentimiento del enajenante, comprometiese el negocio en árbitros, y éstos laudasen contra el derecho adquirido. (Concuerda con los art. 1482—2091—2110 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(L. 36, tit. 5, P. 5.ª.—LL. 56 y 63, Dig., *De evict.*)—Freytas, 3532—Cód. de Chile, 1846, inc. 1—Cód. de California, 1627, inc. 6.

No cesará la obligación por la evicción cuando el adquirente estableciere la prueba de que hablan los arts. 2111 y 2112, última parte.

2114—La evicción cuando se ha hecho un pago por entrega de bienes, sin que reviva la obligación estinguida, tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor. (Concuerda con los arts. 783—855—1325—2050).

CONCORDANCIAS

Freytas, 3519—inc. 1, Las concordancias del art. 783.

El presente art. es una repetición del 783.

Sin que reviva la obligación estinguida: Por consiguiente, las hipotecas y demás seguridades dadas para la obligación y que se estinguieron por la dación en pago no vuelven á revivir, aunque el pago se hubiese hecho con reserva de esas seguridades, puesto que estinguida la obligación principal se estingue necesariamente la accesoria. Esto no quita que el acreedor, por convenio expreso con el enajenante y el que da la garantía, haga continuar las seguridades dadas para la antigua obligación; pero en tal caso ésta es ya una obligación distinta, pues es puramente de garantía por la evicción de la cosa dada é independiente de la antigua obligación.

2115—En las transacciones, la evicción tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor respecto á los derechos no comprendidos en la cuestión sobre la cual se transigió; pero no en cuanto á los derechos litigiosos ó dudosos que una de las partes reconoció en favor de la otra. (Concuerda con los arts. 783—835—836—854—855.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 768—Pothier, 645 y sigs.—L. 33, Cód. Rom. *De transact.*—Freytas, 3519, inc. 2—Véase nota del codificador al art. 854—Aubry y Rau, § 421, nota 18.

No comprendidos en la cuestion sobre la cual se transigió: Es decir, respecto de lo que una de las partes haya entregado en virtud de una cláusula de la transaccion, pero que no sea lo mismo que ha dado lugar á ella y que se haya trasferido como de propiedad del tradente. (Véase art. 855).

Supóngase, por ejemplo, que la transaccion versa sobre mejor derecho al inmueble *A*. Por la transaccion una de las partes cesa en su pretension y recibe de la otra el inmueble *B* como condicion impuesta para renuncia del derecho que cree tener sobre el inmueble *A*. En este caso, el art. resuelve que el que queda con el inmueble *A* no tendrá derecho de garantía por la eviccion; pero el que recibe el inmueble *B* tendrá derecho de garantía contra el tradente como la tiene todo comprador. (Véase nuestro comentario al art. 836).

2116—En los casos no previstos en los capitulos siguientes, la eviccion tendrá los mismos efectos que en aquellos con los cuales tenga mas analogia. (Concuerta con los arts. 16—1531—3513—4023—4040 y 4041.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3518.

Que en aquellos con los cuales tenga mas analogia: Se refiere al contrato por el cual se ha trasmitido la cosa objeto de la eviccion.

2117—Cuando el adquirente venciere en la demanda de que pudiera resultar una eviccion, no tendra ningun derecho contra el enajenante, ni aun para cobrar los gastos que hubiere hecho. (Concuerta con el art. 2133, inc. 2°.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3535—Goyena, 1401.

Cuando el enajenante venciere: Luego, cuando fuere vencido deberá el enajenante restituirle lo que haya gastado con motivo del asunto (argto. del art. 2133, inc. 2). No sería justo que siendo privado de su propiedad, el enajenante no le pague lo que ha gastado legítimamente por defenderse. Cuando gana es distinto puesto que el enajenante no ha tenido culpa alguna en esos gastos desde que el demandante no tenía derecho; en tal

caso esos gastos se puede decir que son inherentes á su título de propietario; no ha hecho más que defender lo que era suyo y que sin derecho se lo querían quitar. Casi todos los Códigos están conformes en hacer pagar al enajenante los gastos hechos por el adquirente en el juicio en que ha sido vencido. Entre éstos, están el Cód. Frances, 1630, inc. 3—Goyena, 1401—Freytas, 3538, inc. 3—Cód. de California, 1612, inc. 3—de Portugal, 1047 inc. 2—Italiano, 1486, inc. 3, etc., etc.

Es entendido que los gastos del pleito no serán pagados por el enajenante en los casos de haberse perdido éste por su culpa, en los casos de los arts. 2110, 2112 y otros así.

CAPITULO I

De la evicción entre comprador y vendedor

2118—Verificada la evicción, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido por él, sin intereses, aunque la cosa haya disminuido de valor, sufrido deterioros ó pérdidas en parte, por caso fortuito ó por culpa del comprador. (Concuerda con los arts. 1053—1329 —2100—2119 y siguientes—2127—2431.)

CONCORDANCIAS

(L. 32, Tit. 5, Part. 5.—Cód. Frances, arts. 1630 y 1631—Italiano, 1486 y 1487—Holandes, 1530—Napolitano, 1476—de Luisiana, 2482—Véase Troplong, n. 489—Duranton, tom. 16, n. 234—Aubry y Rau, § 355)—Freytas, 3538, inc. 1°—Goyena, 1401—Cód. de Chile, 1847, inc. 1°—Laurent, tom. 24, núms. 234 y 235—Fallos de la S. C., Serie 2, tom. 8, p. 332.

Debe restituir al comprador el precio recibido: Excepto en los casos del art. 2101 (Véase comentario al art. 2106). Tampoco puede pedir restitución del precio el comprador de mala fe que compró sabiendo que la cosa no pertenecía al vendedor (art. 1329, última parte).

Las palabras: *el precio recibido por él* deben entender como refiriéndose á cuando el vendedor es citado de evicción por el mismo á quien él vendió y no cuando es citado por un segundo ó tercer adquirente.

Así, por ejemplo, Pedro vende á Diego un inmueble en 10,000 pesos; Diego lo vende á Juan en 8,000 pesos: sucede la evicción. Juan en vez de citar de evicción á Diego, haciendo uso del derecho acordado por el art. 2109, cita á Pedro, primitivo

vendedor. En este caso decimos: Juan no puede reclamar de Pedro lo que éste recibió de Diego, es decir 10,000 pesos, sino únicamente 8,000, que es lo que él ha desembolsado.

“El comprador evincido, dice Laurent, tom. 24, n. 237, no puede reclamar mas que el precio que él ha pagado: ese precio es el que él ha pagado sin causa, luego esto es lo único que puede reclamar. Vanamente se dirá que es cesionario de los derechos del primitivo comprador y que á este título puede ejercer todos sus derechos; es cierto que el comprador que revende cede al subadquirente su derecho á la garantía, pero no le cede los efectos que la garantía producirá á su favor si fuese evincido; desde que no es evincido no puede ceder los derechos que nacen de la eviccion efectuada; es el subadquirente el que es evincido, luego es en su persona que nacen los derechos que da la eviccion.”

“Lo mismo sucederá aun cuando el subadquirente se hubiese hecho subrogar en los derechos de su vendedor; esta subrogacion no le daria otro derecho que la venta, pues en el momento en que vende él no tiene sino un derecho, el de garantía en caso de eviccion. Los efectos de la garantía se determinan por la situacion del que es evincido, es decir, del subadquirente. Esto es evidente respecto á los daños é intereses que él puede reclamar por los gastos útiles que hubiese hecho; es tambien evidente respecto al precio que él ha pagado.”

Del mismo modo piensan Aubry y Rau, § 355, nota 28, de quienes el codificador tomó su art.: “Un adquirente subsiguiente, dicen, que dirigiera, *omisso medis*, su accion en garantía contra el vendedor primitivo, no podria repetir *un precio superior al que él ha pagado*, aun cuando lo haga en virtud de una subrogacion espresa á los derechos de su vendedor que hubiese pagado un precio mas elevado.” Estos autores van de acuerdo con Troplong, Duvergier y otros allí citados.

Nuestros arts. 1477 y 1479 sancionan de una manera espresa el principio que sostenemos cuando se trata de la cesion de un crédito cuyo valor nominal es mayor que el pagado por el cesionario. Hay mas: el art. 2157 declara que las relaciones entre el cedente y cesionario, en caso de eviccion, son determinados por lo dispuesto para el comprador y vendedor; luego, si el art. que estudiamos se interpretase en sentido contrario al que lo ha-

ceмос, resultaría en contradicción dicho art. 2157 con el 1477 y el 1479 citado.

Por otra parte, la pérdida sufrida por el primer adquirente por la diferencia entre el valor de la compra y el de su venta, no tiene absolutamente nada que ver con las consideraciones especiales que el vendedor haya tenido para vender por ménos precio.

Cuando el precio pagado por el segundo adquirente es mayor que el pagado por él primero, el vendedor primitivo solo estará obligado á reembolsar lo que él ha recibido, ya sea citado por el primero ó por el segundo adquirente.

Si el que cita de evicción es el primer adquirente por haber sido citado á su vez por el segundo, aunque la segunda venta sea por un precio inferior, aquél podrá cobrar de su enajenante lo que realmente le haya pagano.

Sin interés: Estos solo corren desde que el adquirente fué privado de la posesión, porque desde entonces cae el vendedor en mora de restituir el precio.

O por culpa del comprador: Para el caso en que ha sacado provecho de esta distinción, véase lo dicho en el art. 2124 y su comentario.

2119—El vendedor está obligado también á las costas del contrato, al valor de los frutos, cuando el comprador tiene que restituirlos al verdadero dueño, y á los daños y perjuicios que la evicción le causare. (Concuerda con los arts. 519—520—1329—2122—2133—2134.)

CONCORDANCIAS

Las citas del art. anterior—Fallos del Dr. Molina Arrotea, tom. 2, p. 111—Freytas, 3538, incs. 2 á 4.

Cuando el comprador tiene que restituirlos: Respecto á los casos en que el comprador debe restituir los frutos se estará á lo dispuesto en los arts. 2423 y sigtes. (Véase también lo dicho en el art. 2124.

Téngase presente lo dispuesto en el art. 1329.

Y los daños y perjuicios: Los cuales se determinarán con arreglo á lo dispuesto en el art. 2121.

Todo cuanto el comprador de buena fe tenga que desembolsar con motivo de la evicción si no vence en el juicio tiene que ser reembolsado por el vendedor.

2120—Debe tambien el vendedor al comprador, los gastos hechos en reparaciones ó mejoras que no sean necesarias cuando él no recibiese, del que lo ha vencido, ninguna indemnizacion, ó solo obtuviese una indemnizacion incompleta. (Concuerda con los arts. 591—1329—2123—2427—2429—2430—2440—2441.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 355, nota 31)—Freytas, 3542, 2.ª parte—Cód. de California, 1612, inc. 4, y 1613, inc. 2—Goyena, 1401—Marcadé, al 1632, n. 5.

O mejoras que no sean necesarias: Es decir, las voluntarias, si el vendedor es de mala fe (art. 2123) y las útiles aunque el vendedor sea de buena fe (art. 2444 y sus concordantes) y que existan aumentando el valor de la cosa, Laurent, tom. 24, n. 248, p. 246.

Respecto á las necesarias se estará tambien á lo dispuesto en el art. 2240.

Pero en caso de que, por cualquier circunstancia, el Juez no ordenare que las necesarias ó títulos se paguen por el vendedor el enajenante tendrá que abonárselas al adquirente. Tal es el alcance de este art., en cuya redaccion se ha separado el codificador de los Códigos citados. (De acuerdo Dr. Segovia, nota 25).

Véase principio del comentario al art. siguiente.

2121—El importe de los daños y perjuicios sufridos por la eviccion, se determinará por la diferencia del precio de la venta con el valor de la cosa el día de la eviccion, si su aumento no nació de causas extraordinarias. (Concuerda con los arts. 1489—2128—2444.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, arts. 1449, y 1633 y sobre él, Troplong—LL. 8, 65 y 70, Tit. 2, Lib. 21, Dig., LL. 43 y 45, Tit. 1, Lib. 19, id.—Marcadé, sobre el art. 1632 y siguientes, n. 5—Maynz, § 297)—Freytas, 3542, 1.ª parte—Mourlon, tom. 3, n. 584—Aubry y Rau, § 355, nota 36.

Si su aumento no nació de causas extraordinarias: É independiente del mayor valor por las mejoras que hizo, pues de ese pago se trata en el art. 2120. El mayor valor que la cosa haya adquirido únicamente por las mejoras hechas, se considera pago con solo pagar el valor de esos gastos; y aunque este mayor valor sea mas que el que se ha gastado, creemos que el

enajenante no estará obligado á pagar mas que el valor de las mejoras, si ese aumento es único é esclusivamente causado por las mejoras. (Véase comentario al art. 2123 y Cód. de Chile, 1849).

1º Concretándonos ahora á las palabras que estudiamos, preguntaremos: ¿qué se entiende por causa extraordinaria? ó mas bien dicho: ¿cuándo el aumento es por causas ordinarias y cuándo por causas extraordinarias?

Puesta la cuestion en estos términos, creemos que la solucion es fácil. Todos sabemos que la propiedad territorial se ha centuplicado de diez años á esta parte. ¿Por qué se ha eperado este aumento? Por causas ordinarias propias de todo país nuevo y rico como el nuestro, como es el aumento de la poblacion, el mayor desarrollo en las transacciones bancarias, etc., etc. Un vendedor de ahora 6, 7, 10 ó mas años, tendria, pues, que indemnizar al evincido este mayor valor que ha tomado la propiedad en relacion al precio á como se vendia en aquellos tiempos, porque éstos no son aumentos por causas extraordinarias, sino por causas ordinarias.

Pero si el aumento venía por el establecimiento de un puerto, por la apertura de un canal, la construccion de un ferrocarril, el mayor valor que extraordinariamente tomasen los terrenos adyacentes á esas construccion, no serian pagables al adquirente vencido, puesto que ese aumento no seria por la accion conjunta de los factores que traen el aumento en general y relativo á cada localidad. Este mayor valor vendria por una causa extraordinaria, cuyo beneficio no es general, por lo menos relativamente al que reciban los propietarios que casualmente son dueños de los terrenos adyacentes. (Véase sobre estas cuestiones á Marcadé, tom. 6, n. 5, p. 289).

2122—En las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino á restituir el precio que produjo la venta. (Concuerta con los arts. 2171—2180—3196—3840.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 1851)—Laurent, tom. 24, núms. 226 y 227—Véase Freytas, 3520—Troplong, n. 522, sobre el art. 1633 Frances.

El precio que produjo la venta: De suerte que aunque

la cosa haya aumentado de precio, el enajenante no está obligado á pagarlo.

El adquirente no puede exigir la restitucion del precio pagado del acreedor ejecutante, aun cuando el ejecutado ó enajenante sea insolvente.

La ley solo habla de restitucion del vendedor, y el ejecutante no es vendedor, por mas que él haya provocado con su ejecucion la venta; esta es una gran cuestion entre los jurisconsultos franceses, por no haber decidido el Cód. Frances este punto de un modo claro como lo ha resuelto el nuestro (Laurent, lugar citado.)

1º Supóngase que la venta se hace en remate por cuenta del Fisco, por pertenecer, por ejemplo, á una herencia vacante. Tiene lugar la eviccion, ¿cuál es la responsabilidad del Fisco en este uso? “El fisco solo responde por la suma que importen los bienes”, dice la última parte del art. 3589. Pero este inciso se refiere á la responsabilidad para con los dueños de esos bienes en caso de aparecer algunos y no á la responsabilidad respecto al comprador.

Pensamos que, vendiéndose los bienes como vacantes, la responsabilidad del Fisco será únicamente por el precio de la venta, sin indemnizacion de daños y perjuicios.

En efecto, el Fisco adquiere la propiedad de esos bienes en la suposicion de que no tienen dueño, y como tal los vende; es un derecho en cierto modo condicional el del Fisco, de que si los bienes no tienen dueño; la venta entonces se supone que es tambien bajo la condicion de que no aparezcan otros dueños, y bajo este supuesto es que el comprador del Fisco adquiere su propiedad. En la venta no se invoca un título de propiedad incontrovertible, puesto que el origen mismo de esa propiedad le quita este carácter. El adquirente sabe, ó por lo menos, se supone que conoce esta circunstancia, es decir, que la propiedad del vendedor está sujeta á una accion de reivindicacion.

Otra cosa será cuando el Fisco vende una propiedad cuyo título es irrevocable, y la vende en tal sentido; entonces queda como en el caso de la venta de un particular.

2123—El vendedor de mala fe que conocia, al tiempo de la venta, el peligro de la eviccion, debe á eleccion del comprador, ó el importe del mayor valor de la cosa, ó la restitucion de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de lujo ó de mero

placer. (Concuerda con los arts. 931 á 933—1329—1480—2099—2106—2119—2146, inc. 2—2147—2169—2176.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1635—Holandes, 1535—Italiano, 1491—Napolitano, 1481—Aubry y Rau, lugar citado—Ley 9, Código Romano, *De Evict.*)—Cód. de California, 1613—Laurent, tom. 24, n. 249.

O el importe del mayor valor de la cosa ó la restitución de todas las sumas, etc., etc.: Este art. viene á confirmar lo que decíamos en el comentario al 2120 respecto al valor de las mejoras útiles, y el aumento de valor que ha tomado la cosa por ocasion de esas mejoras, pero cuyo aumento es mayor que la suma gastada.

Allí decíamos que el vendedor de buena fe debía pagar al adquirente lo gastado en mejoras útiles, pero nada mas que lo gastado y no el aumento que fuera de ese valor hubiera adquirido la cosa en razon de esos gastos, é independiente de lo dispuesto en el art. 2121. Decimos que el presente art. confirma esto al legislar espresamente para el vendedor de mala fe, y haciéndole cargar aun con ese aumento relativo á los gastos.

Así, por ejemplo, lo gastado importa 1,000 pesos, y el mayor valor que esos gastos han dado á las cosas es de 2,000 pesos, fuera del aumento de valor que por la accion del tiempo ha adquirido la cosa. En este caso, el presente art. da derecho al vencido para cobrar los 1,000 pesos que ha gastado, los 1,000 en que la propiedad ha aumentado, y á el mayor valor calculado en la forma del art. 2121.

El vendedor de buena fe solo estaria obligado á pagar la primera partida, 1,000 pesos (art. 2120) y la tercera, es decir, el mayor valor adquirido, no por los gastos, sino por causas ordinarias (art. 2121).

Viceversa; los gastos son 2,000 pesos, y el mayor valor que con esto ha adquirido la cosa solo representa un valor de 1,000 pesos. En la primera hipótesis el adquirente, haciendo uso de la facultad de eleccion que le acuerda este art. indudablemente cobrará los 2,000 pesos que es el importe *del mayor valor de la cosa*, como dice la ley, porque es lo que mas le conviene; pero en la segunda obstará por el pago de los 2,000 pesos que es el

valor de *todas las sumas gastadas*, entrando tambien aun los gastos de lujo y de mero recreo.

"Si estos trabajos representan un gasto superior al mayor valor que la cosa adquiere con ellos, no se puede argumentar, dice Laurent, con Pothier, que el acreedor ha hecho una locura; él ha debido creerse propietario, y él obra como tal; luego, legalmente el propietario no hace locuras, pues ha tenido derecho de hacer lo que ha hecho para aumentar sus comodidades. ¿Es en este sentido, continúa el mismo autor, que el art. 1635 dice que el vendedor debe reembolsar al comprador *todos los gastos*? la ley no habla aquí de mejoramientos útiles, como en el caso del art. 1634."

Lo mismo sucede en nuestro derecho; el art. 1634 Frances está representado en nuestro Cód. por el 2120, y el que estudiamos equivale al 1635 Frances.

2121—El vendedor tiene derecho á retener de lo que debe pagar, la suma que el comprador hubiere recibido del que lo ha vencido, por mejoras hechas por el vendedor ántes de la venta, y la que hubiere obtenido por las destrucciones en la cosa comprada. (Concuerda con los arts. 1517—1529—2174.)

CONCORDANCIAS

(Regla 17, Tit. 34, Part. 7^a.—Véase Cód. Frances, art. 1632, y Troplong, sobre dicho art.—Aubry y Rau, § citado)—Freytas, 3541—Cód. de California, 1619 y 1620.

Y la que hubiere abonado por las destrucciones en la cosa comprada: El Cód. Frances, citado, lo mismo que Aubry y Rau, hablan solo de los beneficios que el adquirente pudo haber obtenido de las degradaciones causadas en la cosa por un uso abusivo.

En nuestros "Estudios sobre el Cód. Civil", propusimos se combinasen las palabras que estudiamos para dejar el art. en consonancia con los autores y Códigos citados.

Insistimos hoy en que el principio es adoptado por nuestra legislacion, pues está en su espíritu; pero las palabras que estudiamos pueden tener aplicacion en el caso en que, estando el adquirente en posesion de la cosa evincida un tercero le ocasione deterioros, cuyo importe le sea pagado.

En este caso, por lo mismo que él devuelve la cosa en el es-

tado en que se encuentra, justo es que eso que ha recibido del tercero que ha destruido la propiedad le sea descontado al pagársele el valor de la compra de la cosa evincida.

Fuera de este caso no pueden tener otra aplicacion las palabras copiadas.

2125—En caso de evicción parcial, el comprador tiene la elección de demandar una indemnización proporcionada á la pérdida sufrida, ó exigir la rescisión del contrato, cuando la parte que se le ha quitado ó la carga ó servidumbre que resultase, fuere de tal importancia respecto al todo, que sin ella no habria comprado la cosa. (Concuerda con los arts. 1328—1345 á 1347—1531—2093—2126—2127—2174—2175—2176—2178—2179.)

CONCORDANCIAS

(Véanse L. 35, Tit. 5, Part. 5ª.—Cód. Frances, arts. 1696 y 1698—Italiano, 1492 y 1491—Napolitano, 1482—De Luisiana, 1487)—Goyena, 1402—Aubry y Rau, § 355, p. 381—Freytas, 3544—Cód. de Portugal, 1049—Italiano, 1492—de California, 1621.

Proporcionada á la pérdida: Véase sobre esto lo dispuesto en el art. 2127.

O la carga ó servidumbre que resultase: Para ejercer por esta causa el derecho que acuerda el art. es necesario que esas cargas ó servidumbres no sean aparentes (arts. 2104 y sus concordantes, Marcadé, tom. 6, p. 291).

Que sin ella no habria comprado la cosa: Esta es una cuestion de apreciación que el Juez resolverá teniendo en consideración el valor de lo eviccionado, ó el de las cargas que aparecieren, y el objeto para que la cosa fué comprada. Si desde luego se ve que la cosa ha sido comprada con un destino especial, al cual no se puede destinar por faltar la parte quitada ó por impedirlo la servidumbre ó carga á que se hallare sujeta, el derecho del comprador á disolver la venta será indudable.

2126—Lo mismo se observará cuando se hubiesen comprado dos ó mas cosas conjuntamente, si apareciere que el comprador no habria comprado la una sin la otra. (Concuerda con los arts. 2093—2125—2177.)

CONCORDANCIAS

Goyena, 1402—Freytas 3544—3590 á 3593—Cód. de California, 1622—de Portugal, 1050.

No hubiera comprado la una sin la otra: Comprándose varias cosas conjuntamente, la prueba ó la demostración de que el adquirente no habría comprado una sin la otra, para dejar sin efecto el contrato, es indispensable, sea que la venta se haga por un solo precio todas las cosas ó por un precio cada una de ellas. El art. 2177 es terminante sobre esto. (En contra, Dr. Segovia, nota 32.)

Pero si la compra no ha sido conjuntamente, la adquisición de cada cosa representa una venta distinta, de modo que la evicción de la una no influye en nada respecto á la estabilidad de los otros contratos.

Se entiende que las cosas son compradas *conjuntamente*, cuando se hacen comprender una misma denominación: así, por ejemplo, si se dice: compro cien objetos que se encuentran depositados en tal ó cual parte; ó si se dice: tal rebaño que comprende tantos animales de tal raza ó clase y tantos de tal otra, habrá una venta de cosas compradas conjuntamente, en el sentido de nuestro artículo.

2127—Habiendo evicción parcial, y cuando el contrato no se rescinda, la indemnización por la evicción sufrida, es determinada por el valor al tiempo de la evicción, de la parte de que el comprador ha sido privado, si no fuese menor que el que correspondería proporcionalmente, respecto al precio total de la cosa comprada. Si fuese menor, la indemnización será proporcional al precio de la compra. (Concuerda con los arts. 2118—2121—2125—2178.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1637, y sobre él, Troplong—Aubry y Rau, § 355, nota 37)—Freytas, 3546.

El art. legisla el caso siguiente: Se compra una cosa por mil pesos, la evicción parcial recae sobre la mitad de lo comprado; á la época de la evicción la cosa vale 2,000 pesos. En este caso, el pago sería de 1,000 pesos porque el pago debe determinarse por el *precio de la cosa al tiempo de la evicción*.

Pero si la cosa solo vale 500, el pago será de 500, que representa la mitad del valor de la compra.

CAPITULO II

De la eviccion entre los permutantes

2128—En caso de eviccion total, el permutante vencido tendrá derecho para anular el contrato, y repetir la cosa que dió en cambio, con las indemnizaciones establecidas respecto al adquirente vencido sobre la cosa ó derecho adquirido, ó para que se le pague el valor de ella con los daños y perjuicios que la eviccion le causare. El valor en tal caso, será determinado por el que tenia la cosa al tiempo de la eviccion. (Concuerta con los arts. 1489—2121—2179.)

CONCORDANCIAS

(Véase el art. 2489—L. 4, tit. 6, P.^a 5.^a Zachariæ, § 695 y nota 7)—Freytas 3548 y 3551.

O para que se le pague el valor de ella: Esta parte del art. no condice con lo dispuesto en el 1489. Segun la letra del presente, el copermutante vencido puede exigir el valor de la que *dió en cambio*, al paso que por el 1489 dice el copermutante vencido tiene derecho á exigir su propia cosa ó el *valor de lo que se le hubiese dado*.

En nuestros "Estudios sobre el Cód. Civil", publicados el año 79, hacíamos notar esta contradiccion, y opinábamos que el presente debia someterse al 1489; y como se trataba en esa época de las reformas de nuestro Cód., tratábamos el punto como doctrina, aceptando la de aquel artículo.

"Por nuestra parte, decíamos, creemos que el copermutante vencido en la propiedad de la cosa que recibió en cambio, solo tiene derecho á pedir la que dió ó el valor de la que le dieron, con pago de daños y perjuicios. Nos basta para esto transcribir los autores citados en uno y otro artículo.

En el 1489 se cita el § 360 de Aubry y Rau, quiénes en la página 495, dicen: "Del principio de que los copermutantes son respectivamente obligados á trasferir la propiedad de las cosas que forman el objeto del contrato de cambio, resulta que si uno de los permutantes, despues de haber trasferido su cosa, se encuentra evincido de la que ha recibido, tiene la eleccion de obstar, ó por la ejecucion del contrato, y pedir, por consiguiente, el valor *de la que se le ha entregado*, calculada al momento de la evic-

cion, ó la resolucion del contrato exigiendo su propia cosa.

El art. 1705 Frances, Goyena 1471, disponen tambien lo mismo.

No habiéndose reformado en nuestro Cód. este pequeño defecto causado por la variedad de fuentes de donde han sido tomados ambos arts. (véase concordancias respectivas), tenemos que decir, á fuer de fieles intérpretes que las dos doctrinas están en vigencia en nuestro Cód., lo que no quita que pensemos que la del 1489 es la mejor y mas generalmente aceptada, con exclusion de la del art. que estudiamos.

2129—Si optare por la anulacion del contrato, el copermutante restituirá la cosa en el estado en que se halla, como poseedor de buena fe. (Concuerta con los arts. 2128—2179—2431—3426.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3549.

En el estado en que se halla: Pero si se ha aprovechado del deterioro, tendrá que pagárselos al formulante que entregó la cosa que sufrió la eviccion (arts. 2431, 3426 y Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 304). Debe tambien aplicarse en su caso lo dispuesto en el art. 2124.

El permutante que debe recibirla no adquiere derecho sobre ella mientras no se le haga tradicion.

2130—Si la cosa fué enajenada por título oneroso por el copermutante, ó constituyó sobre ella algun derecho real, el permutante no tendrá derecho alguno contra los terceros adquirentes; pero si hubiese sido enajenado por título gratuito, el permutante puede exigir del adquirente, ó el valor de la cosa ó la restitution de ella. (Concuerta con los arts. 967—970—1487 y su comentario—1488—2310—2778—2779.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 695, nota 9)—Freytas, 3550 y su concordante—Goyena, 1471—Cód. de California, 3065 y 3066—Duranton, tom. 16, n. 546—Laurent, tom. 24, n. 627.

Contra los terceros adquirentes: Pero si estos aun no habian pagado el precio de la enajenacion, el evincido podrá exigir que se la paguen á él (argto. del art. 2780).

¿Tendrá acción contra el tercero de mala fe? Ante todo, es necesario tener presente lo dicho en nuestro comentario al art. 1487, para no confundir la acción de reivindicación, con la que nace de la nulidad del contrato de permuta. La primera es sabido que se puede ejercer contra cualquier poseedor, influyendo la buena ó mala únicamente respecto á los frutos percibidos.

Por regla general, los actos anulados producen efecto contra terceros, en el sentido de dejar sin valor las adquisiciones hechas por ellos en virtud del acto anulado (arts. 599—787—1051, etc., etc.)

El hecho de que sea el contrato de permutación el que se anula, y no el de enajenación del permutante al tercero, no establece diferencia con respecto á los casos allí puestos.

Es la especialidad de la situación de los permutantes respecto á las propiedades transmitidas, la que hace establecer la diferencia entre este art. y los citados. En el caso previsto en nuestro art., no es propiamente nulidad de la permutación lo que se pronuncia: es únicamente la rescisión de un contrato por falta de cumplimiento de una de las partes lo que la ley declara. Ahora bien, la resolución del contrato por falta de cumplimiento no puede tener efecto respecto de terceros, como no lo tiene en general el cumplimiento de la condición (arts. 550 y 551 y sus comentarios).

Hé aquí la razón del art. al no dar al permutante vencido derechos contra terceros, como lo hacen los Códigos citados.

Esta protección que presta la ley á los derechos adquiridos por terceros, parece que indudablemente que no puede ir hasta proteger el fraude y la mala fe (arts. 968, sus concordantes—970, última parte—2671).

Creemos, pues, que el permutante vencido tendría acción contra los adquirentes de mala fe para recuperar la cosa dada en cambio.

No pudiéndose demandar la cosa de terceros adquirentes, le queda al vencido el derecho á demandar los daños y perjuicios, determinándose éstos con arreglo al art. 2121 y los gastos de que habla el art. 2120, lo mismo que el valor de la cosa, sin intereses (art. 2118).

2131—En caso de evicción parcial es aplicable lo dispuesto en el capítulo anterior respecto á la evicción parcial en el contrato de venta. (Concuerda con los arts. 1492—2125 á 2127—2180—Véase 2179.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3552—Cód. de California, 3067.

CAPITULO III

De la evicción entre socios

2132—El socio que hubiese aportado á la sociedad un cuerpo cierto, responderá en caso de evicción por la indemnización de las pérdidas é intereses que resultaran á la sociedad, ó á los otros socios. (Concuerda con los arts. 1701—2133—2135—2136—2180.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, Société, n. 537—Duvergier, n. 160—Zachariae, § 716, nota 4—Cód. Frances, 1845)—Freytas, 3569—Cód. de California, 2398—de Portugal, 1252.

De las pérdidas é intereses: Los que serán determinados con arreglo á lo dispuesto en los concordantes citados.

2133—Si por la evicción se disolviese la sociedad, el socio responsable pagará las indemnizaciones debidas á la sociedad por las pérdidas é intereses que la disolución le hubiere causado.

Si la sociedad continuase, el socio responsable pagará el valor del todo, ó de la parte de que la sociedad se halla privada, y á mas: 1º los gastos que la sociedad hubiese hecho, para recibir ó trasportar los bienes vencidos: 2º los costos del pleito con el vencedor: 3º el valor de los frutos que la sociedad hubiese sido obligada á pagar al vencedor. (Concuerda con los arts. 1725--1772—1773—2118—2119 y sigts. 2125 á 2127.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3570 á 3572.

Casi todos los Cód. que han seguido al Frances están de acuerdo con esta disposición, que solo la hacen referencia, en vez de enumerar las obligaciones como aquí, á las disposiciones que de-

terminan las consecuencias de la eviccion entre comprador y vendedor. (Véase los citados en el art. anterior.)

Por las pérdidas é intereses que la disolucion le hubiere causado: Esta indemnizacion, que es distinta á la de que habla la segunda parte de este art., no es con arreglo á los principios generales que rigen en materia de eviccion, particularmente cuando no es transmitida en propiedad la cosa de que la sociedad ha sido privada y que da causa á su disolucion, sino con arreglo á los principios sentados en el título de la Sociedad, y en los arts. 519 á 522.

El valor del todo: Determinado con arreglo al que tenía la cosa el dia de la eviccion.

Las costas del pleito con el vencedor: Pero si la sociedad fuese la vencedora, el socio que entregó la cosa no estará obligado por los gastos hechos en razon del pleito (art. 2117 y su comentario).

Si el socio que entregó la cosa fuese de mala fe, se aplicará lo dispuesto en el art. 2123.

2131—Los socios no tendrán derecho para continuar en la sociedad, obligando al socio responsable á sustituir los bienes vencidos por otros exactamente semejantes. (Concuerta con los arts. 1709—1710—1772—1773—2135—2136—2180.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3574, 1.^a parte.

Obligando al socio responsable, etc., etc.: Pero podrán continuarla con exclusion del socio de cuya prestacion fué privada la sociedad.

2135—Si la prestacion del socio de la cual la sociedad ha sido privada, consistiese en cosas muebles ó inmuebles destinadas á ser vendidas, el socio responsable está facultado á reemplazarlas por otras cosas exactamente semejantes. (Concuerta con los arts. 1704—2132—2134 y sus concordantes—2139.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 716, nota 4.)

Está facultado á reemplazarlas por otros: Si así lo

hace, la sociedad ni podrá disolverse ni escluir al socio dueño de la cosa de que ha sido privada. Si, no obstante esto, la sociedad se disuelve, ninguna responsabilidad le vendrá al socio.

Exactamente semejante: Si se puede conocer con exactitud el precio que la sociedad habria sacado de la cosa destinada á venderse, no vemos inconveniente en que el socio responsable reponga la cosa evincida con dinero, pues que en tal caso la sociedad recibe exactamente lo que debia recibir habiendo vendido la cosa que estaba destinada á venderse.

Es de advertir que este precio no se determinaria por el que tenía al tiempo de la eviccion, porque si la cosa estaba destinada á dejar un producto mayor, vendiéndose mas tarde, la sociedad recibiria perjuicio recibiendo menor precio que el que podria obtener vendiéndola en tiempo oportuno.

2136—Pero si la prestacion de que la sociedad ha sido privada consistiere en un cuerpo cierto, afectado á un destino especial por el contrato, el socio responsable no tiene derecho para obligar á los otros socios á aceptar la sustitucion de la cosa vencida por otra exactamente semejante. (Concuerda con los arts. 740—779—1705—2134.)

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Freytas, 3574, inc. 3.

2137—Si la prestacion del socio fuere el usufructo de un inmueble, la eviccion lo obliga como al vendedor de frutos, y pagará á la sociedad lo que se juzgue que valia el derecho del usufructo. (Concuerda con los arts. 1703 á 1706.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3564, inc. 2—3565 y 3571, inc. 4.

Lo que se juzgue que valia el derecho de usufructo: Y los demás gastos que la sociedad hubiese hecho (art. 2133, ncs. 1, 2 y 3). Reemplazando el socio la renta de que la sociedad ha sido privada por la eviccion de los bienes destinados á producirla, no podrán, ni escluir al socio, ni disolver la sociedad por esta causa, ni exigir otra indemnizacion que lo desembolsado por la sociedad con motivo de la eviccion (argto. contrario del art. 2136), porque no siendo éste un cuerpo cierto afectado

á un destino especial, no hay perjuicio en el cambio (art. 2135).

El socio podrá reemplazar los bienes quitados por una cantidad de dinero que produzca la misma renta que el inmueble evincido; no bastará pues que pague la misma renta si no afecta especialmente el capital productivo de ella, porque no es lo mismo que ese capital lo posea la sociedad como una garantía ó que lo posea el socio obligado á la renta.

Cuando decimos que la sociedad posea el capital, queremos únicamente manifestar que la sociedad posea los títulos que dan la renta, el vale de depósito en un Banco, por ejemplo.

Así, si es un inmueble el evincido, y el socio reemplaza la renta con cédulas hipotecarias ú otros títulos productores de renta, esas cédulas ó títulos deben estar en poder de la sociedad como lo estaba el inmueble, para que la sociedad tenga la suficiente garantía de no ser privada de la renta.

2138—Si la prestación consistía en el uso de una cosa, el socio que lo concedió no es responsable á la evicción, sino cuando al momento del contrato sabía que no tenía derecho para conceder el uso de ella. Debe sin embargo ser considerado como el socio que ha dejado de aportar la cosa que se obligó. (Concuerda con los arts. 1525—1526—1706—1721—1772—1773.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, *Du Prêt.*, n. 189—Troplong, n. 154—Zachariæ, § 725, nota 6).

No es responsable á la evicción: Lo que no quita que pague los daños y perjuicios causados á la sociedad, como el socio que ha dejado de aportar la cosa á que se obligó, pues como tal se le considera segun la última parte del art. que estudiamos. Esos daños y perjuicios no se regulan con arreglo á lo dispuesto sobre la evicción, sino con arreglo á los principios generales que rigen las obligaciones de dar que no fuesen modificados por el tit. "De la Sociedad."

2139—Si la prestación del socio fué de créditos, el socio responsable está obligado á la sociedad por la evicción, como si él hubiese recibido el valor de los créditos. (Concuerda con los arts. 1707—1771—2135.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3578.

Como si él hubiese recibido el valor de los créditos: Desde el momento de la evicción es responsable por los intereses y los daños y perjuicios provenientes de su mora en reemplazar con dinero el valor del crédito que la sociedad ha perdido.

En el caso de este art. rige lo dispuesto en el 2135.

Le serán aplicables también las reglas sobre la cesión de créditos, porque en el caso propuesto la sociedad es cesionaria del socio (art. 1707, citado). La responsabilidad del socio será en tal caso la del valor nominal del crédito, salvo convención en contrario, pues si esa convención no existe se supone que la prestación es por ese valor (art. 1707, segunda parte).

Pero si es aportado á la sociedad por un valor menor que el nominal, sea que el resto deba ser percibido por el socio ó que se haya cedido en parte por considerar inculcable el resto, la sociedad solo puede responsabilizarlo por el valor por que se entrega á la sociedad, y no por la diferencia entre este valor y el nominal (argto. del art. 1477).

Si el socio cedente era de mala fe por saber que el crédito no era propio, aunque solo haya garantido el cobro de una parte del crédito bajo condición de que si se cobra mas sea para la sociedad, ésta podrá exigir el valor nominal (art. 1478).

CAPITULO IV

De la evicción entre los copartícipes

2110—Lo dispuesto sobre los enajenantes y adquirentes en general, es aplicable á la evicción entre los copartícipes. (Concuerda con los arts. 2090—2096—2097—2119—3505 á 3513.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3575—Cód. Frances, 884—Chabot, sobre dicho art.

Es aplicable á la evicción entre copartícipes: Ménos lo dispuesto en los arts. 2106 y 2171, en razón de lo prescrito en el art. 4512.

2141—En caso de evicción de los bienes divididos por causa anterior á la división, cada uno de los copartícipes responderá por la correspondiente indemnización, en proporción de su cuota, soportando el copartícipe vencido la parte que le tocara. (Concuerda con los arts. 1751—2089—2091—2100—2142—3505—3508—3928.)

CONCORDANCIAS

(L. 9, Tit. 15, Part. 6.ª—L. 1, Tit. 38, Lib. 3, Cód. Romano—L. 14, Tit. 36, id.—Cód. Frances, art. 884—Italiano, 1035—Holandes, 1129—Napolitano, 804—De Luisiana, 1422—Zachariæ, § 793)—Freytas, 3576—Goyena, 917—Véase las citas del art. 3505.

El presente art. es idéntico al 3505, por lo cual constituye una repetición innecesaria; uno de los dos está de más.

El comentario lo haremos en el 3505, citado.

2142—En todos los casos en que los copartícipes deban por evicción indemnización á uno de ellos, si alguno fuere insolvente, el pago de su parte en la indemnización será dividido entre todos. (Concuerda con los arts. 717—1731—1751—2141—3508—3929.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 885—Italiano, 1036—Holandes, 1130—Napolitano, 805—De Luisiana, 1426)—Freytas, 3577.

Véase las concordancias del art. 3508 y su comentario.

Lo dicho en el art. anterior es aplicable al presente respecto al art. 3508. Con una simple referencia á esos arts. habría sido lo suficiente.

2143—Ninguno de los copartícipes se libra de la indemnización por haber perdido, por caso fortuito, la parte que se le dió en la división. (Concuerda con el art. 3929.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3577, 2.ª parte.

Por caso fortuito: Mucho menos si es por su culpa. Si lo perdido es por evicción, se estará á lo dispuesto en el art. 2141.

2144—La indemnización se hará por el valor que los bienes tuvieron en el tiempo de la evicción. Si hubiera créditos, el valor nominal de ellos en la partición será el objeto de la indemnización. Pero la

responsabilidad por los créditos tendrá solo lugar cuando el deudor fuese insolvente al tiempo de la division. (Concuerta con los arts. 1476—1477—1707—2018—2121—2140—3505—3506—3509.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 392 y nota 13—Demolombe, tom. 17, n. 363—Aubry y Rau, § 625 y nota 38—Chabot, art. 894, n. 10—Belost-Jolimont, sobre Chabot, Observ. 1°.)—Freytas, 3578—Goyena, 921.

Por el valor que los bienes tuvieron en el tiempo de la eviccion: Pero cuando hay aumento, y éste es por causas extraordinarias, se estará á lo dispuesto en el art. 2121.

El valor nominal de ellos: Siempre que este mismo sea el valor que se le ha dado al crédito en la adjudicacion; de lo contrario, regirá lo dispuesto en el 1477 y tambien, en su caso, lo dispuesto en el 1484. Esto último tendrá lugar en caso de ser legatario el cesionario, ú otro semejante.

Los arts. 1477 y 1484 son aplicables respecto á los copartícipes (art. 3780).

Cuando el deudor fuese insolvente al tiempo de la division: Véase sobre esto el comentario al art. 1476.

CAPITULO V

De la eviccion entre donantes y donatarios

2115—En caso de eviccion de la cosa donada, el donatario no tiene recurso alguno contra el donante, ni aun por los gastos que hubiere hecho con ocasion de la donacion. (Concuerta con los arts. 1484—1835—2089—2098—2146—2147—2166—2180—3780.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 481, nota 3°.)—Freytas, 3553—Nota del codificador al art. 1484—Goyena, 956—Véase los concordantes citados—Laurent, tom. 12, n. 387—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 2, p. 257.

2116—Esceptuáanse de la disposicion del articulo anterior los casos siguientes: (Concuerta con los arts. 1835—2149.)

- 1° Cuando el donante ha prometido espresamente la garantía de la donacion; (Concuerta con los arts. 1197—1198—2098.)
- 2° Cuando la donacion fué hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena; (Concuerta con los arts. 506—507—932—1329—Véase 1330—1476—2099—2123—2147—2162.)

- 3º Cuando fuere donación con cargos; (Concuerda con los arts. 1827—1828—2149—2150.)
- 4º Cuando la donación fuere remuneratoria; (Concuerda con los arts. 1825—1850.)
- 5º Cuando la evicción tiene por causa la inejecución de alguna obligación que el donante tomara sobre sí en el acto de la donación. (Concuerda con los arts. 505, inc. 3—1836—2151.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 481)—Freytas, 2161 y 3553, incs. 1 y 2—Pothier, De las donaciones, n. 133—Laurent, tom. 12, n. 388 y siguientes.

INCISO 1º En este caso se aplicará lo dispuesto sobre la garantía entre el comprador y vendedor (Laurent, tom. 12, n. 395).

INCISO 2º Para que tenga lugar lo dispuesto en este inciso es necesario que el donatario no sepa que la cosa era ajena. (Véase sus concordantes.)

INCISOS 3º Y 4º Pero solo respecto á aquello en que fuese remuneratoria ó con cargo.

INCISO 5º Cuando, por ejemplo, estando la cosa hipotecada, el donante se encargó de pagar esta deuda, y el donatario es privado de lo donado por ejecución seguida por los acreedores hipotecarios que, haciendo uso de su derecho, hacen rematar la cosa donada é hipotecada (art. 2151). Lo mismo será cuando, siendo moroso en entregar la cosa, la hipoteca ó la vende ó crea algún derecho real y el donatario se ve evincido á causa de esto. En este caso hay mala fe por parte del donante, y como tal debe responder (2147).

La evicción viene aquí á tener lugar por una doble falta del donante, el no entregar la cosa en tiempo y el enajenar lo que no es suyo (Dalloz, 1856, n. 126—Aubry y Rau, § 705, notas 11 y 12).

Como se ve por la primera parte, este art. importa una excepción al principio sentado en el anterior y en el 1835, de que el donante no es responsable por el valor de la cosa donada en caso de evicción; de suerte que lo que el art. que estudiamos importa, salvo las modificaciones de los artículos siguientes, es que en los casos enumerados, el donatario tiene derecho á exigir la devolución del precio de la cosa donada (Laurent, tom. 12, n. 395, p. 477), como en el caso del art. 1837 ó del 2137, y á

mas los gastos en los casos y forma establecida en los artículos del capítulo que venimos estudiando.

2117—Cuando la donacion ha sido hecha de mala fe, el donante debe indemnizar al donatario de todos los gastos que la donacion le hubiere ocasionado. (Concuerda con los arts. 932—1067—2099—2106—2148.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, lugar citado, nota 6—Duranton, tom. 8, n. 529—L. 18, Dig., de donat.)—Freytas, 3538, y 2161, inc. 3, y 3559, 1ª. parte—Aubry y Rau, § 705, nota 10—Laurent, tom. 12, n. 389.

De mala fe: Es decir, sabiendo que la cosa era ajena ó que por otro motivo estaba sujeta á una accion de eviccion.

De todos los gastos que la donacion le hubiere causado: Tales como los gastos del recibo de la cosa, gastos en mejoras que no pudo obtener del vencedor (art. 2120). Debe pagarle tambien los perjuicios que como consecuencia inmeditada la revocacion de su propiedad haya sufrido. Adviértase que, fuera de los casos enumerados en el art. 2146, el donante no está obligado á devolver al donatario el valor de la cosa donada. El art. que estudiamos está comprendido en la escepcion, (inc. 3, del 2146).

2118—El donotario en el caso del artículo anterior no tiene accion alguna contra el donante, cuando hubiere sabido al tiempo de la donacion que la cosa donada pertenecia á otro. (Concuerda con los arts. 2106 y su comentario—2147 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Las citas del art. anterior)—Freytas, 3559, 2ª. parte.

Quando se ha convenido espresamente que el donante responda por la eviccion, parece que el donatario tendrá recurso contra el donante (argto. al art. 2106, última parte), en los términos del art. 2148, inc. 1º. (Véase fin del comentario á dicho art.) No habria razon alguna para no hacer estensivo el principio general del citado art. 2106 al caso de donacion. Quando no se ha convenido espresamente la garantia, en el caso del art. que estudiamos, hay torpeza por ambas partes, y es precisamente en esta virtud que confirma, para el caso que trata, el principio sen-

tado en el art. 932, inc. 4, y sus concordantes. No sucede así cuando se ha convenido en la garantía, pues esto mismo prueba que el donatario quería asegurarse de todo peligro y no cargar con él, como sería en el caso de no existir tal convenio.

2149—En las donaciones con cargos, el donante responderá de la evicción de la cosa en proporción del importe de los cargos, y el valor de los bienes donados, sea que los cargos estén establecidos en el interés del mismo donante, ó que ellos sean á beneficio de un tercero, sea la evicción total ó parcial. (Concuerda con los arts. 1827 á 2829—2093—2146, inc. 3.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, 481, nota 8)—Freytas, 3555—Aubry y Rau, § 705, notas 6 á 9—Laurent, tom. 12, núms. 397 y 398.

En proporción del importe de los cargos, y el valor de los bienes donados: Las palabras: *y el valor*, etc., etc., unidas á las anteriores dejan muy oscuro el alcance de esta disposición y creemos que lo que se ha querido decir es que la indemnización debe ser proporcionada al importe de los cargos y al valor de los bienes donados; la palabra *el* no tiene aquí concordancias alguna con la palabra *responderá*, pues en caso de no ser *al* sería *del*, es decir, responderá *del* valor, ó también *responderá* en proporción *al* valor; pero nunca podrá estar bien dicho responderá *el* valor.

Estamos por la primera interpretación porque es el caso tratado en los autores citados, que es de donde nuestro codificador sacó su artículo.

De modo que la proporción se hará en la forma siguiente: si el valor de los cargos es ménos que el de la donación, éste será el valor del pago, y si, por el contrario, el cargo es mayor que el valor de la donación, la responsabilidad del donante será por el valor de la donación.

En caso de evicción total, dice Freytas, citado, de la cosa donada, cuando la donación fuese onerosa ó con cargo, el donador pagará todo el valor de la cosa donada si fuera igual ó los cargos ó servicios remunerados; y solamente el valor de los cargos ó servicios remunerados con pérdidas ó intereses si el valor de la cosa donada fuera menor." Tal es el alcance que

tiene este art. combinado con los concordantes citados y el 2150. (Véase comentario á nuestro art. 2165.)

No dándosele esta interpretacion, las palabras *y el valor de los bienes donados*, á mas de estar contra toda regla gramatical, serian una repeticion de lo dispuesto en el art. 2146. (Véase su comentario.)

2150—En las donaciones remuneratorias, el donante responde de la eviccion en proporcion al valor de los servicios recibidos del donatario, y al de los bienes donados. (Concuerda con los arts. 1825—2146, inc. 4—2149 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Véase las del art. anterior, y Freytas, 3557.

Este art. tiene el mismo alcance que el art. 3555 de Freytas, que hemos transcrito en el comentario anterior. En la forma allí indicada se hará la proporcion entre el valor de los servicios prestados y el de los bienes donados.

2151—Júzgase que la eviccion ha tenido por causa la inejecucion de la obligacion contraida por el donante, cuando dejó de pagar la deuda hipotecaria sobre el inmueble donado, habiendo exonerado del pago al donatario. Si el donatario paga la deuda hipotecada para conservar el inmueble donado, queda subrogado en los derechos del acreedor contra el donante. (Concuerda con los arts. 768, inc. 4—2090—2105—2146, inc. 5—3185.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 451, nota 9—Grenier, *Donat.*, n. 97—Duranton, tom. 8, núms. 527 y siguientes)—Aubry y Rau, § 705, notas 13 y 14—Freytas, 3558—Laurent, tom. 12, n. 394.

Habiendo exonerado del pago al donatario: Tambien responderá el donante aunque no haya habido estipulacion sobre exoneracion de pago por parte del donatario, cuando éste ignoraba la existencia de la hipoteca (argt. del art. 2105, Segovia, nota 61), pues en este caso se supone (art. citado) que el pago es á cargo del donante si no hay estipulacion contraria (Aubry y Rau, § 724, nota 13).

2152—Cuando la donacion ha tenido por objeto dos ó mas cosas de la misma especie, bajo una alternativa ó una cosa que el donata-

rio debe tomar entre varias de la misma especie, y le fuese quitada por sentencia la cosa que se le había entregado, el donatario tiene derecho á pedir que la donación se cumpla en las otras cosas. (Concuerda con los arts. 638—639—893—2153—3779—3780.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3561, 1ª. parte—Aubry y Rau, § 705, nota 18.

Se cumpla en las otras cosas: Siempre que las otras existan, ó que se hayan perdido por culpa del donante (art. 639). Lo dispuesto en este art. es independientemente de toda convención de garantía.

Si por la sentencia condenatoria al donante se ordena entregar alternativamente una de las cosas comprendidas alternativamente en la donación, no pudiéndose cumplir el primer término debe cumplirse el segundo. Este principio, aunque en un caso distinto ha sido sancionado por la Suprema Corte de la Nación, S. 2, tom. 12, p. 70.

2153—El donatario de una cosa determinada solo en cuanto á su especie, y que se encuentra desposeído de ella por sentencia, tiene derecho á que se le entregue otra de la misma especie. (Concuerda con los arts. 894—2152 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Goyena comentario á su art. 956—Véase Ley 58 allí citada.

2154—El donatario vencido tendrá derecho, como representante del donante, para demandar por la evicción al enajenante de quien el donante tuvo la cosa por título oneroso, aunque éste no le hubiese hecho cesión expresa de sus derechos. (Concuerda con los arts. 1196—2096—2109.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 945—Holandes, 1711—Prusiano, 1083, parte 1ª, Tit. 11—L. 2, Tit. 45, Lib. 8, Cód. Romano, y L. 18, § 3, Tit. 5, Lib. 39, Dig.—Véase las citas del art. 2096)—Goyena, 956, 2ª. parte—Freytas, 3560.

De quien el donante tuvo la cosa por título oneroso: Y también aunque sea por título gratuito siempre que su donante tenga acción contra el que se la donó. (De acuerdo Segovia, nota 68).

CAPITULO VI

De la eviccion entre cesionarios y cedentes

2155—La eviccion entre cesionarios y cedentes comprende la eviccion de derechos dados en pago, remitidos ó adjudicados, y los créditos tramitados en virtud de subrogacion legal. (Concuerta con los arts. 869—1435—1437—1477 á 1484.)

CONCORDANCIAS

(Tit. 7 de Olea. De Cessione juri)—Freytas, 3562, 1ª. parte—Cód. Frances, 1693—Rogron, comentario á dicho artículo.

De derechos dados en pago: Véase arts. 780 y 1435.

1º La garantía en caso de cesion, tiene lugar lo mismo que en el de venta, aunque ninguna estipulacion se haya hecho (art. 2097); pero esto solo es respecto á la garantía de derecho, es decir, á la existencia á la época de la cesion, del derecho cedido (art. 1476), pero no á la de hecho, que consiste en la solvencia futura del deudor. (Véase Laurent, tom. 24, núms. 538 y 539).

2º La garantía de los derechos cedidos es no solo de lo principal, sino tambien de lo accesorio. Así, por ejemplo, si se cede un crédito hipotecario, el cedente responderá, no solo de la existencia y legitimidad de la obligacion principal, sino de la existencia y validez de la hipoteca. Si el inmueble hipotecado es evincido y por lo mismo anulada la hipoteca, el cedente es responsable de la eviccion (Laurent, tom. 27, n. 546).

2156—Á la eviccion de los derechos cedidos por cosas con valor, ó por otros derechos, es aplicable lo dispuesto sobre eviccion entre permutantes. (Concuerta con los arts. 1436—2128 á 2131.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3562, 2ª. parte.

2157—Á la eviccion de derechos cedidos gratuitamente, ó por remuneracion de servicios ó por cargas impuestas en la cesion, es aplicable lo dispuesto sobre las donaciones de esas clases. (Concuerta con los arts. 1437—1438—1484—3145 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3562, inc. 3.

2158—En el caso de evicción total ó parcial del derecho cedido, el cedente responde como está dispuesto respecto al vendedor, cuando es vencido el comprador en la cosa comprada. (Concuerda con los arts. 1476 y sigte.—2118 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3568, 2ª. parte—Véase comentario á nuestro art. 2155—Laurent, tom. 24, núms. 541 y sigts.—551.

El presente art. es sin perjuicio de lo dispuesto en el 1438 para los papeles de comercio ó letras de cambio. La garantía de solvencia es únicamente respecto de la solvencia del deudor á tiempo de la cesion.

2159—Si la cesion fuese de determinados derechos, rentas ó productos trasferidos en su totalidad, el cedente no responde sino de la evicción del todo en general, y no está obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se compongan, sino cuando la evicción fuere de la mayor parte. (Concuerda con los arts. 2093—2126.)

CONCORDANCIAS

(Ley 34, tit. 5, Pª. 5ª)—Goyena, 1463.

Fuere de la mayor parte: Ya sea una mayor parte material ó en relación á la importancia que lo evincido tiene para el cesionario. El art. 2126 es un ejemplo de esto.

2160—En la cesion de herencia el cedente solo responde por la evicción que escluyó su calidad de heredero, y no por la de los bienes de que la herencia se componia. Su responsabilidad será juzgada como la del vendedor. (Concuerda con los arts. 1477—1481—2163—3452—3487—3505 á 3513.)

CONCORDANCIAS

(L. 34, Tit. 5, Part. 5ª.—L. 1, Tit. 45, Lib. 8, Cód. Romano—LL. 14 y 15, Tit. 4, Lib. 18, Dig.—Cód. Frances, art. 1696—Italiano, 1465—Holandes, 1515—Napolitano, 1542)—Goyena, 1462—Freytas, 3566.

Que escluyó su calidad de heredero: “Al vender la herencia, dice Rogron, comentario al art. 1696 Frances, no le han vendido los bienes que la componen, sino únicamente el derecho que se tiene á esos bienes.”

Cuando la cesion de la herencia es gratuita, el cedente de buena

fe no garante ni su calidad de heredero; de suerte que si resulta no ser tal, ninguna responsabilidad tendrá para con el cesionario (art. 1484).

En los casos en que responde de su calidad de heredero, la obligacion del cedente consistirá en el pago de lo que ha recibido como precio de la cesion, los gastos del contrato y demas desembolsos que haya hecho el cesionario por razon de la cesion; y si tuvo pleito para sostener que su cedente era heredero deberá abonársele tambien las costas del juicio (argto. al contrario del art. 2117. Véase su comentario).

Del cedente de buena fe el cesionario no podrá cobrar la diferencia entre el valor de la herencia de que fué excluido y el precio de la cesion (art. 1477).

Y no por la de los bienes de que la herencia se compone: Pero cuando se ha hecho la venta de una herencia especificando los bienes de que se compone ó vendiendo el derecho á determinados bienes de la herencia, el cedente responde de la eviccion. Es por esto que el art. 1696 del Cód. Frances, citado por el codificador, dice. "El que vende una herencia *sin especificar en detalles los objetos*, no está obligado á garantir sino su calidad de heredero." (Véase Laurent, tom. 24, n. 566, p. 558).

Así, por ejemplo, si se vende el derecho hereditario que se tiene á tal ó cual inmueble determinado en su estension y límites, no hay, propiamente, venta de una herencia en el sentido del art. que estudiamos, sino venta de un objeto hereditario. En este caso, que frecuentemente se presenta, el vendedor responde no solo por los resultados de la sentencia que excluya su calidad de heredero, sino que responderia tambien por la eviccion que resultare por la privacion parcial ó total, ó privacion de algunos derechos (art. 2091) de la cosa objeto de la venta; lo mismo será cuando se especifican todos los bienes de que la herencia se compone (Freytas, 3586, inc. 2).

1. Cedido todo el haber de que se compone la herencia, sea que se especifiquen ó no los bienes de que se compone, el cesionario no está obligado personalmente á pagar las deudas particulares del causante de la herencia, si no se ha hecho mencion de ellas. Pero como el heredero tampoco responde de la eviccion, las cargas hipotecarias que graven los bienes de que se compone

la herencia, no le traerán responsabilidad para con el cesionario. De suerte que después de la cesión, el cedente deja de ser heredero con respecto al derecho á los bienes hereditarios, pero conserva este carácter con respecto á los terceros acreedores de la sucesión (Laurent, tom. 12, n. 571).

Así, pues, cuando nuestro art. dice que el cedente no responde de la evicción de los bienes de que se compone la herencia, no quiere decir que el cesionario deba cargar con las deudas del causante de ella cuando en el contrato no se ha hecho mención sino de derechos; la exclusión de la responsabilidad del cedente es únicamente respecto á los derechos que los terceros puedan tener sobre los bienes hereditarios, tales como las servidumbres ú otros derechos reales que el autor de la sucesión ó sus antecesores hubiesen constituido sobre los bienes de que se compone la herencia; pero no por las deudas particulares del difunto (Pothier, *Vent*, n. 529—Duvergier, tom. 2, n. 316).

Bajo este punto de vista, el convenio entre el cedente y el cesionario es un contrato aleatorio, pues que aun cuando este último haya pagado por la cesión en concepto de tocarle al segundo ó de valer los bienes como cuatro, no tendrá ningún derecho contra el cedente si los bienes solo representan con uno.

Importa mucho, pues, distinguir entre la venta de los derechos hereditarios, de la venta de los derechos y obligaciones hereditarias, y de la venta de objetos particulares que forman parte de una herencia.

En el primer caso el cesionario ó comprador carga con los derechos, y el cedente ó vendedor con las obligaciones; en el segundo, el primero carga con las deudas y con los derechos, y aun cuando las primeras absorban á las segundas ninguna responsabilidad tendrá el cedente; en el tercer caso, si lo cedido es, por ejemplo, los derechos á un inmueble determinado, el cedente responde de su calidad de copartícipe en el inmueble de que se trata, pero no responde de la extensión del derecho cedido. Así, si la cesión se ha hecho en concepto de que el heredero tendría una cuarta parte del inmueble sobre el cual está el derecho cedido, si esto no se ha estipulado espresamente, aunque el cesionario así lo haya creído, no tendrá derecho á reclamo si resulta que solo le corresponde una octava parte.

Respecto á las deudas contraídas por la sucesión después de

la muerte del autor, tales como los gastos funerarios de inventario y otros así, el cesionario cargará con ellos. (Rogron, comentario al art. 2698 Frances).

2. Es de advertir también que las palabras que estudiamos, solo se refieren á la evicción que viene por derechos constituidos por el autor de la sucesión, ó por derechos que éste no ha tenido nunca, y que se creían pertenecerle; pero no á la evicción que viene por derechos constituidos por el mismo cedente. Si, por ejemplo, al tiempo de la cesión de todos los derechos, el cedente había vendido objetos particulares ó constituido derechos reales sobre los mismos y que aun formaban parte de la sucesión, responderá por la evicción que venga, por la desmembración de esos objetos ó derechos que en el contrato no se habían escludido de la segunda cesión; el Cód. Frances, art. 1697, es terminante en esto. La razón es que en este caso la evicción proviene de hechos del mismo cedente, por los cuales el art. 2102 le hace responsable, aun en el caso de haber el cesionario renunciado á la responsabilidad de la evicción.

La exoneración de la responsabilidad de que habla el art. que estudiamos es solo para el caso de haber buena fe por parte del enagenante; su mala fe nunca podría ser causa para que la ley hiciese cargar al adquirente con las consecuencias de la evicción. Habiendo vendido, dice Rogron, comentario al art. 1697 Frances, sin reserva, todos sus derechos hereditarios, debe volver todo lo que ha recibido como heredero.

3. Hemos dicho que el cesionario toma el lugar del heredero respecto á los bienes y á los otros coherederos; de aquí se sigue que la obligación de garantía que segun los arts. 3505 á 3513, se deben los herederos entre sí pasan también al cesionario, tanto los derechos como las obligaciones. Responderá, pues, como heredero, y á él se le garantizará también como á tal. Esto sucederá no solo en razón de que el cesionario toma el lugar del heredero, sino por el principio general sentado en el art. 2096.

2161—Si los derechos hereditarios fueren legítimos, ó estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por la evicción. (Concuerda con los arts. 1476—2162 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3538, inc. 3—Cód. Frances, 1700—Aubry y Rau, § 350, *ter.*, nota 2.

Fueren legítimos: Si son tal no puede haber evicción; es inútil pues hablar de evicción de derechos legítimos, porque es de suponerse que ningún Juez le va á privar de ellos; y si lo hace con injusticia, una vez que el fallo ha adquirido autoridad de cosa juzgada, deja de ser legítimo el derecho, puesto nadie va á rever ese fallo para declarar que no obstante él, los derechos del cedente son legítimos.

Todos los códigos que hablan de estos casos se refieren á derechos litigiosos ó dudosos. Quizá por un error se ha puesto la palabra *legítimo* por poner *litigioso*. (Véase art. 2162.)

El cedente no responde de la evicción: Pero esto es solo en alguno de los casos enumerados en el art. 2101. En los demas, la no responsabilidad del cedente es solo para no pagar la indemnización de daños y perjuicios, pero no respecto á la restitución del precio (art. 2100).

2162—Si el cedente sabía positivamente que la herencia no le pertenecía, aunque la cesión de sus derechos fuere como inciertos ó dudosos, la esclusión de su calidad de herederos le obliga á devolver al cesionario lo que de él hubiere recibido, y á indemnizarlo de todos los gastos y perjuicios que se le hayan ocasionado. (Concuerda con los arts. 1478—1480—2099—2119 á 2123—2146, inc. 2.)

CONCORDANCIAS

Véase Freytag, 3567, 2ª. parte—Aubry y Rau, § 339 *ter.*, nota 3.

Del cedente de mala fe podrá exigirse no solo el precio de la cesión, sino también la diferencia entre lo pagado y el valor de la herencia de que ha sido escludido (arts. 1478 y 2123, Freytag, lugar citado).

La prueba de que el cedente conocía que la herencia no le pertenecía corresponde al cesionario, porque la mala fe no se presume.

Si el cesionario sabía que la herencia no le pertenecía á su cedente, solo podrá pedir el precio que pagó (art. 2106).

2163—Si el cedente hubiere cedido los derechos hereditarios, sin garantizar al cesionario que sufre la evicción, éste tiene derecho á repetir lo que dió por ellos; pero queda exonerado de satisfacer indemnizaciones y perjuicios. (Concuerda con los arts. 1479—2097—2100—2101.)

CONCORDANCIAS

Troplong, n. 959—Aubry y Rau, citado.

Creemos que este art. se refiere, de acuerdo con los concordantes citados, ó cuando el cedente excluyó su responsabilidad; viene á ser el mismo principio sentado en el art. 2100.

Así lo comprende tambien el Dr. Segovia, nota 76 á este artículo.

TÍTULO XIV

De los vicios redhibitorios

2164—Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso ó goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que á haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, ó habría dado menos por ella. (Concuerda con los arts. 1414, 2ª. parte--1525—2103—2168.)

CONCORDANCIAS

(Véase LL. 63, 64, 65 y 66, Tit. 5, Part. 5ª.—L. 1, § 8, Tit. 1, Lib. 21, Dig.—LL. 13, § 10, 48, § 4, y 55, Tit. y Lib. id.—Cód. de Chile, art. 1858—Cód. Frances, arts. 1641 y 1642—Italiano, 1498 y 1499—Holandes, 1541 y 1542—De Nápoles, 1487 y 1488—De Luisiana, 2496 y 2497—Los defectos pequeños no son vicios redhibitorios—L. 1, § 8, Digesto, *De edil, edict.*)—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 5, p. 476—Freytas, 3581—Laurent, tom. 24, núms. 280 y sigts.—Pothier, *Vent.*, n. 202—Goyena, 1406.

Es necesario no confundir la accion de garantía con la de accion redhibitoria; la garantía, como dice Pothier, consiste en tomar la defensa del adquirente, cuando sus derechos son cuestionados por un tercero; mientras que la accion que se concede por los vicios redhibitorios, no es en razon de demanda, ni para que lo defienda sino para que el vendedor entregue ó cumpla con su obligacion de entregar la cosa en las condiciones en que ha sido comprada y propia para el uso á que es destinada.

Cuando no hay convenio especial sobre las cualidades ó condiciones de la cosa, es al Juez al que toca apreciar segun los casos si los defectos que aparecen en ella pueden ó no dar lugar á la accion correspondiente, teniendo siempre en cuenta la intencion de las partes y las costumbres del país sobre las cualidades

con que generalmente se compran y se reciben las cosas de que se trate.

2165—Las acciones que este título se dan por los vicios redhibitorios de las cosas adquiridas, no comprenden á los adquirentes por título gratuito. (Concuerda con los arts. 1484—1835—2145—2146—2180—2286.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3604, inc. 1°.

A los adquirentes por título gratuito: Esto no quita que en las donaciones remuneratorias ó con cargo, el donatario responda de los vicios redhibitorios en los mismos casos en que está obligado á la evicción (arts. 1835, 2146 á 2154); y en las gratuitas cuando ha habido mala fe (arts. 2099—2146, inc. 2, 2147—2162—2166, última parte, y 2169), siempre que á causa de esos vicios le haya resultado algun perjuicio al donatario; en tal caso, la indemnizacion consistirá en el pago de esos perjuicios (art. 2147); pero no podrá reclamar el valor de la donacion ú otra cosa igual, como no tiene tampoco derecho á reclamar en caso de evicción.

Como se ve por los arts. 2149 y 2150, el donante solo responde del valor de la donacion en proporcion á los cargos ó al servicio remunerado, lo que prueba que cuando no hay cargos ó servicio á remunerar, no hay pago de valor de la cosa donada. Esto mismo es indudablemente aplicable al caso que tratamos.

Siendo la donacion un contrato esencialmente gratuito y voluntario en el donante, nunca puede su liberalidad puramente gratuita ocasionarle un perjuicio; pero como tampoco su generosidad le autoriza para perjudicar al donatario dándole una cosa que puede traerle perjuicios sin prevenirselo, justo es que indemnice los resultados de su mala fe. En las donaciones remuneratorias ya es otra cosa; la causa determinante del donante no es ya una pura liberalidad, es ya un deber moral ó de conciencia que le impone mayores obligaciones; obligaciones que, en cierto modo, se convierten en civiles desde que las reconoce haciendo una donacion con que las paga.

Si no se le pagase al donatario los perjuicios sufridos en sus

otros bienes á causa de la mala fe del donante, sería convertir la donacion que en su escencia es un acto en beneficio del donatario, en un acto perjudicial. Por otra parte, es un principio general que todo el que comete dolo debe pagar las consecuencias de su falta: esto es decisivo.

El art. 2169 suministra tambien argumento en favor de la tésis que sostenemos; aunque se haya convenido espresamente no responderá el enajenante de la eviccion, el convenio no tendrá lugar cuando hay mala fe por su parte; lo mismo deberá ser cuando la ley lo exonera. (Véase art. 2099).

2166—Las partes pueden restringir, renunciar ó ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, del mismo modo que la responsabilidad por la eviccion, siempre que no haya dolo en el enajenante. (Concuerda con los arts. 19—507—932 á 935—1197—2098—2099 á 2101—2169.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, Venta, n. 561—Maynz, § 396)—Freytas, 3585—Cód. de Chile, 1859—Cód. Frances, 1643—Laurent, tom. 24, n. 305.

Siempre que no haya dolo en el enajenante: Si lo hay la restriccion impuesta por el contrato será nula, y se estará entonces á las responsabilidades impuestas por la ley.

Cuando ha habido dolo por ambas partes, es decir, si uno y otro han conocido los defectos de la cosa nada podrán demandarse, fuera de lo estipulado. Si se ha ampliado la responsabilidad y el adquirente conocia el defecto que por el contrato se hacia entrar como vicio redhibitorio, la ampliacion será nula (art. 2170).

2167—Pueden tambien por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantizase la no existencia de ellos, ó la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se espresase, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, ó que tenia ciertas calidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto ó la falta de calidad. (Concuerda con los arts. 926 á 929—933 á 935.)

CONCORDANCIAS

(LL. 18 y 19, § 1 y 4, tit. 1, Lib. 21, Dig.—Maynz, 296)—Freytas, 3611—Cód. de Chile, 1863—Goyena, 1406.

Positivamente en el contrato: Espresamente garantizada por la otra parte dice el art. 928. En este sentido deben entenderse las palabras copiadas.

Le fuese fácil conocer el defecto ó la falta de la calidad: Con esto parece dar á entender el art. que si las conocia, aunque el enajenante las hubiese garantizado espresamente no sería responsable y regiria lo dispuesto en el art 2170.

No vemos la razon para que el codificador pueda haberse separado respecto á los vicios redhibitorios de lo que está dispuesto respecto á la eviccion. En efecto: el art. 2106 declara que el conocimiento que el adquirente tenga del peligro de la eviccion, no le priva de hacer las reclamaciones consiguientes cuando la garantía se hubiese convenido espresamente.

El adquirente bien ha podido conocer el vicio de la cosa, y al hacérselo notar al enagenante asegura éste que no es tal, y garantizar bajo su responsabilidad la no existencia del defecto, ó la existencia de la cualidad atribuida á la cosa; entónces el adquirente que así compra es porque cree que está equivocado y que en todo caso no le puede resultar mal desde que su enagenante le garante del perjuicio que teme. (Véase Pothier, *Vent.*, núms. 187 y 188.)

El contrato espreso de garantía por los vicios de redhibitorios es completamente lícito, y el adquirente lo hace precisamente en garantía de sus intereses; no habria entónces razon alguna para dejarlo sin efecto cuando éste conocia los defectos de la cosa.

Cuando los conoce y no estipula una garantía especial y espresa, la ley no le da derecho á reclamar contra el enajenante porque supone que ha consentido en adquirir la cosa con esos vicios ó sin las cualidades requeridas; pero cuando estipula esa garantía precisamente es porque no acepta adquirirla si no se le entrega libre de ellos; esta prevision debe respetarla la ley.

Por estas razones, y en virtud del art. 2106 citado, creemos que las palabras que estudiamos no importan escluir la responsabilidad del enajenante aunque el adquirente haya conocido los vicios de la cosa de que se trata, cuando esta garantía se ha estipulado espresamente. La fuente de donde nuestro codificador ha tomado su art. autoriza tambien esta interpretacion; Freytas, cuyo art. 3611 es esactamente igual al nuestro, tiene el alcance que á éste le damos, pues en el art. 3607 del mismo autor,

declara espresamente que el conocimiento que el adquirente haya tenido del vicio redhibitorio no le priva de su accion cuando le ha garantido el enagenante que la cosa no tenía vicio alguno. Si el art. 3611 de Freytas tuviese la inteligencia que algunos le han dado á nuestro art. el 3607 estaria en contradiccion, lo que no es presumible.

Sobre los casos en que se supone que hay garantía especial sobre las cualidades de la cosa, véase á Freytas 3608.

2168—Incumbe al adquirente probar que el vicio existia al tiempo de la adquisicion, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino despues.

CONCORDANCIAS

(Troplong, n. 569)—Freytas, 3605—Cód. de California, 2017 y 2021—Laurent, tom. 24, n. 286—En derecho frances es esto cuestion todavia.

Incumbe al adquirente probar: Lo cual puede hacer por todos los medios de prueba admitidos ó probar los hechos; la opinion de peritos tendrá gran influencia en estos casos; especialmente en las enfermedades de animales, defectos de maquinas, etc., etc. (Véase Marcadé, sobre el art. 1652, p. 297.)

2169—La estipulacion en términos generales de que el enagenante no responde por vicios redhibitorios de la cosa, no lo exime de responder por el vicio redhibitorio de que tenia conocimiento, y que no declaró al adquirente. (Concuerda con los arts. 506—507—933—2099—2104—2105—2106—2123—2162—2166—3511.)

CONCORDANCIAS

(L. 17, § 20—LL. 19, §§ 14, 31 y 52, Tit. 1, Lib. 21, Dig.—Maynz, § 296—Cód. de Chile, art. 1859—Troplong, *Vente*, n. 550)—Freytas, 3587—Rogron, comentario al art. 1627 Frances, Moulon, tom. 3, n. 603, 4º, y n. 606.

Es indispensable tener en cuenta los concordantes citados para la mejor inteligencia de este artículo.

En términos generales: No así la especial (art. 3511) sobre determinado vicio, cuando el adquirente renuncia tambien á la responsabilidad por ese vicio. (Véase arts. 2103, 2170, y Rogron, lugar citado). Esto es solo cuando no hay ocultacion dolosa de parte del enagenante (art. 2099).

2170—El enagenante está tambien libre de la responsabilidad de

los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocia ó debia conocerlos por su profesion ú oficio. (Concuerta con los arts. 929—1525, última parte—2101, inc. 3—2103—2104—2106—3512.)

CONCORDANCIAS

(Ley 14, tit. 8, P.^a 5.^a—véase L. 4, tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec.)—Freytas, 3602, inc. 3—Goyena, 1406—Mourlon, tom. 3, n. 603, 2.^o y 3.^o—Cód. de California, 3005.

Si el adquirente los conocia, etc., etc.: Salvo cuando la garantía de tal vicio hubiese sido especial y espresamente convenida. Una garantía en términos generales no obliga al enajenante en el caso de ser los vicios conocidos del adquirente. Téngase presente lo dispuesto en el art. 2167.

Tratándose de adjudicaciones entre herederos, aunque uno de ellos haya conocido el vicio, de la cosa que se le adjudica, tendrá derecho á garantía (art. 3512).

Por su profesion ú oficio: En tal caso no es necesario que sean aparentes para que se suponga que el adquirente los conocia.

2171—Está igualmente libre de responsabilidad por los vicios redhibitorios si el adquirente obtuvo la cosa por remate o adjudicacion judicial. (Concuerta con los arts. 2104—2122—2180—3196--3840.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1649—Troplong, n. 583)—Freytas, 3604, inc. 2—Cód. de Chile, 1865—Cód. de California, 3011—Laurent, tom. 24, n. 288.

El Cód. de Chile trae una escepcion que creemos debe estar comprendida en este art., con arreglo á los principios generales. “Pero si el vendedor, dice ese Cód., art. citado, no pudiendo ó no debiendo ignorar los vicios de la cosa vendida, no los hubiese declarado á *peticion del comprador*, habrá lugar á la accion redhibitoria y á la indemnizacion de perjuicios.”

Hay, pues, verdadero dolo en ocultar los vicios de la cosa cuando el comprador interroga sobre ellos al vendedor.

No es lo mismo cuando sin averiguarlos el adquirente, el enajenante no los declara. En tal caso, se supone que los conocia y que ofreció precio en ese concepto, pues tal es la razon de esta disposicion escepcional.

2172—Entre adquirentes y enagenantes que no son compradores y vendedores, el vicio redhibitorio de la cosa adquirida solo da derecho á la accion redhibitoria, pero no á la accion para pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa. (Concuerda con los arts. 1604, inc. 5—1180.—Véase art. 1525.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3597—Todos los Cód. admiten esta distincion del art., pero no hay una disposicion especial al respecto, sino que va incluido en cada contrato en que hay obligacion de garantir los vicios de la cosa entregada.

A la accion redhibitoria: Los vicios redhibitorios pueden dar lugar á dos acciones: 1º la accion redhibitoria que tiene por objeto la rescision del contrato y la devolucion recíproca de lo recibido, con las indemnizaciones á que hubiere lugar, y 2º la *quantí minoris*, que tiene por objeto, no la rescision del contrato, sino la disminucion del precio por el menor valor que tiene la cosa en razon del vicio ó defecto de que adolece.

Si la cosa con vicios redhibitorios fué transmitida por venta, el adquirente puede entablar una ú otra accion (2174), si es posible la restitution del precio y de la cosa; cuando el título de adquisicion no es una venta solo podrá entablarse la accion redhibitoria pero no la *quantí minoris*.

2173—Entre compradores y vendedores, no habiendo estipulacion sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios ó defectos ocultos de la cosa aunque los ignore; pero no está obligado á responder por los vicios ó defectos aparentes. (Concuerda con los arts. 1604, inc. 5—2091—2097—2103—2104—2170—2176.)

CONCORDANCIAS

(Las citas del art. 2164—Ley 14. tit. 8, P. 5.º.)—Cód. Frances, 1642 y 1643—Mourlon, tom. 3, n. 607—Freytas 3588—Goyena, 1407.

Aunque los ignore: En tal caso el, vendedor es considerado de buena fe y solo responde por el precio de la cosa, pero no estará obligado á pagar daños y perjuicios, como lo está en el caso del art. 2176. El Cód. de Chile es terminante en esto (art. 1861.)

Por derecho frances, es muy discutible si el vendedor de buena fe está ó no obligado á pagar daños y perjuicios.

La jurisprudencia parece, sin embargo, haber aceptado la distincion que hace Pothier, *Vente*, n. 212, entre perjuicios que han podido preverse y perjuicios que no han podido preverse, ó tambien *estrincecos é intrinsecos*, entendiendo por los primeros los que el adquirente ha sufrido en sus bienes propios, ó por los segundos los que ha experimentado en la cosa objeto del contrato. (Véase Laurent, tom. 24, núms. 294 y siguientes). Dificilmente se puede aceptar entre nosotros esta teoria; es decir, de hacer pagar al enajenante tales ó cuales daños. Por nuestro derecho el enajenante de buena fe no tiene más obligacion que volver el precio. En efecto, el art. 2176 dice que el que el adquirente tendrá contra el enagenante *de mala fe á mas de la accion* de los artículos anteriores, el derecho á ser indemnizado de los daños y perjuicios. Luego, en los arts. anteriores, entre ellos el que estudiamos, no hay indemnizacion, sino únicamente la accion redhibitoria para exigir la devolucion del precio. La agregacion de dicho art. 2176 prueba suficientemente que en los arts. á que se refiere, que son los que hablan del enagenante de buena fe, no hay daños y perjuicios.

Por los vicios ó defectos aparentes: Es una repetición de los arts. 2104 y 2170. (Véase comentario á este último.

2174—En el caso del artículo anterior, el comprador tiene la accion redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado ó la accion para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. (Concuerda con los arts. 212—1604, inc. 5—2172 y su comentario—2175—2181.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1644—Italiano, 1501—Napolitano, 1490—Holandes, 1548—L. 18, Tit. 1, Lib. 21, Dig.—La L. 64, Tit. 5, Part. 5ª, solo concede la accion redhibitoria, cuando el vendedor sabia el vicio de la cosa vendida; cuando lo ignoraba, solo le da la accion *quanti minoris*)—Goyena, 1408—Comentario á nuestro art. 2172.

Volviendo la cosa al vendedor: Esta devolucion se hará en el estado en que se encuentre, pero el adquirente deberá pagar los deterioros causados por su culpa. (Véase sobre esto la nota 11 del Dr. Segovia.)

El precio pagado : Los intereses serán compensados con los frutos, pero si no es productora de frutos, ó no los ha producido, deberá pagársele los intereses.

Debe tenerse presente para determinar los efectos de la accion redhibitoria que hay que procurar que las cosas queden en el mismo estado en que estaban ántes de la enagenacion, perdiéndose y deteriorándose para el enajenante (arts. 2178 y 2179). "Las cosas deben ponerse, dice Pothier, en el mismo estado que estarían si el contrato no hubiese tenido lugar."

La accion que por este art. se da se prescribe por seis meses (art. 4041).

2175—El comprador podrá intentar una ú otra accion, pero no tendrá derecho para intentar una de ellas, despues de ser vencido ó de haber intentado la otra. (Concuerda con el art. 1375, inc. 3—Véase 2125.)

CONCORDANCIAS

(L. 65, Tit. 5, Part. 5ª—Troplong, n. 581—Voot, *Ad Pand. De aedil edict.* Duranton, tom. 16, n. 328—Toullier, tom. 10, n. 163—Aubry y Rau, § 355 bis.)—Freytas, 3589.

Podrá intentar una ú otra accion : Pensamos que la accion redhibitoria solo tendrá derecho á intentarla en el caso en que por el art. 2125 tiene el adquirente derecho á dejar sin efecto el contrato, es decir, cuando sea de tal importancia el vicio que ha haber sido conocido, el adquirente no habria comprado la cosa, y no cuando se viere que la habria comprado, pero por ménos precio. En este último caso ó en cualquier otro análogo, solo tendrá la accion *quantú minoris*. (Véase art. 2177.)

De suerte que la eleccion del adquirente únicamente tendrá lugar en el mismo caso del art. 2125. El Cód. de Chile, 1868, y Frey-tas, 2592, y concordantes, lo disponen así.

En cualquiera de los dos casos tendrá derecho á retener el precio que aun no hubiese pagado, hasta que se decida el juicio, pero si el objeto de la accion es únicamente para el reintegro de alguna parte de la cosa obtenida en remate judicial, el Juez que ordenó el remate podrá ordenar el pago inmediato siempre que haya de hacerse inmediatamente ese reintegro (Fallo de la S. C. de la C. de la República, tom. 5, p. 534).

2176—Si el vendedor conoce ó debia conocer, por razon de su oficio ó arte los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste á mas de las acciones de los artículos anteriores, el derecho á ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescision del contrato. (Concuerda con los arts. 506—507—933—1109—2123—2170—2173.)

CONCORDANCIAS

(L. 63, Tit. 5, Part. 5ª.—L. 14, Tit. 8, Part. 5ª.—L. 45, Tit. 1, Lib. 18, Dig.—Cód. Frances, arts. 1645 y 1646—Italiano, 1503 y 1504—Napolitano, 1491 y 1492—Holandes, 1544 y 1545)—Goyena, 1408—Mourlon, tom. 3, n. 603.

Si optare por la rescision del contrato: Estas palabras no quieren decir que cuando el adquirente no opta por la rescision del contrato el enajenante no deberá pagarle los daños y perjuicios. El art. se refiere á los daños y perjuicios que resultaren como consecuencia inmediata de la resolucion del contrato. Así, por ejemplo, si á causa de no haber recibido la cosa en las condiciones convenidas, el adquirente ha dejado de cumplir un contrato, por lo que ha tenido que pagar daños y perjuicios ó si ha tenido que comprar otra mas cara por la misma causa, todos estos desembolsos son una causa inmediana de la rescision del contrato y deben serle abonados por el enajenante de mala fe.

Pero puede suceder que el adquirente opte por la disminucion del precio en proporcion del vicio de la cosa comprada. En este caso, decimos, si á causa del vicio con que recibió la cosa ha sufrido perjuicio en sus otros bienes, debe necesariamente el enajenante indemnizarle estos perjuicios. Supóngase, por ejemplo, que compra trigo de mala calidad y lo mezcla con trigo de buena calidad, sin saber que el comprado estaba ardido ó atacado del gorgojo. En este caso, como el adquirente no puede pedir la rescision del contrato por estar mezclado ya el trigo comprado, podrá pedir disminucion del precio pagado, y á mas los perjuicios que sufre con la pérdida ó descompostura de su trigo bueno.

Sería injusto dejar sin indemnizar al adquirente este perjuicio sufrido por la mala fe del enajenante.

El caso propuesto es un mero ejemplo de otros análogos; bien puede suceder que al comprador se le pueda oponer el conocimiento que ha tenido ó debido tener de la calidad del trigo

comprado; esto no varía la regla que sostenemos para el caso en que no pueda tener lugar esto último. (Véase el ejemplo puesto por Mourlon, lugar citado.)

2177—Vendiéndose dos ó mas cosas, sea en un solo precio ó sea señalando precio á cada una de ellas, el vicio redhibitorio de la una, da solo lugar á su redhibicion, y no á la de las otras, á no ser que aparezca que el comprador no habria comprado la sana sin la que tuviese el vicio, ó si la venta fuese de un rebaño y el vicio fuere contagioso. (Concuerta con los arts. 1328—2093—2126.)

CONCORDANCIAS

(Véase LL. 34 y 38, §§ 13 y 15, tit. 1, Lib. 21, Dig.)—Freytas, 359 y 3591—Cód. de Chile, 1464—Cód. de California, 3013 y 3014.

2178—Si la cosa se pierde por los vicios redhibitorios, el vendedor sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio. Si la pérdida fuese parcial, el comprador deberá devolverla en el estado en que hallare para ser pagado del precio que dió. (Concuerta con los arts. 1328—2125—2126—2127—2129—2131.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 1647—Italiano, 1504—Napolitano, 1493—Holandes, 1546—L. 13, tit. 1, lib. 19, Dig.)—Freytas, 3595—Goyena, 1409—Cód. de Chile, 1862.

En cualquiera de los dos casos legislados en este art., el enajenante deberá pagar los daños y perjuicios cuando fuese de mala fe (art. 2176).

2179—Si la cosa vendida con vicios redhibitorios se pierde por caso fortuito, ó por culpa del comprador, le queda á éste, sin embargo, el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. (Concuerta con los arts. 639—2131.)

CONCORDANCIAS

(LL. 31 y 47, § 11, Tit. 1, Lib. 21, Dig.—Duranton, tom. 16, n° 326.—Duvergier, n° 414.—Aubry y Rau, § 355 bis, nota 16.—En contra, Código Frances, art. 1647—Freytas, 3596.—Cód. de Chile, 1862.)

Por caso fortuito: Si el comprador, haciendo uso del derecho que le acuerda el art. 2174, habia optado ya por la rescision de la venta y ésta se pierde por caso fortuito despues de esta opcion, parece indudable que la cosa parece para el vendedor; en tal caso el comprador tendrá derecho á todo el precio. Es de

advertir que la accion del adquirente no queda sin efecto por la pérdida de la cosa; ella continúa hasta su terminacion, y si el fallo es contra el enajenante, tiene lugar lo que decimos—Laurent, tom. 24, n. 307.

2180—Lo dispuesto respecto á la accion redhibitoria entre comprador y vendedor, es aplicable á las adquisiciones por dacion en pago, por contratos innominados, por remates ó adjudicaciones, cuando no sea en virtud de sentencia, en las permutas, en las donaciones, en los casos en que hay lugar á la eviccion y en las sociedades, dando en tal caso derecho á la disolucion de la sociedad, ó la exclusion del socio que puso la cosa con vicios redhibitorios. (Concuerda con los arts. 789, 1701—1735, inc. 2—1773—2122—2128—2132—2164—2173.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 226, al fin)—Freytas, 3598 y 3601.

Es aplicable, etc., etc. : Con escepcion de lo dispuesto en el art. 2172 respecto á la accion *quantum minoris*, que no es aplicable sino entre compradores y vendedores, ó cuando en otros contratos, como la dacion en pago (art. 1325), transaccion (art. 855) tiene por la ley el carácter de venta.

Respecto á los copartícipes ó socios regirá lo dispuesto para los coherederos en los arts. 3510 y siguientes, en razon de lo dispuesto en el art. 1788.

2181—La accion redhibitoria es indivisible. Ninguno de los herederos del adquirente puede ejercerla por solo su parte; pero puede demandarse á cada uno de los herederos del enajenante. (Concuerda con los arts. 679—686 á 688—1387—2107 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Trolong, n° 576—L. 31, § 10, tit. 1, Lib. 21, dig. Maynz, § 296.)

Pero puede demandarse á cada uno de los herederos : Se entiende que por el todo, aun cuando ya se hayan dividido de la herencia.

Satisfecha la obligacion que nace de la accion, se dividirá esta en proporcion al haber hereditario de cada heredero.

Respecto á la accion *quantum minoris*, puede entablarse contra cualquiera de los herederos del enajenante; pero la condenacion que se haga es divisible entre ellos. En efecto, uno de los here-

deros demandados no podría venir á contestar la demanda por solo su parte hereditaria, puesto que la sentencia tendria que caer en el todo; es decir, si habia ó no lugar á disminucion de precio por los vicios de que la cosa adolecia. Es aquí exactamente aplicable lo que dice Marcadé, tom. 6, p. 278, hablando de la accion de garantía acordada por el art. 1629 Frances. Es perfectamente imposible, dice, que uno de los herederos de mi vendedor venga á defenderme por solo su parte, puesto que la demanda es por el todo.

Esto mismo sucede tratándose de la accion por vicios redhibitorios, ya sea que se persiga la rescision ó solo la disminucion del precio. El vicio redhibitorio que da lugar á la accion existe ó no existe en relacion á toda la cosa; esto es lo que el Juez declara; si no se pudiera entablar contra uno de los herederos, el Juez tendria que declarar, en caso de seguirse el juicio contra uno solo, que la accion es justa ó injusta en una cuarta ó en una quinta parte, lo que sería un absurdo; ó existe ó no existe el vicio, cargas ó gravámen: esto es lo que hace indivisibles las acciones de eviccion, redhibitoria y *quantum minores*. Hecha la condena, el pago se divide entre los herederos. (Véase Marcadé, desde la página 278 adelante, y demas autores citados por éste.)

TÍTULO XV

Del depósito

2182—El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga á guardar gratuitamente una cosa mueble é inmueble que la otra le confia, y á restituir la misma é idéntica cosa. (Concuerda con los arts. 600—2ª parte—607—2190—2219—2220.)

CONCORDANCIAS

(Leg. 1, Tit. 3, P.ª 5ª—Aubry y Rau, § 401—Pothier, n.º 10—Troplong—*Dépôt*, n.º 23 y 30—L. 2, Tit. 3, P.ª 4ª)—Goyena, 1860—Cód. Frances, 1915, 1917—Freytas, 2600—Fallo de los tribunales de Mendoza, del 14 de Octubre de 1876,

Las condiciones esenciales para que haya depósito, son: 1º la entrega de una cosa cuyo fin principal está en su guarda; 2º Que ésta sea hecha solo en el interes del que la entrega; 3º que sea gratuita; 4º Que fuera de los casos de depósito irregular, el depositante no confiera la propiedad; 5º Que el acto del depósito sea en sí mismo un contrato independiente, es decir, que no sea la consecuencia de otro acto que no es depósito. Así, el que compra una cosa y entrega á otro el dinero para que se lo entregue al vendedor, no hace depósito, sino que da mandato. Lo dicho es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2227 acerca del depósito necesario, el cual no está sujeto á algunas de estas reglas, como veremos mas adelante.

2183—Una remuneracion espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario, ó la concesion á éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, ó despues de celebrado, no quita al depósito el carácter de gratuito. (Véase arts. 1871—2182.—Nota del codificador al art. 2227—2352—2461—2531.)

CONCORDANCIAS

(Pont, Dépôt, n° 377 y siguientes)—Freytas, 2608—Cód. de Chile, 2219—Cód. de California, 2605—Goyena, 1660 y su comentario—Cód. de Sajonia, 1263.

Esponáneamente ofrecida : Puesta en el contrato la remuneracion ofrecida, difícilmente se podrá probar que ella no es el resultado de una convencion. Desde el momento que el depositario tenga derecho á exigir judicial la remuneracion, el contrato es de locacion de servicio y no de depósito. (Véase Goyena, comentario citado). Mas adelante tendremos ocasion de tratar de las consecuencias de esta disposicion. (Comentario al art. 2185).

2184—El error acerca de la identidad personal del uno ó del otro contratante, ó á causa de la sustancia, calidad ó cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. El depositario, sin embargo, habiendo padecido error respecto á la persona del depositante, ó descubriendo que la guarda de la cosa depositada le causa algun peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito. (Concuerda con los arts. 925—927—2207—2215.)

CONCORDANCIAS

(Tropolong, Dépôt, n° 37 y 38—Pont, n° 397)—Cód. de Chile, 2116—Aubry y Rau, § 402, notas 6 y 7.

O á causa de la sustancia, calidad ó cantidad : Si no se ha especificado por escrito, la calidad ó cantidad de lo depositado el depositario debe ser creído en su declaracion acerca de esto, salvo la prueba en contrario (art. 2201). El error sobre la calidad ó sustancia, no siendo el caso de la segunda parte del art. lo mismo que el que versa sobre la cantidad, no da derecho á devolver la cosa ántes del plazo que se haya estipulado; este plazo es siempre en favor del depositante (art. 2217).

Le causa algun peligro : Como si fuesen, por ejemplo, materias explosivas ó peligrosas á la salud.

Podrá restituir inmediatamente : Si el depositante no la recibe podrá el depositario exigir desde la fecha remuneracion por la guarda.

El depositante podrá exigir el depósito cuando quiera haya ó no padecido error (art. 2217).

2185—Las disposiciones de este titulo se refieren solo al depósito

convencional, y no á los depósitos derivados de otra causa que no sea un contrato.

En todo lo que respecta á los efectos del depósito, las disposiciones de este título rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables: (Véase 2227 y nota.)

- 1º Al depósito constituido en virtud de disposiciones de última voluntad; (Véase art. 1870, inc. 7.)
- 2º Al depósito judicial en virtud de embargo, prenda, etc.; (Véase art. 2870, inc. 6.)
- 3º Al depósito de las masas fallidas regidas por las leyes comerciales; (Véase inc. 3.)
- 4º Á los depósitos en cajas ó bancos públicos, á los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que les sean especiales. (Véase inc. 2 y art. 37.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2601—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 12, p. 485.

Que no sean un contrato: Las condiciones que hemos puesto como esenciales, en el comentario al art. 2182, son aun mas estrictas en el depósito de que habla la primera parte de este artículo.

Con esta sabia disposicion de nuestro código, que no traen otros, el codificador ha salvado las dificultades y aparentes contradicciones que existen en otros códigos y que modifican los principios generales especialmente aplicables al contrato de depósito.

Ciertas peculiaridades de los actos á que se refieren los incisos 1 al 4, aparecerian en contradiccion con los principios del depósito si el codificador no hubiese cuidado de poner un párrafo como el 2º del art. que estudiamos, declarando que *subsidiariamente* serán aplicables las reglas del depósito á los actos y contratos allí enumerados. El Cód. de Chile, art. 2219, tiene algo semejante: « Si se ha estipulado, dice, remuneracion por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; *pero bajo todo otro aspecto, está sujeto á las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal.*

Hé aquí, un contrato que sin ser depósito, en el sentido estricto de la definicion dada por nuestro art. 2182, le son sin embargo aplicables las leyes del depósito, que no sean modificadas por el contrato mismo.

Igual cosa sucede con los casos enumerados en los cuatro incisos de este art. y otros análogos, como el del depósito necesario del art. 2227 ú otros así.

En esos contratos, el depositario recibe remuneracion, por lo menos en la mayoría de los casos; en el del inciso 4, el depositante por plazo fijo no puede retirar el depósito si el depositario no lo consiente, lo que, sin el párrafo segundo del nuestro contrariaría á lo dispuesto en el 2217. Pero la contrariedad se salva diciendo que las disposiciones del depósito serán aplicables *subsidiariamente*. De este modo en aquellos actos en que hay una absoluta semejanza, bajo ciertos puntos de vista y que no se sabría qué disposiciones aplicar, ó por lo menos sería materia de cuestiones, cuando el acto no reuniese exactamente las condiciones del depósito, habrá siempre reglas fijas que aplicar.

2186—No habrá depósito sin contrato, ley ó decreto judicial que lo autorice. El que se arrogase la detencion de una cosa ajena, no será considerado depositario de ella, y queda sujeto á las disposiciones de este Código sobre los poseedores de mala fe. (Véase arts. 2434 y sig.—2531.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 8602.

2187—El depósito es voluntario ó necesario. Será voluntario cuando la eleccion del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante; y necesario, cuando se haga por ocasion de algun desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otros semejantes, ó de los efectos introducidos en las casas destinadas á recibir viajeros. (Concuerda con el art. 2227.)

CONCORDANCIAS

(LL. 1 y 8, Tit. 3, Part. 5.—L. 1, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Frances, arts. 1920 y 1949.—Italiano, 1838 y 1864—Napolitano, 1792 y 1821)—Freytas, 2604—Goyena, 1689—Cód. de Chile, 2236.

La segunda parte de este art. es una repeticion inútil del 2227.

2188—El depósito voluntario es regular ó irregular.
Es regular: (Véase 2202 y siguientes.)

1º Cuando la cosa depositada fuere inmueble, ó mueble no consumible, aunque el depositante hubiere concedido al depositario el uso de ella; (Véase arts. 2183—2208—2325.)

2º Cuando fuere dinero, ó una cantidad de cosas consumibles, si el

depositante las entregó al depositario en saco ó caja cerrada con llave, no entregándole ésta; ó fuere un bulto sellado ó con algun signo que lo distinga; (Véase nota del codificador al art. 2241—2189, inc. 1.)

- 3º Cuando representase el título de un crédito de dinero, ó de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza; (Concuerda con los arts. 2189, inc. 2—2191.)
- 4º Cuando representase el título de un derecho real, ó un crédito que no sea de dinero. (Véase 2189, inc. 2.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2605—Cód. de Chile, 2221—En su contra Goyena, 1670, que no admite el depósito irregular, y Cód. de California 2673. Véase lo dicho en el art. siguiente.

2189—Es irregular: (Véase arts. 2220 á 2223.)

- 1º Cuando la cosa depositada fuere dinero, ó una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas ó se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, número 2º, aunque no le concediere tal uso y aunque se lo prohibiere; (Véase arts. 2240 y siguientes.)
- 2º Cuando representare crédito de dinero, ó de cantidad de cosas consumibles, si el depositante autorizó al depositario para su cobranza. (Véase 2188, inc. 3.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2606—Véase los del art. anterior.

Lo que caracteriza el depósito regular y lo distingue del depósito irregular, es que en el primero, el depositario está obligado á devolver la misma é idéntica cosa, al paso que en el irregular el depositario solo vuelve su equivalente.

Es necesario á mas que sea consumible; de las cosas inmuebles; por ejemplo, no puede haber depósito irregular.

La division de depósito regular é irregulares rechazada por la mayor parte de los Códigos; lo que por nuestras leyes se llama depósito irregular, por esos códigos no es mas que un comodato, ó préstamo de consumo.

Á la verdad que bien ha podido suprimirse en nuestra legislacion las disposiciones referentes al depósito irregular, pues que tal contrato está suficientemente legislado en los títs. XVI y XVII de este Lib.

del Cód., como comodato y como préstamo de consumo. (Véase Goyena, lugar citado, y art. 1671 del mismo con su comentario—Nuestro comentario á los títulos indicados.)

CAPITULO I

Del depósito voluntario

2190—El contrato de depósito es un contrato real, y no se juzgará concluido, sin la tradicion de la cosa depositada. (Concuerda con los arts. 1140—1142—2242—2256.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2627—Cód. de Chile, 2212.

Sin la tradicion de la cosa depositada : Antes de esa tradicion no hay ni obligacion de hacer, pues siendo el depósito voluntario puramente en beneficio del depositante, él puede dejarlo sin efecto cuando quiera ; por consiguiente, puede desistir de él despues de convenido.

Pero si el depositario ha hecho algunos gastos para prepararse á recibir el depósito; el depositante deberá pagárselos (argumento del art. 2224).

Lo dicho en este art. es aplicable tanto al depósito regular como al irregular. (Véase art. 2244, 1ª parte, y 2256, 2ª parte.)

2191—Si el depósito fuere regular, el depositario solo adquiere la mera detentacion de la cosa. Si fuere irregular, la cosa depositada pasa al dominio del depositario, salvo cuando fuese un crédito de dinero ó de cantidad de cosas consumibles, que el depositante no hubiere autorizado el depositario para cobrarlo. (Concuerda con los arts. 600, 2ª parte—2188, inc. 3—2219—2462, inc. 2.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2628—Todos los cód. aceptan el mismo principio del art. aunque no hacen una disposicion espresa como la presente.

No hubiese autorizado al depositario para cobrarlo : Creemos que en la palabra *cobrarlo* hay un error y que debe decir: *consumirlo*.

Haciendo notar esto mismo decíamos en nuestro “ Estudio al Cód. Civil”, p. 281 : “En la primera parte del art. se dice que en el depó-

sito regular el depositario no adquiere la propiedad de la cosa depositada, y sin embargo, en la segunda se supone un caso de depósito *regular* y se dispone que por una excepcion al principio que rige el depósito irregular, el depositario no adquiere la propiedad.

Es sabido que cuando el depósito consta de un crédito de dinero ó de cantidad de cosas consumibles y el depositante no autorizó al depositario para su cobranza, se considera que el depósito es *regular* y en tal caso el depositario no adquiere su propiedad; pero esto no es por una excepcion al principio que rige el depósito irregular, como parecen decir las palabras que estudiamos, si no por ser de esencia del regular, cuyo principio general es el mismo que se quiere sancionar como excepcion.

En efecto; el art. 2188, inc. 3, trae el mismo caso que estudiamos, como de depósito regular cuando el depositario no fué autorizado para cobrarlo; y el inc. 2 del art. 2189, trae el mismo caso como irregular cuando fué autorizado el depositario para su cobranza. Como excepcion á esto es que viene la segunda parte del artículo que estudiamos, declarando que aun cuando sea autorizado el depositario para su cobranza, no adquiere la propiedad, es decir, no es irregular, sino se le autorizó para *consumir* lo cobrado.

Este nos parece que es el verdadero alcance de las palabras que estudiamos.

2192—La validez del contrato de depósito exige de parte del depositante y del depositario la capacidad de contratar. (Concuerda con los arts. 1040 y sus concordantes—1160—2193 á 2196—2228.)

CONCORDANCIAS

(Troplong sobre los arts. 1925 y 1926, Frances)—Goyena, 1667—Cod. Frances, 1925—Cód. de Chile, 2218—Mouron, tom. 3, n° 1055.

Los artículos siguientes sirven de complemento al presente.

2193—Sin embargo, si una persona capaz de contratar, acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta á todas las obligaciones del verdadero depositario, y puede ser perseguida por los derechos del depositante y por sus obligaciones como depositario, por el tutor, curador, ó administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito, ó por esta misma si llega á tener capacidad. (Concuerda con los arts. 1048—1049—1164—2192—2257.)

CONCORDANCIAS

(L. 17, Tit. 16, P.^a 6.^a—Ints., § 1, al fin. Tit. 21, Lib. 1)—Goyena, 1667, 2.^a parte—Cód. Frances, 1925, 2.^a parte—de Chile, 2218, 2.^a parte—de California, 2670.

Queda sujeto á todas las obligaciones del verdadero depositario : Se considera, sin escepcion alguna, que el depósito ha tenido lugar entre dos personas capaces, pero solo en lo que respecta al depositario ; en lo que respecta al depositante rige lo dispuesto en el art. 2196.

2191—Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz, en otra que no lo era, el depositante solo tendrá accion á reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, y el derecho á cobrar al incapaz todo aquello con que se hubiese enriquecido por el depósito. (Concuerta con los arts. 1165 y sus concordantes—1898—2196—2228—2258—2259.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1926—Italiano, 1842—Holandes, 1739—Napolitano, 1788)—Goyena, 1668—Freytas, 2621 y 2622—Cód. de Chile, 2218, 3.^a parte.

Mientras exista en poder del depositario : Pero si el depositario ha dejado de poseer con la intencion dolosa de dificultar al depositante su accion de reivindicacion, podrá ser demandado como poseedor (art. 2785 y nota del codificador al 2784).

Con que se hubiese enriquecido : Véase sobre esto el comentario al art. 1165, palabras : *provecho manifesto*.

Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir á la otra parte á contratar, se observará lo dispuesto en los arts. 1166 y 2259.

2195—La persona incapaz que ha aceptado un depósito de otra persona capaz ó incapaz, puede, cuando fuese demandada por pérdidas ó intereses originados por no haber puesto los cuidados convenientes para la conservacion de la cosa depositada, repeler la demanda por la nulidad del contrato ; pero no puede invocar su incapacidad para sustraerse á la accion de la restitution de la cosa depositada. (Concuerta con los arts. 1041—1042—1164—1898—2194—2228—2257—2258.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 402)—Véase las del art. anterior—Mourlon, tom. 3, n.^o 1056.

Lo dispuesto en este art. es sin perjuicio de la responsabilidad consiguiente en caso de dolo. (Véase comentario al art. anterior que es aplicable también al presente.)

De la cosa depositada: Si ésta no existe, tendrá la acción *de in rem verso* para hacerse pagar de todo aquello en que le hubiese sido útil el depósito, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2194.

Si, por ejemplo, ha enajenado la cosa depositada, ó si ha sido destruida por un tercero y el depositario obtiene indemnización, este valor podrá cobrarlo el dueño de la cosa depositada, siempre que exista en poder del depositario incapaz, ó que se hubiese invertido de una manera provechosa para sus intereses. (Mourlon, tom. 3, n° 1056). Esto tiene lugar sin distinción entre el caso de ser el depositante capaz ó incapaz.

2196—La persona incapaz que ha hecho un depósito, puede sustraerse á las obligaciones que el contrato le impondría si el depósito fuese válido; pero queda siempre sometida á la acción de los gestores de negocios, si por consecuencia del depósito, el depositario, obrando últimamente, hubiese gastado algo en la conservación del depósito. (Concuerda con los arts. 1165—1898—2193—2197 y sus concordantes—2198.)

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Institutas de Leguizamon y Machado, nota 301.

2197—El depósito no puede ser hecho sino por el propietario de la cosa, ó por otro con su consentimiento expreso ó tácito. (Concuerda con los arts. 2198—2199.)

CONCORDANCIAS

(Regla 13, Tit. 34, P. 7.—Cód. Frances, 1922—Italiano, 1840)—Rogron, comentario al art. del Cód. Frances citado.

Los dos artículos siguientes son el complemento del presente.

2198—El depósito hecho por el poseedor de la cosa, es válido entre el depositante y depositario. (Concuerda con los arts. 1199—1674—2215—3216.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 402—Troppong, n° 39).

Es válido entre el depositante y depositario: De aquí se sigue, dicen Aubry y Rau, lugar citado, nota 5, que el deposi-

tario no puede en general rehusar la entrega de lo depositado aun probando que el depositante no es el dueño.

Mientras el verdadero dueño, en la hipótesis de que no lo sea el depositante, no reclame la cosa, el depositario no podría negarse á entregar la cosa so pretexto de no ser el dueño quien se la depositó. (Véase art. 2215.) Esto viene á constituir una escepcion á las consecuencias generales que se desprenden del principio sentado en el art. anterior, de que el depósito solo es válido cuando es hecho por el dueño. El artículo siguiente es una consecuencia al mismo art. 2197.

2199—La persona que ha recibido en depósito una cosa como propia del depositante, sabiendo que no le correspondía, no puede ejercer contra el propietario ninguna accion por el depósito, ni puede retener la cosa depositada hasta el pago de los desembolsos que hubiere hecho. (Concuerda con los arts. 1195, última parte—2186—3197.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 402, nota 4—Duranton, tom. 18, n° 27).

No puede ejercer contra el propietario ninguna accion:

Esto, como se ve, es cuando el depositario es de mala fe, recibiendo en depósito una cosa que le consta que no es del depositante. ¿Qué sucederá cuando el depositario ignoraba que la cosa era de este último?

En el caso propuesto, el depositario habria sufrido un error de hecho, y si la ignorancia no venia de una negligencia culpable, el principio es que el error no perjudica (art. 929). El depositario es aquí, por otra parte, un poseedor de buena fe, y como tal tendrá derecho á que el dueño le pague lo que se le deba en razon del depósito, tales como gastos de conservacion ú otros así, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 2427, 2428 y sus concordantes para todo poseedor de buena fe. Respecto á los otros créditos que no dan derecho de retencion, tales como el pago de la remuneracion que se le hubiese ofrecido, ó el de los perjuicios que el depósito le hubiese causado, no tendrá accion contra el dueño de la cosa depositada, por ser éste extraño á contrato (art. 1199); pero la tendrá contra el depositante, porque el contrato, aunque haya quedado anulado por no ser éste dueño de lo depositado, es válido entre el depositante y el depositario (art. 2198).

La distincion entre una y otra accion, es decir, entre la que puede entablar el depositario de buena fe contra el dueño de lo depositado por el que no lo es tal, y la que solo puede entablar contra el depositante mismo está en el origen mismo de la deuda; en el primer caso, el depositario ha introducido, diremos así, el dinero en la cosa misma objeto de la reivindicacion, y esos gastos aprovechan al dueño, porque son hechos en su misma cosa; en el segundo, por el contrario, la deuda viene en razon de un contrato que en nada le aprovecha ni le atañe al dueño de la cosa. Esta distincion está consagrada por el art. 2218, el cual sirve de argumento para sostener la solucion que damos á la cuestion propuesta. La Suprema Corte de la Nacion ha declarado, que en un depósito judicial las costas del depósito deben ser pagadas por el dueño, sin perjuicio de la condenacion que se haga en la sentencia (Fallos, S. 2, tom. 3, p. 124).

Lo dicho creemos que es aplicable aunque el depositante sea de mala fe, con tal que no lo sea el depositario.

Si ambos han sido de mala fe, nada podrán reclamarse.

2200—La validez del contrato de depósito, no está sujeta á la observancia de ninguna forma particular. (Véase, 974—2190—2201—2238—2264.

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 402, p. 620—Freytas, 2625, 1ª parte.

Lo que el presente art., en concordancia con el siguiente, dispone, es que el depósito no está sujeto á ninguna forma estricta; pero su prueba está sujeta á las disposiciones sobre la prueba de los contratos, de los cuales el art. siguiente es una aplicacion.

Existiendo prueba del depósito con arreglo á dicho art. no es necesario que el acto en que conste sea precisamente redactado con ese objeto; basta que por él se reconozca que el depósito ha tenido lugar.

2201—El contrato de depósito no puede ser probado por testigos, sino cuando el valor de la cosa depositada no llegare sino hasta doscientos pesos. Si excediese esta suma, y el depósito no constase por escrito, el que es demandado como depositario, es creído sobre su declaracion, tanto sobre el hecho del depósito como sobre la identidad de la cosa y restitution de ella. (Concuerda con los arts. 1191, última parte—1192—1193—1817—2200—2238—2263.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2625—Cód. Frances, 1923 y 1924—Rogron, comentario al 1928—Cód. de Chile, 2217—Goyena, 1665—Laurent, tom. 27 n° 89.

Sino cuando el valor de la cosa, etc., etc.: Esta prescripción se refiere al depósito voluntario; el necesario se rige por el art. 2238, excepto el caso del art. 2235. También está exceptuado el caso en que probándose la existencia en poder del depositario de una cosa perteneciente al depositante, aquél alega que ha sido adquirido por donación ó por otro título del depositante. En este caso se le admitirá á este último toda clase de prueba para justificar que el poseedor de la cosa es únicamente depositario (art. 1817, segunda parte).

Las palabras: “ó cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación ó se negase á cumplir el contrato”, etc., etc., del art. 1191, son aplicables a casos análogos al ejemplo propuesto.

El que es demandado como depositario, es creído sobre su declaración: Pero cuando el depósito ha sido entregado en saco ó caja cerrada, y el depositario la abre sin autorización del depositante, éste no está obligado á probar la cantidad contenida en el saco ó caja; en este caso de nada sirve la declaración del depositario; la cantidad se determinará por la deposición jurada del depositante (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 175).

Como sobre la identidad: Y también sobre la cantidad. Así, por ejemplo, si un depositario es demandado por la entrega de un depósito de mil pesos y él confiesa haber recibido solo quinientos, esta suma únicamente estará obligado á devolver, y aunque la diferencia entre la suma confesada y la demandada no pase de la tasa de ley, es decir, de doscientos pesos, no será admisible la prueba testimonial, puesto que el valor del contrato es por más.

Y restitución de ella: En la hipótesis puesta, si el depositario confiesa haber recibido la cantidad demandada, y haberla restituido ya, su declaración basta como prueba del hecho de la entrega. Las cortes de Francia así lo han fallado, con arreglo al art. 1924 Frances, igual al nuestro en la parte que estudiamos (Dalloz, palabra *Dépôt*, n° 138, 3°).

Por lo demás, el art. no debe considerarse escepcional, sino como una aplicación de los principios generales que rigen en materia

de prueba, derivados de los arts. 1291, salvo principio de prueba por escrito, 1192, 1193 y sus concordantes. En este mismo sentido son interpretados en derecho Frances los arts. citados de aquel Cód. (Duranton, tom. 18, nº 29, p. 20, Aubry y Rau, § 402, notas 8 y 9—Laurent, tom. 27, nº 89).

CAPITULO II

De las obligaciones del depositario en el depósito regular

2202—El depositario está obligado á poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias. (Concuerda con los arts. 512—513—902—909—1724—2203—2463—2531.

CONCORDANCIAS

(L. 3, tit. 3, P. 5ª—LL. 2 y 4, tit. 15, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, 1927—Italiano, 1843—Aubry y Rau, § 403—L. 32, tit. 3, Lib. 16, Dig.—L. 2, tit. 15, Lib. 3, F. R.)—Goyena, 1669—Cód. de Chile, 2222, 2ª part.—Freytas, 2631—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 9, p. 457—Cód. de California, 2674.

Que en las suyas propias : Pero no está obligado á constituirse agente oficioso; en caso de peligrar sus bienes y el depósito, no está obligado á salvar este último en perjuicio de los suyos, siempre que no se le pueda imputar negligencia, como sería el caso de que, pudiendo salvar unos y otros solo salvase los suyos, ó si pudiendo salvar los de mayor valor salvase los de ménos (Freytas, 2654—Nota del codificador al art. que estudiamos—Pothier, *Dépôt* nº 26—Laurent, tom. 27, nº 97).

Del principio de que no está el depositario obligado á constituirse agente oficioso, resulta que si para la conservacion de la cosa depositada, necesita hacer trabajos especiales, es voluntario el hacerlos ó no cuando á ello no se ha comprometido especial y espresamente (Fallo citado).

Segun el mismo fallo citado, el depositario puede vender algunos objetos de los depositados para sufragar á los gastos de conservacion que indispensablemente exija el resto; estas ventas deberán hacerse por los precios corrientes.

Respecto á los casos en que el depositario es responsable por falta de cuidados, hemos creído innecesario enumerarlos aquí, por estar especificados en los distintos artículos del presente capítulo.

2203—El depositario no responde de los acontecimientos de fuerza mayor ó caso fortuito, sino cuando ha tomado sobre sí los casos fortuitos ó de fuerza mayor, ó cuando éstos se han verificado por su culpa, ó cuando se ha constituido en mora de restituir la cosa depositada. (*C. Com.*, 727.) (Concuerda con los arts. 508—513—584 á 587—904—909—2202—2204—2210.

CONCORDANCIAS

(*L.* 4, tit. 3, P.^a 5.—*LL.* 1 y 10, tit. 15, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, 1929, y sobre él Troplong)—Freytas, 2633, inc. 1.^o y 6.—Cód. de California, 2675—de Chile, 2230—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 175.

Se han verificado por su culpa: Por haber faltado, por ejemplo, á lo dispuesto en el art. 2202.

La prueba del caso fortuito corresponde al depositario (Fallo citado).

2204—Es obligacion del depositario dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservacion de la cosa, y de hacer los gastos urgentes, que serán á cuenta del depositante. Faltando á estas obligaciones, es responsable de las pérdidas é intereses que su omision causare. (Concuerda con los arts. 902—909—1544—1657—1948 á 1950—2218—2224—2281—2287—2463—2466.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2632, inc. 2.

Dar aviso al depositante: Si ve que el aviso no puede llegar en tiempo oportuno, él mismo debe proveer á los gastos que exija la conservacion de la cosa. Es aplicable al depósito lo que hemos dicho en el comentario respectivo, al hablar de las obligaciones del mandatario, cuando se encuentra en el caso previsto en el presente artículo.

2205—La obligacion del depositario de conservar la caja ó bulto cerrado, comprende la de no abrirlo, si para ello no estuviere autorizado por el depositante. (Concuerda con los arts. 2188, inc. 2.—2206.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 736—Pothier, n.^o 38 y siguientes—Pont, n.^o 449 y siguientes—*L.* 1, § 38, Dig., de *depos.*—Freytas, 2637 y 2639—Cód. de Chile, 2223—de California, 2680—Italiano, 1817—Frances, 1931—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 175.

Comprende la de no abrirlo: Si lo hace, regirá lo dicho

en el comentario al art. 2201, y á mas podrá ser acusado por abuso de confianza.

Si resulta abierto, se supone que lo ha sido por el depositario, salvo la prueba contraria. El Cód. de California, art. 2683, el de Chile, 2224, 2ª parte, y Goyena, 1671, última parte, son espresos en esto.

2206—Esa autorizacion en caso necesario se presume, cuando la llave de la caja cerrada le hubiere sido confiada al depositario; y cuando las órdenes del depositante respecto del depósito, no pudiesen cumplirse sin abrir la caja ó bulto depositado. (Concuerta con los arts. 918—920--2188, inc. 2—2189, inc. 1—2205.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2638—Nota del codificador al art. 2182.

Le hubiere sido confiada al depositario : Pero si, no obstante entregar la llave, el depositante hubiere prohibido abrir el saco ó caja cerrada, el depositario queda en las mismas condiciones que cuando no se le entrega la llave. Lo estipulado espresamente es la ley de los contratantes. (art. 1197), y debe observarse con preferencia á las presunciones establecidas por la ley, las cuales solo tienen por objeto subsanar la falta de estipulacion espresa.

Hacemos esta salvedad, que tal vez parezca pueril, porque ya hemos tenido ocasion de conocer que á causa del art. 2189, inc. 1, el art. que estudiamos ha recibido una interpretacion contraria á la que le damos en el caso propuesto.

Dicho inciso trae, es verdad, cierta confusion para interpretar el presente art.; pero esto es mas aparente que real. En efecto, el inciso 2 del art. 2188 dice que el depósito es regular cuando el dinero ó las cosas consumibles que lo forman han sido entregados al depositario en saco ó caja cerrada *sin entregarle la llave* ó cuando los objetos estuviesen contenidos en *algun bulto sellado con algun signo que lo distinga*. El inciso 1 del art. 2189 dice que el depósito es *irregular* cuando, consistiendo en dinero ó cosas consumibles, el depositante se las entrega al depositario sin las precauciones del inciso 2 citado aunque le *prohiba espresamente* el uso del depósito.

De aquí deducen algunos que en el caso legislado en el art. que estudiamos, entregando el depositante las llaves, *aunque prohiba*

espresamente el uso de las cosas depositadas no comete falta, puesto que el acto importa un depósito *irregular*, que por lo mismo de ser tal, el depositario adquiere su propiedad y solo está obligado á devolver otras cosas de la misma especie. Indudablemente es así en el depósito *irregular*; pero nosotros sostenemos que un depósito de dinero ó de cosas consumibles contenidas en caja ó saco cerrado con llave es *regular* aunque se entregue la llave, siempre que se *prohiba abrir* el saco ó caja.

El inc. 1 del art. 2189, cuando habla de dinero ó cosas consumibles entregadas *sin las precauciones* del inc. 2 del art. 2188, se refiere á cuando estos objetos han sido entregados sin estar contenidos en sacos ó cajas cerradas, ó en bultos sin sellar, pero no cuando se ha entregado la llave y se ha prohibido hacer uso de ellos.

Cualquiera otra interpretacion que se dé á dichos incisos chocaría con el que estudiamos; esto sin contar con lo dispuesto en el 2208, que dice: el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin el permiso *expreso ó presunto*. Mal puede haber permiso presunto cuando *espresamente se prohíbe* en precaucion de que no se presuma por el hecho de entregar la llave.

Mas, el art. 2221 dice que se presume que el depositante concedió al depositario el uso del depósito si no *constare* que lo *prohibió*; en el caso propuesto consta esa prohibicion; luego, no se debe presumir que lo permitió.

2207—Si por la autorizacion expresa, ó presunta del depositante, ó por cualquier otro acontecimiento, el depositario llegare á saber el contenido del depósito, es de su obligacion guardar el secreto, so pena de responder de todo daño que causare al depositante, á menos que el secreto por la calidad de la cosa depositada lo espusiese á penas ó multas. (Concuerda con los arts. 2184, última parte—2215—2280.)

CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 1931—Troplong, sobre dicho art.—Pont, n° 448)—Freytas, 2640—Cód. de Chile, 2225 y 2227, última parte del párr. 1°.—Laurent, tom. 27, n° 104—Aubry y Rau, § 408, nota 3.

2208—El depósito no transfiere al depositario el uso de la cosa. No puede servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso ó presunto del depositante. (Concuerda con los arts. 2188, inc. 1—2189—2206—2209—2221—2255—3226.

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1930—Italiano, 1846—Sardo, 1964—De Luisiana, 2911—Holandes, 1749, LL. 1 y 21—Dig. de deposit—Troplong, *dépôt*, n° 100—Pothier, n° 36 y 37), Freytas, 2631, inc. 2—Cód. de Chile, 2220.

O presunto del depositante : Sobre los casos en que esta autorizacion se presume, debe estarse á lo dispuesto en los concordantes citados.

2209--Si el depositario usare la cosa depositada sin consentimiento del depositante, es responsable por el alquiler de ella desde el día del contrato como locatario, ó pagará los intereses de ley como mutuario á título oneroso, segun fuese la cosa depositada. (Concuerta con los arts. 608—1093—1722— 1913—2222—2273—2274.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2641—Duvergier, n° 443 p. 536—Pont, *Dépôt*, n° 444 á 447—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 12, p. 170.

Es responsable por el alquiler de ella : Aparte de que si la cosa se deteriora ó se destruye por causa del uso, será responsable con arreglo á lo dispuesto en el art. 1094 y argumento del art. 2203.

Segun fuese la cosa depositada : Es decir, pagará alquiler como arrendatario cuando la cosa es inmueble ó mueble no consumible; si es dinero ó cosa consumible pagará intereses como mutuario.

Téngase presente que lo dispuesto aquí es únicamente cuando el depositario es capaz, pero si es incapaz, regirá lo dispuesto en los arts. 2194 y 2195, no siendo, por consiguiente, responsable de la pérdida por el abuso que cometiere, ni pagará alquileres sino en cuanto se ha hecho mas rico con ese uso existiendo aun lo ganado.

2210—El depositario debe restituir la misma cosa depositada en su estado exterior con todas sus acciones y frutos, y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiese sufrido sin su culpa. (C. Com. 726.) (Concuerta con los arts. 575—586—587—1465—2203—2571—2572.)

CONCORDANCIAS

(L, 5, tit. 3, P. 5.—Cód. Frances, 1933—Italiano, 1848—Napolitano, 1808—

Holandes, 1755)—Goyena, 1673—Freytas, 2644 y 2645—Cód. de Chile, 2229—Discursos de Portalis, p. 417—Pothier, núm. 44.

Con todos sus accesorios y frutos : Aunque la cosa principal haya desaparecido, el depositario deberá volver sus accesorios y frutos, respondiendo de la pérdida de éstos proveniente de su culpa. Sobre esos accesorios les corresponde la misma obligacion de cuidados que sobre lo principal.

Si las cosas depositadas han sido destruidas por otro, y éste se las ha pagado, ó se ha visto obligado á venderla, ya por ordenárselo la autoridad ó por la necesidad de evitar mayores perjuicios, el depositario deberá devolver el precio (Pont, nº 459.—Cód. de Chile, 2230).

¿ Deberá pagar interes por este dinero ? Pensamos que sí. Según el art. 2202, el depositario debe poner en la cosa depositada la misma diligencia y cuidado que en las suyas propias. Ahora bien: todo propietario diligente que tiene dinero que no va á emplear en negocios, la pone á interes ; si el depositario no ha hecho esto, es claro que se le puede tachar de negligente, puesto que sería realmente negligencia tener un dinero guardado sin depositarlo en los Bancos públicos para que gane interes. Á los tutores se les exige esto, y por una razon de analogía debe aplicarse al depositario por el dinero que ha recibido de terceros como producto de las cosas depositadas.

2211—El depositario debe hacer la restitution al depositante, ó al individuo indicado para recibir el depósito, ó á sus herederos. Si el depósito ha sido hecho á nombre de un tercero, debe ser restituído á éste ó á sus herederos. Si hubiere muerto el depositante ó el que tiene derecho á recibir el depósito, debe restituirse á sus herederos si todos estuviesen conformes en recibirlo. Si los herederos no se acordasen en recibir el depósito, el depositario debe ponerlo á la órden del Juez de la sucesion. Lo mismo debe observarse, cuando fuesen dos ó mas los depositantes, y no se acordasen en recibir el depósito. (*C. Com.*, 731, 733.) (Concuerda con los arts. 731, incs. 1 y 7—1613—1930—2213—2214—2465—2467.)

CONCORDANCIAS

(L. 1, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Véase la L. 5, Tit. 3, Part. 5ª.—L. 7, Tit. 15, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, art. 1937—Italiano, 1853—Napolitano, 1809—Holandes, 1756—Aubry y Rau, § 403, nota 9—Pont, sobre el artículo 1937, núms. 449, 479 y siguientes)—Goyena, 1674, 1676 y 1677—Freytas, 2648 y 2649—Cód. Frances, 1939—Rogron, comentario á dicho art.—Fallos de la C. de la Capital, tom. 1, p. 313.

Al depositante ó al individuo indicado para recibir el depósito ó á sus herederos: Es decir, á los herederos del depositante y no á los herederos del tercero indicado para recibir el depósito. Así, por ejemplo, Pedro deposita en poder de Diego 100 pesos, para que sean entregados á Juan; ántes de requerir la entrega, Juan muere; en este caso, decimos, debe entregarse á Pedro, por faltar el tercero *indicado*; Pero si Juan muriese y Pedro consintiese en que se entregue á sus herederos, regirá entónces lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º. (Leguizamon y Machado, nota 299). Esto es sin perjuicio de las circunstancias especiales que pueden mediar para considerarse al depositario completamente desobligado para con el depositante, y obligado únicamente para con el tercero indicado para recibir el pago. (Véase Pont, núm. 474.) Así, por ejemplo, el depositario ha sido encargado de entregar tal suma á un tercero, por deuda del depositante; en este caso es indudable que los herederos del tercero tienen derecho al depósito. No sucede así cuando por otras circunstancias especiales el depositante indica á un tercero para recibir el depósito. Muerto el depositante sin haber el depositario cumplido su mandato, éste se estingue, y solo debe entregar el depósito á los herederos del depositante y no al tercero ó á sus herederos. Todos los autores, dice Pont, n. 480, están de acuerdo en esto (Segovia, nota 44).

2212—Los herederos del depositario, que hubiesen vendido de buena fe la cosa mueble, cuyo depósito ignoraban, no están obligados sino á devolver el precio que hubiesen recibido. (*C. Com.*, 730.) (Concuerda con los arts. 2194—2227—2273—2356—2357—2431—2767—2778—2779—2780—3431—3432—3897.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 124 y siguientes—Pont, sobre el art. 1936, n. 462)—Cód. Frances, 1935—Cód. de Chile, 2231—Laurent, tom. 27, n. 109.

El precio que hubiesen recibido: Aunque éste sea menor que el que valia la cosa el depositante no puede demandar suplemento. La buena fe del heredero solo le hará responsable de lo que realmente ha recibido, y no de lo que pudo haber recibido. Su responsabilidad es en tanto cuanto se ha enriquecido, y nada mas.

1º. Si en vez de vender los bienes, los ha consumido de buena fe, deberá restituir el valor de ellos al tiempo en que fueron consumidos (Pont, n. 464); una razon de analogía con respecto á lo que su-

cede tratándose de la venta nos decide á esta interpretacion, que además está apoyada en los concordantes citados. Consumida la cosa por el heredero, es claro que por ello ha recibido utilidad, y esta utilidad consiste en lo que le habria costado comprar otra para emplearla en ese consumo. No se puede comparar la situacion del heredero que consume, ó mas bien dicho, que emplea útilmente una cosa en provecho propio, ahorrándose así consumir las que son de su propiedad que el que regala la cosa sin reportar por ello utilidad material. El doctor Segovia, nota 47, confunde estos dos casos y pone en la misma condicion al heredero que ha regalado la cosa depositada y al que la ha consumido. Este autor sienta, sin embargo, una proposicion, que viene á dar casi el mismo resultado que si no sostuviera la opinion que combatimos.

“Si el heredero la ha consumido, dice, solo será responsable de lo que haya utilizado, pues no debe ser de peor condicion que si hubiese regalado la cosa.”

El hecho solo de consumirla supone la idea de haberla utilizado; luego, pues, si el que consume una cosa la utiliza, y el que la utiliza debe pagarla, el que la consume responde de ella.

Otra cosa sería si el heredero, en vez de consumir la cosa depositada la destruye, ó porque la cree inútil ó perjudicial, ó porque su conservacion le ocasiona gastos, ó por cualquier otro motivo. En este caso, el heredero solo será responsable en razon del provecho que puede haber sacado de la destruccion, y si no ha sacado ninguno, lo cual puede suceder, ninguna responsabilidad tendrá (art. 2431).

Aquí no habria responsabilidad, puesto que el heredero no se ha enriquecido por la destruccion; pero el que la consume es porque necesita consumir, y si no hubiera tenido la cosa depositada, habria consumido, como hemos dicho, otra de las suyas; luego, el consumidor se ha enriquecido, puesto que se encuentra haber satisfecho su necesidad sin haber disminuido su patrimonio.

Esta opinion, que el doctor Segovia combate, está apoyada por los autores citados por el codificador y casi todos los autores franceses.

2º. Si la cosa ha sido destruida, aunque sea por hechos del heredero, ninguna responsabilidad le traerá esto para con el depositante (art. 2431). Si existe en parte, en ese estado deberá entregarse.

El heredero que ha destruido la cosa creyéndola propia se encuentra en las mismas condiciones del que la dona por título gratuito.

3º. Cuando la cosa ha sido donada por título gratuito, el depositante nada podrá reclamar del heredero; pero tendrá accion contra el donatario (art. 2278); si ha sido por título oneroso, por haber sido con cargos ó remuneratoria, será responsable en proporcion al valor de los cargos ó al del servicio remunerado. También responderá de cualquier otro provecho que pueda haber sacado por la donacion. (Nota del codificador al art. 2431).

Adviértase que cuando hablamos de donacion remuneratoria por servicios prestados, nos referimos á los que tienen por objeto remunerar servicios que dan accion contra el donante (art. 1822) y no á las de que habla el art. 1824

4º. Enajenada la cosa mueble, el depositante no tiene accion contra el adquirente de buena fe (art. 597, especialmente el 2767 y sus concordantes.) Es en razon de esto que el art. que estudiamos solo da al depositante derecho á cobrar el precio recibido.

5º. Si la cosa existe en el patrimonio del heredero pero adherida á otros bienes de modo que no sea separable sin destruir aquello á que están adheridos, la responsabilidad solo será por el precio. Así, por ejemplo, si el depósito consiste en maderas, que el heredero creyéndolas suyas las ha empleado en la construccion de una casa, el depositante no podrá exigir que sea destruida la casa para que se le devuelva su depósito. Solo tendrá derecho á exigir el precio de ellas, arreglado á la época en que se demanda su entrega, ó que se le devuelvan otras de la misma clase (argumento del art. 2568 y nota del codificador al art. 2567).

6º. Lo dicho es aplicable tambien al depósito de inmuebles, cuando al depositante no le es posible entablar la accion de reivindicacion.

7º. ¿En qué tiempo se prescribe la accion para la restitution del depósito cuando la cosa depositada está en poder del depositario ó de sus herederos? Creemos que por razon de analogía debe aplicarse el art. 4021, es decir, se prescribirá á los treinta años. Pero si la cosa ha salido de poder del depositario, y la accion del depositante tiene únicamente por objeto la indemnizacion correspondiente, por lo mismo que es una accion personal, se prescribe, como toda accion de este género por diez años (art. 4023).

En el primer caso, la obligacion del depositario y de sus herederos es lo mismo que la del acreedor prendario cuyo crédito le ha sido pagado; es obligacion de dar cosas ciertas con el objeto de restituirlas á su dueño, y es por esto que debe aplicarse el art. 4021.

En el segundo, es solo una obligacion de pagar suma de dinero, para lo cual el depositante solo tiene una accion personal.

2213—Si el depósito hubiese sido hecho por un tutor ó un administrador de bienes ajenos, en calidad de tales, no debe ser restituído, acabada la administracion, sino á la persona que el depositante representaba. (*C. Com.*, 735.) (Concuerda con los artículos 731, inc. 1—1930—2211.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1941—Italiano, 1857—Holandes, 1760—Napolitano, 1813.)—Mourlon, tom. 3, n. 1060—Goyena, 1679—Cód. de California, 2691.

A la persona que el depositante representaba: Siempre que á la época de la entrega sea capaz de administrar sus bienes. (Art. 734 y 2211).

2214—Si el depositante hubiese perdido la administracion de sus bienes, la restitution debe hacerse á la persona á la cual hubiera pasado la administracion de esos bienes. (*C. Com.*, 734.) (Concuerda con los artículos 731, inc. 1—735—2211.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1940—Napolitano, 1812—Holandes, 1759.)—Goyena, 1678—L. 6, tit. 3, P.^a 5^a—Cód. de California, 2692 y 2693.

Hubiese perdido la administracion: Como si una mujer soltera hubiese hecho un depósito, y despues de casada lo quisiera retirar sin consentimiento del marido; lo mismo será el depósito hecho por un fallido ántes de ser tal; ó de un capaz y que despues se le declara incapaz.

En todos estos casos si el depositario entrega el depósito, su obligacion no queda estinguida (arts. 734 á 737).

La entrega hecha á un menor ó un incapaz, solo será válida en relacion al provecho que se obtenga. (art. 734, 2^a parte).

2215—El depositario no puede exigir al depositante pruebe ser suya la cosa depositada. Si llega, sin embargo, á descubrir que la cosa ha sido hurtada, y quién es su dueño, debe hacer saber á éste el depósito para que lo reclame en un corto término. Si el dueño no lo hiciere así, el

depositario debe entregar el depósito al depositante. (*C. Com.*, 732.) (Concuerda con los artículos 1612—2184—2277—2279—2280—2467.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 6, Tit. 3 Part. 5ª.—L. 6, Tit. 15, Lib. 3, F. R.—L. 1, § 39, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Frances, art. 1938.—Italiano, 1854—Napolitano, 1972—Holandes, 1757—Pont, sobre el artículo 1938, n. 486)—Goyena, 1675—Freytas, 3683, inc. 1º y 2º—Nota del codificador al art. 731, inc. 9—Comentario á nuestro art. 2198—Cód. de California, 2687—Aubry y Rau, § 407, nota 15—Cód. de Portugal, 1442, 1ª parte.

Ha sido hurtado: Ó robado, que en nuestro derecho es lo mismo.

¿Se aplicará también este mismo artículo á las cosas perdidas y halladas por el depositario? Indudablemente que no: nuestro artículo es una escepcion al principio de que el depositante tiene derecho á retirar el depósito cuando quiera sin que el depositario tenga derecho á exigir prueba sobre la propiedad; como tal, dice Laurent, tom. 27, núm. 220, no se puede estender á un caso no previsto por la ley.

“En caso de robo, dice el mismo autor, hay un motivo de órden público que exige imperiosamente que la cosa sea restituida al propietario despojado de ella por un delito; si el depositario volviera la cosa al depositante, se haría cómplice de un delito; mientras que en caso de pérdida, el órden público nada tiene que ver. El legislador ha podido estender á la pérdida lo que ha dispuesto para el caso de robo; él no lo ha hecho, luego no existe; esto es decisivo.” En el mismo sentido se espresa Pont, n. 490.

1º. En cualquier forma y por cualquier conducto que se le avise al depositario que la cosa es robada, está en la obligacion de suspender la entrega, bajo pena de responder de su valor al verdadero dueño. Así, si es el mismo dueño el que le avisó, debe suspender la entrega hasta que el Juez decida á quien debe entregarse la cosa.

2º. Si al depositario no le es posible poner el hecho en conocimiento del dueño, por no saber quién es, ó por la distancia á que se encuentra, ó por no conocer su paradero, debe dar aviso al Juez del lugar, para que éste resuelva el modo de hacer llegar la noticia á conocimiento del dueño.

El depositario no podrá, pues, salvarse de la responsabilidad por la entrega sin las formalidades prescriptas alegando que la denuncia no le merecía fe. De todos modos, debe ponerlo en conocimiento del Juez (Pont, n. 489).

3º. ¿Qué tiempo debe esperar el depositario, despues de dar el aviso al dueño, sin entregarla al depositante si aquél no reclama?

El art. solo dice *en un corto término*; la gradacion de lo que se puede llamar corto es muy lata. El Cód. de California pone ocho dias; el de Portugal (art. 1442) pone 15 dias. Goyena, deja el plazo á la prudencia del mismo depositario, porque dice que la ley no debe fijar plazo, pues que éste puede variar segun las distancias á que se encuentran las personas.

Creemos que lo mejor será que el depositario dé cuenta al Juez, sin perjuicio de avisar al dueño; entónces el Juez fijará el plazo dentro del cual debe presentarse el reclamante.

Hay una razon especial para que así sea; el depositario nunca deberá juzgar por sí, quién es el propietario, pues esto lo espondria á perjuicios serios, puesto que su fallo no haria cosa juzgada. El que ha hecho el depósito seguramente dirá que no es robado, y el dueño que sí; luego, pues, como en el caso previsto en el art. siempre será el Juez el que decida sobre el derecho á recibir la cosa, es mejor que desde luego tome la participacion á que está llamado.

La intervencion del Juez ó de la autoridad competente servirá tambien para dar autenticidad ó certeza á la fecha en que se le notifique la noticia al dueño de la cosa, evitándose así la cuestion de si el depositario dió ó no aviso ó si esperó el tiempo suficiente para que el dueño entablase su reclamo.

Todo esto se salva con la notificacion oficial.

Lo dicho es sin perjuicio de que si el depositario no da aviso á la autoridad competente, pero sí al propietario, y entrega la cosa despues de un plazo en que éste haya podido hacer su reclamo, la entrega sea válida, siempre que, en caso de negativa del dueño, pruebe una y otra cosa, aviso y espera para que reclame. De este peligro y molestia se evitará dando aviso en la forma que hemos indicado.

2216—El depositario debe restituir la cosa depositada, en el lugar donde se hizo el depósito. Si en el contrato se hubiese designado otro lugar, debe trasportar la cosa á éste, siendo de cuenta del depositante los gastos que el transporte causare. (C. Com., 736.) Concuerta con los arts. 101—576—747—1224.)

CONCORDANCIAS

(L. 12, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Frances, arts. 1942 y 1943—Italiano, 1858 y 1859—Napolitano, 1814 y 1815—De Luisiana, 2925 y 2926.)—Goyena, 1680—de California, 1694, 1695 y 1696—de Chile, 2232—de Portugal, 1447—Freytas, 2655, inc. 2.

En el lugar en que se hizo el depósito: De suerte que si se encuentra en otra parte, deberá trasportarse por el depositario á ese lugar; pero si el depositante pide que se le entregue en el lugar en que se encuentra, el depositario no podrá negarse á ello para entregarla en el lugar en que la recibió; esto sería obligar al depositante á cargar con un gasto inútil.

Siendo de cuenta del depositante los gastos de transporte: Si el depositario lo exige, el depositante deberá anticiparle estos gastos, como sucede con el mandante; si así no lo hace, el depositario no será responsable por la demora.

2217—Aunque se haya designado un término para la restitucion del depósito, ese término es siempre á favor del depositante, y puede exigir el depósito ántes del término. (Concuerda con los arts. 509—570—2225—2226.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 5, Tit. 3, Part. 4ª, L. 10, Tit. 15, Lib. 3, F. R.—L. 1, §§ 45 y 46, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Frances, art. 1944.—Napolitano, 1916.—Holandes, 1762.) Goyena, 1681—Cód. de California, 2697—de Chile 2626—Italiano, 1860—de Portugal, 1448—Freytas, 2624, 2ª parte.

Puede exigir el depósito ántes del término: Pero cuando el depósito ha sido hecho por tiempo determinado, parece racional que el depositante pague al depositario los gastos hechos en ese concepto, aunque no se utilicen. "Es doctrina admitida, dice Lehr, Derecho Germánico, p. 370, que el deponente puede pedir su cosa ántes del tiempo prefijado; pero debe reembolsar al depositario los gastos que hubiese hecho suponiendo un depósito de mayor duracion."

1º Lo dispuesto en este art. creemos que sólo es aplicable al depósito *regular* y no al *irregular*. En el depósito regular, el contrato es única y exclusivamente en provecho del depositante; no así en el depósito irregular, por haberse concedido al depositario el uso del depósito. En éste las ventajas son para uno y otro, y desde que se convenga que el depósito dure un tiempo determi-

nado, el depositario tiene *derecho á usar* la cosa *durante el tiempo convenido*. Esto es lo que sucede en todo contrato en que hay obligaciones recíprocas.

Por otra parte, el principio general es que el depósito concluye á la espiracion del tiempo convenido (art. 2225, inc. 1); el art. que estudiamos es una excepcion á ese principio, y como esta excepcion se encuentra colocada en un capítulo destinado á reglar puramente el depósito *regular*, no debe estenderse á otra clase de depósito. "*De las obligaciones del depositario en el depósito regular*:" dice el título del Cap. que estudiamos; luego, la obligacion de que habla este art. es únicamente respecto al depósito regular y no al irregular; y como en el capítulo que se determinan las obligaciones del depositario en esta última clase de depósito no se encuentra disposicion alguna, tenemos que la excepcion no rige para el depositario de depósito irregular.

No es de estrañar que la disposicion que nos ocupa esté concedida en términos generales si se tiene en cuenta esta circunstancia y la de que los Códigos de donde ha sido tomada no consideran como depósito, sino como comodato ó como préstamo de consumo, lo que en nuestro derecho se llama *depósito irregular*. De suerte, pues, que esos Códigos legislan únicamente para el depósito regular, y es por esto que no hacen escepciones. (Véase Freytas, 2624, 2ª parte, 2666 y 2668, inc. 1, y 2669, cuyas doctrinas ha seguido nuestro codificador respecto á la division del depósito en regular é irregular.

Creemos que nuestro codificador habria hecho mejor en separarse en este punto de las sutilezas del Derecho Romano, por las razones indicadas en el comentario al art. 2189. (Véase comentario al art. 2220.)

2218—El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se le deba por razon del depósito; pero no por el pago de la remuneracion que se le hubiese ofrecido, ni por perjuicios que el depósito le hubiese causado, ni por ninguna otra causa estraña al depósito. (Concuerda con los arts. 1956—2204—2224—2278—2466—3939.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1948—Italiano, 1863—Holandes, 1766—Napolitano, 1820—En contra, L 6, tit. 15, Lib. 3, F. R.)—Goyena, 1685—Cód. de Chile, 2234—de California, 2704 y 2705—Freytas, 2656—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 9, p. 457.

De lo que se le deba por razon del depósito: Es decir, expensas necesarias, ó gastos de conservacion y de transporte, lo mismo que los de recibo.

El art. 2219 es una consecuencia de lo dispuesto en el presente.

Si el depósito ha sido entregado sin que se hayan pagado los gastos, el depositario goza de privilegio (art. 3906 y sus concordantes).

Este privilegio lo tiene aun cuando ejerza el derecho de retencion y la cosa se venda (art. 3942). Véase Pont, nº 511 y 512. Tiene tambien privilegio por el pago de su salario (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 273).

2219—El depositario no puede compensar la obligacion de devolver el depósito regular con ningun crédito, ni por otro depósito que él hubiese hecho al depositante, aunque fuese de mayor suma ó de cosa de mas valor. (Concuerda con los arts. 819—824—2188—2191—2223.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 827, notas 2 y 3—Goyena, 1126, 1ª parte, y su comentario—Cód. Frances, 1293, inc. 2—Freytas, 1169, inc. 2 y 3—Nuestro comentario al art. 824.

No puede compensar: Porque, como dijimos en el comentario citado, la obligacion del depositario consiste en devolver un cuerpo cierto y determinado, es decir, *no fungible*; y como en la compensacion es necesario que las dos deudas sean fungibles, resulta que la obligacion del depositario no puede ser compensada ni con otro depósito.

De devolver el depósito regular: Pero si la obligacion del depositario se ha convertido en la de pagar daños y perjuicios, por no poderse restituir la cosa depositada, su obligacion será compensable; desde el momento en que el depositario está obligado á entregar, en vez de lo depositado, una suma de dinero, desaparece el obstáculo que ántes impedía la compensacion puesto que de no fungible que era la cosa debida, pasa á ser fungible.

La compensacion en este caso puede tener lugar porque, como dice Goyena, comentario al art. citado, "hay términos hábiles para ello sin detrimento del orden público ni de la moral, y porque la utilidad de la compensacion, así como el motivo de haberse introducido; estriban en escusar rodeos inútiles y pleitos."

Del mismo modo opinan Aubry y Rau, § 327, nota 3.

El art. 824 no puede servir de argumento para sostener la doctrina contraria, porque el motivo de negar la compensacion en la obligacion de pagar daños y perjuicios por no poderse restituir la cosa de que el propietario ó poseedor legítimo hubiese sido despojado, tiene un fundamento completamente distinto al que el legislador ha tenido en vista al negar la compensacion en el depósito regular. En el primer caso, están la moral y el orden público interesados en evitar un abuso que vendria á ser la consecuencia de un delito. (Véase nuestro comentario á dicho art.) y sería fomentarle admitir la compensacion.

En el segundo, es un obstáculo legal el que se opone á la compensacion y que está sancionado por el art. 820 al determinar las condiciones de cada deuda, entre ella la de ser de sumas de dinero ó de prestaciones de cosas fungibles las obligaciones que se quieran compensar. Desapareciendo ese único obstáculo, cuando la obligacion del depositario se convierte en obligacion de pagar una suma de dinero, la compensacion tiene lugar porque ambos deudores se encuentran en las condiciones del art. 820.

Hay mas: el art. que estudiamos no es una excepcion; es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 820 sobre que la compensacion solo puede tener lugar por obligaciones de cosas fungibles, puesto que la obligacion del depositario en el depósito regular no tiene por objeto una cosa fungible, sino una cosa cierta, que por el hecho de ser tal, deja de ser fungible. De modo que siendo el art. 820 el principio general, el 824, á diferencia del que estudiamos, es una excepcion; siendo así, una regla de sana interpretacion nos lleva á negar que las excepciones á los principios generales puedan establecerse por induccion; las excepciones siempre deben ser espresas; las argumentaciones más ó ménos fundadas nunca pueden crearlas donde la ley ha guardado silencio. Contra de todo esto y de todos los autores franceses y Goyena, está el Dr. Segovia, nota 63. En nuestros Tribunales no se ha formado jurisprudencia sobre el particular, por lo ménos no hemos encontrado nada.

CAPITULO III

De las obligaciones del depositario en el depósito irregular.

2220—Si el depósito fuese irregular, de dinero ó de otra cantidad de cosas, cuyo uso fué concedido por el depositante al depositario, queda éste obligado á pagar el todo y no por partes, otro tanto de la cantidad depositada, ó á entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie. (Concuerda con los arts. 607—616—2182—2191, 2ª parte—2257.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 117)—Fallos de la S. C. S. 2, tom. 9, p. 255—Segovia, nota 64—Freytas, 2657—La mayoría de los Códigos rechaza la division del depósito en regular é irregular—Goyena, comentario al art. 1670 y 1671—El Frances guarda silencio—Pont, 445—Cód. de California, art. 2679.

Otro tanto de la cantidad depositada: El depositario se hace dueño de la suma depositada; para él perece y para su obligacion nunca llega el caso de no poderse cumplir. Es aplicable lo dispuesto en las obligaciones de restituir cantidades de cosas á su dueño.

Si el depósito consistia en un crédito á cobrar, cuyo valor no ha podido conseguir, su obligacion será de volver el título (Freytas 266).

En el comentario al art. 2217 hemos dicho que su disposicion no es aplicable al depósito irregular cuando es por plazo fijo. La práctica así lo ha establecido tambien, especialmente en los depósitos á plazo fijo hecho en los Bancos, que solo devuelven el depósito ántes del plazo con un descuento mayor que el interes que pagan. Adviértase que á esos contratos el Cód. no les llama préstamo de consumo sino depósito (art. 425—426—2185, inc. 4).

2221—Se presume que el depositante concedió al depositario, el uso del depósito, si no constare que lo prohibió. (Concuerda con los arts. 2189—2191, 1ª parte—2206—2208.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2658, inc. 1.

Si no constase que lo prohibió: Véase comentario al art. 2206.

2222—Si el uso del depósito hubiese sido prohibido, y el depositario se constituyese en mora de entregarlo, debe los intereses desde el día del depósito. (Concuerda con los arts. 608—1093—1722—1913—2209.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2661.

Debe los intereses desde el día del depósito: Porque se supone que usó de él desde el día que lo recibió.

2228—El depositario puede retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito; pero si se hubiese hecho cesión del crédito, el cesionario no puede embargar en poder del depositario la cantidad depositada. (Concuerda con los arts. 824 y su comentario 2199—2219—3939.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2664—No es extraño que en este capítulo no se encuentren otros autores ó Códigos concordantes, teniendo presente que nuestro Código está casi solo con Freytas en la división del depósito en *regular é irregular*.

Puede retener el depósito por compensación: Véase sobre esto nuestro comentario al art. 824 y 2219.

Pero si hubiese hecho cesión del crédito, etc., etc.: Esta segunda parte legisla el caso siguiente: Pedro, depositante de Juan, y éste á su vez acreedor, no por depósito sino por otra deuda, de Pedro. Juan cede á Diego su crédito contra el depositante Pedro. En este caso, el art. dispone que el cesionario Diego, no pueda embargar en poder del depositario Juan la cantidad depositada, porque se supone que esta cesión de Juan es solo un medio de eludir la prohibición del art. (Véase última parte del art. de Freytas, citado.)

CAPITULO IV

De las obligaciones del depositante

2224—El depositante está obligado á reembolsar al depositario, todos los gastos que hubiese hecho para la conservación de la cosa depositada, y á indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado por el depósito. (Concuerda con los arts. 1949—1953—2196—2199—1204—2218—2228—2464.)

CONCORDANCIAS

(L. 10, tit. 3, P. 5.—Ley 8, tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Frances, 1947—italiano, 1862—Napolitano, 1819—Holandes, 1765)—Nuestro comentario al art. 2190—Goyena, 1684 y su comentario—Freytas, 2235—2655—Cód. de California, 2703.

Para la conservacion de la cosa depositada : No entran, por consiguiente, aquí las mejoras voluntarias ni las útiles. Ninguna razon jurídica habria para obligar al depositante á pagar gastos que no habia autorizado ; mucho mas dado el testo espreso que estudiamos. “ Lo contrario, dice Laurent, tom. 27, nº 129, sería hacer una falsa aplicacion de la máxima de equidad en que se funda la accion ; *in rem verso*. ”

“ En el cuasi-contrato, que es de donde nace la accion, supone la ausencia de toda convencion ; luego donde hay convencion, como en el depósito, no puede haber cuasi-contrato. En el caso que se trata hay un contrato entre el depositante y el depositario ; la ley dice cuáles son los gastos que el depositario puede hacer, que son los gastos de conservacion ; sí el depositario hace otros gastos los hace sin derecho, luego no puede tener accion. ”

La posesion del comandatario no es comparable ni á la posesion del poseedor de buena fe ni al de mala fe. “ El poseedor de mala fe, dice el Dr. Velez en la nota al art. 2441, ha hecho mejoras ó reparaciones en una cosa que creía suya ; las ha hecho para él y por su solo interes. ”

Se ve, pues, que aun el poseedor de mala fe tiene cierto derecho á emplear su dinero en mejoras útiles ; y como el propietario que vuelve á recuperar la cosa no puede enriquecerse á costa de otro, la ley le permite compensar esos gastos con los frutos percibidos. Pero en el depósito, el depositario ha hecho gastos sin ningun derecho, pues que nunca ha podido creerse dueño de la cosa. Se encuentra en la misma posicion que el locatario, que no ha sido autorizado para hacer mejoras voluntarias ni útiles, y se resuelve la locacion sin culpa de locador.

La equidad no puede invocarse en favor del depositario, pues que tambien hay derecho á reclamarla en favor del depositante ; él no ha hecho el depósito, dice el mismo autor citado, para que el depositario haga los gastos que se le ocurran y que el depositario no habria hecho ; y aunque esos gastos mejoren la cosa, siempre le traerian perjuicios, puesto que estaria obligado á pagarlos contra su voluntad, y aunque no pudiese hacer tales gastos.

En el mismo sentido se espresa Goyena, lugar citado.

Ademas de esto, el testo del art. que estudiamos es decisivo : “ El depositante, dice, está obligado á pagar al depositario todos los gastos que hubiese hecho *para la conservacion de la cosa deposi-*

tada;" los voluntarios, no son de conservacion; luego, no deben considerarse comprendidos en este art., como parece hacerlos comprender el Dr. Segovia, nota 71.

Que se le haya ocasionado por el depósito : Si se ha depositado, por ejemplo, un animal atacado de una enfermedad contagiosa, y á causa de esto se han enfermado otros del depositante (Laurent, tom. 27 nº 130); y en general todos aquellos perjuicios que sean una consecuencia necesaria del hecho del depósito.

Deberá tambien reembolsársele al depositario los gastos hechos por pagos de impuestos, ú otros así.

CAPITULO V

De la cesacion del depósito

2225—El depósito voluntario no se resuelve, ni por el fallecimiento del depositante, ni por el fallecimiento del depositario. (Concuerda con los arts. 1195—1936, inc. 3 y 4—2217.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2270, 1ª parte.

Ni por el fallecimiento del depositario : De suerte que regirá, tanto para los herederos del depositario como para los herederos del depositante, lo dispuesto en el art. 2217.

2226—El depósito se acaba :

1º Si fué contratado por tiempo determinado, acabado ese tiempo (Concuerda con los arts. 566—570—1604, inc. 1º.)

Si lo fué por tiempo indeterminado, cuando cualquiera de las partes lo quisiere; (Concuerda con los arts. 1601, inc. 2—1767—2217.)

2º Por la pérdida de la cosa depositada. (Concuerda con los arts. 1521—1604, inc. 3—1771.)

3º Por la enagenacion que hiciese el depositante de la cosa depositada. (Concuerda con el art. 2217.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2665.

Á los casos enumerados hay que agregar tambien el del art. 2184 y el del 2217. El depósito se resolverá tambien por la incapacidad del depositario (argumento del 2192—2194—2195.)

Cuando cualquiera de las partes lo quisiere : Pero el depositario que renuncia á seguir con el depósito debe dar un tiempo racional para que el depositante tome las medidas necesarias para hacer el recibo y acomodo del depósito.

Si el depositante es negligente en recibir el depósito, el depositario está autorizado á consignar el depósito por cuenta del primero ; y desde entónces desaparece su obligacion como depositario si la consignacion es aprobada.

CAPITULO VI

Del depósito necesario

2227.—Será depósito necesario, el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursion de enemigos, ó por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan á las personas á una imperiosa necesidad ; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros. (Concuerda con los arts. 1120—2187, 2ª. part.)

CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, LL. 1 y 8, Tit. 3, Part. 5ª.—L. 1, §§ 3 y 4, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—En cuanto á la primera y segunda, Cód. Frances, art. 1949 y 1952—Italiano, 1864 y 1866—Napolitano, 1821 y 1824—Holandes, 1740 y 1746)—Goyena, 1686 y 1689—Cód. de Chile, 2236 y 2241—Freytas, 2684—Lehr, Derecho Inglés, n° 868.

Que sometan á la persona á una imperiosa necesidad : Esto es lo que caracteriza especialmente el depósito necesario y en lo que se distingue el voluntario.

Pero lo forzado del contrato, no impide que siempre se forme con el consentimiento de las partes, únicamente que el depositante no elige al depositario sino que entrega su cosa al primero que se presenta, con tal de salvarla. (Véase la critica que sobre esto hace Laurent, tom. 27, n° 132, á Troplong.)

De suerte que para que haya depósito necesario, es indispensable que el depositante se encuentre en la disyuntiva de perder su cosa ó depositarla en manos del primero que se presente. Si no se encuentra el depositante en esta situacion, si lo hace únicamente por evitarse un gasto ó una molestia, el depósito que haga será voluntario.

Así, por ejemplo, el depósito hecho en manos de la mujer, por el deudor de su esposo por no encontrar á éste en su casa, no es un

depósito necesario, puesto que ninguna fuerza mayor le obligaba á dejar el dinero en poder de la mujer; el depósito hecho por un pasajero; en manos del hotelero, de dinero que trae consigo, es un depósito voluntario; lo mismo será el que un viajero hace en uno de sus compañeros de viaje, por no tener la comodidad necesaria para llevarlo consigo; el hecho por uno que tiene urgencia de ausentarse, y otros de esta naturaleza.

Pero será necesario, el que hace un dueño de casa que se está incendiando, y que arroja los objetos al primero que pasa para que se los libre de las llamas; ó el que en las mismas condiciones hace aquel á quien se le cae su cosa, con el objeto de salvarlos de los efectos del derrumbe; el que llevando consigo un objeto se lo entrega á otro para correr con mas libertad á salvar una víctima de algun incendio, ó de ahogarse, etc., etc.

Algunos autores concretan este ejemplo á cuando el depositante trata de salvar algun pariente ó amigo; pensamos que es demasiado desprecio por la humanidad creer que un individuo que ve que otro se ahoga y que puede salvarlo, no tenga una necesidad *imperiosa* en depositar lo que lleva y que le impida ejercer este acto humanitario en poder del primero que pasa. Si el entregar un objeto por salvarlo de un saque ó un incendio es un depósito necesario, con mas razon debe serlo cuando ese mismo objeto es entregado para salvar la vida de un individuo.

De suerte, pues, que habrá necesidad *imperiosa* en el sentido de la ley, cuando el depositante se ve en la disyuntiva de perder su cosa, ó de dejar perecer á un semejante, ó de hacer el depósito en el primero que pasa por no tener tiempo para elegir depositario.

2228—El depósito necesario por ocasion de peligro ó de fuerza mayor puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y éstas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo. (Concuerda con los arts. 55—127, inc. 2—1192—3886—3887.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Dépôt*, n° 208)—Cód. de Chile, 2238—Freytas, 2685—Laurent, tom. 27, n° 132—En contra, Pont, siguiendo el Derecho Frances, n° 516.

Y éstas responden del depósito: Por consiguiente, no será aplicable lo dispuesto en los arts. 2194 y 2195. La responsabilidad

es lo mismo que la del capaz ; no podrá invocar su incapacidad para sustraerse á las obligaciones que el depósito le impone.

2229—El depósito hecho en las posadas se verifica por la introduccion en ella de los efectos de los viajeros, aunque espresamente no se hayan entregado al posadero ó sus dependientes, y aunque ellos tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos. (*C. Com.*, 738, 739.) (Concuerda con los arts. 1129—2235.)

CONCORDANCIAS

(Trop long, n° 218 y sigtes.)—Cód. de Chile, 2243 y 2244—Freytas, 2686, 2° parte, y 2689, incs. 1 y 3—Laurent, sobre el art. 1952 Frances, n° 136.

El presente art. se refiere á aquellos efectos que generalmente lleva un viajero. (Véase art. 2235.)

De suerte que en caso de responsabilidad, lo que corresponde probar al viajero no es el hecho de haber el hotelero recibido los objetos, sino el de haberlos introducido en el hotel. Para esto se admitirá toda clase de prueba (art. 2238) aunque se trate de un valor mayor que el fijado por la ley para admitir la prueba testimonial en los contratos.

“El alojado, dice el Cód. de Chile, art. 2244, que se queja de daño, hurto ó robo, deberá probar el número, calidad y valor de los efectos desaparecidos.” El Juez está autorizado para rechazar la prueba testimonial ofrecida por el demandante, cuando éste no le inspire confianza ó las circunstancias le parezcan sospechosas.”

Este procedimiento es aplicable tambien por nuestro derecho, pues está fundado en la naturaleza misma del depósito, y es el único medio de establecer la responsabilidad impuesta por el art. 2230, que es una consecuencia del que estudiamos.

Pothier, Dépôt, n° 81, refiriéndose á una ordenanza dictada en 1667 que contenia mas ó ménos la disposicion de la segunda parte del art. de Chile que hemos transcrito, especialmente á la facultad acordada á los Jueces para tomar en cuenta la calidad de las personas y las circunstancias del hecho decia: “Esta disposicion ha sido agregada para advertir á los Jueces que la prueba testimonial solo debe admitirse en tales casos con mucha circunspeccion, y tener en cuenta la buena ó mala reputacion, tanto del viajero como del hotelero.....” Si la prueba testimonial fuese indistintamente acor-

dada á toda clase de personas, los posaderos estarian á merced de los rateros.

Una suposicion semejante hace Freytas, art. 2687.

2230—El posadero y todos aquellos cuya profesion consiste en dar alojamiento á los viajeros, responden de todo daño ó pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes ó de las mismas personas que se alojan en la casa, pero no responden de los daños ó hurtos de los familiares ó visitantes de los viajeros. (*C. Com.* 738 y 739.) (Concuerda con los arts. 1067—1111—1118—1119—1120—1121—2231—2233 á 2235.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, arts. 1953 y 1954—Italiano, 1868 y 1869—Napolitano, 1825 y 1826—Véase la importante L. 26, Tit. 8, Part. 5*)—Freytas, 2688—2689 y 2690, inc. 3.—Cód. de Chile, 2243—Laurent, tom. 27, n° 141 y sigtes.—Véase nuestro comentario al art. anterior—Aubry y Rau, § 406, nota 7.

Responden : Esta responsabilidad se determinará por el valor de los objetos robados ó dañados. Á falta de prueba del valor exacto, el Juez apreciará por las circunstancias especiales (Aubry y Rau, § 406, notas 10).

Pero no responden, etc., etc. : La prueba de que el daño ó robo no ha sido cometido por los dependientes ó por las personas que se alojan en el mismo hotel, corresponderá al hotelero. La razon es que al desaparecer una cosa de la casa, lo mas racional es suponer que los que habitan en ella la han tomado, ó que son ellos los que han cometido el daño. Si el daño ha sido causado por negligencia ó culpa del mismo dueño, cesa la responsabilidad del hotelero. (Art. 2236 y sus concordantes. Freytas, 1690, inc. 2—Aubry y Rau, § 406, nota 13.)

2231—El posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de las posadas. (*C. Com.* 738 y 739.) Véase los concordantes al art. anterior.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2689, inc. 2.—Aubry y Rau, § 406, nota 6.

Y efectos de todas clases : Tales como caballos, ganados, etc., etc.

En las dependencias de lo pasado : Aunque éstas no estén

en la misma casa donde se aloja el dueño, el hotelero será responsable si el lugar en que se colocaron depende también del dueño del hotel y se pusieron allí con su conocimiento y consentimiento; la razón que el hotelero debe poner la misma vigilancia en la cosa en que recibe los huéspedes como en la que recibe sus efectos.

Sobre todo, el art. habla de dependencias; el hecho de estar separados el depósito de los carros y animales de la casa en que se aloja el dueño de ellos, no hace perder al primero la denominación de dependencia del segundo.

2232—El posadero no exime de la responsabilidad que se le impone por las leyes de este Capítulo, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad, será de ningún valor. (*C. Com.* 738 y 739) (Concuerda con los art. 21—872.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 406—Véase sobre la materia, Troplong, n° 240 y 241—En contra, *L.* 26, Tit. 8, Part. 5°, y *L.* 7, Tit. 9, Lib. 4, Dig.)—En favor, Freytas, 2689, inc. 4—Laurent, tom. 27, n° 145.

2233—La responsabilidad impuesta á los posaderos, no se aplica á los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes, ni respecto de los viajeros que entren en las posadas, sin alojarse en ellas. (*C. Com.* 738 y 379.) (Concuerda con los arts. 2227, última parte—2230.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 406, nota 1°)—Freytas, 2691—En contra, Cód. de Chile, 2248—Laurent, tom. 27, n° 150 y 151.

Y otros establecimientos semejantes: La excepcion puesta por este art. para los establecimientos enumerados y demas de su especie, es solo en el supuesto de que en tales casas no se reciban huéspedes como en los hoteles propiamente dichos. La nota del codificador al art. 2227 prueba suficientemente esto al dar la razón de la responsabilidad. También la nota al presente art. es una prueba de esto. “Si limitamos, dice, al posadero que *recibe efectos de viajeros*, la responsabilidad impuesta en los artículos anteriores, es porque solo los viajeros se ven en la necesidad de llevar consigo á las posadas las cosas con que viajan. Una persona, por ejemplo, que va á un café, no tiene necesidad de llevar consigo

una bolsa de dinero ni de sacar su reloj y ponerlo en una mesa del café. "

Se ve, pues, por ésta nota, que el codificador solo se refiere á cuando en el café, en la fonda ó en las casas de baños no se reciben huéspedes que tienen necesidad de llevar las cosas con que viajan, ó dejar en su cuarto los objetos de uso.

Siempre que esas casas reciban huéspedes á parar allí, deberá aplicársele, como hemos dicho, los art. anteriores sobre la responsabilidad de los hoteleros. . (Aubry y Rau, § 406, nota citada por el codificador y de donde tomo su art., así lo dicen espresamente.

2234—Tampoco se aplica respecto de los locatarios de piezas á particulares que no fuesen viajeros, ó que no estén como huéspedes, ni respecto á las personas que viviendo ó pudiendo vivir en los pueblos, alquilan piezas como locatarios en las posadas. (*C. Com.* 738, 739). Véase art. anterior.

CONCORDANCIAS

Freytas, 2691, última parte—Pont, n° 533 y 534, Aubry y Rau, 406, fin de la nota 1°.

A los locatarios de piezas á particulares que no son viajeros : Se refiere á los *locadores*, y no á los locatarios.

Las palabras : *que no son viajeros*, parecen significar que los locadores de piezas á personas que son viajeros, estarán sujetos á las responsabilidades de los hoteleros. La última parte del art. confirma también esto.

O que no estén como huéspedes : Luego, estando como huéspedes de la casa, aunque no sean viajeros, tienen responsabilidad los dueños de casa.

Por lo demás, la denominacion de huésped no se aplica á los que alquilan piezas en una casa ; sin comer ni ser atendidos allí.

Alquilan piezas como locatarios en las posadas : Es decir, que no son comensales ó huéspedes de la posada ; las palabras, *locatarios de piezas*, significan que se ha hecho un contrato de arrendamiento de una ó mas piezas, y no que se ha contratado la atención, casa y comida por tanto mensual, ó lo que es lo mismo, una locacion de servicios.

No es, pues, exacto decir que el que, viviendo ó pudiendo vivir en

un pueblo, permanece como huésped en una casa, no pueda hacer uso de los derechos acordados en favor de los huéspedes viajeros.

El art., como se ve, solo excluye á los locatarios de piezas y no á los huéspedes; por el contrario, les acuerda los mismos derechos, como se ve por las palabras anteriormente estudiadas. Una cosa es ser locatario de piezas y otra ser huésped. (Véase Aubry y Rau, § 406, fin de la nota 1^a)

De lo dicho, resulta: 1º. Que el viajero que vive como locatario, hace depósito necesario (1ª parte del art.); 2º. Que el que no siendo viajero está como huésped y no como locatario, lo hace también (2ª parte del art.), y 3º. Que los que alquilan piezas sin ser viajeros solo son locatarios, y no hacen, por consiguiente, depósito necesario (3ª parte del art.).

2235—El viajero que trajese consigo objetos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselo si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida. (*C. Com.* 738, y 739.) Véase art. 2229.

CONCORDANCIAS

(Troplong, sobre el art. 1954, n° 19 y sigtes.—Cód. de Chile, 2245)—Freytas, 2690, inc. 5.

Objetos de gran valor: Ó gran cantidad de dinero, que no es lo necesario para los gastos de viaje.

Si los objetos son entregados al hotelero para su guarda, el depósito es voluntario.

2236—El posadero no es responsable cuando el daño ó la pérdida provenga de fuerza mayor, ó de culpa del viajero. (*C. Com.* 738, y 739.) Concuerdan con los arts. 513—514—1111—1118—1528—2230—2237.)

CONCORDANCIAS

(L. 26, tit. 8, P. 5ª.—Cód. Frances, 1954—Italiano, 1869)—Freytas, 2690, incs. 1ª y 2ª—Cód. de Chile, 2242—Aubry y Rau, § 406, nota 13.

De fuerza mayor: Ó el caso fortuito, cuando tenga el carácter de fuerza mayor, tales como un incendio, que no ha nacido en la misma casa, etc., etc. Pero cuando el caso fortuito no tiene este carácter, si el fuego ha nacido en la misma casa (Aubry y Rau, § 406, nota 8) creemos que el posadero será responsable, porque es ma-

por la responsabilidad del depositario en el depósito necesario que en el depósito voluntario (Pont, 535 y siguientes). La ley 26 citada, de Partida, habla únicamente de estos casos. "Si se perdiesen las cosas, dice, por ocasion que aviniese como fuego que las quemase, avenidas de rios, ruina, etc., etc. Freytas, habla en el mismo sentido.

Hay otra consideracion, y es que el Cód. no habla de caso fortuito, sino de fuerza mayor. Generalmente la ley pone en la misma línea el caso fortuito y la fuerza mayor, como se ve por el art. 2203; el texto que estudiamos deroga este principio al guardar silencio sobre el caso fortuito; luego, el legislador no ha querido eximir la responsabilidad proveniente de caso fortuito. Véase art. 1118, que constituye la regla, confirmada por el texto que estudiamos y explicado su alcance por el art. 2237 al definir lo que únicamente debe entenderse por fuerza mayor para el caso de librar al hotelero de la responsabilidad que de esto provenga; Véase á Locree, citado en nuestro comentario á dicho art. 1118 y á Laurent, tom. 27, n°. 143, p. 162.

O de culpa del viajero: Como si dejando abierta la puerta de su cuarto, dice Freytas, inc. 2 del art. citado, ó aposento, no pusiese llave á sus balijs ó baules, ó á los muebles destinados para guardar tales cosas.

2237—No es fuerza mayor la introduccion de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, ó por escalamiento que no pudiese resistir el posadero. (*C. Com.* 738 y 739.) (Concuerda con los arts. 514—1528.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 234)—Aubry y Rau, § 406, nota 9.

Si no lo hiciere con armas ó por esclarecimientos: Fuera de estos casos, en cualquier otra forma que se ejecute el robo, será responsable el hotelero; él debe estar siempre vigilante, y solo una fuerza mayor irresistible puede eximirle de la responsabilidad; la astucia de que se valgan los ladrones, el hecho de ser ejecutado el robo de noche y por los otros viajeros que paran en la casa (art. 2230, 3ª parte), el haber tenido que ausentarse de la casa mientras se hizo el daño, etc., etc., no son causas suficientes para declararlo irresponsable (Troplong, n° 235 y sigtes).

Es inútil invocar la circunstancia de no tener el posadero culpa en el robo, porque fuera de los casos enumerados siempre la tendrá; sus cuidados deben ser mas que los de un buen padre de familia; su ojo esperto debe estar siempre en las habitaciones de sus huéspedes. Se dirá que es demasiado rigor limitar á los casos puestos por el art. como los únicos que eximen al hotelero de la responsabilidad. El reproche en este caso, como dice Laurent, será al legislador pues que él ha querido serlo; pero los intérpretes y los Jueces deben aceptarla tal cual es, sin que jamas puedan invocar la equidad contra la voluntad espresa del legislador(1). En esto está de acuerdo Troplong, citado por el codificador como concordante de su art. y aun impone con mas rigor la responsabilidad, pues va hasta exceptuar el robo cometido por escalamiento; lo mismo piensan Aubry y Rau, lugar citado.

2236—En el depósito necesario es admisible toda clase de prueba. (Concuerda con los arts. 1190—1191, última parte—1192—1200—1201.)

CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 2950—de Chile, 2241, última parte—Freytas, 2687—Goyena, 1687—Nuestro comentario á la primera parte del art. 2201.

Toda clase de prueba : Véase sobre esto nuestro comentario al art. 2229.

2239—En todo lo demás el depósito necesario es regido por las disposiciones relativas al depósito voluntario. (Véase art. 2190 y sigtes.)

CONCORDANCIAS

(LL. 1, Tit. 3, Part. 5ª, y 1ª, Tit. 3, Lib. 16, Dig.—Cód. Frances, art. 1951—Napolitano, 1823—Holandes 1742)—Goyena, 1688, Freytas, 2603—Cód. de Chile, 2240—Laurent, tom. 27, n° 135.

En todo lo demás : Es decir, en todo lo que esplicita ó implícitamente no se oponga lo dispuesto en el presente capítulo.

(1) El Dr. Segovia, nota 95, dice que si el delito es cometido por los mismos viajeros y en circunstancias *especialísimas* estaria exento de responsabilidad el posadero. Lo de *viajeros*, si el Dr. Segovia se refiere á los que no son dueños de lo robado, su opinion está en contra del texto espreso del art. 2230 que habla de ellos; si se refiere á los mismos damnificados el art. 2236 prevé el caso.

Respecto de las circunstancias *especialísimas* que pueden hacer variar el texto espreso es lástima que esta vez no lo haya ilustrado, como tantas otras con ejemplos, para de este modo aclarar mejor esta cuestion. Pensamos que en esta esplicacion no tiene razon nuestro ilustrado colega.

TÍTULO XVI

Del mutuo ó empréstito de consumo

2240—Habrá mutuo ó empréstito de consumo, cuando una parte entregue á la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada á consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. (*C. Com.*, 700.) (Concuerda con los arts. 2220 2250.)

CONCORDANCIAS

(*Instit.*, § 1, Tit. 15, Lib. 3—*L.* 2, Tit. 1, Lib. 12, Dig.—*L.* 1, Tit. 1, Part. 5ª, y *L.* 1, Tit. 16, Lib. 3, *F. R.*—*Cód. Frances.* art. 1892—*Italiano.* 1819—*Napolitano.* 1764—*Holandes.* 1791—*Austriaco.* 983—*De Luisiana.* 2881)—*Goyena.* 1630 y 1644—*Cód. de Chile.* 2196—*de Portugal.* 1506 y 1507—*Laurent.* tom. 26, n.º 485.

Igual cantidad de cosas : Si se obliga á volver la misma cosa, es comodato y no mutuo (art. 2255).

Véase como complemento del estudio de este art. nuestro comentario al 2250.

2241—La cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible, ó fungible aunque no sea consumible. (Concuerda con los arts. 2189, inc. 1—2291, 2ª parte—2324—2325—Véase 2188 inc. 2.

CONCORDANCIAS

(*Zachariæ.* § 726—*Troplong.* n.º 174 y sigtes.—*Duvergier.* n.º 143—*Marcadé* sobre el art. 536—*Pont.* comentario al art. 1874, n.º 7 y sigtes.—*Mackeldey.* § 152—*Savigny.* *Derecho de las Obligaciones.* § 39, nota C.)—*Freytas.* 2213, 1ª parte—Véase nota del codificador al presente art.—*Mourlon.* tom. 3, n.º 927.

O fungibles aunque no sean consumibles : Es decir, que al prestamista le sea indiferente recibir otra cosa de la misma especie y calidad de la que él ha dado (art. 2324). Hemos dicho

al estudiar el art. anterior que si la cosa no es fungible, el contrato será de comodato.

Prescindiendo de los caracteres de la cosa entregada, siempre que las partes se convengan en que se ha de volver la misma cosa que se presta, ésta deja de ser fungible, en el sentido de que el deudor no puede dar otra idéntica en su género, sino la misma cosa.

Solo cuando no se ha hecho esta estipulación se estará á la naturaleza de la cosa para determinarse si el contrato verificado es mutuo ó comodato.

Así, si se presta un caballo para servirse de él, es indudable que es con la intencion de que se devuelva el mismo caballo, pues que dificilmente se puede encontrar otro de idénticas cualidades de servicio (Troplong, *Du prêt*, nº 9, p. 17); pero si se presta una ó muchas cabezas de ganado, para que se consuman, es claro que habrá mutuo. (Véase Laurent, tom. 26, nº 451, y especialmente á Delsol, tom. 3, p. 340.)

La determinacion de si el contrato verificado es de préstamo, de consumo ó de comodato, tiene gran importancia práctica tratándose de terminar los derechos de las partes respecto á la pérdida de la cosa ocasionada por caso fortuito, como tendremos ocasion de notar mas adelante.

Para esta determinacion debe tomarse en cuenta lo siguiente:

Que por regla general las cosas consumibles son fungibles en la intencion de las partes, y que las cosas no consumibles son tambien por regla general y en intencion de las partes no fungibles. De modo que tratando de un préstamo de cosas consumibles, si las partes nada han estipulado, se entiende que el que las recibe debe volver otras de la misma especie, es decir, que habrá mutuo ó préstamo de consumo; si lo prestado es de las cosas que no se consumen por el uso, como un caballo, un buey, etc., en falta de una estipulación expresa se decidirá que el que la recibe debe volver la misma cosa, es decir, que habrá comodato.

Es necesario tambien tener presente que una cosa no es consumible porque sea susceptible de deteriorarse y aun de concluirse por efecto del uso que se haga de ella; como sería un cofre, un piano, etc., etc., es necesario, para que sea consumible, que desaparezca con el primer uso, ó por lo ménos que termine para quien deja de poseerlos por no distinguirse en su individualidad, como, por ejemplo, el dinero (art. 2325).

Estos principios son los que parecen haber prevalecido en las innumerables cuestiones á que ha dado lugar la teoria sobre las cosas fungibles, no fungibles, consumibles y no consumibles; sobre todo son las conclusiones á que nuestro codificador ha arribado, y que forman ley entre nosotros.

2242—El mutuo es un contrato esencialmente real, que solo se perfecciona con la entrega de la cosa. (Concuerda con los arts. 1139—1141—1142—2190—Véase 2444.)

CONCORDANCIAS

Troplong Du prêt, n° 183—Freytas, 2208—Cód. de Chile, 2197—Pont. sobre el art. 1892, n° 137 á 139—Laurent, tom. 26, n° 486 y sigtes.

2243—El mutuo puede ser gratuito ú oneroso. (Concuerda con los arts. 621—Nota del codificador al 622—1139—2248.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2212, 1ª parte—Todos los códigos admiten el mutuo gratuito y el oneroso; pero no traen una disposicion especial como esta. (Véase Cód. Frances, 1905—de California, 2822—Goyena, 1649.)

2244—La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da accion alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho á la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo, por indemnizacion de pérdidas é intereses. (Concuerda con los arts. 504—505—1140—2256, 2ª parte—Véase 2242.)

CONCORDANCIAS

(Pont, sobre el art. 1892, n° 137)—Freytas, 2226—Goyena, comentario al art. 1690, p. 59—Laurent, tom. 26, n° 486 y sigtes.

Por indemnizacion de pérdidas é intereses: Si á consecuencia de la falta de cumplimiento del prestamista, el acreedor ha tenido que contraer un empréstito á mayor interes, el pago de los daños y perjuicios consistirá en esta diferencia de interes, y de los demás gastos que haya hecho para conseguir el nuevo empréstito.

2245—La cosa dada por el mutuante pasa á ser de la propiedad del mutuario; para él perece de cualquier manera que se pierda. (Concuerda con los arts. 577—603—604—613—2191, 2ª parte—Nota del codificador al art. 578.)

CONCORDANCIAS

(LL. 10, Tit. 1, Part. 5ª, y 1, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, art. 1893—Italiano, 1820)—Freytas, 2209—Cód. de Chile, 2197, última parte—de California, 2809—Troplong, Du prêt, núms. 184 á 186—Fallo de la C. de la C., tom. 1, p. 291.

Pasa á ser de propiedad del mutuario : Pero esto es solo desde que se hace la tradicion ; ántes de la tradicion, aunque el mutuo sea oneroso, la cosa permanece en el dominio del mutuante.

Esto es así aun en Derecho Frances, que hace adquirir el dominio por el solo consentimiento. “ Cuando habiéndome obligado, dice Troplong, nº 184, á prestaros una cosa fungible, y que aun estamos en el término de una simple promesa y no de un *préstamo consumado*, si la cosa viene á perecer, es indudable que perece para mí”. Después el mismo autor concilia el art. 1138 Frances, con el principio sentado.

Del principio sentado en nuestro art. de que la cosa dada por el mutuante pasa á ser propiedad del mutuario, se sigue que para dar en mutuo es necesario ser propietario de la cosa dada y tener capacidad para enagenarla, lo mismo que para contraer el empréstito. Sobre esto se estará á lo dispuesto en los arts. 1357 y sus concordantes, 135, etc., etc.

De modo que los menores, las mujeres casadas, los sordo-mudos, etc., etc., no pueden válidamente dar ó recibir una cosa en mutuo, sino del modo y en los casos autorizados por la ley.

Si el incapaz de contratar recibe una cosa en mutuo solo estará obligado por aquello en que le haya sido útil la cosa dada ; si ha disipado lo recibido, nada podrá reclamar el mutuante.

Todos estos puntos están especialmente legislados en el tít. “ Del Comodato”, arts. 2257 y siguientes ; por estos principios hay que resolver las diferentes cuestiones que se presenten, con las modificaciones que la especialidad del contrato exija.

2246—El mutuo puede ser contratado verbalmente ; pero no podrá probarse por instrumento público, ó por instrumento privado de fecha cierta, si el empréstito pasa del valor de doscientos pesos. (Concuerda con los arts. 974—1026—1029—1034—1035—1191 á 1193—1198—1817—2200—2201—2238.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2217—Troplong, 66 á 68—Laurent, tom. 2, nº 462.

Pero no podrá probarse : El contrato de préstamo está sujeto á todos los medios de prueba admitidos á la prueba en general de los contratos. Hay, sin embargo, una especialidad en el contrato de préstamo y que puede hacer variar la regla segun la situacion especial de las partes.

Se demanda, por ejemplo, del cumplimiento de un contrato de préstamo que no es redactado por escrito ; aquí la prueba está sujeta á los principios generales y tiene exacta aplicacion el texto del art. que estudiamos.

Pero sucede que un individuo ha dado á otro una cosa en calidad de préstamo, la cual existe en poder del acreedor ; el acreedor prueba la propiedad y demanda su entrega ó su equivalente ¿qué sucederá en tal caso ?

Que el demandado dirá que la hubo del demandante por donacion, venta ó cualquier otro título ; entónces este último podrá probar por *toda clase de prueba*, que la donacion ó la venta no han existido, y que la posesion del demandado es á título de mutuario.

El art. 1817 es terminante sobre esto. El art. 1191 pone tambien entre los casos esceptuados del principio de que los contratos que tengan una forma determinada por la ley, el en que "una de las partes hubiese recibido alguna prestacion y se negase á cumplir el contrato." (Véase sobre esto á Troplong, lugar citado, y nuestro art. 2263.)

2247—El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad, ó vicios ocultos de la cosa prestada. (Concuerta con los arts. 2173—2176.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2206—Zachariæ, 727—Duranton, tom. 17 n° 580—Troplong, n° 251)—Aubry y Rau, § 395, notas 2 y 3—Cód. de California 2819.

Es responsable de los perjuicios : Sobre esto se estará á lo dispuesto en el tit. *De los vicios redhibitorios*, por lo que creemos innecesario repetir aquí lo espuesto allí respecto al que trasmite la propiedad de una cosa por título gratuito ó por título oneroso.

2248—No habiendo convencion espresa sobre intereses, el mutuo se supone gratuito, y el mutuante solo podrá exigir los intereses moratorios, ó las pérdidas ó intereses de la mora. (Concuerta con los arts. 508—509—621—622—2243—2249.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2219—Goyena, 1649—Troplong, n° 192—Laurent, tom. 26, n° 489—Aubry y Rau, § 386, nota 1°.

Los intereses moratorios: Para que el deudor incurra en mora debe mediar requerimiento, (art. 509), salvo los casos en que el deudor cae en ella sin necesidad de requerimiento, según los incisos del mismo art. 509.

El interes deberá determinarse con arreglo á lo dispuesto en el art. 622.

Respecto á los intereses fijados por las partes, hay libertad para convenir los que se quieran (art. 621 y nota del codificador á dicho art., Freytas, 2212, 2ª parte.)

2249—Si el mutuario hubiese pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado á continuar pagándolos en adelante. (Concuerda con los arts. 792—929—Nota del codificador al art. 517—2248.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2220—Aubry y Rau, § 396, notas 6 y 7.

No está obligado á continuar pagándolos: Y podrá repetirlos si el pago ha sido hecho por error (art. 784); pero si lo ha hecho con conocimiento y solo por un deber moral de gratitud no puede repetir lo pagado (Freytas, lugar citado).

¿ Á quién incumbe la prueba de que el pago ha sido hecho por error? La voluntad de donar no se presume (art. 792 y 1818) y cuando en el préstamo no se ha estipulado espresamente el pago de los intereses, se supone que es gratuito (art. 2248). Luego, el pago de intereses que no se han convenido espresamente, debe suponerse que se ha hecho por error y no porque se deban ó porque se haya tenido la intencion de pagarlos voluntariamente.

Si el deudor ha pagado mas de los intereses convenidos, habrá lugar á repetición, y no estará obligado á seguirlos pagando en adelante.

2250—El mutuario debe devolver al mutuante en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad que las recibidas. (*C. Com.*, 704.) (Concuerda con los arts. 607—608—613—2220—2240, última parte—2251 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(L. 8, tit. 1, P.^a 5.—L. 1, tit. 16, Lib. 8, F. R.—L. 3, tit. 1, Lib. 12, Dig.)—Cod. Frances, 1902—de Chile, 2198, 1.^a parte—de California, 2817.

El presente art. es una repeticion inútil de lo dispuesto en el 2240, porque la definicion allí dada importa un mandato de la ley, pues que en nuestro Código las definiciones no son doctrinarias sino imperativas (nota del codificador al art. 495). Aparte de esto, están tambien los arts. 2252 á 2254, que lo hacen innecesario.

Cuando no se ha convenido la época de la restitution, deberá fijarse por el Juez (arts. 618 y 751).

El Cód. de California, 2812, dice que cuando no se hubiese determinado el tiempo de la restitution, y el mutuuario fuese labrador, consistiendo el préstamo en cereales ú otros productos del campo, la restitution se hará en la cosecha siguiente de los mismos ó semejantes productos. Esta disposicion la hace estensiva el art. 2813 del mismo Cód. á los que sin ser labradores perciben productos semejantes de sus tierras.

Pensamos que al hacer uso los Jueces de la facultad que les acuerda la ley para determinar la época en que debe hacerse el pago, deberán tomar en cuenta estas sabias disposiciones del Código de California que están basadas en una perfecta equidad, y aplicarlas entre nosotros, lo cual estaria de acuerdo con lo dispuesto por nuestro código para la terminacion del arrendamiento en casos semejantes. Al aceptar esos principios para el mutuo, no se haria mas que interpretar la voluntad del legislador para casos análogos á los del arrendamiento.

2251—Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el mutuuario deberá pagar el precio de la cosa, ó cantidad recibida, regulada por el que tenia la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitution. (Concuerda con los arts. 608—618—747—748—2250—2252 á 2255.)

CONCORDANCIAS

(L. 8, Tit. 1, Part. 5.—L. 22, Tit. 1, Lib. 12, Dig.—Cód. Frances, art. 1908—Napolitano, 1775—Holandes, 1801—De Luisiana, 2892—Zachariæ, § 727 y nota 4—Duranton, tom. 17, n.^o 588)—Goyena, 1647, Aubry y Rau, § 395, notas 4 á 6—Cód. de Chile, 2198, 2.^a parte.

El mutuuario deberá pagar el precio de la cosa: Pero no los daños y perjuicios, si la imposibilidad era sin su culpa.

Tal es la interpretacion que se desprende de la combinacion de este art. con el 2253 y el 608. En efecto: el art. 2253 dice que la obligacion de restituir cantidades, que es uno de los casos legislados por este art. se determina por el Capítulo III de las *Obligaciones de dar*, y en ese Capítulo está el art. 608 que dispone que el deudor tendrá que pagar el valor de la cosa con los perjuicios é intereses. De aquí resulta que resolviendo el art. que estudiamos el mismo caso sin hablar de pérdidas é intereses, ántes de considerarlo como una repetición deficiente del 608, es racional suponer que se refiere á cuando, por un acontecimiento fortuito ó de fuerza mayor, no pueden volverse las cosas que eran objeto de la obligacion en el tiempo estipulado; en tal caso solo se pagará el valor de ella sin otra indemnizacion, lo cual viene á constituir una excepcion al principio general, en favor del préstamo de consumo, excepcion confirmada por el art. 892.

El art. que estudiamos habla del caso en que no *sea posible la restitucion* de otro tanto de la misma especie, al paso que el art. 608 se entiende mas generalmente al caso en que el deudor no *quiere restituir*. (Véase sobre esto á Laurent, tom, 26, núms. 507 y 508.)

La redaccion del art. 2198, 2ª parte, del Cód. de Chile, es mas clara que la del nuestro.

Habrá imposibilidad para la restitucion sin culpa del mutuario, cuando las cosas objeto de la obligacion se ponen fuera del comercio. (Véase art. 2261.)

2252—Si la restitucion que debe hacer el mutuario consistiese en el pago de una suma de dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del Capítulo IV del título *De las obligaciones de dar*. (Concuerda con los arts. 616 y sigtes.—2251.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2218, inc. 1ª —Véase lo espuesto en el Capítulo citado.

2253—Si la restitucion consistiere en la entrega de cantidades que no sean dinero, sus obligaciones se regirán por las disposiciones del capítulo III de dicho título. (Concuerda con los arts 606 y sigtes. — 2251)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2218, inc. 2.—Véase comentario al art. 2251.

2254—Si la restitucion consistiere en la entrega de cosas no consumibles prestadas como fungibles, las obligaciones del mutuario serán regidas por las disposiciones del capítulo II del mismo título. (Concuerda con los arts. 601 y sigtes.—2251.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2218, inc. 3.

En los tres artículos anteriores será aplicable, en su caso, lo que hemos dicho en el comentario al art. 2251 con referencia al art. 608.

TITULO XVII

Del comodato

2255—Habrá comodato ó préstamo de uso, cuando una de las partes entregue á la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble ó raíz, con facultad de usarla. (Concuerda con los arts. 1497—2183—2208—2221—2241 y nota del codificador á dicho art.—2260—2324.)

CONCORDANCIAS

(L. 1, Tit. 2, Part. 5ª—Cod. Frances, arts. 1874 y siguientes—Napolitano, 1746 y 1747—De Luisiana, 2362 y 2363—Instít., § 2, Tit. 15, Lib. 3—Pont, n° 60—Pothier, n° 20—Troplong, n° 17)—Goyena, 1630, 1ª parte—Nota del codificador á este art.—Comentario al art. 2240—Cod. de Chile, 2174—Freytas, 2557.

Gratuitamente : Si se paga un precio el contrato degenera en arrendamiento, ú otro contrato, segun sean las condiciones en que se tome.

No fungible : Véase nuestro comentario al art. 2241.

Con facultad de usarla : Pero sin derecho á percibir sus frutos, y que el uso sea personal, sin poderlo ceder (art. 2265 y su comentario).

El uso que haga de la cosa el comodatario debe ser con arreglo á lo convenido, y en falta del convenio, con arreglo á la naturaleza del préstamo (art. 2268).

2256—El comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa.—La promesa de hacer un empréstito de uso no da accion alguna contra el promitente. (Concuerda con los arts. 577—1141—1142—2244—3275.)

CONCORDANCIAS

(En contra, Pont, sobre el art. 1874, n° 13)—En favor, Freytas, 2569—Laurent, tom. 26, n° 454.

No da accion alguna contra el promitente: Porque es un contrato gratuito y porque es real. Entre nosotros no puede haber sobre esto las discusiones á que ha dado lugar el derecho frances, con la declaracion de que todos los contratos son consensuales.

2257—Si el comodante es incapaz para contratar ó está bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario capaz ó incapaz por la nulidad del contrato, y exigir la restitution de la cosa ántes del tiempo convenido; mas el comodatario capaz no puede oponerle la nulidad del contrato. (Concuerda con los arts. 1040 á 1043—1047 á 1052—1160—1164—2193—2195—2196.)

CONCORDANCIAS

(Pont, sobre el art. 1789, núms. 57 y 58—Toullier, tom. 7, n° 587—Duvergier, núms. 30 y siguientes—Troplong, núms. 50 y siguientes)—Freytas, 2561, inc. 1° Véase comentario á los concordantes citados—Laurent, tom. 26, núms. 458 y 459—Véase la limitacion puesta por el art. 2276.

2258—El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; mas el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz ó incapaz. (Véase los concordantes del art. anterior.)

CONCORDANCIAS

Los del art. anterior—Última parte de nuestro comentario al art. 2259—Freytas, 2561, inc. 2—Mourlon, tom. 3, núms. 936 y 937.

No puede demandar la nulidad del contrato: Esto no quita que pueda demandar la entrega de la cosa ántes del tiempo convenido en el caso de la última parte del art. 2268, aunque no la reparacion de los perjuicios ocasionados (comentario al art. 2267).

Puede tambien demandar del comodatario incapaz todo aquello en que le ha sido útil el préstamo (art. 2164 y sus concordantes, Troplong, núms. 50 y 51.)

2259—Si el comodatario incapaz no fuese menor impúber, y hubiere inducido con dolo á la otra parte á contratar, su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe devolver la cosa prestada, como si fuese capaz. (Concuerda con los arts. 54 incs. 2 y 3—1166.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2257—Freytas, 2562, 1° parte, y 1879—Troplong, n° 53.

No fuese menor impúber: Esto es una limitacion al prin-

cipio general sentado con el art. 1160, que no hace distincion, como lo dijimos en el comentario á dicho art. Lo que se dice de menores impúberes debe aplicarse tambien á los dementes (art. 54, inc. 3).

No lo autoriza para anular el contrato : El menor emancipado y la mujer casada pueden obligarse para las necesidades de la administracion, como dice Mourlon, tom. 3, nº. 937 ; así por ejemplo, si se le prestan bueyes y otros útiles para la labranza ó trabajos que entran en la esfera de su administracion, quedan obligados como si fueran capaces, (arts. 133, 190 y 283.)

2260—Cuando el préstamo tuviese por o'jeto cosas consumibles solo será comodato, si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente. (Concuerda con los arts. 586—745—2241 y nota del codificador á dicho art. —2255—2325.)

CONCORDANCIAS

(La ley Romana ya se ponía en este caso.....*Nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*—L. 3, § 6, Lib. 13, Dig.—La ley 4 siguiente habla tambien del dinero que se presta para mostrarlo á otro y devolverlo despues—Véase Zachariæ, § 723, nota 4j—Freytas, 2564—Laurent, tom. 26, nº 451—Troplong, nº 9.

Para ser restituidas idénticamente : Si no es así, el contrato será mutuo, como hemos dicho ántes.

2261—Es prohibido pre-tar cualquier cosa para un uso contrario á las leyes ó buenas costumbres ó prestar cosas que estén fuera del comercio por nocivas al bien público. (Concuerda con los arts. 953—1044 --1167—1327—1501—1503—2280—2337.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2565 y 2566—Cód. Frances, 1878, 1ª parte, y 1128.

Es prohibido : Por consiguiente, el acto será nulo, y el mutuante podrá pedir la entrega inmediata de la cosa ; el comodatario á su vez, tendrá derecho á la devolucion de la cosa. Esto es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 1052 y lo dice tambien la nota del codificador al art. que estudiamos.

Si el comodante sabía que el uso á que se iba á destinar la cosa era prohibida, no tendrá derecho á reclamar perjuicios del comodatario por la falta del cumplimiento de sus obligaciones como tal, pero podrá entablar la accion de dominio para recuperarla (fin

de la nota del codificador á este art.), ó la *condictio sine causa* (art. 502 y 792) (1).

2262—Prohíbese á los tutores prestar bienes de sus pupilos, y á los curadores bienes de la curatela; y en general, á todos los administradores de bienes ajenos, públicos ó particulares, que estén confiados á su administracion, á ménos que fuesen autorizados á hacerlo con poderes especiales. (Concuerda con los arts. 450, inc. 5—1160—1880—1881, inc. 9.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2563—Laurent, tom. 26, n° 458.

El préstamo hecho por el tutor con autorizacion judicial lleva implícita la condicion, como en el caso de arrendamiento, de concluir cuando el menor llegue á la mayor edad aunque se haya contratado por mas tiempo que el que faltaba para esa época.

2263—Ninguna forma es indispensable para el comodato, y toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga mas que la tasa de la ley. (Concuerda con los arts. 973—971—1191, última parte—1663.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2567—Cód. de California, 2805—de Chile, 2175—Troplong, n° 58—Véase comentario, y los arts. allí citados, al art. 2246—Dalloz, palabra préstamo, n° 59.

Toda clase de prueba del contrato es admisible : Es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 1191, al fin, y 1817.

Probada la propiedad dada en comodato, es natural que la prueba que tenga por objeto constatar el título por que está en poder del comodatario no esté sujeta á la prueba de los demas contratos que no tienen por objeto la restitution de cosas á su dueño.

Por derecho Frances, este punto es materia de largas cuestiones entre los jurisconsultos, por no haberlo resuelto aquel Código.

Entre nosotros no creemos de utilidad práctica alguna entrar á investigar las razones que nuestro legislador ha tenido para tomar el partido que ha tomado; nuestro propósito no es hacer un tratado de derecho, sino interpretar la ley, y solo por via de argumento

(1) Segovia, nota 12.

entramos á investigar, cuando es necesario, la razon de una disposicion legal. Lo que sí diremos que nuestro legislador ha hecho bien en cortar del todo la cuestion de la forma en que puede probarse el comodato, dando con esto un paso adelante del Cód. Frances. (Véase art. 2264 nuestro).

2264—Son aplicables á la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba de la locacion. (Concuerda con los arts. 1191, ultima parte—1543—2285, última parte.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2568.

A la prueba del comodato: Es decir, á las especialidades ó estipulaciones del contrato, tales como el tiempo, lugar de la entrega, gastos que el comodatario puede hacer, con ó sin obligacion de pagárselas el comodante, etc., etc. Respecto á la prueba, existencia misma del contrato, es decir, del título de comodatario del tenedor de la cosa, ya el art. 2263, ha dispuesto que es admisible toda clase de prueba.

Este art. y el 2263 parecen contradecirse; pero basta tener en cuenta la fuente de donde el codificador los tomó para conocer que se refieren á casos distintos. Freytas, art. citado, de donde han sido tomados ambos, esplica perfectamente su alcance, refiriéndose en el primer párrafo y que forma el art. 2263 nuestro á la *prueba* del comodato; y en el párrafo segundo, que es el art. que estudiamos, á la *prueba del tiempo ó cláusulas* del contrato. (Véase lo dicho en nuestro comentario al art. 2285.)

2265—El comodante conserva la propiedad y posesion civil de la cosa. El comodatario solo adquiere un derecho personal de uso, y no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos á la cosa prestada. (Concuerda con los arts. 2271—2352—2461—2462, inc. 2—2513.)

CONCORDANCIAS

(L. 1, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec. —L. 1, Tit. 16, Lib. 3, F. R. —L. 8, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Código Frances, art. 1877 —Napolitano, 1749 —Holandes, 1778)—Freytas, 2569, § 2—Goyena, 1631, Cód. de Chile. 2176 —Mourlon, tom. 3, n° 931—Troplong, n° 17—Laurent, tom. 26, n° 452—Nota del codificador al art. 2351.

Y posesion civil de la cosa: De aquí se sigue que concluido el comodato no es necesario la tradicion de la cosa parte del co-

modatario para que el comodante adquiera nuevamente la plenitud de sus derechos de propietario, como sucede en otros casos, como el del inciso 2 del art. 1371 ú otros así.

Solo adquiere un derecho personal de uso: Por consiguiente, no es cedible. El derecho del comodatario no es un derecho en la cosa como el del usuario, usufructuario, arrendatario, etc., etc., sino unicamente derecho de hacer un uso determinado dela cosa, derecho que muchas veces no pasa ni á sus herederos, (art. 2283. Véase su comentario.)

No puede apropiarse los frutos ni aumentos: Consecuencia de esto es la obligacion impuesta por el art. 2271.

CAPITULO I

De las obligaciones del comodatario

2266—El comodatario está obligado á poner toda diligencia en la conservacion de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa. (Concuerda con los arts. 506—512—585—587—1561—1562—2267—2270.)

CONCORDANCIAS

(L. 2, tit. 2, P^a 5.—L. 2, tit. 16, Lib. 3, F. R.—Inst., § 2, tit. 15, Lib. 3)—Goyena, 1635—Freytas, 2571, inc. 1—Cód. Frances, 1880, 1^a parte—Cód. de Chile, 2178—Laurent, tom. 26, núm. 471.

Toda diligencia en la conservacion de la cosa: Esta obligacion se traduce por la de cuidar la cosa como un buen padre de familia. Los arts. 2269 y 2270 son un complemento del presente. (Véase Troplong, núms. 69 y sigtes.)

Es necesario tener presente que siendo el comodato un contrato de beneficencia, y casi en provecho esclusivo del comodatario, su obligacion es mayor que la de cualquier otro poseedor respecto á la pérdida ó deterioro de la cosa. Será, pues, mayor responsabilidad que la del depositario, arrendatario, etc., etc. La última parte del art. 2269 establece una de las diferencias principales con los otros contratos. (Véase las concordancias.)

Por su culpa: Ó por las de sus agentes, dependientes, etc., etc. (arts. 1113 y 1114—1561—2274.)

2267—Si el deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el valor anterior de ella, abandonando su propiedad al comodatario. (Concuerda con los arts. 585—587—1094—1095—2266—2270.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 2592, inc. 3—Cód. de Chile, 2178, 2ª parte.

No sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario:

Estas palabras vienen á establecer una diferencia que complementa lo dispuesto en la última parte del art. 2268. Segun dicho art., cuando el comodatario hace un uso abusivo de la cosa, ó la emplea en otro uso que el á que está destinada, tiene derecho á exigir su entrega aunque no se haya vencido el tiempo por que fué dada. Bien, pues, este art. supone el mismo caso, destruccion por culpa del comodatario; pero se pone en el caso de que la cosa, á causa de esa destruccion, venga á quedar inutilizada para emplearse en su uso ordinario. Se sigue de aquí, que no quedando la cosa en tal estado, es decir, pudiendo prestar el mismo servicio con un resultado mas ó ménos igual al que daba ántes, solo tendrá derecho á una indemnizacion parcial, regulada en la forma indicada en el comentario á dicho art., pero no tendrá derecho á exigir el valor de la cosa abandonando su propiedad al comodatario.

Las palabras *uso ordinario*, deben tomarse en el sentido de que la cosa haya disminuido por lo ménos en la mitad su poder de servicio. Este es el principio general. (El art. 1531 es un ejemplo.)

El valor anterior de ella: Es decir, el que tenía en el momento en que se inutilizó, porque hasta ese momento representa para el comodante su valor. Se encuentra el comodatario en el mismo caso que un tercero que destruye una cosa ajena, pues el comodante conserva la propiedad y posesion civil de la cosa (1ª parte del art. 2265), el cual, segun los principios generales, debe pagar al propietario el valor que la cosa tenía al tiempo de la destruccion (art. 1094).

Es necesario tener en cuenta que el art. solo legisla el caso en que la destruccion haya venido por una causa imputable al comodatario; si no lo es, regirá lo dispuesto en los arts. 2269, 1ª parte, y 2270.

Abandonando su propiedad al comodatario: Si el comodatario es menor de edad ó tiene otra incapacidad, por lo mismo

que no puede hacerse cargo contra él (art. 2258), podrá existir la devolucion de la cosa. (Véase comentario al art. 2258.)

Puede suceder que el propietario quiera cargar con la cosa destruida; el comodatario no puede en tal caso resistírsela ofreciendo pagarle su valor, porque es voluntario en el comodante venderla ó no (art. 581); pero en este caso el pago se hará como en el caso de destruccion parcial, es decir, se pagará la diferencia de su valor actual con el que tenía al tiempo de la destruccion (art. 1094).

2268—El comodatario no puede hacer otro uso de la cosa, que el que se hubiese espresado en el contrato; y á falta de convencion espresa, aquel á que está destinada la cosa, segun su naturaleza ó costumbre del país. En caso de contravencion, el comodante puede exigir la restitution inmediata de la cosa prestada, y la reparacion de los perjuicios. (Concuerda con los arts. 1503—1504—1554—1559—3230.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 3, Tit. 2, Part. 5.—LL. 3 y 5, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Cód. Frances, art. 1880—Napolitano, 1752—Holandes, 1781—Austriaco, 972)—Goyena, 1634 y 1635—Freytas, 2571, inc. 2—2574, inc. 2 y 3 y 2592, inc. 2—Cód. de Chile, 1177—Troplong, núms. 97 á 99.

Que se hubiese espresado en el contrato : La intencion de las partes puede en este caso ser espresa ó tácita. Así, si se presta un caballo que siempre se presta al mismo comodatario para que salga á paseo, aun cuando las partes nada hayan dicho, se entiende que el comodatario no puede emprender un viaje, ni puede prestarlo á otro para que pasee (comentario al art. 2256).

Y la reparacion de los perjuicios : Esta reparacion consistirá en el pago del deterioro que ha sufrido la cosa. Debe tambien pagar, á nuestro entender, el arrendamiento de la cosa como locatario por el tiempo que duró el uso indebido (argumento de los arts. 1722, 1913 y 2209).

1º La prueba de que hubo abuso en el empleo de la cosa prestada corresponde al comodante; cuando el comodatario ha hecho de la cosa el uso indicado por su naturaleza, el abuso es un acto de mala fe, y como esto no se presume, resulta que el uso indebido debe probarlo el que se funda en él, para pedir la rescision del contrato.

La prueba del tiempo y del uso á que la cosa fué destinada corresponde al comodatario cuando la naturaleza de la cosa ó del prés-

tamo no lo indica, ó cuando el uso convenido ha sido otro que el á que la cosa estaba destinada anteriormente.

Un ejemplo aclarará mejor las dos proposiciones precedentes: Pedro presta á Diego su carruaje de paseo, para que se sirva de él durante un mes. El comodatario en vez de usar el coche en pasear emprende un viaje ó lo alquila; á causa de esto Pedro reclama su coche y la indemnizacion á que el presente art. le da derecho. Si Diego niega el uso abusivo, Pedro, decimos, deberá probarlo. Si por el contrario, Diego dice que ha hecho el viaje con autorizacion del dueño, deberá probar en la forma impuesta por el art. 2264 la existencia de esa convencion. (Véase Cód. de California, 2805.)

2269—El comodatario no responde de los casos fortuitos, ó de fuerza mayor, con tal que estos accidentes no hayan sido precedidos de alguna culpa suya, sin la cual el daño en la cosa no hubiese tenido lugar; ó si la cosa prestada no ha perecido por caso fortuito ó fuerza mayor, sino porque la empleó en otro uso, ó porque la empleó por un tiempo mas largo que el designado en el contrato; ó si pudiendo garantizar la cosa prestada del daño sufrido, empleando su propia cosa, no lo ha hecho así; ó si no pudiendo conservar una de las dos, ha preferido conservar la suya. (Concuerda con los arts. 513—514—584—586—789—892—1091—1908—Nota del codificador al 2202—2274, 2ª parte—1568.

CONCORDANCIAS

(L. 3, Tit. 2, Part. 5ª, y L. 2 y siguientes, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—Inst., § 2, Tit. 15, Lib. 3—L. 5, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Frances, artículos 1882 y 1883—Napolitano, 1758 y 1754—De Luisiana, 2870 y 2871—Zachariæ, § 724 y nota 3—Aubry y Rau, § 392, nota 2)—Goyena, 1635—Cód. de Chile, 2178, incs. 1 á 3—de California, 2796 y 2797—Leguizamon y Machado, Institutas, nota 305—Trop-
long, n° 113 y sigtes.—Freytas, 2579.

O porque la empleó un tiempo mas largo: Y á causa de ese empleo vino el caso fortuito que la destruyó; pero si únicamente se constituyó en mora de entregarla, y el acontecimiento vino independientemente de ese uso, el comodatario se libra de la obligacion probando que la cosa hubiera parecido igualmente estando en poder del comodante (art. 892). Véase tambien el 789 y nota del codificador al art. que concordamos.)

Es, pues, muy distinto que el caso fortuito venga por una culpa directa del comodatario, como el de emplearla en otro uso, por un tiempo mas largo del convenido, etc., etc., ó que venga independientemente de esta falta, ó independiente de la mora del deudor de ella. Podemos decir entónces: Que en general, el comodata-

rio no responde del caso fortuito ó fuerza mayor, sino cuando él mismo ha sido la causa de tales accidentes, considerándolo tal, es decir, culpable si el caso fortuito ha venido por haberse usado por mas tiempo del convenido. Si el acontecimiento ha venido independientemente de esos abusos y aun de la mora, la responsabilidad del comodatario cesa en el caso del art. 892 (Laurent, tom. 26, nº 470).

1º La prueba del caso fortuito corresponde al comodatario, si así no lo hace, se supone que la pérdida vino por su culpa (argt. del art. 1570. Véase arts. 1571 y 1572).

2270—El comodatario no responde de los deterioros en la cosa prestada por efecto solo del uso de ella, ó cuando la cosa se deteriora por su propia calidad, vicio ó defecto. (Concuerda con los arts. 1569—1573—2266.)

CONCORDANCIAS

(L. 3, Tit. 2, Part. 5.—L. 5, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—L. 10, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Frances, art. 1834—Napolitano, 1736—Holandes, 1785—De Luisiana, 2873—Zachariæ, § 724—Duranton, tom. 17, nº 519—Troplong, nº 89)—Goyena, 1637—Freytas, 2580—Troplong, núms. 123 á 126—Laurent, tom. 26, nº 464.

Por efecto solo del uso de ella : Para esto es necesario que el uso hecho sea el convenido y en forma adecuada.

Así, si se presta un carruaje y se le pone mas peso que el que debe llevar segun su capacidad, el comodatario responderá por los deterioros que este abuso ocasione al coche. Lo mismo será si en vez de servirse de caballos mansos para tirarlo, se atan animales ariscos y éstos lo rompen.

2271—Cesa el comodato por concluir el tiempo del contrato, ó por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fué prestada, y debe ser restituida al comodante en el estado en que se halle, con tolos sus frutos y acciones, aunque hubiese sido estimada en el contrato. Se presume que el comodatario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario. (Concuerda con los arts. 566 á 568—618—1508—1604—1616—1764—1765—2283—2284—2848.)

CONCORDANCIAS

(L. 9, tit. 2, P.º 5.—L. 4, tit. 16, Lib. 3, F. R.)—Freytas, 2575—Goyena, 1640 su comentario—Cód. de Chile, 2180.

Por concluir el tiempo del contrato : Para probar este

tiempo se admitirá la prueba, permitida para probar el arrendamiento (art. 2264 y su comentario).

Y debe ser restituida : La restitucion debe hacerse en lugar estipulado, y en falta de estipulacion en el lugar en que se contrajo la obligacion (art. 747) si fuese el domicilio del deudor (art. 1212) ó donde el acreedor tenía regularmente la cosa prestada. En último caso, el Juez determinará, segun las circunstancias el lugar en que debe entregarse la cosa. (Véase nuestros estudios al Cód. Civil, p. 143.)

En el estado en que se halle : Para el comodante se deteriora y se mejora, salvo el caso en que el deterioro es por culpa del comodatario, en cuyo caso es de su cuenta la destruccion.

El comodante no tiene obligacion de pagar mejoras que no se comprometió á pagar.

2272—Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enagenado la cosa mueble prestada, podrá el comodante, no pudiendo, ó no queriendo hacer uso de la accion reivindicatoria, ó siendo ésta ineficaz, exigir de los herederos el precio recibido, ó que le cedan las acciones que en virtud de la enagenacion les compete. (Concuerda con los arts. 1196—2209—2212—2356—2357—2431—2767—2777 á 2780.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2187—Freytas, 2578, 2ª parte.

La cosa mueble prestada : Si es inmueble siempre tendrá el comodante la accion de reivindicacion (art. 2777).

No pudiendo : Por haber sido, por ejemplo, enagenada por título oneroso á un adquirente de buena fe que ha pagado el precio (art. 2767).

O no queriendo : En el caso de ser la cosa mueble enagenada por título gratuito, el comodante puede elegir entre entablar la accion de reivindicacion ó demandar la indemnizacion correspondiente del heredero enagenante. (art. 2779.)

O siendo ineficaz : Por haber el adquirente consumido la cosa, por ejemplo.

El precio recibido : Véase sobre esto nuestro comentario al art. 1212 y art. 2273.

Que le cedan las acciones : Véase art. 2780.

2273—Si los herederos tuvieron conocimiento de que la cosa era prestada, deberán pagar todo el valor de la cosa, y resarcir el perjuicio al comodante; y aun podrán ser perseguidos criminalmente por abuso de confianza. (Concuerda con los arts. 506—511—1093—2209—2212—2274—2437—2438.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2187, 2ª parte.

Deberán pagar todo el valor de la cosa : Aunque sea ménos el que hayan recibido (art. 2437) y si la han transmitido por título gratuito pagarán el valor de ella al tiempo en que debia hacer la restitution, con mas los intereses moratorios, pues que éstos se deben segun los principios generales, desde el momento en que debiendo pagarse una deuda no se satisface.

Criminalmente : El Código Civil no puede legislar sobre materias criminales. De aquí se sigue que solo habrá accion criminal si el Cód. criminal la autoriza. (De acuerdo Segovia, nota 38).

1º Si la cosa se hubiese perdido ó deteriorado, por causa de los herederos ó sus agentes, regirá lo dispuesto en el art. 2274, si los herederos sabian que la cosa no era de ellos; y lo dispuesto sobre los poseedores de buena fe si no lo sabian.

2274—Si el comodatario no restituyese la cosa por haberse perdido por su culpa, ó por la de sus agentes ó dependientes, pagará al comodante el valor de ella. Si no la restituye por haberla destruido ó disipado incurrirá en el crimen de abuso de confianza, y podrá ser acusado criminalmente, ántes ó despues de la accion civil para el pago del valor de ella, ó indemnizacion del daño causado. (Concuerda con los arts. 584—585—891—892—1094—1113—1114—2269—2273.)

CONCORDANCIAS

(L. S. 3 y 4, tit. 2, P. 5) — Freytas, 2576 — Véase las concordancias del art. 2269, del cual el presente es solo una aplicacion, y nuestro comentario al art. 2266, al fin — Laurent, tom. 26, n.º 468.

El valor de ella : Regulado á la época en que debia entregarse. (Véase lo dicho sobre el art. 2267.) Deberá á mas pagar los daños y perjuicios, con arreglo á los principios generales (arts. 511 y 585 combinado con el 579).

Incurrirá en el crimen de abuso de confianza : Esto solo

puede servir á los Jueces como opinion autorizada de un autor que expone una doctrina para el efecto darle tal clasificacion al hecho de la estincion de la cosa, pero no como ley, puesto que el Cód. civil no puede, ó no tiene autoridad para definir un delito castigado por el derecho criminal. Esto no quiere decir que si por derecho criminal, no es delito, no puede el autor ser perseguido civilmente por la accion de daños y perjuicios, pues siempre será un delito, castigado por derecho civil. (Véase art. 1072 y la distincion hecha por el art. 1078).

2275—Si despues de haber pagado el comodatario el valor de la cosa, la recuperase él ó el comodante, no tendrá derecho para repetir el precio pagado y obligar al comodante á recibirla. Pero el comodante tendrá derecho para exigir la restitution de la cosa, y obligar al comodatario á recibir el precio pagado. (Concuerta con la nota del codificador al art. 637.)

CONCORDANCIAS

(L. 8, tit. 2, P^a 5^a—L. 17, al fin, tit. 6, Lib. 13, Dig.—Freytas, 2576, 3^a parte.

La recuperase: Como supone el caso de haberse perdido, que es del que habla el art. anterior, las palabras que estudiamos dan á entender que no tendrá aplicacion cuando la cosa ha vuelto á poder del comodante por compra ú otro título, en cuyo caso no está obligado á devolver el precio recibido.

Pero si el comodante la ha recuperado, por una accion de reivindicacion ó por cualquier otro medio, si se quiere quedar con ella deberá necesariamente devolver al comodatario el precio pagado por ella, con disminucion de lo gastado para recuperarla.

Tendrá derecho para exigir la restitution de la cosa: Este derecho solo podrá ejercerlo el comodante cuando el comodatario ha *recuperado* la cosa, como acabamos de decir respecto al comodante, y no cuando la ha adquirido por otro título, á no ser que se le pueda imputar fraude al comodatario en la adquisicion.

Decimos que no se aplica á esos casos porque el art. habla en el supuesto de haberse perdido la cosa, y no en el de haberse enagenado; una cosa es *recuperar* la tenencia de una cosa cuya propiedad no se ha perdido y *otra es adquirirla*, nuevamente despues de haber dejado de ser dueño; y como el art. habla de *recuperar*, no debemos hacer estensiva su disposicion al caso de haberse adquirido nuevamente.

2276—Si la cosa ha sido prestada por un incapaz de contratar, que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitucion al comodante incapaz. (Concuerda con los arts. 734—735—737—2214.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2181, 2ª parte—Pothier, n° 35.

Será válida su restitucion: La razon es obvia: desde que el tutor le ha dejado que use de ella libremente, se considera, dice Troplong, n° 107, p. 92, virtualmente autorizado para que la preste y por consiguiente, que la restitucion no siga las formas ordinarias. En este caso, dice el mismo autor, no se puede objetar para anular esta entrega, con la máxima: *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest*, de Ulpiano. (Véase art 2214.)

2277—El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitucion de la cosa, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante, salvo que haya sido perdida ó robada á su dueño. (Concuerda con los arts. 1613—1614—2215—2279—2467—Nota del codificador al art. 731.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2183)—Troplong, n° 106.

Salvo que haya sido perdida, etc., etc.: En tal caso, deberá dar aviso al dueño para que ocurra á recibirla, aplicándose sobre esto lo que dijimos en el comentario al art. 2215. (Véase lo dispuesto en el art. 2279.)

2278—El comodatario no puede retener la cosa prestada por lo que el comodante deba, aunque sea por razon de espensas. (Concuerda con los arts. 1618—2218—2287.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1885—Napolitano, 1757—Holandes, 1786—De Luisiana, 2874—L. 4, tit. 23, Lib. 4, Cód. Rom.—En contra, L. 9, tit. 2, Pª 5ª—Véase Goyena, 1638)—En contra, Freytas, 2586—Cód. de Chile, 2193—En favor, Cód. de California, 2801.

No puede retener la cosa prestada: Esto no impide que en caso de concurso contra el comodante, el crédito del comodatario por razon de las espensas sea privilegiado (art. 3892).

2279—Si se ha prestado una cosa perdida ó robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, es responsable de los perjuicios que, de la restitucion al comodante, se sigan al dueño. Éste por su parte tampoco podrá exigir la restitucion sin el consentimiento del comodante, ó sin decreto de Juez. (Concuerta con los arts. 2277 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2183)—Troplong, n° 106—Véase lo que decimos sobre el art. 2277.

2280—El comoditario está obligado á suspender la restitucion de toda especie de armas ofensivas, y de toda otra cosa de que sepa que se trata de hacer un uso criminal; pero deberá ponerla á disposicion del Juez. (Véase art. 2261.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile 2184.)

Que se trata de hacer un uso criminal: Ó que haya sido puesta fuera del comercio (arts. 891 y 954.)

2281—Cuando muchas personas han tomado prestado conjuntamente las mismas cosas, responden solidariamente por la restitucion ó daños sufridos en ellas. (Véase arts. 710 á 717—753, 2ª parte—1915—2299).

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1887—Napolitano, 1759—Holandes, 1788—De Luisiana, 2876—Zachariæ, § 724—L. 5, § último, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—En contra, L. 5, Tit. 2, Part. 5ª)—Goyena, 1639—Cód. de California, 2802—de Chile, 2189—Troplong, núms. 139 y 140.

Conjuntamente: Se supone que es así cuando el préstamo se ha hecho bajo una misma denominacion, aunque no sea para un fin comun. Así, si se dice: presto á Juan y á Pedro mi carruaje, hay solidariedad entre ellos aunque el servicio que les haya de prestar el carruaje no sea á un mismo tiempo á los dos. Pero si se dice: presto á Juan mi carruaje bajo condicion de que tales y cuales dias se lo ha de dar á Pedro para que lo use, la responsabilidad por la destruccion no es solidaria; son dos préstamos distintos en que Pedro no tiene nada que ver con las faltas de Juan ni viceversa. No se puede decir que en este caso el carruaje ha sido prestado conjuntamente á Pedro y á Juan.

Responden solidariamente : Esta solidaridad es legal, y por lo mismo no se necesita estipulacion alguna para establecerla; el solo hecho de aceptar conjuntamente la cosa prestada, los hace deudores solidarios, y aunque la destruccion haya venido por causa de uno solo de los comodatarios ó se haya destruido por el uso de uno solo, la obligacion no deja de ser solidaria (Pothier, nº 65).

1º Pagados los perjuicios ó el valor de la cosa por uno solo de los comodatarios, las relaciones de éste para con los otros deudores y el verdadero causante de la pérdida de la cosa se determinarán con arreglo á lo dispuesto en el art. 689. (Véase 717.) De suerte que si uno solo de los comodatarios es el culpable, contra ese se dirigirá la accion por el reembolso de lo pagado, con arreglo á lo dispuesto en la última parte del inc. 2 del art. citado, cuando dice que *se debe atender á las circunstancias en cada uno de los casos*. En el supuesto, el verdadero deudor es únicamente el que ha ocasionado la pérdida de la cosa prestada, y es él únicamente el que debe soportar sus consecuencias.

Pero si este deudor culpable se hace insolvente, la deuda se repartirá entre todos, soportando el pagador su parte tambien (art. 717, 2ª parte).

0 daños sufridos en ellos : Esto viene á confirmar lo que dijimos en el comentario al art. 711.

La solidaridad establecida en este art. desaparece tratándose de los herederos de uno de los deudores solidarios, no solo respecto al comodante sino tambien respecto á los otros comodatarios (art. 712).

2282—Los gastos hechos por el comodatario para servirse de la cosa que tomó prestada no puede repetirlos. (Concuerda con los arts. 1573—2430.)

CONCORDANCIAS

(L. 7, Tit 2, Part. 5ª, y L. 18, § 2, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Frances, art. 1896—Austriaco, 981—De Baviera, art. 5, Cap. 2, Lib. 4)—Freytas, 2585, 2ª parte—Goyena, 1633—Laurent, tom. 26, n° 465.

Para servirse de la cosa : Tales como los gastos de limpieza, pequeños desperfectos, guarda de ellos, etc., etc.

Pothier pone el ejemplo del préstamo de un caballo, y dice que

con arreglo al principio adoptado por este art. el comodatario debe soportar los gastos de mantencion y cuidado.

En la legislacion alemana se dispone lo mismo (Lehr, Derecho germánico, p. 338, nº 171).

CAPITULO II

De las obligaciones del comodante

2263—El comodante debe dejar al comodatario ó á sus herederos el uso de la cosa prestada durante el tiempo convenido, ó hasta que el servicio para que se prestó fuese hecho. Esta obligacion cesa respecto á los herederos del comodatario cuando resulta que el préstamo solo ha sido en consideracion á éste, ó que solo el comodatario por su profesion podia usar de la cosa prestada. (Concuerda con los arts. 1159—1604, inc. 1—2271 y sus concordantes—2284—2285.)

CONCORDANCIAS

(L. 4, Tit. 16, Lib. 3, F. R.—L. 17, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Frances, art. 1888—Napolitano, 1760—Holandes, 1789—De Luisiana, 2877—Pothier, nº 27—Duran-ton, tom. 17, nº 537—Aubry y Rau, § 393—Zachariæ, § 725)—Freytas, 2588—Goyena, 1640—Mourlon, tom. 3, nº 934, al fin—Laurent, tom. 26, nº 455, p. 463—Lehr, Derecho germánico, p. 339, nº 171.

Durante el tiempo convenido: La prueba de la existencia de convencion sobre un tiempo determinado corresponde al comodatario (art. 2285, última parte), la cual deberá producirse con arreglo á lo dicho sobre el art. 2264.

El servicio para que se prestó: Si el comodatario es moroso en servirse de la cosa, puede demandarse su entrega. Así, si se presta un caballo para ir á un punto determinado, se supone que es para salir inmediatamente ó al dia siguiente; y si el comodatario deja pasar el tiempo teniendo el caballo en su poder, el comodante podrá cobrarlo, sin que el comodatario pueda alegar que aun no ha hecho el servicio para que el caballo se prestó.

En consideracion á éste: Esta es una cuestion de hecho que el Juez apreciará segun las circunstancias, teniendo en cuenta los vínculos de amistad personal entre el comodante y el comodatario y las necesidades de éste, y si podria ó no serles útil el préstamo á los herederos. (Véase Laurent, lugar citado.)

2261—Si ántes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, sobreviene al comodante alguna imprevista y urgente nece-

sidad de la misma cosa, podrá pedir la restitucion de ella al comodatario. (Véase, 1497—2283.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1889—Napolitano, 1761—De Luisiana, 2878—Pont, sobre los artículos 1388 y 1889—Heinecio dice: *aequitas suadet ut si ipse comodans re sua indigent, ille comodatario preferatur*, Inst., § 798)—Goyena, 1640, 2ª parte—Freytas, 2592, inc. 4—Cód. de Chile, 2180, inc. 2—de California, 2806.

Alguna imprevista y urgente necesidad: Si la necesidad era prevista ántes del contrato, para hacer uso del derecho de recuperar la cosa prestada sería necesario, dice Laurent, tom. 26, nº 479, una estipulacion espresa; de lo contrario se supone que renuncia al derecho de servirse de la cosa para esa necesidad prevista.

Queda al criterio del Juez resolver si la necesidad del comodante es imprevista y si no admite demora ó si no se puede remediar de otro modo; aunque sea imprevista y urgente, cuando el comodatario sufre perjuicios irreparables si se le obliga á devolver la cosa no debe ordenarse su devolucion.

Si el comodante sufre algun perjuicio porque al comodatario, sin culpa que le sea imputable no puede entregar la cosa en el momento en que se le exige, cuando el contrato era por tiempo determinado, nada podrá demandar el primero contra el segundo. Supóngase que Pedro presta á Juan su coche para un viaje; si Juan no puede devolver el carruaje para el dia que Pedro se lo pide, por imposibilidad material para hacerlo venir en esa época, ninguna responsabilidad tendrá el primero, puesto que no hay falta alguna que le sea imputable.

2285—Si el préstamo fuese precario, es decir, si no se pacta la duracion del comodato ni el uso de la cosa, y éste no resulta determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitucion de la cosa cuando quisiere. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario. (Concuerda con los arts. 576, última parte—1604, inc. 2—1767—2226, 2ª parte del inc. 1º.)

CONCORDANCIAS

(L. 1, Tit. 26, Lib. 43, Dig.—Cód. de Austria, arts. 974 y 975—Prusiano, 230 seccion 1, tit. 21, parte 1ª)—Goyena, 1641—Cód. de Chile, 2193—Freytas, 2588, inc. 2 y 2590—Nota del codificador al art. 2480—Nuestro comentario al art. 2264—Tropolong, nº 147 y 155.

Incumbe la prueba al comodatario: Esta prueba debe recaer sobre el objeto para que la cosa ha sido prestada; probado esto, el Juez resolverá si el comodatario la ha tenido ó no el tiempo suficiente para hacer el uso para el cual fué destinada.

El comodatario podrá probar tambien que el contrato ha sido hecho por tiempo determinado.

No aprobándose nada de esto, el Juez resolverá el tiempo en que deba ser entregada la cosa despues de haberla exigido el comodante (art. 576, 2ª parte).

2286—El comodante que, conociendo los vicios ó defectos ocultos de la cosa prestada, no previno de ellos al comodatario, responde á éste de los daños que por esa causa sufriere. (Concuerda con los arts. 931—1525—2103—2147—2224—2247.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, Tit. 2, Part. 5ª.—L. 18. § 3, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Cód. Frances, art. 1891—Napolitano, 1763—Holandes, 1790—De Luisiana, 2880—Zachariæ, § 725—Pont, sobre el art. 1891)—Goyena, 1643—Freytas, 2587—Tropiong, nº 164.

Vicios ó defectos ocultos: Estas palabras deben tomarse como refiriéndose no solo á los defectos ó vicios que la cosa tenga en sí, independiente del uso para que se le destine, sino tambien, á los defectos que tenga relativamente al destino para que se presta la cosa.

Supóngase, por ejemplo, que Pedro pide á Juan tal caballo para atarlo en su coche creyendo que el caballo pedido es propio para ese destino. Juan se lo presta sin advertirle que el caballo no sirve para el destino que se quiere; en este caso Juan sería responsable de los perjuicios que Pedro pudiera sufrir á causa de que el caballo prestado no era propio para atarlo en su carruaje. Sabiendo el comodante que el caballo pedido era para atarlo á su carruaje, era de su obligacion advertir que no servía para tal oficio, y si no lo ha hecho, su omision es dolosa, y como tal debe necesariamente responder de sus consecuencias. Esto es de derecho universal.

La palabra *ocultos* de nuestro art. resuelve tambien una gran cuestion entre los jurisconsultos franceses sobre si el comodante responde por los vicios aparentes de la cosa prestada. La mayoría está por que no responde, porque el hecho solo de ser aparentes, dice, Laurent, tom. 26, n. 483, hace presumir que el comodatario

está advertido, por lo ménos si así no lo es, el comodante ha tenido razon para pensar lo contrario y guardar silencio; con esta creencia fundada desaparece su mala fe, única cosa por que el comodato puede responsabilizársele al comodante.

2287—El comodante debe pagar las espensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservacion de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento ántes de hacerlas, salvo que fuesen tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro. (Concuerda con los arts. 1516—1518—1539, inc. 3—1544—2204—2278—2282—2306 y sus concordantes—2462, inc. 2, combinado con el 2466.

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 1890 y sobre él Pont—Zachariæ, § 725—Pothier, núms. 81 y siguientes—L. 18, Dig. *commodat*)—Goyena, 1642—Freytas, 2582, inc. 2—Cód. de Chile, 2191—Laurent, tom. 26, n° 482.

Las espensas extraordinarias: Las ordinarias deben ser pagadas por el comodatario (2182 y su comentario).

Lo ponga en su conocimiento ántes de hacerlas: Porque puede suceder que el comodante no quiera hacer tales gastos y sería obligarle tal vez á hacer un sacrificio á que aquél no estaba dispuesto. La posicion del comodante no es como la del locador: el segundo está *obligado* por la ley á conservar la cosa en estado de prestar el servicio para que se arrendó, y es por esto que el dueño de la cosa está siempre obligado por los gastos necesarios. No sucede así con el comodante: su obligacion es solo de no quitarle al comodatario la cosa prestada durante el tiempo que debe durar el comodato, pero sin obligacion de conservarla en tal ó cual estado. De aquí nace la restriccion impuesta por el art. que estudiamos, de dar aviso al comodante de los gastos que sean necesarios hacer, sin cuyo requisito el dueño de la cosa no está obligado al reembolso, aunque los gastos redunden en beneficio positivo del comodante.

Algunos creen que si bien en este caso, el de gastos sin previo aviso, no tiene accion por lo gastado, por lo ménos tiene accion por lo que se utilizó (1).

Pensamos que el comodatario no tiene derecho alguno á cobrar gastos hechos en la cosa fuera del caso autorizado por el art. que

(1) De Segovia, nota 63, siguiendo en parte á Pont, n° 122.

estudiamos, y el de haberse cumplido con el mandato de la ley de dar aviso previo al comodante cuando el gasto no sea de una urgencia tal que no haya tiempo de dar aviso.

El mandato de la ley de dar aviso previo equivale á la prohibicion de hacer mejoras, y si, no obstante esta prohibicion, el comodatario las hace, no vemos con qué fundamento podria demandar su pago.

Se encuentra el comodatario en una situacion parecida, aunque algo peor, á la del arrendatario que ha hecho gastos necesarios ó útiles sin autorizacion del locador, que solo en ciertos casos tiene derecho á cobrarlos (art. 1539, inc. 4, y art. 1550, inc. 1º)

Se dirá tal vez que el comodatario no puede ser de peor condicion que el poseedor de mala fe, al cual la ley le acuerda accion por los gastos necesarios (art. 2440). Pero nosotros decimos que debe tenerse en cuenta que el poseedor de mala fe solo comete falta, como dice el codificador en la nota al art. 2440, en poseer indebidamente una cosa ajena, y no en hacer gastos necesarios para la conservacion de la cosa; mientras que el comodatario, á quien la ley le prohíbe hacer gastos aun necesarios, sin previo aviso del dueño, comete falta contrariando el mandato de la ley, que interpreta la voluntad del dueño; y esa falta consiste precisamente en hacer esos gastos porque se le quiere dar accion cuando no se encuentra en caso de una urgente necesidad.

La accion tendrá por fundamento su propia falta; y no es presumible que el legislador haya querido poner una disposicion prohibitiva para luego conceder accion por aquello mismo que prohíbe hacer.

Entre la prohibicion que hace el legislador al comodatario y la que hace un locador á un locatario de no hacer gasto alguno, no hay diferencia; y si es racional que el locador no pague lo que ha prohibido hacer, lo es igualmente que el comodante no pague lo que la ley ha prohibido en su nombre hacer sino mediante circunstancias dadas.

El art. 2303 es un ejemplo de esto.

1º El comodatario no tiene derecho de retencion ni aun por las mejoras urgentes. El art. 2278 no distingue, prohíbe retener por razon de espensas; y sí la ley no distingue la jurisprudencia tampoco debe distinguir. (Véase lo dicho en el comentario al art. 2440.)

TÍTULO XVIII

De la gestion de negocios ajenos

2288—Toda persona capaz de contratar, que se encarga sin mandato de la gestion de un negocio que directa ó indirectamente se refiere al patrimonio de otro, sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestion, sea que la ignore, se somete á todas las obligaciones que la aceptacion de un mandato importa al mandatario. (Concuerda con los arts. 1870, inc. 5—1874—1876—1904—2291—2303.)

CONCORDANCIAS

(LL. 26 y 27, Tit. 12, Part. 5ª.—Inst., § 1, Tit. 28, Lib. 3—LL. 1, y siguientes, Tit. 5, Lib. 3, Dig.—Cód. Frances, arts. 1372 y 1373—Napolitano, 1326 y 1327—Holandes, 1390 y 1391—de Austria, 1039—Maynz, § 356—Zachariæ, § 622—Aubry y Rau, § 440—Es preciso que el negocio preexista á la gestion. Si yo hago trabajos en una cosa ajena que necesita reparaciones, hay gestion de negocios; pero si construyo una casa en terreno de otro, hay creacion, pero no gestion de negocios. Esta creacion no da por si nacimiento al cuasi-contrato de que tratamos—Delamarre y Lepoitvin, tom. 1, n° 125—Zachariæ, § citado, nota 3)—Goyena, 1822—Freytas, 3426—Cód. de Chile, 2286 y 2287—Mourlon, tom. 2, n° 1664.

Toda persona capaz de contratar: Esto es una consecuencia de lo dispuesto en los arts. 1896 á 1898. De suerte que si el gestor es incapaz, el dueño del negocio solo tiene accion por lo que el gestor hubiese convertido en su provecho. (Aubry y Rau, § 441, nota 1ª).

Se encarga sin mandato: Con esto se abarca los distintos casos en que puede haber gestion de negocios, tales como cuando se obra con esceso en el mandato, en virtud de un mandato nulo, etc., etc. (Véase Freytas, 3427, Aubry y Rau, lugar citado.)

Sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestion: Estas palabras no importan de ninguna manera con-

trariar lo dispuesto en otro lugar respecto al caso en que hay mandato tácito, como algunos han creído; el art. que estudiamos no define la *negotiorum gestio*, sino que muestra sus consecuencias. Es así como creemos deben explicarse las palabras que estudiamos.

2289—Para que haya gestion de negocios es necesario que el gerente se proponga hacer un negocio de otro, y obligarlo eventualmente. El error sobre la persona no desnaturaliza el acto; pero no habrá gestion de negocios, si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciese los negocios de otro, ni cuando en la gestion ha tenido solo la intencion de practicar un acto de liberalidad (*C. Com.* 332.) (Concuerta con los arts. 795—2184—2185, 1ª parte—2302.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 356)—Notas del codificador á los arts. 785 y 899—Freytas, 3428.

Se proponga hacer un negocio de otro: Si al gestionar cree hacer un negocio propio, sus derechos y obligaciones no se determinan por las reglas del presente título, sino con arreglo á las disposiciones sobre la posesion de buena ó de mala fe segun sea el que obre.

El que obra contra la prohibicion espresa del dueño, no hace gestion de negocios (art. 2303, Freytas, citado 1º), porque no se supone que quiera obligarlo contra su espresa prohibicion: será mas bien un acto de liberalidad (última parte del art. que estudiamos).

No desnaturaliza el acto: Como no se desnaturaliza el mandato cuando hay error sobre la persona del mandante ó mandatario (art. 2184).

2290—Comenzada la gestion, es obligacion del gerente continuarla y acabar el negocio, y sus dependencias, hasta que el dueño, ó el interesado se hallen en estado de proveer por sí, ó bien hasta que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia. (Concuerta con los arts. 910—1917—1969—1979—2296.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, arts. 1372 y 1373—Napolitano, 1326 y 1327—Holandes, 1390 y 1391—de Austria, 1039)—Goyena, 1892—Cód. de Chile, 2289—Italiano, 1141—Freytas, 3430, inc. 1º.

Es obligacion del gerente continuarla: Pero si le es

materialmente imposible, ó no puede continuar sin grave peligro de sus intereses le bastará tomar las medidas conservatorias que las circunstancias exijan, porque las obligaciones del gestor llegan hasta las del mandatario (art. 2288, última parte) y no mas allá, y si esto es lo que se exige en el mandatario (art. 1916) al gestor de negocios no puede exigírsele mas. (Véase, sin embargo, art. 2291 y su comentario.

2291—El gestor de negocios responde de toda culpa en el ejercicio de la gestion, aunque aplicase su diligencia habitual. Pero solo estará obligado á poner en la gestion del negocio el cuidado que en las cosas propias, cuando se encargase del negocio en un caso urgente, ó para librar al dueño de algun perjuicio si nadie se encargara de sus intereses ó cuando lo hiciera por amistad ó afeccion á él. (Concuerda con los arts. 512—909—1904—1905—1908—2202—2288—2294—2295.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 356, letra A.—Zachariæ, § 622, nota 2—Inst. § 1, tit. 28, Lib. 3—L. 3, § 9, Tit. 15, Lib. 3, Dig.—Véase L. 30, tit. 12, P. 5.—Cód. Frances, 1374—Napolitano, 1328—Holandes, 1392)—Goyena, 1893—Freytas, 3430, inc. 3—Nota del codificador al art. 512—Cód. de Chile, 2288.

Aunque aplicase su diligencia habitual: De suerte que pudiendo imputársele negligencia el gestor no podrá escusarse diciendo que ha puesto en el negocio los cuidados que acostumbra poner en los propios. El Juez debe tomar por tipo para determinar si ha habido negligencia, al buen padre de familia y apreciar los hechos segun las circunstancias especiales que pueden haber mediado para obrar así al gestor. La 3ª parte del art. 2294, trae un caso de aplicacion del artículo.

Cuando se encarga del negocio en un caso urgente: Como cuando se trata de evitar un peligro inmediato, en que se ve que la intervencion es únicamente por la necesidad urgente y que no se habria hecho cargo de él sin esta circunstancia. No es lo mismo el que se encarga con la calma y tiempo necesario, de una gestion, que el que lo hace en un momento precipitado.

Por amistad ó afeccion á él: "Es necesario, dice Goyena, comentario al art. citado, tener miramiento al parentesco, á la afeccion, etc., etc., para no hacer al gerente victima de su benevolencia, no pagar el beneficio por condenaciones propias para traerle y envenenar así el placer que siente el hombre honrado y

sensible cuando hace bien a otro.” No es, pues, lo mismo encargarse de una gestion sin interes pecuniario, y solo por un sentimiento de amistad, que manejar los intereses de un desconocido, en que si bien en algunos casos puede hacerse por compasion al dueño, cualquiera que él sea, las mas veces se hace contando con la remuneracion que voluntariamente pueda darle éste; en el primer caso la gestion, en cierto modo es forzada; en el segundo es voluntaria, y esta es precisamente la razon de la diferencia de responsabilidad en uno y otro caso. El Cód. de Chile (art. citado) con mas claridad que el nuestro dice: Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, solo es responsable del dolo ó de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestion, es responsable hasta de la culpa leve.

2292—Si el gestor hubiese puesto en la gestion otra persona, responderá por las faltas del sustituto, aunque hubiese escogido persona de su confianza. (Concuerda con el art. 1924.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3430, inc. último, parr. de la nota del codificador al art. 2288.

Responde por las faltas del sustituto: Se encuentra en el mismo caso que el mandatario que ha sustituido su mandato sin autorizacion. A su vez el gestor tendrá accion contra el mandatario constituido por él.

2293— Si fuesen dos o mas los gestores, la responsabilidad de ellos no es solidaria. (Concuerda con los arts. 1870, inc. 5—1920—1941—1945—2288—2299.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 356, letra A., y 304, nota 11)—Freytas, 3430, inc. 5.

No es solidaria: Es una consecuencia de lo dispuesto en el inc. 5 del art. 1870, del 2288, y de lo dispuesto en el 1920. Los mandatarios no son solidarios, y como la gestion se rige por las reglas del mandato, tenemos que el caso legislado en este art. lo está ya por los citados (1).

2294—El gestor responde aun del caso fortuito, si ha hecho opera-

(1) De acuerdo, Dr. Segovia, nota 16.

ciones arriesgadas, que el dueño del negocio no tenía costumbre de hacer, ó si hubiese obrado mas en interes propio que en interes del dueño del negocio; ó si no tenía las aptitudes necesarias para el negocio; ó si por su intervencion privó que se encargara del negocio otra persona mas apta. (Concuerda con los arts. 513—1907—1908—2291—2289—2435.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, lugar citado)—Freytas, 3430, inc. 4, y 3431—Nuestro comentario á la 1ª parte del art. 1291—Cód. de Chilo, 2289, última parte.

La determinacion de los distintos casos de este art. queda á la prudencia de los Jueces, apreciando los hechos en cada caso especial. Así, si un individuo se encarga voluntariamente de una gestion sin tener los conocimientos técnicos necesarios, responderá indudablemente de toda falta; por mas actividad y buena voluntad que haya desplegado en el negocio, siempre será una falta hacerse cargo de gestiones que no puede dirigir bien. Doblemente estricta será su responsabilidad, si en el mismo caso puesto impidió que una persona competente se hiciera cargo.

1º Por lo demas, es indudable que cualquiera que sea la falta del gestor no responderá cuando la cosa se pierde por un caso fortuito que la habria hecho perder igualmente estando en poder del dueño (art. 2295), salvo los derechos de éste hasta el dia del caso fortuito.

La irresponsabilidad por el caso fortuito en la hipótesis puesta es un principio general de derecho aceptado por nuestro Cód. aun para el poseedor de mala fe. (art. 2435 y sus concordantes).

2295—El gestor no responde del caso fortuito, si probase que el perjuicio habria igualmente tenido lugar, aunque no hubiese tomado el negocio á su cargo, ó cuando el dueño del negocio se aprovechase de su gestion. (Concuerda con los arts. 892—1725—2291—2301.)

CONCORDANCIAS

(Respecto á la primera parte, véase el art. 937—Respecto á la segunda, Regla 29, tit. 34, Pª 7ª)—Nota del codificador al art. 2297—Freytas, 3432—Cód. de California, 2544 y 2545.

Se aprovechase de su gestion : Si el gerente carga con la responsabilidad, él solo aprovechará del resultado de la gestion.

Pero si al dueño le resulta algun provecho la responsabilidad del

gerente se disminuye en proporcion al provecho obtenido por el primero, contra el cual tiene el segundo la accion de *in rem verso*.

2296—La gestion no concluye hasta que el gerente haya dado cuenta de su administracion al dueño del negocio ó á quien lo represente. Toda clase de prueba será admitida respecto á la gestion, y á los gastos causados en ella. (Concuerda con los arts. 1190 á 1192—1909—2290.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 622, nota 10—Troplong, *Mandat*, n° 146—Duranton, tom. 13, n° 356)—Freytas, 3433.

Toda prueba será admisible respecto á la gestion: "No se trata, dice el codificador en la nota á este art., de probar una convencion sino el hecho de donde resulta la obligacion." Esto es una consecuencia de lo dispuesto en la última parte del art. 1191.

Y los gastos causados por ella: Véase sobre esto el fallo citado en el comentario al art. 2298.

2297—Toda persona aunque sea incapaz de contratar, cuyos negocios hayan sido atendidos, ó administrados por un tercero á quien ella no hubiese dado mandato al efecto, queda sometida á las obligaciones que la ejecucion del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido últimamente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debia resultar, ó que ella hubiese cesado. (*C. Com.* 322.) (Concuerda con los arts. 407—2196—2298—2302—2306.)

CONCORDANCIAS

(LL. 26 y 27, tit. 12, P° 5°—L. 2, tit. 5, Lib. 3, Dig.—Cód. Frances, 1875—Zachariæ, § 622, n° 10)—Freytas, 3434, inc. 1 y 3435—Aubry y Rau, § 441, nota 14—Goyena, comentario al art. 1894—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 3, p. 444.

Queda sometido á las obligaciones, etc., etc.: Es decir, tiene la accion *negotiorum gestorum* para pedir el reembolso de todo lo gastado útilmente, considerándose su utilidad, no al tiempo de concluir el negocio, como cuando se trata de la *in rem verso*, sino al tiempo de hacerse el gasto, aunque despues esa utilidad haya desaparecido. Basta que se haya gastado debidamente, sin que se pueda imputar al gestor algunas de las faltas de que habla el art. 2294, para que el dueño esté obligado al reembolso. *Non solum*,

dice la ley romana, *si effectum habuit negotium, quod gessit, sed sufficit, et si effectum non habuit negotium.*

La accion que por este art. se concede al gestor es, pues, distinta á la que se le concede en la última parte del art. 2295, 2301 y 2303.

Por esos artículos se da la *in rem verso*, y por el que estudiamos, como hemos dicho, la *negotiorum gestorum*. Para la primera el acreedor tiene que demostrar el provecho obtenido por el dueño del negocio hasta el momento de la demanda; para la segunda demostrar el gasto que se hizo al hacer la gestion. (Véase Aubry y Rau, notas 13 y 14, § 441.) Véase art. siguiente y su comentario, y nota del codificador al art. 2441.

2298—El gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestion le hubiese ocasionado, con los intereses desde el día que los hizo; y el dueño del negocio está obligado además á librarle ó indemnizarle de las obligaciones personales que hubiese contraído. (Concuerda con los arts. 1539, inc. 3—1731—1949—1950—2224—2297.)

CONCORDANCIAS

(LL. 26 y 28, Tit. 12, Part. 5ª.—Cód. Frances, art. 1375—Napolitano, 1329—Holandes, 1393—L. 10, Tit. 5, Lib. 3, Dig.—L. 18, Cód. Romano, *De negotiis gestis*.—Aubry y Rau, § 441, nota 11, de Duranton, tom. 13, n° 674, y de Troplong, *Du Mandat*, n° 680)—Goyena, 1894—Cód. de Chile, 2290 y 2294—Freytas, 3434, inc. 1ª—Cód. Italiano, 1144.

Todos los gastos que la gestion le hubiese ocasionado:

Para que el dueño del negocio esté obligado á este pago el gestor deberá justificar previamente la cuenta que presente; la partida que no esté justificada será rechazada (Fallos de la S. C., S. 1, tom. 4, p. 75.)

Para esto se le admitirá toda clase de prueba (última parte del art. 2296.)

Creemos que el gestor debe tener derecho á retener la cosa por razon de la cual se le deben los gastos. El derecho de retencion se da, en regla general, á todo aquel que hace gastos útiles en una cosa (art. 3940). El gestor debe estar comprendido en la regla general puesto que no hay disposicion contraria alguna. (Véase art. 2310.)

Téngase presente que el derecho á la repeticion de todos los gastos es únicamente en el caso del art. 2297. Fuera de esos casos, el dueño solo debe pagar los gastos cuyo resultado provechoso

exista al momento de recibir el dueño la cosa que se le ha administrado. (Comentario á dicho art. 2297.)

2299—Cuando el negocio ha sido de dos ó mas dueños la responsabilidad no es solidaria. (Concuerda con los arts. 1921—1941—1945—2281.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 622—Toullier, n° 48)—Freytas, 3434, inc. 4.

2300—El dueño del negocio no está obligado á pagar retribucion alguna por el servicio de la gestion, ni á responder de los perjuicios que le resultasen al gestor del ejercicio de la gestion. (Véase arts. 1627—1628—1871—1953—2030.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2290—Goyena, 1894)—Freytas, 3434, 2 y 3.

2301—Si el negocio no fuese emprendido últimamente, ó si la utilidad era incierta al tiempo que el gestor lo emprendió, el dueño, cuando no ratificó la gestion, solo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio. (Concuerda con los arts. 2295—2297—2303—2304—2306.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3436—Véase nuestro comentario al art. 2297.

Los concordantes esplican el alcance del presente.

2302—Aunque el negocio hubiese sido últimamente emprendido, el dueño solo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestion, cuando el gestor creyó hacer un negocio propio; ó cuando hizo un negocio que era comun á él y otro, teniendo solo en mira su propio interes; ó si el dueño del negocio fuese menor ó incapaz, y su representante legal no ratificara la gestion; ó cuando hubiese emprendido la gestion del negocio por gratitud como un servicio remuneratorio. (Concuerda con los arts. 2289—2241, 1ª parte—2295—2297—2303—2306.)

CONCORDANCIAS

(Pothier, n° 190 y 193)—Freytas, 3437—Véase nuestros "Estudios sobre el Cód. Civil", p. 286 y siguientes.

Hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio:
Véase comentario al art. 2297, donde se establece la diferencia entre

la accion por todos los gastos hechos y la que se da en razon de la utilidad real existente al demandarse el reembolso.

O si el dueño del negocio fuese menor ó incapaz : Para conciliar estas palabras con las del art. 2297, que dice: "Toda persona, *aun incapaz de contratar*, etc., etc., es necesario referirlas á la hipótesis anterior, es decir, á cuando el gestor solo ha creido hacer un negocio propio, que es precisamente el caso de *in rem verso* de que habla el art. 2289, y no al caso de que habla el art. 2297 citado. En la nota del codificador al art. 2441, se establece perfectamente la diferencia entre una y otra hipótesis.

Interpretando las palabras que estudiamos del modo que lo hacemos, se pone este art. en consonancia con el 2289, y con la nota del codificador al art. 2441 citado. La razon del principio sentado en el art. 2297 lo espusimos en nuestros "Estudios al Cód. Civil", edicion de 1879, p. 268.

2303—El que liace el negocio de una persona contra su espresa prohibicion, no puede cobrarle lo que hubiere gastado, á no ser que tuviese un interes legitimo en hacerlo. (Concuerda con los arts. 728—1957, inc. 1—2029—2288—2301—2302.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 441, nota 16—Duranton, tom. 12, n° 19—En contra Pothier, n° 189)—Freytas, 3428—Cód. de California, 2544.

No puede cobrar lo que hubiere gastado : Pero podrá cobrar aquello en que hubiera sido útil la gestion, siempre que esa utilidad exista á tiempo de la demanda (véase art. 728 y sus concordantes) siempre que no se viese, por circunstancias especiales, que el gestor ha querido hacer una mera liberalidad.

La cuestion de si en el caso del art. que estudiamos tiene ó no el gestor la accion de *in rem verso*, ha dividido á los juriconsultos franceses, como puede verse en Laurent, tom. 20, n° 336, 338 y 339. Por nuestro Código nos parece mas clara la cuestion, dada la disposicion terminante del art. 728 y demas citados.

Nuestro derecho no cierra la puerta, como se ve por dichos arts. al principio de equidad de que nadie debe enriquecerse á costa de otro, aunque sea en el caso que este último obre contra la voluntad del primero, como sucede en el art. 728. El Cód. de Chile, art. 2291, es terminante en favor de nuestra tesis.

1º. El gestor será responsable del caso fortuito cuando intervino contra la voluntad del dueño, salvo el caso del art. 2295:

2301—Cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiere emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño del negocio equivale á un mandato, y le somete para con el gestor á todas las obligaciones del mandante.

La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió. (*C. Com.*, 334.) (Concuerda con los arts. 407—1065—1162—1935—1936—2301.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 441, nota 20)—Freytas, 3442—Cod. de California, 3536—Véase lo expuesto en los concordantes citados.

2305—El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión, hizo con terceros, aunque los hiciese á nombre del dueño del negocio, si éste no hubiese ratificado la gestión. Los terceros, mientras el dueño del negocio no ratifica la gestión solo tendrán derecho contra el gestor, y solo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra éste correspondían al gestor. (*C. Com.*, 333.) (Concuerda con los arts. 1161—1195—1930 á 1933.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 441, al fin)—Freytas, 3444—Laurent, tom. 20, n° 332.

Si éste no ratifica la gestión: Es necesario no confundir el caso en que el gerente obra contra la prohibición del dueño del negocio con el en que obra ignorándolo este último. En el primer caso solo su ratificación lo pone en las condiciones de un mandante; en el segundo no se necesita ratificación; basta que se realice la hipótesis del art. 2297, para que el gestor tenga los derechos acordado por el art. 2298, los cuales, en su caso, pasan á los terceros.

Pero en uno y otro caso los terceros solo pueden ejercer los derechos que el gestor tenga contra el dueño del negocio.

Las demás obligaciones que el gestor haya contraído para con los terceros y que el primero no pueda ejercer contra el dueño, tendrán que reglarse por las disposiciones que rigen las obligaciones del mandante para con el mandatario y en relación á los terceros (arts. 1929 á 1933.)

Así, pues, las obligaciones que el gestor hubiese contraído con

los terceros á nombre del dueño, pasando los derechos acordados por la ley al gestor, son de ningun efecto (art. 1161 y argto. del art. 1931), á no ser el caso del art. 1932.

Y solo podrán demandar al dueño del negocio : ¿Será necesario una cesion espresa para que los terceros tengan personería para demandar al dueño? Pensamos que no, puesto que la ley acuerda, por las palabras que estudiamos, esos derechos sin exigir cesion espresa. Desde que la ley los acuerda, no hay necesidad de que los acuerde tambien el gerente, especialmente si trata á nombre del dueño. (Véase art. 1196.)

2306—Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos á aquellos en cuya utilidad se convirtieron. (Concuerda con los arts. 728—734—785—1085—1539—1668—2287—2297—2301 á 2304—2533—3938, última parte.)

CONCORDANCIAS

Notas del codificador á los arts. 499, 728 y 2297—Freytas, 3416 y 3445.

Aquellos en cuya utilidad se convirtieron : Es una cuestion de hecho que el Juez apreciará segun las circunstancias. Debe tenerse presente : 1º que el pago nunca puede ser mas de lo que se ha gastado, aunque la utilidad sea mayor; así, el que ha gastado cien pesos en la compostura de una casa, aunque la casa por esa compostura haya recibido un aumento de valor, que represente doscientos pesos por ejemplo, el propietario no está obligado á pagar mas; 2º debe pagar solo aquello en que se encuentra enriquecido á costa del tercero al momento en que la accion *in rem verso* se inicia. (Nota del codificador al art. 728, Moulon, tom. 2, nº. 1668).

Véase para los distintos casos que pueden presentarse á Laurent, tom. 20, nº. 334 á 337 (1), y art. 3228 nuestro.

2307—Entran en la clase de gastos del artículo anterior, los gastos funerarios hechos con relacion á la calidad de la persona y usos del lugar, no reputándose tales gastos en bien del alma despues de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia, ni ningunos otros, aunque el difunto los hubiese determinado. (Concuerda con los arts. 1085—3880.)

(1) Nota 44 del Dr. Segovia.

CONCORDANCIAS

(Sobre los gastos funerarios, véase, L. 12, tit. 13, P.^a 1.^a—L. 8, tit. 6, P.^a 6.^a y 30, tit. 13, P.^a 5.—L. 17, tit. 5,—Lib. 42 Dig.—L. 45, tit. 7, Lib. 11, id.)—Freytas, 3448.

No reputándose tales, etc., etc.: Esto no quita que pueda demandarse su reembolso cuando han sido hechos con consentimiento de los que deben pagarlos, pues entonces hay un mandato. (Véase art. 3880, inc. 1.^o)

Los gastos de enfermedad deben juzgarse tambien en la misma categoría de los gastos funerarios. (Véase art. 1085.)

2308—No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente; y cuando éste no tuviese bienes, por las personas que tenían obligacion de alimentar al muerto cuando vivía. (Concuerta con los arts. 217—267—367 y sigtes.—372.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3449.

Los arts. 1084 y 1085 son un complemento del presente, y en su caso deben aplicarse con preferencia al presente.

2309—Júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquiera cosa de otro, ó de que le resultó una ventaja, ó mejora en sus bienes, aunque despues llegase á cesar la utilidad. (Concuerta con los arts. 589—591—733—734—1548—2297—2302—2427—3228.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3451.

Este art. es una esplicacion de lo que se entiende por empleo útil para el caso legislado 2297. El art. 3228, trae tambien un caso de aplicacion.

Siendo, como decimos el presente, un complemento del art. 2297, en nada contraría lo que dijimos en el comentario al 2306, respecto á las mejoras ó gastos que no existan al tiempo de entablarse la accion.

Aquí se refiere á los gastos útiles y necesarios; miéntras que lo que allí decimos es para los gastos voluntarios, que no tiene por objeto la conservacion de la cosa en que se han hecho, sino un aumento

de su valor; es por esto que no existiendo ese aumento al tiempo de demandar lo gastado, no deben pagarse.

Allí (art. 2306) se trata de la accion *in rem verso*; aquí de la *negatorum gestorum*, y el art. 3228 y demas concordantes son una aplicacion á los casos en que el empleo del dinero se considera útil, aun cuando no exista la utilidad al demandarse el reembolso. (Véase Freytas, arts. 3446 y 3447.)

2310—Si los bienes mejorados por el empleo útil del dinero se hallasen en el dominio de un tercero, á quien se le hubieren trasmitido á título oneroso, el dueño del dinero empleado no tendrá accion contra el adquirente de esos bienes; pero si la trasmision fué á título gratuito podrá demandarlos del que los tiene hasta el valor correspondiente al tiempo de la adquisicion. (Concuerta con los arts. 965 á 968—971—2130—Véase 3266, del cual éste es una escepcion.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 3454—Nota del codificador al art. 497.

No tendrá accion contra el adquirente : Pero tendrá accion cuando la enagenacion ha sido hecha con el objeto de defraudar al acreedor, y el adquirente haya sabido esto (art. 968).

NOTAS DEL CODIFICADOR

Á LOS DOS PRIMEROS LIBROS DEL CÓDIGO, Y QUE COMPRENDEN
LAS DE LOS ARTÍCULOS COMENTADOS EN LOS TRES PRIMEROS TOMOS
DE ESTA OBRA (1)

TÍTULO PRELIMINAR

De las leyes

Art. 3. En los últimos tiempos, Merlin, Chavot, Meyer y varios jurisconsultos alemanes han combatido el principio de la no retroactividad de las leyes como incompatible con muchas de las relaciones de derecho. La fuerza de las consideraciones legales de estos jurisconsultos han hecho decir á Freytas, en la nota que pone al primer artículo de su Proyecto de Código Civil para el Brasil, *que el estado de la ciencia*

(1) Habiendo terminado en este tomo los dos primeros libros de nuestro Código, nos ha parecido natural dar aquí las notas que el Dr. Velez Sarsfield puso á sus artículos, por la conexión entre las Obligaciones de que trata el Lib. 1.º y los Contratos de que trata el 2.º, y no ponerlas al fin del Comentario á todo el Código, cuyos dos últimos libros entran ya á legislar puntos de diverso orden.

De este modo queda completo el estudio de los dos primeros libros, y podremos dedicar los tomos siguientes de esta obra únicamente al de los dos últimos libros.

Los notas del codificador, como lo hemos dicho en otra parte, son la interpretación auténtica de la ley; esto explica la causa por qué las incluimos en esta obra destinada también á interpretar las disposiciones del Código. Hemos procurado concordar los puntos mas importantes de las notas con los principios sentados en ellas y que han sido convertidos en ley; este es el objeto de las citas de artículos entre paréntesis y en medio de las notas.

Solo se transcriben aquí las notas explicativas ó de importancia práctica; éstas son la mayor parte de las que contiene el Código; las que quedan las creemos innecesarias.

sobre este asunto era bien poco satisfactorio. Pero Savigny, ántes de ahora, se hizo cargo de contestar las equivocadas teorías de los juriscónsultos citados, y consagró á este objeto doscientas páginas del tomo 8 de su grande obra sobre el Derecho Romano. Explica perfectamente la materia; destruye todos los argumentos que se oponen al principio recibido, y demuestra, sin dejar la menor duda, que en todas las relaciones de derecho: derecho de las personas, derecho de la familia, derecho de las cosas, derecho de las obligaciones, derecho de sucesion, etc., las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos (**art. 3**), y que esta doctrina, bien entendida, está en plena conformidad con toda legislación civil y criminal, mientras que el principio contrario dejaría insubsistentes y al arbitrio del legislador, todas las relaciones de derecho sobre que reposa la sociedad.

Art. 6. La última parte del artículo no se opone al principio de que los bienes son regidos por la ley del lugar en que están situados (**art. 10, 1211, etc.**), pues en este artículo solo se trata de la capacidad de las personas, y no del régimen de los bienes ó de los derechos reales que los afectan.

Art. 6, 7 y 8. Freytas, sobre los artículos 6, 7 y 8, que son de su proyecto de Código para el Brasil, dice: «El domicilio y no la nacionalidad determina el asiento jurídico de las personas para saber qué leyes civiles rigen su capacidad de derecho. Este es, en verdad, el pensamiento del Código Civil Frances y de los escritores franceses, cuando dicen que el estado y capacidad de las personas se reglan por las leyes de su nacionalidad, pues confunden la nacionalidad con el domicilio, identificando ideas esencialmente diversas. Esta confusion aparece en el derecho internacional privado de Förlix, quien tratando del estatuto personal, emplea como sinónimos las palabras *nacionalidad y domicilio*. En la página 39 dice que: «las espresiones *lugar del domicilio del individuo y territorio de la nacion ó patria*, pueden ser empleadas indiferelemente»; y en efecto, él lo hace así confundiéndolo todo. Mucho contribuye á esta confusion el artículo 9 del Código Frances, declarando no ser nacional el que hubiese nacido en Francia de un extranjero; y el artículo 10, declarando ser nacional el hijo de frances nacido en país extranjero. De esta manera, como el lugar del domicilio de origen no es el del nacimiento sino el del domicilio del padre, resulta que la nacionalidad del Código Frances es lo mismo que el domicilio de origen. El error de tal suposición es evidente, porque el domicilio no es inmutable; su variacion no exige una mutacion de la nacionalidad; y por lo tanto, el lugar del domicilio de origen no nos ofrece fundamento para decidir una cuestion de nacionalidad. Esta objecion no tendrá peso alguno para aquellos que, como Demolombe (tom. I, pág. 418), sostuvieron contra una realidad innegable, que, en la teoria del Código Frances, no se puede tener domicilio en país extranjero. Demangeat, en sus notas críticas á Förlix, pág. 57, dice: «Segun Förlix, no puede tenerse domicilio sino en el territorio de la nacion de la cual el individuo es miembro.» —«Suscitase, entretanto, la cuestion de saber cuál será la ley perso-

nal del extranjero domiciliado en Francia, de que habla el artículo 13 del Código, que no ha dejado de pertenecer á su nacion. Nosotros creemos que el domicilio prevalece sobre la nacionalidad ».

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

Art. 10. Savigny dice respecto á esto, lo siguiente: «El que quiere adquirir ó ejercer un derecho sobre una cosa, se trasporta, con esta intencion, al lugar que ella ocupa; y por esta relacion del derecho especial se somete voluntariamente al derecho de la localidad. Así, pues, cuando se dice que los derechos reales se juzgan segun el derecho del lugar donde la cosa se encuentra, *lex rei sitæ*, se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de las personas la *Lex domicilii*. Este principio es la sumision voluntaria.» Tom. 8, § 366.

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

Art. 14. La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba.

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

(2) Como las leyes de los países es que la bigamia es permitida, cuando en la República es un crimen (**art. 150**).

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

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

(5) Como la institucion de la muerte civil que ha regido en Francia hasta el 31 de Mayo de 1844, y que aun existe en Rusia (**art. 103**).

(6) Aproveche al nacional ó al extranjero, como en general lo declara el Código de Prusia. Esta misma idea aparece en los escritores franceses, pero solo como un favor para los nacionales: legislacion viciosa impregnada del *jus Quiritium*, como dice Freytas.—Sobre esta materia, véase á Savigny, tom. VIII, § 365.

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I

De las personas jurídicas

Art. 31. Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal, solo se aplica á las relaciones de derecho privado, y no á las de derecho público. Comunmente, en el dominio del derecho público, ciertos poderes no pueden ejercerse sino por una reunion de personas ó una unidad colectiva. Considerar una unidad semejante, por ejemplo, un tribunal de justicia, como persona de existencia ideal, seria errar en la esencia de la constitucion de la persona jurídica, porque á esos seres colectivos les falta la capacidad de poseer bienes como tales, de adquirir derechos y contraer obligaciones con los particulares.

Art. 33 y 34. El Código de Chile, en el título *De las personas jurídicas*, no reconoce como tales, al Fisco, á las municipalidades, á las Iglesias, á las comunidades religiosas, ni á las sociedades anónimas, por la razon de ser regidas por legislaciones especiales, ó ser personas del derecho público. Freytas combate la doctrina y las resoluciones del Cód. Chileno, diciendo que debe reconocerse la soberania del derecho civil, siempre que se trate de bienes, de su posesion y dominio; que un Estado extranjero puede verse en el caso de demandar á un individuo en su domicilio por obligaciones ó créditos á su favor, sin poder llevar el negocio por la via diplomática. Desde que se reconoce que las mismas obligaciones que se forman entre particulares, pueden formarse entre un Estado y un particular, es forzoso admitir que los tribunales deben administrar justicia, sin distincion de personas. Los tribunales franceses están declarados competentes para juzgar las cuestiones civiles entre el Gobierno y los simples particulares, lo que no puede esplicarse

sin admitir la misma personalidad jurídica creada para las asociaciones de intereses público.

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

En nuestra República no puede haber duda alguna en la materia. La Constitución Nacional ha creado una Suprema Corte de Justicia, ante la cual el Estado, en cuestiones con los particulares, debe demandar sus derechos, y ante la cual tambien puede ser demandado, previa autorizacion del Congreso. La misma Corte de Justicia es el tribunal competente en las cuestiones civiles de una Provincia con otra, ó entre un Estado y las personas particulares. Por consiguiente, el Estado y las Provincias son personas civiles, personas jurídicas, desde que no son personas individuales, y pueden estar en juicio sobre sus bienes, ó sobre sus derechos á la par de los particulares. Además, las leyes de la Nación reconocen en los Estados, derechos exclusivos sobre bienes y territorios, y los distinguen de las propiedades nacionales. Las leyes provinciales, por otra parte, clasifican y determinan los bienes que sean municipales, distintos de los bienes del Gobierno de Estado, residiendo el dominio y la administracion en las respectivas municipalidades (**art. 2344**).

Y este derecho no es nuevo; era el derecho administrativo del Imperio Romano, que en mucha parte ha llegado hasta nosotros. En Roma, el Fisco podia ser demandado ante los jueces ordinarios. Mil leyes sobre sus privilegios en los juicios, demuestran que el Estado era considerado como persona civil, capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones con los particulares. Las causas fiscales tenian el beneficio de ser juzgadas en presencia del abogado fiscal (1). En los juicios, el Fisco no podia ser condenado á pagar intereses (2). Cuando el Fisco demandaba no se le podia oponer la compensacion sino cuando la suma era debida por la misma oficina que demandaba (3). Los Jueces no podian, en las cuestiones fiscales, obligar al fisco á dar fianza, porque siempre se le presumia solvente (4), y varios otros privilegios, como el de la restitution de la sentencia. En cuanto á las municipalidades, en Roma como en los pueblos modernos, tenian bienes propios que no pertenecian al Fisco del Imperio, y que administraban con absoluta independencia de los Emperadores. Serrigny, en su grande obra sobre el Derecho Administrativo del Imperio Romano, al tratar de los bienes de las municipalidades principia el capítulo 8 de esta manera: «Desde

(1) *Quod sine advocato pronunciatum sit, Divus Marcus rescripsit, nihil esse actum.* L. 7, Dig. De jure fisci, y L. 3, § 9, eodem tit.

(2) *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat.* L. 17, § 15, Dig. De usuris, L. 6, de Jure fisci.

(3) *Et senatus censuit et seps rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat que petit.* L. 1, Cód. De compensat.

(4) *Nec solet fiscus satisfacere.* L. 1, § 18, Dig. Ut Legat.

la mas remota antigüedad las municipalidades han formado personas morales ó juridicas, y en esta calidad han sido reconocidas capaces de adquirir y poseer bienes ».

Cuando Roma, por la conquista, se anexaba un Estado, ordinariamente le dejaba su régimen particular, contentándose con solo imponerle algunas cargas. Esto no inquietaba al despotismo imperial. El Derecho Romano reconocia en las municipalidades una persona moral capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones (1). El ejercicio de las acciones municipales se hacia bajo el nombre de un actor ó síndico elegido por la Curia. La ley permitia el embargo de los bienes de los deudores á una municipalidad; y á su turno, si una municipalidad era condenada, el acreedor podia hacerse dar la posesion de bienes municipales, y obtener un decreto para hacerlos vender (2). Esto prueba que los bienes de las municipalidades pertenecian á una persona igual á las demas en razon de sus bienes, derechos y obligaciones.

Respecto á la Iglesia, podemos decir que despues de la Constitucion de Constantino, en 321, por la cual cada Iglesia ó asamblea católica adquirió la capacidad de recibir bienes de las disposiciones testamentarias de toda persona, llegó ella á ser una persona juridica (3). No tenia ninguna dependencia del Estado en la administracion de sus propiedades (4) y estuvo siempre exenta de las contribuciones directas, derecho que ha regido en España hasta el siglo pasado. Poco importaba pues que, como Iglesia espiritual, estuviera sujeta á otra legislacion, si en cuanto á sus bienes y á las relaciones de derecho sobre ellos con los particulares, debia necesariamente reconocer la autoridad del derecho civil. En Roma abundaban los establecimientos de beneficencia: hospicios para los recién nacidos, para los huérfanos pobres, para los ancianos, para alimentar á los indigentes inválidos, para viajeros pobres, hospitales para curar enfermos, etc., etc. Ninguno de los establecimientos de beneficencia existentes en la época actual, dice Serrigny, era desconocido de los Romanos: y todos eran considerados como personas juridicas, con capacidad de poseer y adquirir bienes (5). Las asociaciones, corporaciones ó establecimientos públicos, podian, á ejemplo de las municipalidades, poseer bienes, tener una caja y un síndico para administrarlos y representarlos en todos los actos de la vida civil (6). En otros términos, estas corporaciones, continúa el autor citado, constituian una persona moral, enteramente distinta de los miembros que la componian. La consecuencia de la personalidad de una corporacion era que lo que ella debia, no era debido por los individuos que la componian, y

(1) L. 1 y 2, Dig. *Quod cujusq. univer.*

(2) L. 8, id. y L. 1 y 2, Dig.

(3) *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico, venerabilique concilio decedens bonorum quod obtaverit, relinquere.*

(4) Véase Serrigny, cap. 5.

(5) Lib. 2, Tit. 6, § 1002.

(6) L. 1, § 1, Dig. *Quod cujusq. univers.*—Serrigny, § 1003.

recíprocamente, que lo que se le debía, no era debido á ninguno de sus miembros (1).

Art. 35. Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representacion que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en el dominio del derecho de los bienes. Muchas veces las personas jurídicas son creadas para otros fines mas importantes que la capacidad de derecho privado, y entónces, los órganos generales de las personas jurídicas los representan al mismo tiempo en la materia de derecho privado. Cuando se da por fundamento necesario de la representacion artificial, la incapacidad natural de obrar á la persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente. Mas de un autor se figura que un acto que emanase de todos los miembros de una corporacion, debía considerarse como acto de la corporacion misma, y que la representacion no ha sido introducida, sino á causa de la dificultad de traer á todos los miembros de la corporacion á una comunidad de voluntad y de accion. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporacion difiere esencialmente de la corporacion misma, y aunque los miembros de ella, sin escepcion alguna, se reunieran para obrar, no sería esto un acto del ser ideal que llamamos persona jurídica (**art. 43**). El carácter esencial de una corporacion es que su derecho repose, no sobre sus miembros reunidos, sino sobre un conjunto ideal. Una corporacion es semejante á un pupilo, cuya tutela será ejercida por el que ha nombrado la ley. Para la formacion de la persona jurídica, ha debido preceder su constitucion, y á ella la creacion de la representacion que ha de obrar, como en un banco, el directorio que ha de gobernar los intereses de la sociedad. Todos los miembros reunidos no podrán legalmente apartarse de la constitucion y ejecutar actos que por ella correspondiesen al directorio del banco. La persona jurídica, pues, solo por medio de sus representantes, puede adquirir derechos y ejercer actos (**art. 41**), y no por medio de los individuos que forman la corporacion, aunque fuese la totalidad del número. (Véase Savigny, t. 2, § 90 y 96).

Art. 41. Las consecuencias de este artículo son sumamente importantes y graves. Por él, la Iglesia y las corporaciones religiosas, entre otras facultades, tienen la de poder heredar, recibir donaciones y adquirir propiedades raíces (**arts. 2345 y 2346**), sin intervencion alguna de los gobiernos (**arts. 3734, 3732**). Todo lo que á este respecto se ha dicho y hecho desde el siglo pasado, ha sido por un espíritu irreligioso, ó con la mira de someter absolutamente á las iglesias al poder temporal, aun cuando se quebrantaran los derechos individuales y la libre disposicion de los bienes por los propietarios de ellos. Si el permiso á la Iglesia católica de heredar y de adquirir bienes, que el emperador Constantino le dió en 321, le ha importado mas que la dudosa cesion del gobierno de Roma, como se ha dicho; si los pueblos han sido arrui-

(1) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.* L. 7, § 1, Dig. eod.

nados por haber pasado casi todos los bienes raíces al poder de la Iglesia, esos males, en verdad, no han procedido de la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes, sino de las creencias de los pueblos, del fanatismo religioso, de un orden de ideas y de una civilización enteramente diferente de la actual. Así vemos hoy en la Inglaterra y en los Estados Unidos, que las Iglesias católicas y las Congregaciones protestantes tienen, como los particulares, la facultad de adquirir y poseer bienes raíces, sin que los bienes territoriales se degraden, y sin que esa facultad traiga una acumulación de bienes raíces en las personas que se han llamado manos muertas. En la República misma, vemos comunidades religiosas con capacidad de adquirir bienes raíces, que serían muy felices si lograran siquiera vivir de sus rentas. Si la existencia de la Iglesia es conveniente y necesaria, no vemos razón alguna para privarle ó limitarle los medios de su propia conservación. El Código de Chile adopta un término medio, permitiendo á las iglesias la adquisición de bienes raíces por solo el término de cinco años, á cuyo plazo deben enajenar los que hubiesen adquirido por compra ó donaciones que se les hubiere hecho. Diremos, en fin, con Savigny, que si la legislación de algunos países ha restringido la adquisición de las corporaciones de manos muertas, esas restricciones nunca han hecho parte del derecho común. Puede, por lo tanto, sostenerse el artículo, sin perjuicio de que una ley especial limite, cuando fuere oportuno, la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes raíces.

Sin embargo, de haberse reconocido á las Iglesias la capacidad de adquirir bienes, el dominio de éstos ha traído cuestiones que solo están resueltas por el derecho de Justiniano. ¿Sobre qué reposa el derecho de propiedad? Los dioses del paganismo eran representados como seres individuales, semejantes al hombre. Nada pues mas natural que atribuir bienes á cada divinidad. Considerar como persona jurídica un templo determinado, consagrado á una divinidad, era seguir el mismo orden de ideas. La Iglesia católica, al contrario, reposa sobre la fe de un solo Dios, y sobre la comunidad de fe en este solo Dios y en su revelación, está fundada la unidad de la Iglesia; así es que ordinariamente se atribuye la propiedad de los bienes eclesiásticos, ya á Jesucristo, ya á la Iglesia cristiana, ó ya al Papa como á su jefe visible. Mas reflexionando sobre la generalidad de este punto de vista, él no puede entrar en el dominio del derecho privado, y es preciso admitir la pluralidad de personas jurídicas para los bienes de las Iglesias. La aplicación de este sistema la encontramos en una ley de Justiniano (L. 27, Cód. *De Sacros Eccles*). «Si un testador instituye á Jesucristo por heredero, se entiende, dice el Código, que es á la Iglesia del lugar que aquél habita. Si instituye por heredero á un arcángel ó á un mártir, la sucesión corresponde á la Iglesia consagrada al arcángel ó al mártir, en el lugar de su domicilio, y en su falta, á la que exista en la Capital de la Provincia. Si en la aplicación de esta regla hubiese alguna duda, entre muchas Iglesias, se prefiere aquella á la cual el testador tenía devoción particular, y faltando esta circunstancia, á la mas pobre.» (L. 26, Cód. *De Sa-*

eros Eccles). El sujeto, pues, de la sucesion podia ser una parroquia determinada. Puede decirse, por lo tanto, que en el Derecho Romano, ni la Iglesia en general, ni la Iglesia episcopal, tenian la propiedad de los bienes eclesiásticos ó de los bienes de cada diócesis.

Las fundaciones piadosas tienen mucha analogia con los bienes destinados á la Iglesia. Ellas comprenden los establecimientos para socorrer á los pobres, á los enfermos, á los peregrinos, á los ancianos, huérfanos, etc. Así, cuando un establecimiento de este género tenga el carácter de persona jurídica, debe ser tratado como un individuo. Las constituciones de los emperadores cristianos los reconocian como personas jurídicas. Si un testador instituia como herederos ó legatarios á los pobres en general, esta disposicion era nula, porque el derecho prohibia instituir una persona incierta. Pero Justiniano interpretaba el testamento de la manera siguiente: en el caso supuesto, la sucesion correspondia al hospicio que el testador tenia en mira; si habia duda sobre este punto, la sucesion ó legado correspondia al hospicio del lugar de su domicilio; si no lo habia, á la Iglesia del lugar, con el cargo de consagrar los bienes al alivio de los pobres (**art. 3722 y concordantes**). Así tambien, si un testador instituia por herederos á los cautivos, la sucesion pertenecia á la Iglesia del lugar de su domicilio, con el cargo de emplear los bienes en rescate de los cautivos. (L. 49, Cód. *De Epis*).

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

Art. 43. La cuestion de si las personas jurídicas pueden ó no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia á Savigny, tom. 2, desde la pág. 310. Para nosotros, el artículo del proyecto tiene fundamentos incontestables.

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

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

que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada cualquiera que sea el propietario, un ser de una existencia ideal ó un ser inteligente y libre.

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

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

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

Pasando á las disposiciones del derecho sobre la materia, podemos

decir que muchas leyes de los Códigos Romanos confirman plenamente la doctrina que hemos espuesto. Un texto dice espresamente, que la accion de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero que si se ha enriquecido por el fraude de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado (L. 15, § 1, Dig. *De dolo*).

El poseedor de un inmueble, desposeido violentamente á nombre de una municipalidad, obtiene contra ella el interdicto de *vi* si ella detiene todo ó parte del inmueble. *Si vi me deiecerit quis nomine municipium, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius ait, si quid ad eos pervenit* (L. 4, Dig. *De vi*.) La espresion *municipes* designa siempre la corporacion misma. Muchas otras leyes pudiéramos citar que disponen lo mismo.

Art. 45. Independientemente de la razon politica, la necesidad del consentimiento del Estado para la formacion de una persona juridica tiene su fundamento en la naturaleza misma del derecho, dice Savigny. «El hombre por el solo hecho de su aparicion corporal, manifiesta su titulo á la capacidad de derecho. Por este signo visible cada hombre, como cada Juez, sabe los derechos que debe reconocer, ó los que debe proteger. Cuando la capacidad natural del hombre se estiende ficticiamente á un ser ideal, falta este signo visible, y la voluntad de la autoridad suprema puede solo suplirlo, creando sujetos artificiales de derecho. Abandonar estas facultades á las voluntades individuales seria introducir una grande incertidumbre sobre el estado del derecho, á mas de los abusos que podrian cometer las voluntades fraudulentas».

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

Art. 46. Queda así á los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia, ó meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigia el Derecho Romano y el Derecho Español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da á las personas juridicas, creadas por un interes público; y sus miembros, en sus derechos respectivos ó en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales (**art. 1618 y siguiente**).

Art. 48. La persona juridica, una vez constituida, no debe ser disuelta por la sola voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como lo hemos dicho, independiente de sus miembros, y por el motivo principal de un interes público, permanente, mientras que el Gobierno ó la ley no hubiese declarado que habia cesado la causa de su existencia (**art. 49**).

Las personas juridicas pueden ser disueltas por la decision sola de la

autoridad pública, si ellas vienen á comprometer los intereses generales, pues que solo el interes público, y no intereses individuales, religiosos ó industriales, por grandes que sean, es el motivo de la autorizacion para su creacion.

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

Art. 49. Por el Derecho Romano, constituida una *universitas*, podia continuar con un solo miembro. Si *universitas ad unum reddit, majus admittitur posse eum convenire et conveniri cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis* (L. 7, Dig. *quod univ.*). En tal caso, la persona jurídica continúa su existencia, conserva su nombre, y los bienes de la corporacion no vienen á ser del único miembro restante. El caso del testo es, que ese individuo que hubiese quedado, puede obrar directamente en juicio sin el intermedio de un síndico. De este principio y del testo mismo, se ha sacado la conclusion errónea de que una corporacion acaba necesariamente por la muerte de todos sus miembros; y que así, si una epidemia acabara con todos los padres de un convento, la corporacion quedaria disuelta; y sus bienes, como vacantes, pertenecerian al Estado. Este error nace de olvidar el principio, base de toda la teoría, de que la persona jurídica es independiente de cada uno de sus miembros y de todos ellos.

TÍTULO II

Personas de existencia visible

Art. 52. La espresion *adquirir derechos*, á mas de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las faces de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisicion de cada uno de los derechos, hasta el de su pérdida total.

Esas faces pueden resumirse del modo siguiente:

1º Hecho de la adquisicion del derecho; (**9393 y sus concordantes**).

2º Duracion y ejercicio del derecho;

3º Conservacion ó defensa del derecho;

4º Pérdida total del derecho;

Y así, cuando las leyes civiles permiten la adquisicion de un derecho ó cuando no la prohiben, permiten su ejercicio, su conservacion y la libre disposicion de ese derecho.

Art. 54. En el número de los incapaces, no pongo los pródigos, porque esa calidad no podrá, segun este Código, ni sujetarse á juicio ni traer una interdiccion. El Cód. de Luisiana, en el artículo 413, abolió la incapacidad de los pródigos ó disipadores. Dice así: «La interdiccion no tendrá lugar por causa de disipacion ó de prodigalidad». Las razones

de esta resolucion son: 1ª que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; 2ª que la libertad individual no debe ser restringida, sino en los casos de interes público, inmediato y evidente; 3ª que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los Jueces, poniendo interdiccion á algunos, mientras quedaban innumerables disipadores, y 4ª que debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya que no es posible poner un máximum á cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habria solo usado ó abusado (**art. 2513**) de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.

Art. 58. Este artículo es el 13 del proyecto de Freytas para el Imperio del Brasil. En varios Códigos están ya suprimidos los beneficios de los menores, incluso el de restitution *in integrum* que abrazaba á todos los incapaces, las Iglesias, el Fisco, etc., privilegio exorbitante que les dan nuestras leyes, no solo por un daño recibido, sino por una gran ganancia, que en virtud de él puedan obtener (**nota 941**). Esa proteccion exagerada á los incapaces no presenta una utilidad que compense los males que causa á la sociedad, y á los bienes mismos de los menores. La confianza en la adquisicion queda vacilante, é impide la seguridad del derecho de propiedad, pues ese beneficio aun dura mas que la minoridad de los que favorece. Escluye por el exceso de proteccion, la concurrencia á la compra de los bienes de los incapaces. Por otra parte, en la época actual, las lesiones no pueden admitirse como vicio en los contratos, segun veremos en adelante. Creemos, pues, que mas valiera á los menores y á los incapaces, una buena administracion de sus bienes, que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes, y á ese objeto tenderán las ulteriores disposiciones de este Código. Mas valiera, decimos tambien, la buena organizacion del Ministerio de Menores, que podria evitar no solo los malos contratos de los tutores y curadores, sino la mala conducta de éstos en la administracion de los bienes (**art. 193**).

TÍTULO III

Personas por nacer

Art. 63. Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habria sujeto qué representar. El artículo 22 del Código de Austria, dice: «Los hijos que aun no han nacido, tienen derecho á la proteccion de las leyes, desde el momento de su concepcion. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero». Lo mismo el Código de Luisiana, art. 29, y el de Prusia, 1ª Parte, Tit. 1, art. 10. Pero el Código de Chile, en el art. 74, dice: «Que la existencia legal de toda persona principia al nacer»; pero si los que aun no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto

premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada? En el Derecho Romano habia acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato*. *Nasciturus pro jam nato habetur si de ejus modo agitur*, etc., etc. Se oponen á estos, otros testos del Digesto. Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradiccion entre ellos. Tom. 2, pág. 11.

Art. 64. En este artículo solo se trata del feto que puede tener bienes que adquirir por una donacion ó un testamento, y que necesita una representacion protectora; y no para asegurar la legitimidad de los hijos ó prevenir las suposiciones de parto, de lo cual se tratará en otro lugar **(arts. 3290—3733 y las notas del codificador á estos dos artículos)**.

Art. 65. El Derecho Romano en cuatro títulos contenia disposiciones de un rigor excesivo hasta obligar á la mujer embarazada á declarar, bajo juramento, tomándole valores en prenda ó imponiéndole multas (Tit. 3, 4, 5 y 9, Lib. 25, Dig.). Habia varias diligencias para el reconocimiento del parto. Pero estas medidas deben abolirse: 1º porque el reconocimiento del embarazo requiere exámen de médicos, cuyos resultados son muy falibles; 2º porque la mujer embarazada puede no prestarse á ese exámen humillante y ofensivo al pudor, y no habria medio de obligarla, por el peligro de su situacion, ni hacerle conminaciones penales de ningun género, porque no se trata de su derecho ó interes propio. Basta dejar á salvo el derecho de pedir medidas policiales. La materia no puede corresponder á la justicia civil.

TÍTULO IV

Existencia de las personas antes del nacimiento

Art. 70. Savigny, en el tom. 2, desde la pág. 5, reune toda la doctrina del Derecho Romano sobre la materia, en los términos siguientes:

«1º Es preciso que el hijo sea separado de la madre; 2º separado completamente; 3º que viva despues de la separacion **(arts. 72 y 71)**; 4º que sea una criatura humana. Respecto á lo primero, son indiferentes los medios que se empleen para obtener esta separacion. Así, pues, en derecho no se distingue el nacimiento natural del que se obtiene por una operacion quirúrgica **(art. 71)** » (1). Una antigua ley ordenaba espresamente que despues de la muerte de una mujer embarazada, su cuerpo fuera abierto á fin de salvar, si era posible, la vida del hijo (2). La separacion debe ser completa (3). Es preciso que el hijo viva despues de la separacion (4). Si pues durante un parto trabajoso, el hijo da

(1) *Natum accipe et si execto ventre editus sit*. L. 6, *De liberis*. Dig.—L. 1, § 5, *ad S. C. Tertull.*

(2) L. 2. *De mortuo infer*. Dig.

(3) L. 8. Cód. *De posthumis—Perfekte natus*.

(4) L. 8. Cód. *De posthumis—Vivus, natus, est*.

signo de vida, pero muere ántes de haber sido completamente separado de la madre, nunca tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo, y con mas razon, si ántes de comenzar el nacimiento el hijo hubiese muerto (1). Es preciso que la vida sea indudable, no importa por qué signos (**art. 73**). Antiguamente muchos juriconsultos miraban como condicion indispensable que el nacido hubiese dado algun vagido, pero Justiniano condenó espresamente esta opinion (2). La duracion de la vida es tambien cosa indiferente (**art. 72**); y el hijo tiene la capacidad de derecho aun cuando muera inmediatamente despues de su nacimiento (3). En fin, para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, esteriormente apreciables; no debe ser, segun la espresion de los romanos, ni *monstrum* ni *prodigium* (4); pero una simple desviacion de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de mas ó un miembro de menos, no obsta á la capacidad de derecho. Los testos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad (5).

Art. 72. El Cód. Frances, art. 725, exige que el nacido sea viable, de vida, es decir, que no traiga algun vicio por el cual su muerte pueda asegurarse, ó que haya nacido ántes de tiempo. Lo mismo dispone el de Nápoles, art. 146, el de Austria, cap. 3, parte 2, el de Baviera, cap. 3, lib. 1. Pero el Cód. Sardo, art. 705, dice que se presume viable el que ha nacido vivo. El de Luisiana: «Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante», art. 948, y en el art. 917 añade: «La existencia del hijo, nacido vivo, se determina por su respiracion ó sus vagidos, ó por otros signos». El Cód. de Chile, art. 74, solo exige que el hijo, despues de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento. La L. 2, Rec., tit. 5, Lib. 10, para quitar dudas en la materia, exigió que el hijo habia de nacer en el tiempo regular, vivir veinte y cuatro horas y ser bautizado. La cuestion quedaba siempre como cuestion de hecho, sobre un solo momento de vida, pues si el nacido vivia solo veinte y tres horas ó veinte y tres horas y cincuenta minutos, se tendria como abortivo, ó nacido sin vida. Nuestro articulo no exige la viabilidad del nacido como condicion de su capacidad de derecho. El fundamento del Cód. Frances y de los Códigos que lo siguen es el siguiente: El hijo que nace antes de los seis meses de la concepcion, aunque nazca vivo, es incapaz de prodigar su existencia. Lo mismo se dice del que nace con un vicio orgánico, tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte; desde entónces á este ser no se le pue-

(1) L. 129. Dig. *De verb. sig. qui mortui nascuntur neque procreati videntur*.

(2) L. 3. Cód. *De posthumis*.

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

(4) L. 3, Cód. *De posthumis*. *Ad nullum declinans monstrum vel prodigium*.

(5) L. 44. Dig. *De relig.* Las Leyes de Partida conformes con las Leyes Romanas; véase las LL. 3 y 5, Tit. 23, Part. 4ª, y 8, Tit. 33, Part. 7ª.

de atribuir derecho alguno, porque la capacidad de derecho depende, no solamente del nacimiento, sino de la capacidad de la vida, de la viabilidad.

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

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

Savigny ha tratado esta materia estensamente en el apéndice 1 del tom. 2.

TÍTULO VII

Fin de la existencia de las personas

Art. 103. Los votos solemnes en comunidades religiosas causan incapacidad para todos los efectos civiles. Desde ese momento, la sucesion de los religiosos es deferida segun su testamento, ó se da á los parientes que se encuentran en el grado de sucederles. Pero esta posicion de una persona viva no ha podido sostenerse sino con escepciones tan comunes, que todos los días vemos dejar sin efecto la ley que causó muerte civil por la profesion religiosa. El religioso profeso que ha sido elevado al episcopado y queda secularizado, recobra por su promocion á esta dignidad la vida civil que habia perdido por su profesion, y viene á ser capaz de todas las funciones públicas; puede adquirir bienes por toda clase de actos; tiene derecho de disponer por testamento de los que posee, y abintestado trasmite su sucesion á sus parientes.

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

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

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

Art. 109. Todos los Códigos modernos, con escepcion del de Chile, han creado presunciones de derecho sobre la prioridad de la muerte, cuando muchos mueren á un tiempo, derivándolas de la edad ó del sexo. Para unos, primero deben haber muerto las mujeres que los varones; para otros, la edad de las personas parece que fijaba el orden del fallecimiento. Pero estas presunciones de derecho, que tambien se ven en las leyes de Partida, eran arbitrarias, y sin ningun fundamento positivo, y lo que es mas, no habia necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho. ¿Qué interes social se presentaba para que necesariamente hubiera una trasmision de derechos entre personas que habian fallecido á un tiempo, ó de quienes se ignoraba cuál hubiese muerto primero? Mejor es legislar el caso como el Código de Chile y como lo propone Freytag, estableciendo que han muerto todas en el mismo momento y que no ha habido entre ellas trasmision alguna de derechos. De esto no puede resultar cuestion alguna entre los sucesores de esas personas (**art. 88**).

TÍTULO VIII

Presuncion de fallecimiento

Art. 110. Freytag observa que el Cód. Frances y los demas que lo han seguido, no hablan precisamente de la ausencia como presuncion de fallecimiento, y no se comprende de qué ausencia tratan, pues el carácter de ésta es modificado por la circunstancia de haber dejado ó no

el ausente, apoderado ó representante legal. La declaracion judicial, que por esos Códigos debe hacerse, es meramente declaracion de ausencia, cuando debia ser declaracion del dia del fallecimiento presunto (**art. 113**), segun las mismas resoluciones finales, que en dichos Códigos se advierten. Es, pues, inútil notar las concordancias con los Códigos extranjeros.

En la legislacion española solo hay la L. 14, Tit. 14, Part. 3^a, que dice: «*Si aquel de cuya muerte dubdan, dicen que en estrañas é luengas tierras es muerto, é gran tiempo es pasado, ansi como diez años arriba, abonda que prueben que esto es fama entre los de aquel lugar, ó que públicamente dicen todos que es muerto.*»

TÍTULO IX

De los menores

Art. 128. Savigny, pág. 52. La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado, y no se estiende al derecho público. El hijo sujeto á la patria potestad podia, como su padre, por el Derecho Romano, votar en las asambleas del pueblo, y ejercer las mas altas magistraturas. L. 9, Dig. *De is qui sui. Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur*. L. 14 ad S. C. Treb. *Nam quod ad jus publicum attinet non sequitur jus potestatis*.

SECCION SEGUNDA

TÍTULO I

Del matrimonio (1)

Art. 159. «La poligamia y el incesto en toda la cristiandad, dice Story, causan la nulidad del matrimonio.» Pero, ¿hasta qué grado la union

(1) La legislacion sobre el matrimonio desde la era cristiana hasta el presente, ha partido del punto de vista especial que cada legislador tomó sobre tan importante acto. En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró solo como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolucion francesa, y el matrimonio fué legislado por solo los principios que rigen los contratos. La lógica del juriconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debian acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo, y la omnimoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los estremos no podian satisfacer ni la conciencia de los pueblos, ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podria

de los parientes puede llamarse incestuosa? En muchas naciones los grados del Levítico han formado el término desde donde únicamente pueden comenzar la union legítima. En Inglaterra son respetados los grados del Levítico, limitados al tercer grado de consanguinidad, y al segundo de afinidad, es decir, que es incestuosa la union de los sobrinos con los tios, lo mismo que la de los cuñados. «Mas sería muy difícil, dice Kent (Lect. 26, pág. 83 y 84), sostener toda union como incestuosa,

descender á las condiciones de una estipulacion cualquiera. La sociedad no marcharia á la par de las leyes: serian necesarias tantas escepciones al contrato, que vendria á quedar sin ninguno de los principios que sirven de base á las convenciones particulares.

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

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

«Aunque un matrimonio que es contraido conforme á la *Lex Loci* puede ser válido en todas partes, sin embargo, la ley pública del domicilio, que es imperativa sobre todos los habitantes que están dentro de su jurisdiccion, no puede ser afectada por la circunstancia de que el matrimonio fué celebrado en un país donde la ley era diferente, como sucede en los contratos, porque á un individuo que esté domiciliado aquí, no se le puede permitir que importe á

fuera del segundo grado, que es entre hermanos en la línea colateral. En la línea recta, toda unión es incestuosa, sea el parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Si en el país no hay una ley especial sobre el incesto, debemos estar á la ley natural. La práctica de todas las naciones de la cristiandad reputa inmoral, incestuosa y contraria á la pureza que debe reinar en las familias, y prohibida también por la ley natural, la unión de los hermanos, sean de padre y madre, ó solo de padre ó de madre. Esta ha venido á ser la regla ó la ley común del género humano, y en ese grado debe acabar el incesto, si la legislatura del pueblo no ha señalado otro grado ulterior (**art. 339**)».

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

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

Arts. 160, 161, 162 y 163. Estos artículos son tomados de las resoluciones de Story, en el cap. 6 de su obra *Conflict of Laws*, y del Cód. de Luisiana, art. 2370. Story trae sobre la materia la mas importante discusión, esponiendo la opinión de los principales juriconsultos franceses y alemanes, y las decisiones de los tribunales de Inglaterra y Estados Unidos.

Art. 164. El matrimonio meramente religioso no es admitido en Francia, ni lo era por el Cód. de Nápoles, donde para surtir efectos civiles debe celebrarse dos matrimonios, el matrimonio religioso y el matrimonio civil, y el uno sin el otro no produce efecto alguno.

Art. 165. Las leyes de Escocia declaran disoluble el matrimonio por diversas causas; y cuando el caso ha llegado de quererse casar en In-

este país una ley peculiar que se halle en oposicion á las grandes é importantes leyes públicas que nuestra legislatura ha juzgado esencialmente ligadas á los mas grandes intereses de la sociedad."

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

glaterra los que estaban casados en Escocia, ha nacido la cuestion de si la disolucion del matrimonio en conformidad á las leyes del domicilio de los cónyuges, los autoriza para volverse á casar en otro pais donde no rijan leyes semejantes.

Story, en el cap. 5, se ocupa estensamente de la cuestion que ahora tambien se presenta en algunos de los Estados de América. Trae y funda las diversas resoluciones de las Cortes de Justicia en Inglaterra. Sea cual fuese la resolucion de los paises protestantes en este punto, yo creo, que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio (**art. 219**), si bien podemos tener por legitimo el que se ha contraido en otro pais (**art. 220**), disuelto el vinculo de un primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles.

Art. 167. Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en daral matrimonio un carácter religioso. De los códigos modernos solo el de Bélgica, el del Ducado de Baden, y últimamente el de Cerdeña, hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su validez no requiere la consagracion de la Iglesia. Los pueblos sujetos á la Iglesia griega reconocen un sacramento en la union conyugal, y la celebracion del matrimonio debe hacerse en conformidad á las leyes de la Iglesia (Cód. de Rusia, título *Del matrimonio*). Las naciones que siguen las religiones protestantes, aunque miran el matrimonio como un contrato civil, han juzgado que el simple contrato no bastaba para dar al matrimonio el carácter que debe tener, y han dispuesto que para ser válido, debe celebrarse ante la Iglesia y por un sacerdote de la religion de los esposos. Blackstone, Lib. 1, cap. 15. Podemos decir entonces, que en todas las naciones de Europa y de América, con escepcion de tres, el matrimonio civil, del Cód. Frances, no ha encontrado imitadores.

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

Para los que no profesan la religion católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que ella á nadie obliga á abjurar sus creencias. Cada uno puede invocar á Dios en los altares de su culto (**art. 180**).

El resultado que ha producido en Francia la ley del matrimonio civil, nos demuestra que el Código de Napoleon no ha hecho sino obligar á católicos y protestantes á contrair dos matrimonios, el civil y el religioso. Solo á los que no profesan religion alguna, puede satisfacer el matrimonio civil. Otras veces ha causado cuestiones de las mas grandes consecuencias la validez del acto civil, cuando no es seguido de la

celebracion religiosa, que debia suponerse una condicion implícita, bajo la cual únicamente una persona católica podia consentir en el matrimonio civil. «Cuando una mujer sostenga ante los tribunales, dice Bressolles, que con solo el acto civil no está casada; que así se lo enseñan y se lo mandan los preceptos de su religion, y que ningun poder sobre la tierra la obligaria á vivir en un estado que para ella no es sino un comercio criminal, ¿qué responderíamos á este grito imperioso de la conciencia, y qué recurso nos ofrece la ley? Ninguno, le responde Thierret, por mas vergonzoso que esto sea para nuestra civilizacion.—La nulidad del matrimonio, le contesta Bressolles, si nos guiamos por los principios que rigen los contratos.» Revista de legislacion de Wolowski, año 1846, tom. 3, pág. 342. En ese mismo tomo, desde la página 161, puede verse la discusion sobre el matrimonio civil, entre los jurisconsultos Bressolles. (Delpéch y Thierret.)

Art. 201. De Chile, 168—Goyena, art. 75 de su proyecto, propone que el conocimiento de las causas de divorcio corresponda á los Jueces civiles, y destina el largo apéndice nº 1, á demostrar que esto no sería contrario á los cánones de los Concilios de la Iglesia católica. Esta fué materia muy discutida en las comisiones de legislacion para redactar el Código civil de España.

Art. 213. En casi todos los Códigos se niega al esposo que ha dado causa al divorcio, el derecho de tener los hijos. Las leyes los dejan á cargo del cónyuge inocente, tenga ó no aptitud para criarlos y educarlos. Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno ú otro observarán con sus hijos. He creído que los hijos y el derecho de tenerlos, no puede ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe solo atenderse cuando se trata de la separacion personal de los padres.

Art. 237. Las leyes declaraban reservables, á mas de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, todos los demas que hubiese adquirido de su difunto consorte por testamento, donacion ú otro cualquier título lucrativo. El artículo limita la reserva á solo los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio.

TÍTULO II

De los hijos legítimos

Art. 246. *En los ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al matrimonio.* Goyena esplica este término de la manera siguiente en las notas al artículo 101: «Ó en los cuatro primeros meses (contándose de treinta dias) de los diez anteriores al nacimiento. Probada la imposibilidad fisica del acceso en el tiempo del artículo, la criatura no habrá nacido dentro de los trescientos dias (diez meses), que son el término mas largo de los nacimientos tardios, ni despues de los ciento ochenta dias (seis meses), término de los nacimientos mas precoces; ejemplo:

«La mujer libra en 26 de diciembre.

«Los diez meses de treinta días, ó los trescientos días anteriores al nacimiento, comienzan á correr desde el 1º de marzo, y se completan en 25 de diciembre, ambos inclusive.

«Los cuatro primeros meses de los diez, ó los ciento veinte días de los trescientos, se completan el 29 de junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad física del acceso por haber estado ausente en todo el dicho período, y no haber regresado hasta el 30 de junio.

«El parto no será legítimo, porque pasó ya un día del onceno mes, ó tuvo lugar á los trescientos un días desde que sobrevino la imposibilidad física, y dentro de los ciento ochenta días, ó sin tocar un solo día del sétimo mes desde que cesó: desde el 30 de junio, en que regresó el marido, hasta el 26 de diciembre, en que libró su mujer, ambos inclusive, van seis meses justos de treinta días, ó ciento ochenta días.»

TÍTULO III

De la patria potestad

Art. 293. Según el artículo y el Cód. Sardo, el padre ni por enviudar, ni por contraer segundas nupcias, pierde la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

Art. 305. Proyecto de Goyena, art. 164. Los Códigos modernos no están conformes con la resolución de este artículo. En unos la patria potestad pasa á la madre, después del fallecimiento del padre, con todos los derechos y obligaciones impuestas á éste: en otros la patria potestad de la madre es limitada en sus facultades: en otros, lo es en sus derechos, no dando á la madre sino la mitad del usufructo en los bienes del hijo menor que está en su poder, y en otros, que son los menos, la patria potestad se acaba con la muerte del padre.

Esta era la marcha natural de la civilización, elevando, contra las mas antiguas costumbres, la condición de las madres de familia. El derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y conveniencia de poner á la madre, en sus relaciones de derecho, á la par del padre.

El Derecho Romano y las Partidas negaron la patria potestad y todas sus ventajas á la madre, aunque la Ley Romana decía: «*Non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere.*» ¿Cuál era pues la razón de no dar á la viuda los derechos todos que sobre los hijos tenía el padre? Solo la razón histórica de que en el matrimonio, la mujer comenzó por ser una hija de familia. Después fué conveniente darle la tutela de los hijos, una patria potestad supletoria sin los derechos de la verdadera patria potestad, y después fué preciso autorizarla con uno de los mas importantes derechos de los padres, la necesidad de su asentimiento para el matrimonio de sus hijos. Al fin, el mayor número de legisladores ha dado á la madre viuda la misma autoridad, poder y derechos sobre sus hijos y sus bienes, que los que tenía el marido.

Goyena, en una nota al artículo 164 de su proyecto, funda muy bien el artículo que de él tomamos.

TÍTULO V

De los hijos naturales

Art. 325. Prohiben la indagacion de la paternidad los Códigos de Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haití, Hesse, Chile y el Proyecto de Goyena del Código Civil de España. La permiten Luisiana, Succia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, Prusia y todos los Códigos Suizos.

La razon que se da para prohibir la indagacion de la paternidad es que daria lugar á pleitos inmorales y escandalosos; pero precisamente las leyes que la permiten tienen por objeto evitar fraudes y escándalos de un orden superior. En las cuestiones de filiaciones naturales, la indagacion de la paternidad no tendria el resultado de descubrir un crimen. Las leyes no castigan la union de las personas libres. Ningun hombre se juzgaria deshonrado porque se descubriera que era el padre natural de una persona. ¿Dónde está, pues, el descubrimiento del acto escandaloso? Entretanto, las leyes de diversas naciones la han permitido y han debido permitir la, porque ellas autorizan para dejar al hijo natural toda sucesion con perjuicio de los ascendientes: de otra manera seria permitido desheredar á los ascendientes con solo llamar hijo natural al heredero instituido. Las leyes han debido permitir la indagacion de la paternidad en las cuestiones de parto supuesto, de falsas filiaciones, toda vez que los padres quieran desconocer á los hijos que verdaderamente lo sean, y no han podido dejar de permitirlo en las cuestiones de filiaciones adulterinas. Si se prohíbe, pues, la indagacion de la paternidad, se da lugar á verdaderos escándalos y se destruyen todas las leyes que crean el orden de las familias.

¿Y cómo evitar en los juicios la discusion de hechos inmorales ó escandalosos? Los pleitos sobre estupro, nulidad de matrimonios, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer ó del marido, son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo, es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagacion y prueba de los hechos.

Se ha reconocido la necesidad de permitir la indagacion de la maternidad. Supóngase que una jóven ha concebido un hijo fuera de matrimonio; que oculta el parto para cubrir su honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo esta mujer se casa, es la madre de familia, reputada honrada por su marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso é inhumano que va á quitar el honor de una mujer casada y traer el desorden en toda su familia? Sí, contestan los autores del Código Frances (**Nuestro Cód. no lo permite, art. 326**), porque la indagacion de la maternidad debe ser permitida, porque la

madre es cierta, el hecho puede probarse, no así la paternidad. ¿Y el escándalo y la moralidad del juicio? Luego, no es por la moral que se prohíbe la indagación de la paternidad, sino por lo difícil de la prueba de los hechos.

La madre es siempre cierta, y por esta vulgaridad de antigua jurisprudencia, se permite la indagación de la maternidad y se prohíbe la de la paternidad. En la naturaleza de las cosas, la maternidad es cierta é indudable; pero no en el pleito, en el juicio, si no es que el Juez hubiese asistido al parto. El Juez tiene que decidir el caso por las declaraciones de testigos, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales á las que pueden darse sobre la paternidad.

Los Códigos que no admiten la indagación de la paternidad se ven en la necesidad de permitirla por las pruebas de escritura pública ó de actos auténticos, y la niegan por las pruebas comunes de presunciones de los hechos accesorios que constituyen la posesión de estado. Así, la paternidad demostrada por los hechos mas incontestables, justificada por la posesión de estado mas notoria, confesada aun por las declaraciones autógrafas mas precisas, podrá ser impunemente desmentida á nombre de la ley, y salvada la primera obligación de un padre de alimentar al hijo á quien ha dado el ser, mientras no se le pruebe que es el padre por escritura pública ó por actos auténticos. Pero la verdad de la escritura pública es meramente una presunción de la ley desmentida todos los dias, igual á la presunción de verdad de la declaración de los testigos. Las leyes, no pudiendo llegar á una perfección absoluta, se han guiado, en la constitución de las pruebas, por lo que regularmente sucede, por meras presunciones de hombre, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y mas fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, segun sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad.

Cuando un hombre ha sostenido y mantenido á la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal á su familia y á la sociedad; y en calidad de padre ha provisto á su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale mas que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los dias, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba mas perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una Corte francesa. El Juez puede, pues, por los hechos

que constituyen la posesion de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia mas segura que la que le daria una escritura pública, un asiento bautismal.

TÍTULO VI

Del parentesco y sus grados

Art. 352. Goyena acepta el modo de contar los grados de la Ley de Partida. «En todas las líneas, dice, hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco.» La L. 2, Tit. 3, Part. 4^a, dice: *cuantas son las personas quitada una, tantos son los grados entre ellas*. Se cree que la palabra *persona* da una idea mas clara que la palabra *generacion*; pero es tan antiguo el uso de la palabra *generacion* que habria algun inconveniente en sustituirla por *persona*, que está comprendida en la palabra *generacion*. La Instituta dice: *semper generata persona gradum adjicit*. Lib. 3, Tit. 6, § 7.

Art. 362. En la L. 2, Tit. 6, Part. 4^a, se esplican las diferencias de la computacion civil y canónica, sobre la línea colateral. En la línea recta, es la misma en el derecho civil que en el canónico, cuya regla es que los grados son tantos, cuantas son las personas ménos una (**art. 352**). En la línea colateral, el derecho civil es diferente del derecho canónico (**art. 353**). La regla del derecho canónico es que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos distan del tronco comun. Cuando la línea colateral es desigual, la regla es, que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos dista del tronco comun la mas remota de ellas (**arts. 354 á 356**).

Art. 363. En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computacion se hace por analogía, suponiéndose que los dos cónyuges forman una sola persona (**Véase, sin embargo, art. 364**).

TÍTULO VI

Derechos y obligaciones de los parientes

Art. 367. En el Derecho Romano el orden de la obligacion de alimentos era el siguiente: 1º, el padre; 2º, los ascendientes paternos; 3º, la madre; 4º, los ascendientes maternos. L. 5, §§ 2 y 8, Tit. 3, Lib. 25, Dig. En caso de divorcio la madre rica reemplazaba inmediatamente en esta obligacion al padre. Nov. 117, cap. 7. La Ley Romana hizo obligacion privativa de la madre, criar á los hijos menores de tres años. L. 9, Tit. 47, Lib. 8, Código. La Ley de Partida adoptó en todas sus partes la Ley Romana. L. 3, Tit. 19, Part. 4^a, y despues de los tres años impone la obligacion al padre y subsidiariamente á la madre; despues á los ascendientes sin distincion de línea, L. 4, idem. Por este Código se hace comun á los dos esta obligacion; pues tambien á la madre se le da

toda la autoridad y beneficio que tenía el padre sobre sus hijos y los bienes de ellos. La obligación entre los hermanos estaba establecida por la Nov. 89, cap. 12, § 6. Las Leyes de Partida no la admitieron. Yo he aceptado en esta parte el art. 197 del Código de Nápoles.

Art. 370. Pero no reputa pobre ó necesitado al que puede vivir de su trabajo:

TÍTULO VII

De la tutela

Art. 377. Por el Derecho Romano solo se daban tutores á los varones huérfanos menores de catorce años, y á las mujeres de doce. Desde esta edad hasta los veinticinco se daba curadores á unos y otros. Las LL. 1 y 13, Tit. 16, Part. 6, aceptan esta legislación. Los Códigos modernos con escepcion del de Luisiana, no la han admitido, y por éste los tutores se dan á los menores hasta que llegan á la mayor edad (**art. 155, Inc. 2**). La distincion de las Leyes Romanas y de Partida, á mas de no fundarse en razon alguna, causa todos los dias cuestiones judiciales sobre si los púberes podian ó no ser obligados á recibir curadores, ó sobre la validez de sus actos, etc.

Art. 394. El Código Frances guarda silencio sobre la materia. En varios Códigos está determinado que el que dejare algun legado á los menores ilegítimos, pueda nombrarles tutor. He creido deber limitar tal facultad á solo nombrarles administrador de los bienes que les hubiere legado, pues que la tutela es un gran poder que no debe constituirse por un simple legado.

Art. 450 Puede deducirse entónces que todas las prohibiciones de los números que siguen podria salvarlas el tutor, siendo autorizado por el Juez, lo cual sería dejar al arbitrio del Juez toda la hacienda de los menores y la moral del cargo de tutor.

Art. 451. L. 2, Tit. 7, Lib. 3, F. R. La tutela era gratuita por el Derecho Romano, pero el magistrado podia señalar al tutor un honorario proporcionado á las facultades del menor. L. 3, § 3, Tit. 7, Lib. 26, Dig. Los Códigos Frances, Napolitano y Sardo nada disponen á este respecto. El Cód. de Luisiana, art. 342, da al tutor el diez por ciento de las rentas del menor. El Holandés no le da honorario alguno, sino cuando los padres lo han señalado en su testamento. El de Baviera solo da al tutor el derecho á una remuneracion, acabada la tutela, segun hubiese sido su trabajo y el aumento de las rentas del menor. Lo mismo el de Prusia, cuando la tutela le hubiera absorbido mucho tiempo ó hubiese tenido que hacer viajes en el interes del menor, art. 231. El de Austria dispone que pueda darse una retribucion al tutor, la cual no debe pasar del cinco por ciento de las rentas del menor. arts. 266 y 267. El Cód. de Chile está conforme con nuestro artículo.

TÍTULO XIII

De la curatela

Art. 469. El Derecho Romano declaraba válido el testamento del demente, hecho en los intervalos lúcidos (art. 3615). Lo mismo podría inferirse de la ley citada. Pero el testamento era un acto revocable como no lo serían los demás que se permitieran al demente en los intervalos lúcidos. Los artículos citados de los Códigos extranjeros no hablan de los sordo-mudos. El Derecho Romano los declaraba incapaces. L. 8, Tit. 5, Lib. 26, Dig. Lo mismo el Derecho de las Partidas, L. 60, Tit. 18, Part. 3ª.

LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO

TÍTULO I

Naturaleza y origen de las obligaciones (1)

Art. 495. Nos abstenemos de definir, porque, como dice Freytas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En

(1) Todos los Códigos de Europa y América, imitando al Código Frances, al tratar de las obligaciones ponen la inscripcion: "*De los contratos ó de las obligaciones convencionales*", equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusion en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse. Zachariæ, al llegar á esta parte del Código Frances, dice así: "Nada mas vicioso que el método seguido por los redactores del Código. —Hay cinco fuentes de las obligaciones: 1ª Los contratos ó convenciones; 2ª los quasi-contratos; 3ª los delitos; 4ª los quasi-delitos, y 5ª la ley. Era evidente que para proceder con orden, debieron abrazar en un solo titulo todas las obligaciones en general; pero los redactores del Código, al contrario, han comenzado por dividir la materia de las obligaciones en general, en dos títulos: el uno de las obligaciones convencionales, y el otro de las obligaciones que se forman sin convencion; y como para disimular la unidad natural de la materia que sometian á esta division ilógica, han afectado reservar el nombre de obligacion para las que resultan de los contratos, dando á las otras el nombre de *engagement*, como si no fuesen palabras sinónimas. Este primer vicio que causa una mezcla de las ideas mas incoherentes, nace de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento á la obligacion y otra la obligacion convencional, que no es sino el efecto del contrato. Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas, y que, al tratar de los efectos de las obligaciones y de las

un trabajo legislativo solo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, ó por la inmediata aplicacion de sus vocablos, ó por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definicion exacta de los términos de que se sirve el legislador para espresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definicion es del dominio del gramático y del literato, si la espresion corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribucion del profesor cuando la espresion es técnica. En todo caso es estraña á la ley, á ménos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significacion del término de que se sirva, á las ideas que reunan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se estende por los mismos motivos á toda materia puramente doctrinal, á lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe estenderse sino á lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande ó prohiba, debe solo espresar la voluntad del legislador. Asi como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislacion, asi tambien la ley nada tiene de comun con un tratado científico de derecho.

Contrayéndonos al artículo 495, entendemos por la palabra *dar*, las prestaciones que tienen por fin un cambio en el derecho de las cosas, en el sentido que el deudor debe procurar al acreedor la propiedad ó al-

causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que solo son una de las fuentes de las obligaciones."

Ortolan, conforme con Zachariæ, dice: "Hay dos fuentes de las obligaciones en el derecho civil, *Obligations aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Esta es la regla del Digesto. Cuando la jurisprudencia halla otros casos de obligaciones, los refiere sin embargo á las dos fuentes primitivas, y los asimila á ellas. Se dice que son figuras variadas de aquellas causas legítimas de las obligaciones, *variae causarum figurae*: que la obligacion nace como naceria de un contrato (*quasi ex contractu*), ó como naceria de un delito (*quasi ex delicto*). Es preciso añadir las obligaciones que resultan de las relaciones entre las personas, por la constitucion de la familia, que son las que se dicen originadas de la ley (*quæ ex lege nascuntur*).'" (Tom. II, Tit. *De las obligaciones*.)

Teniéndose presente, pues, los diversos orígenes de las obligaciones, se advertirá la razon de las diferencias de nuestros artículos, comparados con los de los Códigos de Europa y América. En éstos se trata solo de las obligaciones convencionales, y en nuestro proyecto, de las obligaciones en general.

Por esto tambien serán muy diversas las causas y los efectos de las obligaciones determinadas en nuestros artículos, de las que señalan los Códigos citados.

Para tratar de los derechos personales en las relaciones civiles, tratamos de las obligaciones; porque la teoría de los derechos personales se reduce á la esposicion de los principios concernientes á las obligaciones que forman su objeto. La relacion que existe entre un derecho personal y la obligacion que le corresponde, puede compararse á la que tiene el efecto con la causa que lo produce.

gun derecho real. *Dare, est accipientis facere*. Instit. § 14, *De actionib.* La espresion es empleada, ya en un sentido amplio, ya en un sentido estricto. La misma espresion aun se aplica á actos que no se refieren al derecho de las cosas, sino que deben simplemente aumentar el patrimonio del acreedor por una cesion, por ejemplo, ó librándole de una deuda.

Prestar equivale á entregar, suministrar, procurar alguna cosa por otro título que el de la propiedad. Nosotros tomamos la palabra *prestar*, prestacion, en un sentido general que abraza una y otra idea.

La espresion *hacer, facere*, se emplea muchas veces tanto en el sentido positivo como en el sentido negativo (Instit. *De verb. oblig.*, § 7—L. 75, Dig. cod.) El hecho comprende todos los actos u omisiones que no pueden entrar en la dacion: yo puedo obligarme á construir una casa, ó puedo tambien obligarme á no impedir que un tercero pase por mi propiedad.

Art. 497. El Código Frances distingue las obligaciones en personales y reales, como distingue los derechos (**art. 292**). Sus comentadores dicen que una obligacion es real, cuando incumbe el deudor, no relativamente á su persona, sino solo en su calidad de poseedor de una cosa cierta; en otros términos cuando el deudor, obligado al cumplimiento de la obligacion, no lo es personalmente ó con su patrimonio, sino solo como poseedor de ciertas cosas (**arts. 1851 y 3266**); y que así la obligacion de un tercer poseedor de un inmueble hipotecado, de pagar, ó hacer entrega del inmueble, es una obligacion real (**art. 3165**).—Touller, tom. 3, núm. 344 y siguientes.—Zachariæ, § 529. Nosotros decimos que el derecho puede ser un derecho real, como la hipoteca; pero la obligacion del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta no es una obligacion accesoría. Cuando la cosa sale del poder del que la obliga (**arts. 3171 y 3175**), y pasa á otro poseedor, éste se halla en la misma posicion respecto del acreedor, que tiene un derecho real, que cualquiera otra persona, á quien se prohibe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posicion de deudor. Marcadé dice, respecto á esto: «Cuando me habeis vendido vuestra casa, estais obligado á no molestarme en el goce del inmueble: pero esto no es una obligacion de no hacer, pues no os privais de ningun derecho. Esta necesidad nada tiene que os sea personal: ella es comun á todos; es para vos, como para los otros, la consecuencia y correlacion de mi derecho real existente *erga omnes*. Esta necesidad general y comun á todos, que corresponde á un derecho real, forma un deber que cada uno está sin duda en el caso de respetar, como una obligacion personal, mas no constituye una obligacion.» Sobre el art. 1101, núm. 387.

Ortolan dice: «Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Ó en términos mas sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente á una persona á una prestacion cualquiera,

á dar, á suministrar, á hacer ó no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor ó menor (**art. 2502**).»—*Generalización*, § 67.

Art. 499. El Cód. Frances y los demas Códigos que lo han tomado por modelo, han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como éstas nacen, á mas de los contratos y cuasi-contratos que son los actos licitos, de los actos ilicitos, delitos y cuasi-delitos, y de las relaciones de familia, la causa de ellas debe hallarse en estas fuentes que la originan, y no solo en los contratos. Ortolan, despues de hablar de las causas de las obligaciones que nacen de los contratos, continúa así: — «Si una persona ha causado perjuicio á otra, ya voluntariamente, y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de la razon natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado, nos dice que aqui hay un hecho productor de obligacion (**arts. 1067—1071—1077—1108—1109**). Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece á otra; si aparece enriquecida de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razon natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligacion de restituir aquello con que se ha enriquecido (**art. 2306 y su concordante**), nos dice tambien que hay en esto un hecho causante de obligacion. Así, por un lado el consentimiento de las partes, los contratos por otro, los innumerables hechos que son producto, ya de la voluntad ó actividad del hombre, ya de causas que son independientes de él, por efecto de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya á otra, ó haberse enriquecido con perjuicio de alguno, nos ofrecen diariamente innumerables y repetidas causas de obligaciones. Añádanse á esto, en la constitucion de la familia, ciertas relaciones entre personas, que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de unas con respecto á otras, por ejemplo, produciendo el hecho de la generacion, obligacion entre el padre y la madre por una parte, y los hijos por otra (**arts. 265 y 266**), por la causa de que unos han dado la existencia y los otros la han recibido, teneis otra fuente de obligaciones segun los principios de la pura razon filosófica. Tom. 2, pág. 160.

Por todo esto, el artículo dice que la causa de las obligaciones debe derivarse de uno de los hechos ó de uno de los actos licitos ó ilicitos, de las relaciones de familia ó las relaciones civiles.

Marcadé, en su comentario al Cód. Frances, art. 1108, demuestra tambien que las causas de las obligaciones son diferentes de las causas de los contratos.

Art. 505. El Cód. Frances y los otros de Europa que regularmente lo siguen, confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. ¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligacion, cuando las mas veces la obligacion no es sino un efecto del contrato? Los efectos de los contratos son: 1º crear obligaciones; 2º extinguir obligaciones; 3º trasferir la pro-

piedad ó sus desmembraciones. En cuanto á los efectos de la obligacion consisten únicamente en permitir al acreedor emplear los medios legales: 1º para forzar á su deudor á procurarle aquello á que se obligó; 2º para hacérselo procurar por otros, si hay lugar, á costa del deudor; 3º como último recurso, para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Si la obligacion no produce jamas los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligacion. Sin duda que si el contrato puede producir la obligacion misma, puede arrastrar consigo los efectos de esta obligacion; mas los llevará como consecuencias ulteriores, y no como engendrados por él. En segundo lugar, el contrato puede bien existir sin hacer nacer obligacion alguna, produciendo solo estincion de obligaciones, ó trasmision de derechos reales (**art. 536**). En fin, si la obligacion y por consecuencia sus efectos pueden resultar del contrato, pueden tambien nacer de otro origen: por lo tanto, los efectos del contrato no pueden ser jamás producidos por la obligacion. Y en cuanto á los efectos de la obligacion, existen regularmente sin que haya ningun contrato. Recíprocamente un contrato podrá existir sin que haya ningun efecto de obligacion; y en el caso mismo que ese efecto descendiese de una obligacion, no sería sino como una consecuencia remota: no sería como efecto del contrato, sino como efecto de la obligacion, la cual habria siempre producido ese efecto, aunque no tuviera el contrato por principio. » Tom. 4, núms. 460 y 461.

El deudor se encuentra tambien constituido en mora, sin necesidad de interpelacion: 1º cuando la interpelacion se hace imposible por una causa que proviene de su persona; 2º cuando la obligacion resulta de una posesion de mala fe ó de un delito; 3º todas las veces que el retardo en la ejecucion equivale á una inexecucion completa. Véase á Maynz, Derecho Romano § 264.

El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho ó por una omision culpable, hace imposible ó impide la ejecucion de la obligacion, por ejemplo, rehusando aceptar la prestacion debida en el lugar y tiempo oportuno (**art. 757**), no encontrándose en el lugar convenido para la ejecucion ó rehusando concurrir á los actos indispensables para la ejecucion, como la medida ó el peso de los objetos que se deban entregar, ó la liquidacion de un crédito no líquido. (La cita anterior.)

Art. 512. Las leyes de Partida reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levisima. El Derecho Romano no reconocia en verdad sino las dos primeras.

Si la utilidad es comun para deudor y acreedor, se presta solo la culpa leve. Si únicamente es de utilidad para el acreedor; el deudor presta solo la culpa grave (**art. 2202**); pero si es de utilidad solo para el deudor, éste presta la culpa levisima (**arts. 2266 y 2269**). El tipo que se tomaba para la graduacion de las culpas era el buen padre de familia, mas ó ménos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servía al Juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo habia juzgado así y decia: « La division de las culpas es mas ingeniosa

que útil en la práctica, pues á pesar de ella, será necesario á cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligacion del deudor es mas ó ménos estricta, cuál es el interes de las partes, cuál ha sido su intencion al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso. Cuando la conciencia del Juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme á la equidad. La teoria de la division de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones.»

Zachariæ dice tambien, respecto á esto: «La teoria de la prestacion de las culpas es una de las mas oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levisima. Sin duda hay culpas, que por razon de las circunstancias, de la posicion de las partes respecto á las obligaciones especiales que les son impuestas, son mas graves ó mas ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en si misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve ó como culpa levisima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razon de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ellas se produce. Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa (**arts. 900-907 y 911**). Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios é igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia é importancia de las culpas, y entónces las divisiones teoricas son mas bien un embarazo que un socorro. La sola ley es la conciencia del Juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el Código toma por termino de comparacion de los cuidados que incumben al que está obligado á velar por la conservacion de una cosa, la diligencia de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificacion que escluyen los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido, al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del Código se reduce á un consejo á los Jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligacion sino los cuidados razonables, debidos á la cosa que está encargado de conservar, sea en razon de la naturaleza de ella, sea en razon de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligacion para hacerla mas ó ménos estricta.»

Art. 514. Los casos fortuitos ó de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza ó por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la impetuosidad de un rio que sale de su lecho. — L. 15, Dig. *Loc. Cunt.*; los terremotos ó temblores de la tierra (id.), las tempestades. — L. 2, Dig. *Si quis caution*; el incendio. — Dig. *De incendiis*; las pestes, etc. — L. 5, § 4, Dig. *Commodato*. Mas los

accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, mientras que por su intensidad no salgan del orden comun. No se debe por lo tanto calificar como caso fortuito ó de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los rios, etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que tambien traen daños imprevistos.

Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, ó fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo á disminuir los derechos de los ciudadanos (**arts. 5—2091**). Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor, porque son delitos, y como tales están sujetos á otros principios que obligan á la reparacion del mal que causen (**art. 1528 excepto en los casos de los arts. 1517—1529 y 2237**).

El artículo habla de *casos fortuitos previstos*, pero no debe entenderse de una prevision precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el art. 1773 del Cód. Frances, dice: «La estipulación que pone los casos fortuitos á cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino de los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca, y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etc.»

TÍTULO II

Obligaciones naturales

Art. 515. La obligacion civil se funda en el derecho civil, y es garantizada por las instituciones civiles, por medio de una accion. Hay obligacion natural siempre que, segun el *jus gentium*, existe un vínculo obligatorio entre dos personas. Este vínculo, á ménos que la ley civil no lo repruebe espresamente, merece ser respetado; pero mientras no esté positivamente sancionado, no hay derecho para invocar la intervencion de los tribunales, institucion esencialmente civil, es decir, que el acreedor no tiene accion para demandar la ejecucion de su derecho. Por el Derecho Romano no habia obligacion civil ni pretoriana, por los actos que originaban la obligacion natural. Solo ocasionalmente y por medios ménos directos, podia el acreedor hacerla valer. Sin embargo, ella producia muchas veces los efectos de las obligaciones ordinarias. La obligacion natural servia de causa de compensacion como una obligacion ordinaria. — L. 6, Dig. *De compent.* Escluía la repeticion de lo que se habia pagado aun por error. — L. 10, Dig. *De oblig. et act.*, y L. 19, Dig. *De condit. indebiti*; podia ser asegurada con fiador. — Instit. *De fidejuss.* § 1, ó con prendas ó hipotecas. — L. 5, Dig. *De Pign.*, ó ser trasformada

por la novacion en una convencion obligatoria. — L. 1, Dig. *De Novat.* — Nuestras leyes les dan casi los mismos efectos. — L. 5, Tit. 12, Part. 5^a. LL. 4, 6, 18 y 31, Tit. 14, Part. 5^a. Por estos efectos de tanta importancia Duranton juzga que hay un blanco en los Códigos en materia de obligaciones, y que corresponde á los Jueces en virtud del art. 4 del Cód. Frances, decidir cuando hay una obligacion natural.

Zachariæ procura en el § 525, nota 10, establecer reglas generales sobre las obligaciones naturales. «Es preciso, dice, para determinar los efectos de las obligaciones naturales, hacer varias clases de ellas. Hay obligaciones naturales que la ley reprueba por el disfavor inherente á su causa, como las deudas de juego. Esas obligaciones no dan ninguna accion; pero lo que ha sido voluntariamente pagado no puede repetirse. Sin embargo, como la ley reprueba la causa de la obligacion, y por consiguiente la obligacion misma, reprueba tambien las obligaciones accesorias que tengan por objeto asegurar la ejecucion.

«Hay obligaciones que la ley rehusa reconocer por razon de la inhabilidad de las personas que las han contraido, por ejemplo, las obligaciones de una mujer casada. Estas obligaciones, sin embargo, pueden ser afianzadas, porque no reprobando la ley el principio de la obligacion, no puede reprobear las obligaciones accesorias que tienen por causa la primera obligacion. Pero otra cosa seria, y entónces la obligacion no podria ser afianzada, y si en vez de ser contraida por una persona inhábil bajo el punto de vista de la ley civil, lo fuese por una persona naturalmente incapaz, como, por ejemplo, un demente ó un menor que no hubiese llegado á la edad del discernimiento. En estos casos, ni aun habria obligacion natural. Pero si el fiador hubiese conocido la nulidad de la obligacion, su fianza seria firme, ménos como fianza que como obligacion de pagar la cosa que hacia el objeto de la obligacion nula. Hay obligaciones que han comenzado por ser obligaciones civiles, pero que contra el ejercicio de ellas el deudor ha adquirido una sentencia que las declara inadmisibles, porque están prescritas, ó por otras causas legales: sin embargo, pueden ser afianzadas y no dan lugar á repetir lo pagado (**art. 516**). Hay obligaciones civiles que continúan existiendo como obligaciones naturales, cuando por razones políticas ó de órden público, la ley les retira la accion que les habia concedido. Resulta de todo lo que precede, que el efecto comun de todas las obligaciones naturales, es impedir la repeticion de lo pagado, porque se ha pagado lo que verdaderamente era debido; pero que ellas no pueden ser compensadas (**arts. 819 y 2057**), porque la compensacion es de derecho, y el pago es de hecho. Resulta igualmente que las obligaciones naturales pueden ser garantidas y afianzadas (**art. 1993**), cuando no son reprobadas por la ley civil, ó contrarias al órden público (**art. 502**); pero resulta tambien que la obligacion natural, si puede servir de base á una escepcion, no puede por sí misma dar ninguna accion al acreedor, porque la accion que consiste en poner en ejercicio los medios coercitivos establecidos por la ley civil, no puede ser llamada al socorro de una obligacion que la ley civil desconoce ó reprueba. Una distincion análoga

sirve para resolver la cuestion de si las obligaciones naturales pueden, por medio de una novacion, cuando son contrarias á la ley ó al órden público, sino únicamente en el caso que puedan valer como obligaciones civiles. En cuanto á la cuestion de si las obligaciones naturales pueden, por medio de la ratificacion ó confirmacion, llegar á ser obligaciones civiles, creemos que la afirmativa es cierta para aquellas que han llegado á ser naturales, despues de haber sido primitivamente civiles, como las obligaciones prescriptas, ó que son naturales por razon de la inhabilidad del obligado. Mas las obligaciones naturales reprobadas por el derecho civil, como las de juego, no son susceptibles de ratificacion (**art. 1046, última parte**). Nos inclinamos á creer que lo mismo sería respecto á las obligaciones que, primitivamente civiles, han venido á ser naturales en virtud de las leyes políticas ó de órden público, que han abrogado los contratos de donde ellas resultaban. »

Creyendo justa la observacion de Duranton, sobre la falta que advierte en los Códigos, respecto de las obligaciones naturales, tomamos lo dispuesto en el de Chile, el único en que se encuentran leyes positivas sobre dichas obligaciones.

Ar. 516. En esta espresion *lo pagado*, se comprende no solo la dacion ó entrega de cualquiera cosas, sino tambien la ejecucion de un hecho, la fianza de una obligacion (**art. 1993**), la suscripcion de un documento, el abandono de un derecho, el perdon de una deuda. La significacion jurídica de pago en toda su estension, se advertirá en el título que trata de los pagos. Véase Ortolan, tom. 2, pág. 417.

La razon de la disposicion del artículo es que el pago voluntario de una obligacion natural, es la renuncia de hecho de las escepciones, sin las cuales la accion del acreedor hubiese sido admitida. El pago, pues, en tal caso, no es una mera liberalidad, ni el deudor de la obligacion natural puede á su turno decir que ha pagado lo que no debia. La obligacion natural puede así ser causa legitima de obligaciones civiles que se contraigan por la novacion de ella y ser considerada como obligacion principal para admitir, en seguridad de su cumplimiento, obligaciones accesorias.

Vidal publicó en 1845, en la Revista de Legislacion de Fœlix, una larga y excelente disertation sobre las obligaciones naturales, la cual obtuvo el primer premio en el concurso abierto por la Facultad de Derecho de París, en 1840. En ella hace ver las razones filosóficas que tuvieron las Leyes Romanas para dar á las obligaciones naturales los efectos que hemos indicado. Marcadé tambien las espone por otro género de consideraciones sobre el artículo 1235, núm. 669, y en el núm. 751, sobre el artículo 127.

Art. 517. El pago parcial de una obligacion natural, es una mera confirmacion de ella (**art. 721**), que nada de nuevo le agrega. En las obligaciones civiles, el pago parcial no importa sino el reconocimiento de la deuda, y lo mismo debe ser en el pago parcial de una obligacion natural, el cual será el reconocimiento de esa obligacion.—Véase á Aubry y Rau, sobre Zachariæ, § 297.

Arts. 515, 516 y 518. Sobre estos tres artículos véase el Cód. de Chile, artículos 1470 y 1472. Savigny, en su obra *Derecho de las obligaciones*, §§ 11 y 12, trata estensamente de las obligaciones naturales y de sus efectos jurídicos, y en el § 14, de cuando exista la obligacion natural para poder servir de escepcion ó causar los efectos designados en los artículos 516 y 518.

TÍTULO III

Daños y perjuicios

Art. 520. El principio de donde se origina la obligacion de pagar daños é intereses, lo deriva Marcadé de la misma obligacion que debia cumplirse. La deuda, dico, de daños é intereses es el resultado de una convencion accesoria, tácitamente estipulada entre el deudor y el acreedor. Esta intencion probable de las partes no ha podido comprender sino el perjuicio que podia preverse ó que fuese consecuencia inmediata de la inexecucion de la obligacion, segun el curso ordinario de las cosas (sobre el artículo 1151 del Cód. Frances.)

TÍTULO IV

Obligaciones principales y obligaciones accesorias

Art. 528. Zachariæ, nota 2, dice: «Un acontecimiento pasado aunque incierto para las partes, ó futuro, pero que indudablemente ha de llegar, no es una condicion (**art. 529**). En el primer caso, la obligacion debe considerarse pura y sin condicion. En el segundo, la obligacion es solo á término, pero no condicional.» Esta doctrina es conforme á la L. 12 citada de Partida, y á la L. 2, Tit. 4, Part. 6ª, y al § 6, Tit. 16, Lib. 3, Instit.

TÍTULO V

Obligaciones condicionales

Art. 530. Aubry y Rau, § 380, esplican muy bien las condiciones, de que trata este artículo.

Las condiciones imposibles, tienen una íntima analogía con las prestaciones imposibles, y lo que diremos respecto de éstas, debe aplicarse á las condiciones (**art. 553**).

En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas. La condicion, por ejemplo, impuesta á un donatario de no emplear lo que se le daba en libertar á su padre preso por deudas, se tendria por no escrita, porque ella tendria el efecto inmediato de inducir á un hijo ingrato á faltar á sus primeros deberes. La ofensa á las

buenas costumbres debe ser el efecto inmediato y cierto de la condicion. Cuando la condicion por si misma no ofende las buenas costumbres, pero sin embargo da lugar á temer que sea ocasion de faltar á sus deberes, á quien se impone, tal condicion no entra en la prohibicion del artículo, porque la equidad enseña que las acciones de los hombres deben juzgarse por lo que les sea personal y no por el hecho de otro. El ultraje á las buenas costumbres debe encontrarse en la voluntad del que impone la condicion, para que ella deje sin efecto el acto. Si su intencion es pura é inocente, la condicion vale, aunque sea un medio para que la otra parte falte á los deberes civiles ó religiosos.

Art. 531. Marcadé sostiene que el artículo del Código Frances, igual al nuestro, no puede comprender la condicion negativa ó de no hacer, y que lo contrario sería un error. Aun cuando la condicion de no hacer, dice, tuviese por objeto una cosa contraria á las leyes ó á las costumbres, una cosa ilícita, no habria siempre nulidad, y sería las mas veces, conforme á las reglas de derecho y la sana moral, mantener y reconocer válida la condicion y la obligacion de que depende. Cuando, por ejemplo, para fortificar vuestra voluntad y ayudaros á vencer una pasion que os arrastra á una mujer casada, hemos convenido que os cederia por precio determinado la casa de campo que descábais comprarme, pero con la espresa condicion: «Si dejais de ir á casa de esa mujer», es claro que nada hemos hecho que no fuera muy honorable. La religion y la ley exigen cumplir ese contrato. Si al contrario, se trata de un malvado que solo ha querido hacerse pagar su abstencion de un acto malo, es evidente que mi promesa no es obligatoria.

El autor para dar visos de justicia al agente que se abstiene de una accion ilícita, le da el carácter de agente pasivo meramente en el primer ejemplo, y en el segundo ya es activo; ya exige un precio por no cometer un crimen, dándoles iguales funciones, y poniéndolos en iguales casos, todo su argumento desaparece, si traducimos el primer ejemplo, diciendo, uno de los agentes ha exigido, por dejar el adulterio en que vive, que el otro dé una suma de dinero y que bajo esa condicion se abstendrá del crimen: ¿le daria el señor Marcadé el derecho de demandar judicialmente el cumplimiento de la obligacion cuando se hubiese en verdad abstenido, y no se le diese el dinero prometido? No es preciso, por otra parte, que la causa ilícita de una obligacion, lo sea para ambos contratantes, basta que lo sea para el que pretende ser acreedor en la obligacion.

Art. 533. Pothier dice: «Si el hecho puesto en la condicion es un hecho personal, si es el hecho de una persona elegida para hacerlo (**arts. 562, 626 y concordantes**), mas bien que el hecho en si mismo, si las partes han tenido esto en mira, en tal caso la condicion para que la obligacion exista, no puede ser cumplida sino por la persona misma» (nº 207 de las *Obligaciones*).

Art. 541. Marcadé, sobre el artículo 1177 del Cód. Frances, dice en el caso de nuestro artículo: «Si la condicion negativa para la cual no se

ha fijado término, es potestativa para el deudor, y consiste en un hecho que interesa al acreedor: si, por ejemplo, os habeis obligado á darme quinientos francos, si no haccis cortar en vuestro terreno un árbol que daña mi casa, yo puedo hacer fijar un plazo (**art. 620 y sus concordantes**), pasado el cual debeis pagarme la suma de dinero, como que la condicion se ha cumplido. Es verdad que una de las dos escuelas de los jurisconsultos romanos era de opinion contraria, pero sobre esta opinion no puede ya haber duda alguna, en virtud de la disposicion que declara que la condicion debe cumplirse, de la manera que las partes entendieron verosíblemente que ella lo fuese».

Art. 542. Zachariæ, en el § 534, nota 16, dice, respecto á la resolucion del artículo anterior, que es igual el artículo del Cód. Frances: «Toda obligacion es nula cuando ha sido contraida bajo una condicion potestativa, de parte de quien se obliga (**art. 1802, 2ª parte**). Esta disposicion es demasiado general: solo es verdadera, en el caso de la condicion puramente potestativa, es decir, de la que hace que el obligado solo lo sea cuando él quiera. Pero la obligacion es válida, cuando la condicion potestativa se halla modificada por una circunstancia que le quite lo que pueda tener de puramente voluntario, de tal suerte que ella dependa, no de la sola voluntad del deudor, sino de un hecho que esté en su poder ejecutar ó no. Por ejemplo, si yo os vendo alguna cosa con la condicion de que irá á París, la obligacion es válida, porque hay un vínculo de derecho, desde que me encuentro colocado entre la obligacion de no ir á París ó de venderos la cosa prometida en venta.» Lo mismo, Savigny, tom. 3, pág. 140.

Art. 543. Marcadé hace notar las consecuencias del artículo en su comentario al artículo 1179. Dice así: «La obligacion condicional, y en general todo derecho condicional, cualquiera que sea su naturaleza, no es un derecho que *existirá* segun que el acontecimiento tenga ó no lugar: es un derecho que, segun la condicion prevista, *existe ó no* desde el presente. El derecho no tiene ni tendrá jamas existencia alguna, si la condicion no se cumple. Pero tiene existencia actual si mas tarde la condicion se cumple. El cumplimiento de la condicion tiene pues necesariamente un efecto retroactivo en el momento mismo de la obligacion. El cumplimiento de la condicion, retrotrayendo sus efectos al momento de contraerse la obligacion, y haciendo que ésta se encuentre haber sido pura y simple, hace que todos los derechos reales que el deudor habria podido conferir *pendente conditione* sobre el inmueble que debia entregar, queden sin efecto».

La última consecuencia que el autor deduce, parte del antecedente, que se halla solo en el Cód. Frances, de trasferir la propiedad de los bienes raíces por solo el contrato sin necesidad de la tradicion. Para nosotros, el efecto retroactivo que produzca la condicion, no anularia los derechos reales, constituidos durante la condicion, sino que el deudor se hallaria, por ejemplo, en el caso del que ha vendido el bien raíz á uno, pero no habiéndolo entregado, lo vende á otro, ó constituye en él derechos reales (**art. 593 y siguientes**).

Zachariæ limita el efecto retroactivo de la obligacion en el caso del artículo á las obligaciones de dar, y no á las obligaciones de hacer: Esto es verdad, dice, en las obligaciones de dar la condicion cumplida tiene entónces un efecto retroactivo al dia en que ha sido contraida, porque la cosa que hace el objeto de la obligacion de dar, es necesariamente el objeto de los derechos reciprocos en el tiempo intermedio á la obligacion, y al cumplimiento de la condicion. El cumplimiento, pues, de la condicion, hace remontar ó cesar los efectos de la obligacion al dia en que ella se celebró. Mas en las obligaciones de hacer es otra cosa, la condicion suspensiva ó resolutoria no tiene efecto retroactivo. Si se trata de una condicion suspensiva, es evidente que no es obligado á hacer, sino cuando la condicion se cumpla. Si se trata de una condicion resolutoria, y ántes del cumplimiento de ella se ha hecho lo que ella obligaba, este cumplimiento no impide que la cosa haya sido hecha (§ 534, nota 24).

Art. 546. Zachariæ dice: «Si el deudor quebrase ántes del cumplimiento de la condicion, el acreedor podria obligar al concurso á darle fianza (**arts. 752 y 753**) de la ejecucion de la obligacion llegado el caso, pues sin esta fianza sus derechos serian comprometidos por la disminucion del activo que le servia de garantia » (§ 535, nota 4).

Art. 548. Zachariæ dice: «El efecto retroactivo de la condicion no puede hacer que él no haya tenido el derecho de poseer. Hasta el cumplimiento de la condicion ha tenido de buena fe la posesion de la cosa, y por consiguiente el derecho de percibir los frutos (§ 535, nota 9). Durantón sostiene la opinion contraria, y Marcadé discute la cuestion y la opinion de Durantón. (Sobre el artículo 1179 del Cód. Frances.) Respecto á los frutos, en contra: Aubry y Rau, § 302.

Arts. 549, 550 y 551. Las resoluciones de estos artículos son los derivados naturales de las leyes que se darán en otro lugar sobre el dominio de las cosas fungibles, de los muebles (**arts. 2112 y 2113**) y de los bienes raíces (**art. 2123 y concordantes**). En los Códigos que siguen al Cód. Frances, el efecto retroactivo de las obligaciones condicionales es diverso, tanto respecto de las cosas como respecto de los frutos, porque parten del antecedente de que el dominio de las cosas se adquiere solo por la obligacion convencional, sin necesidad de tradicion. Toda esta materia quedará bien clara en el título *De las obligaciones de dar*.

Art. 555. Respecto á las leyes citadas de Partida y títulos del Digesto, debemos decir, que la condicion resolutoria ordinaria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de *pacto comisorio*. En la condicion resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligacion queda para ambas partes como no sucedida (**art. 1371**); lo contrario sucede en el *pacto comisorio*. Á pesar del cumplimiento de la condicion prevista, la obligacion no se resuelve mientras no lo queria la parte que ha estipulado esa condicion especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte. Cuando yo os he vendido mi casa, estipulando que la venta será resuelta, si no me pagais el precio

en el término fijado, el cumplimiento de esta condicion no trae necesariamente la revocacion de la obligacion, y podré obligaros á cumplir la obligacion, ó perseguiros para obtener el precio que rehusais pagarme (**art. 1375**). Véase Aubry y Rau, § 302, notas 47 y 48.

Art. 556. Duranton, tom. 11, nº 91, enseña lo contrario, sosteniendo que cumpliéndose la condicion despues que la cosa no existe, se opera sin embargo la revocacion de la obligacion, y obliga á aquel á quien la cosa debia ser restituida, á volver el precio que ha recibido. Pero para esto seria necesario que la condicion resolutoria se cumpliera en un momento en que pudiese producir efectos. Si os vendo un caballo por cien pesos, bajo la condicion de que la venta quedará sin efecto, si tal buque viene de la India, y éste llega en efecto despues que el caballo entregado y pagado ha perecido por un caso fortuito, la condicion entónces se cumple inútilmente, pues que ya no hay objeto sobre que pueda recaer. La resolucio[n] de la obligacion no puede tocar vuestro derecho de propiedad, pues que este derecho no existe, no existiendo el caballo, objeto de la obligacion (**art. 578**). No pudiendo formarse la obligacion de volver el caballo, falta del objeto de ella, no puede tampoco formarse la obligacion de restituir el precio por falta de causa. Marcadé, sobre el artículo 1183 del Cód. Frances, discute y rebate estensamente la opinion de Duranton; y de sus doctrinas hemos tomado el artículo.

Art. 557. Duranton es tambien de opinion contraria á la doctrina de este artículo. Zachariæ contesta sus observaciones, diciendo que el efecto retroactivo, tanto en las condiciones suspensivas como en las condiciones resolutorias, no tiene influencia alguna sobre la restitucion de los frutos. El efecto retroactivo no tiene lugar sino respecto á la obligacion de restituir la cosa con todos sus accesorios esenciales; pero no puede estenderse hasta borrar los hechos cumplidos, y hacer desaparecer el derecho que ha tenido el que ha adquirido la cosa en el tiempo intermedio entre la formacion de la obligacion y el cumplimiento de la condicion. (**Véase arts. 1855 y 1856.**) El efecto retroactivo de la condicion resolutoria cumplida, no se estiende hasta obligar al que ha percibido los frutos de la cosa, cuya propiedad le pertenecia durante la condicion (**arts. 577 y 578**), á restituirlos á aquel á quien el acontecimiento de la condicion ha hecho propietario, pero que hasta entónces no tenia sino la expectativa de la propiedad bajo una condicion, § 536, nota 4.

Al concluir este capítulo juzgamos con Marcadé que la division de las condiciones en causales, potestativas y mixtas, no presenta ninguna utilidad, y que no debe adoptarse en los Códigos.

Art. 558. Lo que en este capítulo llamamos *cargos*, en las Leyes Romanas y en los escritores de derecho se llama *modo*. El Lib. 6, Tit. 45, del Código lleva la inscripcion: *De his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur*.

Makeldey define el *modo* de la manera siguiente: «Entiéndese por *modo* toda disposicion onerosa por medio de la cual el que quiere mejo-

rar á otro, limita su promesa, exigiendo de él, y obligándole á una prestación en cambio de lo que recibe ». Y agrega : « Comunmente el modo contiene al mismo tiempo una condicion, ó bien está espresado como condicion, y entónces el acto mismo viene á ser condicional. » El modo puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso ; pero es de advertir que en los primeros tiene el donador en los casos que no se ejecute el modo, la eleccion de intentar su accion, bien sea para la ejecucion del modo, ó para la restitution de lo que ha dado, miéntras que en los segundos se limita su accion á pedir la ejecucion del modo (arts. 559 y 560).

Las convenciones que tienen por objeto trasferir un derecho sobre bienes, pueden contener disposiciones sobre la suerte ulterior de la cosa transmitida por medio de una obligacion contratada por el que la recibe. Las principales disposiciones de este género entran en el contenido de las transacciones mismas. Si el comprador de una casa, por ejemplo, se obliga á no cobrar alquileres al vendedor que la ocupa por el término de un año, sería meramente una convencion accesoria, y la accion que resulta del contrato basta para su ejecucion ; mas, hay ciertas materias en que este procedimiento es insuficiente, y para las cuales era preciso establecer una especie de convenciones accesorias, y esto, es el modo. Esta es la expresion técnica para designar esta institucion, aunque en un sentido general sirve comunmente para determinar los caracteres particulares de un derecho, como por ejemplo, su estension, ó el modo de su ejercicio.

La distincion entre el modo y la condicion puede reducirse á lo siguiente : la condicion es suspensiva pero no coercitiva. El modo es coercitivo, pero no suspensivo (arts. 1826, 1827, 1849 y 1850). Así, el modo no impide la adquisicion del derecho, y no espone al peligro de una pérdida total. El goce del derecho se obtiene dando caucion, y sin ejecutar el acto. Si el acto se hace imposible, la imposibilidad no trae ningun perjuicio. Por lo tanto, la distincion entre estas dos formas, tiene una grande importancia. Siempre debe buscarse para fijar si es la una ó la otra, la intencion verdadera del agente, en la apreciacion de las circunstancias. Si la intencion es dudosa, el modo como restriccion menor, debe admitirse con preferencia á la condicion. Aunque la L. 1 del título citado del Cód. Romano, dice: *In legatis quidem ei fideicommissis etiam modus adscriptum pro conditione observatur*, no establece por esto una asimilacion completa entre ambas cosas, sino que el modo debe ser cumplido como la condicion, lo cual puede hacerse con una fianza.

Es preciso no confundir el modo con aquellas declaraciones de voluntad que no encierran obligacion jurídica. Si una suma de dinero, por ejemplo, es legada para que el legatario construya una casa, esta declaracion debe solo considerarse como la expresion de un consejo ó como la ocasion que da lugar á la libertad. Para admitir una obligacion serian necesarias circunstancias particulares que hicieran verosimil la intencion de imponerla.

TÍTULO VI

Obligaciones á plazo

Art. 570. Los Códigos y sus comentadores regularmente suponen que el pago se hace en dinero, y que no hay por lo tanto perjuicio para el acreedor en recibir el pago antes del plazo. Así es ciertamente en el contrato de venta; pero tratamos solo del cumplimiento de las obligaciones en las cuales éste puede consistir, como dice Rogron, en la entrega de un número de ganado ó de un buque, para lo cual el acreedor puede no estar pronto á recibir, y haberse preparado para hacerlo el día del vencimiento. En el derecho comercial, el término se presume estipulado en el interés común de deudor y acreedor, y no hay razón para que no sea lo mismo en el derecho civil. (**Véase art. 2217.**) Por estas consideraciones aceptamos la resolución del Código de Prusia.

Art. 571. En cuanto á la segunda: Marcadé, sobre el artículo 1186, dice lo siguiente: «¿Nuestro artículo equivale á rehusar la repetición absolutamente y sin distinción, entre aquel que ha pagado libremente con conocimiento de causa, y el que lo ha hecho ignorando el término de la obligación? No vacilamos en responder que no. La decisión contraria sería evidentemente opuesta, no solo á los principios de equidad, sino al espíritu general de nuestro derecho moderno, y á la intención de los redactores del artículo. Si á la muerte de mi padre me encuentro con un testamento que me manda pagar á Pablo inmediatamente veinte mil francos, y después de haberlos pagado descubro un segundo testamento que me concede dos años para pagar dichos veinte mil francos, ¿no es claro que he proporcionado al acreedor una ventaja mayor que la que en realidad le era debida? En el Cuerpo Legislativo el orador del gobierno decía sobre este artículo: que si el deudor hubiese *libremente* hecho el pago con anticipación no sería justo autorizarlo á demandar la repetición.

TÍTULO VII

Obligaciones de dar

Art. 577. Según el Cód. Frances, arts. 711 y 1138, la propiedad se transmite por solo el contrato, sin ser necesaria la tradición; y desde entonces todos los peligros de la cosa son de cuenta del acreedor. Toullier, entre otros, tom. 4, nº 54, espone los fundamentos que para tal resolución tuvieron los autores del Código de Napoleón. Pueden verse también en la colección de discursos, discurso 70.

Freytas, sosteniendo el principio de la tradición para la adquisición de la propiedad, dice: «Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas á que se liga la prosperidad

general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada á respetar un derecho que no conoce.

Esta es la razon filosófica del gran principio de la tradicion que la sabiduria de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron (**arts. 2373--2374 y 2378**).

Establecido el derecho personal de donde tiene que resultar la trasmision de la propiedad, muchos jurisperitos no quisieron ver nada mas, y dieron luego la propiedad como transmitida y adquirida solo por el simple poder del concurso de las voluntades en un momento dado. Tomóse la propiedad en su elemento individual solamente, y no se atendió á su elemento social. Contóse con la buena fe de las convenciones, como si la mala fe no fuese posible.

Las cosas que se conviene transmitir es posible que no sean transmitidas, y la misma cosa puede ser vendida á dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independiente de cualquier manifestacion exterior de la trasferencia del dominio, el segundo comprador podria de buena fe transmitir tambien la cosa, que así irá sucesivamente pasando á otros. Tenemos entónces un choque de derechos, una colision donde por un lado se presenta el interes de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente á la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? Si este mal no puede ser evitado del todo ¿no convendrá evitarlo lo mas que sea posible? Segun la teoria del Código Frances sobre la trasmision de la propiedad, como efecto inmediato de los contratos, no hay intervalo entre la perfeccion de los contratos, la trasmision y su adquisicion realizada. La tradicion y la posesion nada valen. El derecho personal, y el derecho real son una misma cosa. El contrato es el propio dominio; y el dominio es el contrato. No hay diferencia alguna entre el título para adquirir y el modo de adquirir, entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto.

La innovacion del Código Civil de Francia fué tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta á la buena razon, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las leyes anteriores. Troplong, Martou y otros muchos jurisconsultos no dejaron de confesar que esta innovacion tan grave fué subrepticamente introducida, sin la discusion especial y profunda que ella reclamaba. Aun así, el nuevo principio no tuvo aplicacion respecto á los bienes muebles, segun el artículo 2279, y en cuanto á los inmuebles fué aplicado con restricciones segun los artículos 939 y 1069. En vano el legislador frances proclamó su principio de la trasmision de la propiedad solo por efecto de las convenciones, pues que la fuerza de las cosas lo obligó á violarlo en relacion á los muebles y á no mantenerlo respecto á los inmuebles, sino por medio de disposiciones contradictorias é incompletas, que espusieron la propiedad territorial y la garantia hipotecaria á incertidumbres y peligros tales,

que la segunda generacion sintió la necesidad de reformar radicalmente la legislacion en esta parte.

Lo que desde luego no se habia conocido por la fascinacion de un bello principio en apariencia, que lo realizaba el poder de la voluntad humana, vinose á conocer despues por las exigencias económicas de un buen régimen hipotecario. Y en verdad, el sistema hipotecario del Código Civil Frances quedó profundamente viciado desde que confundió los derechos personales con los derechos reales. Era una anomalia y una providencia inútil manifestarse al público el derecho real de la hipoteca, cuando el primer derecho real, «la propiedad» fuente de todos los otros, no tenia la misma publicidad en los casos mas frecuentes.

En la actualidad, felizmente, la teoria del Código Frances se halla reducida en todo su valor á un mero aparato de palabras que no tiene significacion práctica alguna, desde que el propietario no es propietario respecto de terceros, si no hace transcribir sus títulos en un registro especial y público, establecido para este efecto. Teniéndose así reconocida la necesidad de un hecho esterno, como indicador legal de la transmision de la propiedad, no descubrimos razon alguna por la cual, en relacion á las partes contratantes, se deba seguir el principio opuesto de la transferencia del dominio, solo por efecto del consentimiento. ¿Y cómo se concibe que un derecho real solo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto, y sus correspondientes obligaciones comprenden á todos los individuos; y cuando se le niega este carácter no existe el dominio. Si el vendedor, desde el momento del contrato, tiene perdido el dominio de la cosa vendida, no se concibe cómo pueda venderla válidamente por segunda vez, á otra persona, solo porque el primer comprador no fué diligente en hacer transcribir su título en los registros hipotecarios, pues desde entónces no puede ejercer su dominio, adquirido por el contrato, contra un tercero—el segundo comprador (**arts. 591 y 595**).

Por la nueva ley hipotecaria de 23 de Marzo de 1855, el registro público de la transmision y constitucion de los derechos reales ha sustituido la tradicion de la cosa. Esta alteracion radical del Código Civil de Francia, habia sido ya hecha ántes en Bélgica y en todos los países que, por fuerza de circunstancias especiales, se vieron en la necesidad de adoptar aquel Código. Así la falsa idea de la identificacion del contrato con el dominio, no fué mas que una aberracion local, ridicula: pertenece á lo pasado, y tiene hoy simplemente valor histórico.

Art. 578. No es extraño que así lo dispongan tambien el Cód. Frances y los demás Códigos que convierten el título en modo de adquirir, pues las cosas perecen, se deterioran y se aumentan para su dueño; pero parece ilógico que nuestras leyes que declaran que no se adquiere el dominio de las cosas con solo el título, si no es seguido de la tradicion, (**art. 577**) dispongan que el peligro de la cosa, que es el objeto de una obligacion de dar, sea de cuenta del acreedor, aun ántes de la tradicion, fundadas en el principio de que el deudor de cosa cierta se libra de la obliga-

cion de entregarla, cuando perece sin su culpa. Esto es confundir el derecho personal con el derecho real. El derecho personal que se constituye por la obligacion, no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora ó deterioro. Nuestro artículo tambien libra al deudor de cosa cierta de la obligacion de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra disolviendo la obligacion, y no dejando obligado al acreedor (**arts. 888 y siguientes**).

De los dos principios, que el dominio de las cosas no se adquiere sino por la tradicion, y que los peligros, aumentos ó desmejoras, son de cuenta del propietario, se derivan las resoluciones de los artículos siguientes, y es innecesario notar la discordancia con los Códigos que parten de principios contrarios.

Art. 606. Savigny, en el § 39 del *Derecho de las Obligaciones*, dice: «Llamamos cantidades de cosas las que circunscriptas en los límites de una clase determinada, no tienen ningun valor individual, y todo su valor no se determina sino por el número, la medida ó el peso; por lo que es absolutamente indiferente distinguir las cosas individualmente.

Art. 616. El dinero pertenece á las cantidades. Hay entre cada pieza de una determinada especie de moneda, una diferencia tan poco sensible como en cada grano de un monton de trigo, y las piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas. Bajo el punto de vista jurídico, las monedas son cosas de consumo (**arts. 2211 y 2321**), en el sentido que su uso verdadero consiste en el gasto que se hace; gasto que se hace tan imposible, como si la materia se hubiese consumido, toda reclamacion ulterior de la propiedad.

Art. 619. Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestion tan debatida sobre la obligacion del deudor, cuando ha habido alteracion en la moneda, porque esa alteracion se ordenaria por el Cuerpo Legislativo Nacional, cosa casi imposible. La ley declararia el modo de satisfacer las obligaciones que ya estuviesen contraidas. Hoy los conocimientos económicos dan á la moneda otro carácter que el que se juzgaba tener en la época de las leyes que hicieron nacer las cuestiones sobre la materia. Las Leyes Romanas decian: «*in pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*» (L. 99, Tit. 3, Lib. 46, Dig.). . . . *eaque materia forma publica percussa, usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate*» (L. 1, Tit. 1, Lib. 18, Dig.) Por cierto que hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe sino por la sustancia, por el metal, oro ó plata que contenga. Notaremos sin embargo, las leyes de los diferentes pueblos sobre el cumplimiento de las obligaciones, cuando ha habido cambio en el valor de las monedas.

La L. 18, Tit. 1, Lib. 10. Nov. Rec., dice: «Sea permitido á los contrayentes especificar el valor de las monedas, y observarse invariablemente lo convenido. Los deudores de moneda recibida por cualquier-

ra causa en plata ú oro, están obligados á pagar en la moneda del mismo valor, peso y ley de la que recibieron y entónces corria. En los demás casos cumplen los deudores con pagar en la corriente al tiempo de la paga.»

El Cód. Frances, art. 1895: «La obligacion que resulta de un préstamo en plata será siempre la de la suma numérica expresada en el contrato. Si ha habido un aumento ó disminucion de especies ántes de la época del pago, el deudor debe volver la suma numérica prestada, y no debe volver sino esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago.»

Sin embargo, el Cód. de Austria dispone lo contrario en los artículos 988 y 990. «Si se ha alterado, dice, el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pié del valor que tenían al tiempo del préstamo.»

Si hubiese de darse ley, suponiendo la alteracion de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Cód. de Austria.

Art. 621. La materia de intereses convencionales se encuentra tratada estensamente en muchos escritores de crédito, que se pudrian citar en apoyo del artículo. Regularmente los Códigos de Europa son contrarios á la libertad de las convenciones sobre intereses de los capitales.

Art. 622. Me he abstenido de proyectar el interes legal, porque el interes del dinero varia tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interes de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interes del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde á los perjuicios é intereses que debia pagar el deudor moroso.

TÍTULO VIII

Obligaciones de hacer y de no hacer

Art. 629. El Cód. Frances, por el art. 1142, declara que toda obligacion de hacer ó de no hacer se resuelve en caso de inexecucion por parte del deudor, en la satisfaccion de los daños é intereses; pero por el art. 1144, declara que el acreedor, puede tambien en caso de inexecucion ser autorizado para hacerlo ejecutar él mismo á costa del deudor (**art. 505**). Marcadé, sobre el art. 1144, concilia esta aparente contradiccion, diciendo que el art. 1142 no debe tomarse á la letra, cuando declara que toda obligacion de hacer ó de no hacer, se resuelve en caso de inexecucion en la satisfaccion de daños é intereses. Esto no sucede sino en dos casos: 1º cuando la ejecucion forzada no podria resultar sino de violencia dirigida contra la persona del deudor, y 2º cuando el acreedor, aunque pudiendo obtener la ejecucion directa por la fuerza, se contentara con la satisfaccion de los daños é intereses. Los Códigos de Europa copian tanto el art. 1142 del Cód. Frances, como el art. 1144. El Cód. de Luisiana, en los artículos 1920 y 1921, dice: «En caso de inexecucion de un contrato que contenga obligacion de hacer ó de no hacer, aquel

en cuyo favor se ha contraído la obligación puede pedir daños y perjuicios, ó si esta indemnización es insuficiente, reclamar la ejecución del contrato á su elección, y en todos los casos, daños y perjuicios.» Las Leyes de Partida son mas claras á este respecto: « El Juez débelo apremiar que lo *faga así* como fué puesto ó lo prometió », dice una de ellas. LL. 12, Tit. 11, Part. 5ª, y 5, Tit. 27, Part. 3ª.

TÍTULO IX

Obligaciones alternativas

Art. 637. El principio es general: en todos los actos y contratos, el deudor tiene la elección. Una declaración verbal no le obligaría, y puede cambiar de idea hasta que haya cumplido la prestación. *Cum pure stipulatus sum*, dice la Ley Romana, *illud aut illud dari licebit tibi, quoties voles mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis* (L. 138, Dig. de Verb. Oblig.) *Quandiu id quod promissum est solvatur* (L. 106, Cód.)—Las mismas reglas se aplican á los otros contratos. Así, el vendedor que vende muchas cosas bajo una alternativa, como el comprador que promete en retorno del objeto comprado, muchas prestaciones alternativas, tiene la elección en el pago de las diferentes cosas prometidas ó vendidas (LL. 25 y 34, § 6, Dig. De Contr. emt., y 21, § 6, De act. emt.) Cuando un comodatario ó locatario, pierde por dolo ó culpa la cosa que se le habia confiado, queda obligado á pagar una indemnización al propietario; pero cuando el propietario recobra despues la cosa, el que la ha pagado debe obtener, ó el dinero que ha entregado ó la cosa (**art. 2275**), de otra manera el propietario se enriqueceria á su costa. La elección entre lo dado en pago ó la cosa queda para el que ha hecho el pago (**arts. 2128 y 2171**). Lo mismo puede decirse cuando en un pleito sobre la propiedad, pierde la cosa por dolo ó culpa, y paga una indemnización al demandante, si el propietario recobra la cosa. La necesidad de recibir la cosa no puede imponerse al que la ha pagado contra su voluntad, porque él puede repetir la suma que ha entregado por una *conditio sine causa*. Si, al contrario, prefiere la cosa, no se le puede rehusar, porque la indemnización que ha pagado hace las veces de la compra. (L. 1, Tit. 4, Lib. 41, Dig.)

La facultad de elegir pasa á los herederos del que tenia el derecho de hacer la elección, y aun al cesionario del derecho, porque la facultad de elegir es inherente al derecho. (L. 72, de Verb. Oblig.)

Si el deudor que tenia el derecho de elegir, considera por error que una de las prestaciones era objeto de una deuda pura y simple, y por este error no usa de su derecho, puede repetir lo que ha pagado por la *conditio indebit* (**art. 290, Inc. 3**), y dar en cambio la otra prestación. (L. 10, Cód. de Cond. ind.) Véase sobre esta materia á Savigny, *Derecho de las oblig.*, tom. 1, § 38.

Art. 641. La aplicación de las reglas sobre la prestación de la culpa y del caso fortuito en las obligaciones alternativas segun el Derecho Ro-

mano, presenta algunas soluciones interesantes: si una de las cosas ha perecido por caso fortuito, la obligacion viene á ser pura y simple, es decir, que el deudor está obligado á dar la otra.—L. 34, Tit. 1, Lib. 18, Digesto. Si es por culpa del acreedor que una de las cosas ha perecido, el deudor que tiene la eleccion puede tenerse por libre de la obligacion, ó bien dar la cosa que queda, y demandar el valor de la cosa que ha perecido por culpa del acreedor.—L. 105, Tit. 1, Lib. 145, Dig. Si en este último caso la eleccion pertenecia al acreedor, la pérdida de la cosa trae la deliberacion del deudor. (Cita anterior y L. 95, Tit. 3, Lib. 46, Dig.) Si las dos cosas han perecido, es preciso distinguir: si ambas han perecido por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligacion—L. 31, § 6, Tit. 1, Lib. 18, Dig. Si la primera de las cosas prometidas ha perecido por caso fortuito, y la otra por culpa del deudor, éste está obligado por el valor de la última.—L. 95, § 1, Tit. 3, Lib. 46, Dig. Si la primera ha perecido por culpa del deudor, y la otra por caso fortuito, el Derecho Romano, prescindiendo de los principios estrictos, da al acreedor, por motivos de equidad, una accion de dolo para demandar el valor de la cosa que habia perecido la última. Si las dos cosas han perecido por culpa del acreedor, el deudor puede reclamar el valor de la que quiera—L. 55, Tit. 2, Lib. 9, Dig., á no ser que el acreedor no tuviese la eleccion, porque en este caso el deudor no podría demandar sino el valor de la última que hubiese perecido—L. 95, Tit. 3, Lib. 46, Dig. Si la primera ha perecido por culpa del acreedor, y la otra por caso fortuito, el deudor es libre y puede demandar el valor de la primera.

TÍTULO X

Obligaciones facultativas

Art. 651. Son muy notables las diferencias entre la obligacion facultativa y la obligacion alternativa:

La primera comprende una sola prestacion, y la segunda varias. En la obligacion facultativa la prestacion accesoria no forma objeto de la obligacion ni la caracteriza (**art. 644**): es meramente adjunta para facilitar el pago. Entretanto, el carácter de una obligacion alternativa queda en suspenso hasta que se verifique el pago (**art. 635**), y se determina segun la prestacion por medio de la cual el pago se ha efectuado.

En la obligacion alternativa basta para su validez que una ú otra de las prestaciones comprendidas en la obligacion esté exenta de vicios, cuando en la obligacion facultativa basta para invalidarla el vicio en la prestacion principal, aunque no lo haya en la obligacion accesoria (**art. 645**.)

En la obligacion alternativa el acreedor debe pedir el pago de las diferentes prestaciones que forman el objeto de la obligacion, dejando al deudor la libertad de cumplir con la que eligiere (**art. 637**),

mientras que en la obligacion facultativa basta que pida la prestacion principal.

La obligacion alternativa no se estingue sino cuando las diversas cosas que formen el objeto de la prestacion comprendidas en la obligacion, hubiesen todas perecido sin culpa del deudor, y ántes que éste se hubiese constituido en mora (**art. 612**); y la obligacion facultativa se estingue cuando hubiese perecido el objeto de la prestacion principal, aunque existiera el de la prestacion accesoría. (**Véase arts. 617 y 648.**) Sobre estas diferencias, véase Aubry y Rau, § 300.

TÍTULO XII

Obligaciones divisibles é indivisibles

Art. 667. El Cód. Frances en el art. 1217 define del modo siguiente las obligaciones divisibles é indivisibles: «La obligacion es divisible ó indivisible, segun ella tenga por objeto una cosa que en su entrega, ó un hecho que en su ejecucion es ó no susceptible de division (**arts. 680 y 681**), sea natural ó intelectual (**arts. 679, 2326 y 3982**).» Los Códigos de Europa copian á la letra esta definicion; pero Marcadé observa que solo se refiere á la ejecucion de la obligacion, y no al objeto de ella al contraerse. La Ley Romana es mas clara y enteramente conforme con nuestro artículo: «*Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partis præstationem recipiunt (son divisibles), veluti cum decem dari stipulamur; quædam non recipiunt, ut in his quæ natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur: quædam partis quidem datationem natura recipiunt sed nisi tota dantur satis stipulationi non fit (no se satisface ó cumple la obligacion si no se dan por entero ó totalmente), veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quolibet vas.*»

Art. 668. Las obligaciones indivisibles, como las obligaciones solidarias, son en verdad exigibles en su totalidad, de parte de cada uno de los acreedores contra cada uno de los deudores (**art. 686**); pero este efecto comun á estas dos especies de obligaciones procede en la obligacion solidaria del título mismo que la constituye como tal, mientras que en la obligacion indivisible, ese efecto no es sino el resultado de la imposibilidad de cumplir parcialmente la prestacion que es el objeto. En una obligacion indivisible cada uno de los deudores no deberia pagar, y cada uno de los acreedores no podria reclamar sino su parte, si la prestacion fuese susceptible de cumplimiento parcial, mientras que en la obligacion solidaria, cada deudor debe pagar y cada acreedor puede exigir el cumplimiento total, aunque sea posible ó fácil hacer pagos parciales. —Aubry y Rau, § 391.

Marcadé dice: «Si en la obligacion indivisible cada uno de los deudores, sean deudores primitivos, sean representantes de un deudor único, debe la cosa entera, no es como la obligacion solidaria por una cualidad inherente á la persona, que seria verdaderamente acreedora ó deudora,

sino solamente por la calidad de la cosa, la cual no es susceptible de partes. De este principio se derivan consecuencias importantes: 1ª aun cuando se reconozca á uno de los acreedores solidarios, el derecho de librar plenamente al deudor, haciéndole remision de la deuda (Pothier, nº 263), no se admite este derecho para uno de los acreedores (**art. 687**) de la cosa indivisible (Pothier, nº 327), porque él no es personalmente dueño del crédito, pues si es autorizado á recibirlo por entero, es únicamente á causa de la naturaleza de la cosa debida; 2ª el uno de los acreedores no es dueño de extinguir el crédito trasformándolo en otra clase de crédito, ni de librar al deudor recibiendo el precio del objeto debido en lugar del objeto mismo; 3ª y recíprocamente, como el deudor respecto de muchos acreedores no debe todo á cada uno de ellos, sino por la imposibilidad de dividir la cosa en muchas partes y no personalmente, se sigue que la remision hecha por uno de los acreedores, ó la recepcion consentida por él, del precio de la cosa, tendria el efecto de disminuir la deuda.» (Sobre el art. 1224, cap. 1, *De las Obligaciones divisibles*.)

Art. 669. La Ley Romana dice: *Quotiens autem genere stipulamur numero fit inter eos (herederos) divisio.*» En el caso del artículo no se trata de la obligacion de género que tenga por objeto una sola cosa (**entónces rige el art. 679**), sino la que tenga por objeto un número de cosas que corresponda al número de acreedores ó deudores.

Para que se comprenda exactamente la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas, nos permitimos trascribir lo que Savigny dice á este respecto: «Si buscamos qué es lo que constituye la divisibilidad de las cosas, es preciso ante todo reconocer que en el sentido natural de las palabras, todas las cosas, son susceptibles de descomposicion en partes, y por consiguiente son divisibles. Si, pues, dividimos las cosas en divisibles ó indivisibles, no es sino con respecto á las relaciones de derecho que tienen una cosa por objeto. Los inmuebles, en tanto que son partes constitutivas de la superficie de la tierra entera, no pueden ser limitados como unidades especiales sino por la voluntad del hombre; pero es de la esencia de esta voluntad ser inconstante y variable. Es posible, pues, crear entre límites ya fijados, nuevos límites mas estrechos ó pequeños. Esta facultad es la que funda la divisibilidad ilimitada del suelo. Aunque las partes aisladas puedan diferir en bondad y valor, son siempre idénticas á sí mismas, y al todo original.

«Solo el suelo sobre que reposa una construccion no es divisible, porque forma un todo independiente, un todo artificial, cuya descomposicion destruiria la idea de este todo.

«No sucede así con las cosas muebles. Ellas aparecen en el espacio como unidades. Cada unidad constituye un todo independiente, ya un todo natural como los animales vivos, ya un todo artificial como las obras de arte. Estas unidades, son sin duda, siempre divisibles en sí mismas, pero bajo una relacion jurídica las llamamos indivisibles, y las tratamos como tales en dos casos distintos: 1º cuando la division destruye la idea del todo, de modo que las partes no sean ya idénticas con-

siguieran mismas y con el todo, como en los animales vivos, en las obras de arte, etc.; 2º cuando la division deja subsistentes partes idénticas, pero con una disminucion de valor en el todo, como en el caso de dividir piedras preciosas, espejos, cristales, etc. Nos resta aun despues de esto, las cosas muebles completamente divisibles, que son aquellas cuya division no destruye la idea del todo, ni disminuye el valor total, como en las masas de metal bruto.

«De estas consideraciones resulta que la division de cosas inmuebles ó de cosas muebles, es de una naturaleza esencialmente distinta. Para las primeras, la division se causa por un simple cambio de límites que no ejerce sobre las cosas mismas ninguna influencia aparente. Para las segundas, se efectúa por medio de una destruccion material, lo que modifica el estado aparente de la cosa.

«Esta diferencia entre cosas muebles é inmuebles, aparece aun en la reunion de cosas aisladas para formar un todo nuevo. Respecto á los inmuebles, la reunion de muchos campos ó territorios se causa por el mismo procedimiento que hemos señalado para la division, á saber, por el simple establecimiento de límites nuevos. En cuanto á las cosas muebles, el todo nuevo, artificial, no consiste sino en la designacion y uso comun, sin ninguna trasformacion aparente de las cosas aisladas, contenidas en este todo, como la formacion de una biblioteca, de un rebaño de ganado, etc.

«Las dos especies de trasformacion, division y reunion, se encuentran principalmente respecto de las cantidades. La naturaleza propia de ellas consiste en que no son determinadas sino por el número, peso ó medida, porque en ellas la unidad originaria no tiene valor propio ni carácter individual.

«La unidad originaria, por ejemplo, es el grano de trigo aislado, todo indivisible, porque su division produciria partes heterogéneas; pero estas unidades reunidas en grandes masas son individualizadas haciendo la division por número, medida ó peso. En cuanto á los cuerpos líquidos no hay unidad originaria, pero ella se crea artificialmente encerrándolos en cuerpos sólidos.»

Nosotros podemos decir que con la division de las cosas en corporales é incorporeales, llamando cosas incorporeales á las obligaciones, y estableciendo arbitrariamente la division meramente intelectual, quedan muy pocas cosas indivisibles. En este título prescindimos de ambos antecedentes, que no han servido sino para producir la mayor confusion en esta materia.

Podemos decir tambien, que la division material de las cosas, objeto de las obligaciones, no se permite, cuando por la alteracion de sus formas se hacen menos útiles ó productivas.

Art. 670. La construccion de una casa, por ejemplo, es un hecho divisible, cuando se considera esta construccion en si misma como un hecho susceptible de cumplirse sucesivamente, y por partes. Pero en la obligacion de construir una casa se mira ménos el hecho transitorio de la construccion, que su resultado final y permanente, la casa que construir.

Una casa no existe como tal sino por la reunion de todas las partes que la forman: ella es indivisible en su forma específica; su construccion es por lo tanto, igualmente indivisible desde que viene á ser el objeto de una obligacion. Las mismas observaciones se aplican á toda empresa que tenga por objeto una forma determinada (**art. 1508**). Tal es tambien la obligacion de entregar un terreno destinado, segun la intencion de las partes, para una construccion que exige la totalidad del terreno. Aunque un terreno considerado en sí mismo sea divisible, cesa de serlo cuando viene á ser el objeto de una obligacion en la cual es considerado como un lugar destinado á una construccion, ó a otro uso que exige la totalidad de ese terreno (**arts. 2125 y 2126**).

Art. 671. «Si os habeis obligado, dice Marcadé, á no cortar sino cincuenta hectáreas del bosque de vuestro campo, para que yo pueda cazar en las restantes, y cortais cien hectáreas, vuestra obligacion queda violada en parte. Ella es pues divisible aunque consiste *in non faciundo*.» (Sobre el art. 1228 del Cód. Frances.) Savigny agrega: «En las obligaciones que tienen por objeto una omision (*non faciendi obligationes*), para juzgar de su divisibilidad ó indivisibilidad, todo depende de saber si el acto de que el deudor ha prometido abstenerse, puede en sí mismo ser igualmente cumplido por cada uno de los herederos, ó si cada uno no puede cumplirlo sino por parte. En el primer caso, la obligacion misma es indivisible; en el segundo, es divisible.» «Cuando alguno estipula con su vecino, *per te non fieri, neque per heredem tuum quo nimis nihil ire agere per fundum tuum liceat*, esta obligacion es indivisible, porque despues de la muerte del deudor, un obstáculo efectivo puede provenir de todos los herederos ó de uno de ellos, y en el interes del acreedor es del todo indiferente saber cuál es el autor. Cuando al contrario, un deudor estipula con su acreedor, *non amplius agi* (no demandarlo en adelante) y el acreedor muere, la estipulacion se divide entre sus herederos, porque no es posible á cada heredero intentar la accion originaria, sino por su parte hereditaria, y por consiguiente no puede violar la estipulacion, sino por parte.

Art. 672. Freytas pone los ejemplos siguientes: Si álguien se obliga á entregar un cierto número de botellas de vino, de una ó de otra de dos pipas que tiene, esta obligacion alternativa, debe ser luego considerada como divisible, porque las dos prestaciones de la alternativa, tienen por objeto la entrega de cantidades.

Si álguien se obliga á entregar un cierto número de botellas de vino, ó á hacer un determinado servicio, no será posible saber si esta obligacion alternativa es divisible ó indivisible, sino despues que haya elegido el acreedor ó el deudor, ó despues que hayan escogido los herederos de éstos, entre los dos objetos de la alternativa. La razon es que una de estas prestaciones es divisible mientras que la otra, la de prestar un servicio, es indivisible.

El Derecho Romano consideraba la obligacion alternativa como indivisible, aunque las dos prestaciones comprendidas en ellas fuesen divisibles. Si ella fuese divisible, se decia, el deudor en los casos que le

correspondiese la eleccion, podria dar parte de una de las cosas comprendidas en la obligacion. Pero esta razon es de ningun valor, porque es de la naturaleza de las obligaciones alternativas, no estar el deudor obligado á todas las prestaciones comprendidas en la obligacion, sino á una ó á otra de ellas integramente. Es entónces imposible que pudiese hacer el pago con parte de una de las cosas, y con parte de la otra.

Art. 673. Las obligaciones no se distinguen en divisibles é indivisibles sino cuando son muchos los acreedores ó los deudores. Habiendo un solo acreedor y un solo deudor, la obligacion por divisible que sea, debe siempre tener una ejecucion íntegra sin ser jamas susceptible de pagos parciales. Es solo á la muerte de un deudor ó de un acreedor que dejan muchos sucesores, cuando la obligacion existente originariamente entre un solo acreedor y un deudor, puede dividirse si es susceptible de division. No seria preciso que sucediese la muerte de una de las partes para aplicar los principios de la divisibilidad, si la obligacion se formase desde el principio por muchos acreedores, ó contra muchos deudores, ó si el acreedor único vendiese su crédito á muchas personas.

Téngase presente que, cuando por la muerte de una de las partes, el derecho se divide entre sus herederos, no es en partes viriles, es decir, en tantas partes cuantos sean los herederos, sino en la proporcion de la parte por la cual cada uno de los herederos representa al difunto (**art. 712**). Si pues el difunto deja dos herederos, el uno por dos tercios y el otro por un tercio, el primero será deudor ó acreedor por dos tercios y el segundo por un tercio de la obligacion (**arts. 675—676—689 y 3485**).

Respecto á la deuda de la obligacion, debemos decir que por la division de ésta, no se divide en muchas deudas. Es solo una deuda dividida en muchas partes, y que solo es pagadera en porciones, porque lo es por muchas personas ó á muchas personas. Si despues de la muerte de un acreedor que ha dejado dos herederos, uno de éstos muere dejando por sucesor al coheredero, éste, resultando ser el único acreedor de la deuda única, no tendria derecho para hacerle el pago en dos porciones, pues la deuda única habia ce-sado de ser pagadera á muchos.

Art. 675. El Cod. Frances, despues de establecer en el art. 1220, casi igual al nuestro, que los herederos del deudor solo están obligados á pagar la parte de la deuda que corresponda á su parte hereditaria, crea en el art. 1221 cinco escepciones al principio, las que nosotros reducimos á dos: «El principio establecido, dice, en el artículo precedente, tiene respecto de los herederos del deudor, las escepciones siguientes:

1ª En el caso en que la deuda es hipotecaria; (**art. 682**).

2ª Cuando ella es de un cuerpo cierto; (**art. 679**).

3ª Cuando se trata de una deuda alternativa de cosas, que quedan á eleccion del acreedor, de las cuales una es indivisible; (**art. 672**)

4^a Cuando uno de los herederos del deudor está él solo encargado, por el título, de la ejecucion de la obligacion; (**art. 676**).

5^a Cuando resulta, sea de la naturaleza de la obligacion, sea de la cosa que hace el objeto de ella, sea del fin que se hubiesen propuesto en el contrato, que la intencion de los contratantes ha sido que la deuda no pudiese pagarse parcialmente.» (**Nota 670 y art. 1197**).

La circunstancia de que uno de los herederos esté en posesion del inmueble hipotecado á la deuda, no cambia en nada el principio de que la obligacion se divide entre los herederos del deudor. La hipoteca ó la prenda son accesorios de la obligacion (**art. 524**), y por lo tanto no pueden alterar la naturaleza de la obligacion principal, que tenia por objeto la entrega de cosas divisibles. La hipoteca no confiere al acreedor ningun poder sobre la cosa hipotecada, sino para el efecto de asegurar el cumplimiento de la obligacion. La cosa hipotecada no ha de ser entregada al acreedor, porque no es el objeto de la prestacion constitutiva de la obligacion principal: debe ser vendida para el pago, si el deudor no lo ejecuta. El heredero del deudor, poseedor de la cosa hipotecada, no puede ser perseguido por el pago como heredero y deudor personal. Si lo es, es por razon de otro principio que no tiene que ver con la division de las obligaciones. El acreedor hipotecario puede perseguir el inmueble hipotecado y á los poseedores del inmueble, aunque estos poseedores no sean herederos del deudor, ó sean completamente estraños á la deuda.

Si, pues, el heredero poseedor puede ser perseguido por el todo, no es por una escepcion al principio de la division de la deuda entre él y sus coherederos, sino como tenedor de la cosa hipotecada, como lo seria cualquier estraño á la sucesion, á quien pasase la posesion del inmueble hipotecado. El principio, pues, al cual el Cód. Frances pretende poner una escepcion, queda completamente intacto.—Véase Aubry y Rau, § 301, nota 25.

Otra escepcion pone el artículo citado, y es en el caso de una deuda alternativa de cosas, de las cuales la una es indivisible, y su eleccion pertenece al acreedor. Pero es claro que si el pago por parte viene á ser imposible, es porque la cosa elegida es indivisible, y la deuda viene á ser por supuesto tambien indivisible. Si la deuda es indivisible, no es entónces el caso de que habla el Cód. Frances, una escepcion al principio del pago por partes en las deudas divisibles.—Véase Marcadé sobre el art. 1221.

Art. 679. Freytag pone una larga nota al n° 984 de su proyecto, sosteniendo la doctrina de que la obligacion de entregar cuerpos ciertos, sea cual fuere el objeto con que se hiciese, es indivisible, contra lo que disponen algunas leyes romanas y los comentadores del Cód. de Napoleon. Hace ver que toda la confusion que hay en la materia, ha nacido de la definicion que da el art. 1217 del Cód. Frances de la obligacion divisible. El artículo dice, que obligacion divisible es la que tiene por objeto una cosa, que en su entrega es susceptible de division, así *material, como intelectual*. Con base tan amplia, ningun objeto corpóreo pue-

de escapar de la posibilidad de la division. Entretanto, la naturaleza real de las cosas que no consisten en cantidades, repugna á esa divisibilidad abstracta, pues es imposible la entrega de esas cosas por partes. Las obligaciones se distinguen en divisibles é indivisibles bajo el punto de vista del objeto de su prestacion, y no es posible dividir las bajo otro aspecto. Si la cosa, en una obligacion de dar, fuese materialmente divisible, la obligacion tambien seria divisible. En el caso contrario, la obligacion es indivisible. Trátase de la divisibilidad material, absoluta, y no de la que depende de circunstancias independientes de la cosa; y así, vienen á ser divisibles solamente las obligaciones cuya prestacion consiste en la entrega de cantidades, é indivisibles las obligaciones de entregar cosas ciertas no fungibles.

Art. 680. Pothier, *Oblig.* en el n.º 289, sostiene que las obligaciones de hacer ó de no hacer pueden ser, ya divisibles ó ya indivisibles, segun fuese el hecho objeto de la obligacion. Marcadé lo sigue; pero de los ejemplos que pone solo se deduce que aquellos hechos que bajo un solo nombre envuelven muchos hechos, pueden dividirse y hacer resultar divisible la obligacion; pero hablamos del simple hecho, y decimos que este es indivisible, como seria la obligacion de salir del país, ó de hacer una construccion, el *opus* de los Romanos. La L. 80, § 1, que hemos citado, decia. . . . *neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consumatione contingit non dederit.*

Art. 686. Las reglas sobre el pago de la obligacion indivisible cesan, desde que esta obligacion se resuelve por la inexecucion de ella, en pago de pérdidas é intereses, porque las pérdidas é intereses consisten siempre en una suma de dinero, y constituyen, por consiguiente, una prestacion divisible (**arts. 669—2107, 2.ª parte**).

Art. 688. Savigny, en el § 36 de su obra, *Derecho de las obligaciones*, nos hace saber el resultado de las acciones sobre obligaciones indivisibles, cuando se deducen en juicio en el Reino de Prusia, que pueden ser un grande ejemplo para nuestros tribunales.

Caso de muchos deudores.—Constitucion de una servidumbre.

La obligacion solidaria, pesando sobre cada uno de los deudores queda, siempre la misma; mas el Derecho Romano sacaba el resultado que el deudor elegido como demandado estaba obligado á pagar todo el valor pecuniario de la servidumbre, valor que él recobraba en seguida parcialmente de cada uno de sus codeudores,

En el derecho actual, la condenacion se hace sobre la constitucion misma de la servidumbre, el demandado es considerado en el juicio como representante de sus codeudores. Si el demandado no quiere ó no puede proceder á la ejecucion de la sentencia en el tiempo que se le ha fijado, por ejemplo, á causa de la resistencia de sus codeudores, entónces el Juez procede directamente. Para conseguirlo nombra peritos con citacion de los codeudores, que fijen la direccion y estension de la servidumbre, y ésta, así determinada, se declara definitivamente constituida.

Construccion de una obra.

La obligacion solidaria queda tambien la misma. En cuanto á la sentencia, ella no se dirige sobre el pago del valor pecuniario de la obra, sino sobre la obra misma. Sin embargo, puede suceder de continuo que la ejecucion no se obtenga por medio de ejecuciones personales, y que por esta vía no se satisfagan los derechos del demandante: entónces, de acuerdo con el actor, todo se resuelve en un pago de dinero, y se da el trabajo que debe hacerse, á un tercero, de cuenta del demandado, que ha sido condenado (**art. 705**).

Abstencion indivisible.

La obligacion solidaria queda siempre la misma. La violacion de la convencion no da lugar sino á una indemnizacion; pero el demandante puede exigir al mismo tiempo que una garantía le sea dada de que en adelante no habrá nuevas violaciones.

El demandado debe sujetarse á una pena, ó dar fianza.

Caso de muchos acreedores.—Constitucion de una servidumbre.

En este caso, cada acreedor obra aisladamente como representante de los otros. La condenacion se hace sobre la servidumbre misma, y no de una suma de dinero, y por consiguiente no hay cuestion como en el Derecho Romano de una condenacion, limitada á la parte sola que el demandante tenga en la obligacion.

Construccion de una obra.

En este caso se aplica la regla que acabamos de dar sobre la servidumbre, teniendo en cuenta lo que hemos dicho en el caso de muchos deudores de una obra.

Abstencion indivisible.

La restriccion del derecho de obrar, limitada únicamente al que ha sido dañado, dándole la misma garantía para lo futuro, que hemos indicado ántes.

TÍTULO XIII

Obligaciones simplemente mancomunadas

Art. 691. La regla de la primera parte del artículo está sujeta á una modificacion, cuando entre los acreedores ó deudores haya muchas personas que deban considerarse como que no forman sino una sola, y que deban contarse por una sola cabeza. La misma regla se modifica por la circunstancia de que el uno de los acreedores ó deudores originarios se

encuentre representado por muchos herederos. En este caso, la parte del difunto se subdivide entre sus herederos á prorata de sus porciones hereditarias (**arts. 3485 y 3496**).

TÍTULO XIV

Obligaciones solidarias

Art. 700. Savigny, en el § 17 citado trata estensamente del efecto de las sentencias absolutorias y del efecto de las sentencias condenatorias. Cuando el juicio sobre el cumplimiento de la obligacion se ha tenido con un solo deudor, ó con un solo acreedor, ó cuando el juicio ha sido arbitral y el condenado no lo obedece, él solo incurre en la pena del compromiso. (**Véase sin embargo arts. 710—711 y 714.**)

Art. 706. Cada uno de los acreedores solidarios, como cada uno de los deudores, es representante y mandatario de los otros. Él, pues, ántes de ser demandado, es libre de pagar al acreedor que le agrade, porque cada uno tiene capacidad para recibir el todo. Pero puesta ya la demanda por uno de los acreedores, el deudor podria inutilizar la accion deducida en juicio, pagando á otro, pues que el acreedor que lo ha demandado lo ha hecho á nombre y en representacion de todos. Véase Marcadé sobre los artículos 1198 y 1200.

Art. 707. Los Códigos Frances, Sardo, Napolitano y Holandes, disponen que la remision ó quita de la deuda que no es hecha sino por alguno de los acreedores solidarios, no libra al deudor sino de la parte de ese acreedor. Parece que están conformes en cuanto á la novacion y compensacion. Las razones que tuvieron los juriscultos franceses para no dar ese efecto á la remision ó perdon de la deuda fueron, segun se ve en sus discursos, que todo acreedor solidario tiene, en efecto, derecho para hacer ejecutar la obligacion, pero que la remision léjos de ser la ejecucion de la obligacion, la destruia por un simple acto de liberalidad. Un acreedor y un deudor de mala fe podrian por este medio perjudicar á los otros acreedores, pues les seria fácil suponer una remision total de la deuda, aun cuando no fuese sino parcial, para sacar ambos provecho de la falsedad. Podia ser ademas que nada importase el recurso de los acreedores, contra el que hubiese hecho la remision del crédito, porque podria parecer insolvente.

Á estas consideraciones puede contestarse, que á nadie debe suponerse liberal de lo propio y de lo ajeno, cuando tiene obligacion de reintegrarlo: que es mas fácil hacer el fraude encubiertamente, dándose el acreedor por recibido de la deuda total, cuando solo recibe un pago parcial, que hacer un fraude manifesto en la remision del crédito.

Marcadé, en el comentario al art. 1198 del Cód. Frances, va mas allá de los Códigos citados, y sostiene que ni la novacion, ni la compensacion, ni la confusion hecha por uno de los acreedores estingue la obligacion.

Á la autoridad de estos Códigos, podemos oponer la autoridad del Cód.

Rom.—Institut., Lib. 3, Tit. 29, § 1, y la del de Chile, conformes con nuestro artículo: el proyecto de Goyena, art. 1061, y el de Freytas, art. 1013. En cuanto á los juriconsultos, nuestro artículo es conforme á lo que enseña Pothier, n.º 266, n. 4. Savigny trata la materia estensamente en el § 18 del *Derecho de las Obligaciones*, demostrando que todos los equivalentes de pigo, *datio in solutum*, novacion, compensacion, remision de la deuda, transaccion, confusion, etc., aceptados por uno de los acreedores, estingue la obligacion solidaria.

Art. 708. Existe, dice Savigny, § 23, una cuestion muy debatida entre los juriconsultos referente á la obligacion solidaria, tanto respecto de los acreedores, como respecto de los deudores. Cuando uno de los acreedores solidarios ha recibido la totalidad de la deuda, ¿está obligado á dividir con sus coacreedores lo que se le hubiese pagado? Cuando uno de los deudores solidarios ha pagado el todo, y con su prestacion ha puesto fin á la obligacion, ¿puede exigir que sus codeudores le indemnizen cada uno por su parte? Como la obligacion es solidaria, el acreedor ha recibido lo que á él se le debia, el todo del crédito, y el deudor ha pagado todo lo que él debia, el total de la deuda. Entre los juriconsultos romanos habia divergencia de opiniones. Entre los glosadores las opiniones se han dividido aun mas, y esta controversia existe hasta la época actual, y aun ha tomado mayor estension. Savigny, discutiendo la materia por todos los principios de las obligaciones, y por el carácter que en la obligacion solidaria toman los acreedores y deudores, dice, que unos y otros no podrian librarse de las acciones que en los diversos casos podrian ejercer los acreedores y deudores. Ya la accion *prosocio*, ya la accion *negotiorum gestorum*, ya la accion de mandato, como que unos y otros son representantes y mandatarios de sus coacreedores, codeudores, ó comuneros de lo que se ha recibido. (**Notas del codificador, n.º 706—711 y 714.**) La cesion de acciones es otro medio que tendria el deudor para hacerse indemnizar de lo que hubiese pagado por los otros deudores. Como decia la Ley Romana, el deudor solidario está obligado á pagar al acreedor que le demande el todo de la obligacion, si *actiones suas adversus ceteros præstare non recuset.*—Véase Aubry y Rau, § 298, nota 17.

Zachariæ, conforme con la doctrina de Savigny, dice que sin embargo del principio de la comunidad del crédito, si el acreedor cobrase la parte que á él correspondiese, ó si el deudor pagase la parte que tuviese en la deuda, no tendria el primero nada que comunicar á los otros acreedores; ni el segundo, derecho á ser indemnizado del pago que hubiese hecho, á no ser que la solidariedad de unos y otros naciera de un contrato de sociedad.—§ 527, nota 14.

Nosotros juzgamos que la solucion de la cuestion debe únicamente determinarse por las relaciones especiales que existan entre los cointerésados, independientemente de toda solidariedad, y que varien segun las circunstancias particulares de los casos (**art. 689 y sus concordantes**). Así, cuando se trata de acreedores solidarios es preciso examinar si segun las relaciones obligatorias existentes entre ellos, el obje-

to pagado debe pertenecer á uno ó á todos. En el primer caso, si el pago ha sido recibido por aquel á quien la cosa corresponde, él la guardará para sí: si ha sido recibido por otro, debe restituirla al que se le debe. En el segundo caso, el acreedor que ha recibido el pago, debe comunicarlo á los otros, segun las porciones que les correspondan.

Las mismas reglas se aplican á la solidaridad entre deudores. Si yo me he obligado solidariamente con Pedro por hacerle un favor, sin sacar ninguna ventaja de la obligacion, es evidente que si él paga toda la deuda, no tiene ningun recurso contra mí: si por el contrario, yo hubiese pagado toda la deuda, puedo exigir de Pedro el reembolso de todo lo que hubiese pagado.

Si Pedro y yo hubiésemos contraído solidariamente una obligacion en la cual el uno y el otro tuviera un interes, el que de nosotros hubiese hecho el pago, podria obligar al otro al reembolso de la parte que le correspondia en la deuda, y esta parte no seria precisamente la mitad, sino que seria determinada por las relaciones particulares que hubiese hecho nacer entre nosotros la comunidad de intereses. En ciertos casos esta comunidad existe por la naturaleza de las cosas, por ejemplo, entre los socios: en otros, ha sido establecida por la ley, como entre muchos fiadores solidarios. Por el contrario, no tiene lugar, cuando la obligacion proviene de un delito, *nec enim ulla societas maleficiorum*, dice la Ley Romana, *vel communicatio justa damni ex maleficio est*. El deudor solidario que tenga derecho á ejercer un recurso contra sus codeudores, usará para este efecto de los medios que le corresponda, segun las circunstancias de la causa.

Art. 711. El Cód. de Chile, art. 1521, dispone que la accion de perjuicios á que dá lugar la culpa ó mora de algunos de los deudores, no podrá ser intentada por el acreedor, sino contra el deudor culpable ó moroso. Lo mismo el proyecto de Goyena, art. 1065, á no ser que hubiese estipulado espresamente que en el caso del artículo la responsabilidad debiera ser solidaria. Igual doctrina enseña Marcadé sobre el artículo 1205. Pero, sin embargo, establecemos lo contrario, siguiendo á Freytag, porque la obligacion de satisfacer los perjuicios en el caso de la inejecucion de la obligacion, es de ley, segun lo hemos tambien establecido (**art. 714**). Esa obligacion sucede á la obligacion primitiva en su importancia y carácter sin necesidad de convencion especial. No debe olvidarse tampoco el principio de que los deudores son mutuos mandatarios y representantes los unos de los otros (**notas 706—708 y 714 del codificador**), lo que en tantos casos les es muy favorable. Deben, pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario. *Plures eandem actionem habentes unius loco sunt*.

Art. 714. Marcadé funda la razon de este artículo en el principio de que cada uno de los deudores es mandatario de los otros, y si ha habido mora en el cumplimiento de la obligacion hasta hacer la interpelacion judicial á uno de los deudores (**notas 706—708 y 711 del codificador**).

TÍTULO XVI

Del pago

Art. 726. Los incapaces son todas las personas designadas en los artículos 54 y 55.—Pueden por lo tanto hacer el pago cualquiera de los deudores en una obligacion solidaria ó indivisible (**arts. 705 y 706**); cualquiera de los codeudores por la cuota que le corresponda, si la obligacion fuese simplemente mancomunada y divisible, los fiadores, el heredero único del deudor (**arts. 691 á 693**).

Art. 727. El juriconsulto Moulon ha tratado estensamente del pago hecho por un tercero: discute todas las opiniones relativas á la materia, y sus resoluciones están perfectamente fundadas. Cuando el pago se hace con consentimiento del deudor hay con él la accion del mandato (**art. 1891**). Cuando se hace ignorándolo, la accion *negotiorum gestorum* (**arts. 728.—2288—2297—2306**).

Art. 728. Los Códigos extranjeros guardan silencio. Pero Marcadé, sobre el art. 1136, nº 675, sostiene la resolucion del artículo, porque habiéndole sido útil el pago al deudor, aunque fuese contra su voluntad, se enriqueceria con lo ajeno, si el que ha hecho el pago no pudiera cobrarle ni aquello en que le ha sido útil. Un deudor se niega, por ejemplo, á que un tercero haga el pago, porque se le cobra mas de lo que debe, ó porque se cobra intereses que no cree deber; pero si el que ha hecho el pago solo exige aquello que el deudor confesaba deber, no hay motivo para negarle toda accion. Durantou, tom. 12, nº 19, es de opinion que las circunstancias del caso y los motivos de la negativa del deudor para que se haga el pago, es lo que debe decidir si hay ó no alguna accion para el que ha pagado contra la voluntad del deudor. Moulon discute el punto, y resuelve la cuestion como Marcadé, porque no se puede suponer el ánimo *donandi*, y porque la verdadera donacion no tiene lugar sino cuando hay concurso de voluntades, ofrecimiento por una parte y aceptacion por la otra.

Cuando damos al que ha hecho el pago, accion para cobrar aquello en que el pago le ha sido útil al deudor, le reconocemos solo la accion *in rem verso*, que se concede á todo aquel que emplea su dinero ó sus valores en utilidad de las cosas de un tercero (**art. 2306 y 2427**).

La Ley Romana dice: *Liberatur enim et alio solvete sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fit. . . . solvere pro invito, et ignorante quique licet cum sit jure civile constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.*

Art. 731. En cuanto á los incisos 2º y 3º, lo que está resuelto en los títulos de las obligaciones solidarias, y de las obligaciones divisibles ó indivisibles.—Respecto al 5º, lo que se resolverá en el capítulo del pago con subrogacion.

En cuanto al 6º, Savigny, en su obra, *Derecho de las obligaciones*, trata de los títulos al portador desde el § 62 hasta el 71, segun la legislacion de Prusia. Nos dice que el título al portador no puede ser emitido sino

por los gobiernos ó sociedades especialmente autorizadas para hacerlo; y que á los particulares solo les es permitido para dar cumplimiento á una determinada obligacion, pues que el título al portador puede causar perjuicio á la moneda ó papel moneda del país, y dar lugar á bancarrotas fraudulentas.

Las relaciones de derecho entre acreedor y deudor en los títulos al portador, no están sometidas á las reglas generales del derecho de las obligaciones, sino á condiciones especiales que deben encontrarse en la creacion de los títulos, razon por la cual no podemos proyectar leyes sobre la materia.

El verdadero acreedor del título al portador es el poseedor del mismo, porque el hecho de la posesion establece siempre la presuncion de la propiedad. Esta presuncion de propiedad tiene una doble significacion: de parte del poseedor importa que puede ejercer todos los derechos del propietario; de parte del deudor que él tiene el derecho absoluto de pagar á cualquier portador del título al portador.

El traspaso del derecho tiene lugar por la tradicion del título. Es el mismo procedimiento que en el traspaso de la propiedad. La forma de una cesion no es exigida ni posible, pues que el título no indica la persona que tenga el derecho anterior, y que pueda hacerlo.

La reivindicacion de los títulos al portador no tiene lugar sino contra el poseedor de mala fe, por ejemplo, el que los hubiese robado, y en cuyo poder aun existiesen, ó contra el depositario de ellos que se negara á entregarlos si los hubiese cobrado ó dádoles curso, aunque se hallasen indudablemente en poder de determinada persona no habria lugar á la reivindicacion, ni de los títulos ni del dinero que hubiesen producido, aun cuando éste existiera en poder del ladrón ó depositario infiel, y el dueño anterior no tendria sino una accion personal contra el que se los hubiese sustraído, pues que no hay reivindicacion de la moneda corriente.

La dificultad, en el caso de reivindicacion, se presenta para la prueba de la propiedad. El demandante debe acreditar todas las indicaciones que pueden concurrir á demostrar que los títulos, depositados ó robados son los mismos que pretende reivindicar.

Los títulos al portador que emiten los gobiernos, como fondos públicos, billetes de tesoreria, pueden sufrir una alteracion aparente por una señal cierta que se les agregue, y que los ponga fuera de circulacion. Los particulares no pueden dejar sin efecto en sus transacciones esta declaracion del Estado, deudor originario, que hace ilegal todo acto, respecto á los títulos anulados.

Cuando el propietario de un título al portador, pierde la posesion, sea que este título se le haya perdido ó le haya sido robado, ó se haya destruido en un incendio ó en un naufragio, se encuentra colocado en una situacion muy diversa de la del propietario de un papel moneda que sufre un accidente semejante. La moneda lleva su valor en si misma, y cuando un papel moneda es destruido, la pérdida es irreparable. No sucede así en los títulos al portador que emiten los gobiernos, que no tie-

nen valor en sí mismos, sino que son simples reconocimientos, títulos destinados á probar la obligacion. La continuacion de la obligacion es completamente independiente de la existencia material del título que la comprueba. Puede decirse que el deudor no carga con otra obligacion que la de hacer el pago al portador del título; mas aunque éste sea el derecho del deudor, no se entiende que debe ejercerlo en todas circunstancias. Este derecho no existe en casos dudosos. Cuando ántes del pago, el que dice haber perdido la posesion del título, lo notifica al deudor para que no lo pague, éste debe provisoriamente rehusar el pago al portador, á fin de dejar á las partes, la posibilidad de hacer reconocer por medio de un proceso, en quién se halla la verdadera propiedad, por oposicion á la propiedad presunta.

El procedimiento que se observa en los títulos al portador que llevan cupones de intereses, es el siguiente:—El propietario que ha sufrido el accidente de la pérdida, da la prueba del hecho ante la autoridad pública, encargada de la emision de los títulos, y particularmente del pago de los intereses. Es preciso designar exactamente los números que llevan los títulos y comprobar la posesion que de ellos se tenía; la consecuencia inmediata de esta designacion es que la autoridad observa si se presentan cupones de intereses correspondientes á esos números, y si así sucede, no son pagados al portador de ellos. El reclamante debe ser instruido de la presentacion, y de la persona del portador, y el negocio se resuelve en un proceso entre las dos partes.

Si se supone una destruccion material, la autoridad hace conocer públicamente por avisos sucesivos la pérdida declarada de los números, y llama á los que puedan ser tenedores de ellos para que los presenten. Si estos avisos no producen ningun resultado satisfactorio en el término de tres años, una decision judicial declara la no existencia del título, y el que lo ha perdido recibe otro título de igual valor. Si aparece despues un poseedor del título perdido, el Estado está exonerado de pagarlo: el negocio es ya entre partes, ante los jueces que declaran á quien pertenece el nuevo título que reemplazó al que se juzgaba perdido.

Art. 732. Estar en posesion de un crédito no es tener el acto escrito que lo prueba, sin gozar pacíficamente de la calidad de acreedor. Así, un heredero aparente está en posesion de los créditos hereditarios, y son válidos los pagos que le hacen los deudores de la sucesion, aunque despues sea vencido en juicio y declarado no ser heredero (**art. 3130**). Por lo demás, tener el documento del crédito constituye la posesion cuando se trata de documentos pagaderos al portador (**art. 731, Inc. 6, y 2390, última parte**).

Art. 738. Cuando el que paga no es propietario de la cosa, y ésta es un inmueble, puede ser reivindicada por el verdadero propietario (**art. 2758**). Pero si el propietario no ejerce la repeticion de la cosa, el deudor que la ha entregado no podrá hacerlo, por el principio *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (**art. 1329**). Si se tratase de un mueble que no fuese perdido ni robado (**art. 2765**),

el acreedor que lo ha recibido de buena fe no puede ser inquietado (**arts. 2412 y 2413**). Si el mueble hubiese sido perdido ó robado, podrá ser repetido por el dueño (**art. 2412, última parte**) pero no por el que lo ha pagado. Si el acreedor lo hubiese consumido de buena fe, no hay recurso contra él. Cuando el deudor propietario de la cosa dada en pago, no tenía capacidad para enajenarla, la nulidad del pago no puede ser demandada sino por el incapaz ó sus representantes (**arts. 1018 y 1049**), y no por el acreedor que la hubiese recibido, porque los beneficios de la incapacidad solo se han establecido á favor de los incapaces.

Estos son los derivados inmediatos del artículo.

Art. 746. Las Leyes Romanas y los Códigos modernos exigen la prueba del pago de los tres últimos periodos, para suponer el pago de los anteriores. Pero para esto no hay razon alguna. Si el acreedor ó la oficina pública encargada de una contribucion, da el recibo por el último año de una pension ó contribucion anual, los acreedores solo deben ser culpados, cuando no espresaron que quedaban impagas las pensiones ó contribuciones anteriores. Este es el caso de aplicar el principio: *Plus fivemus liberationibus quam obligationibus*.

Art. 755. Porque se ha establecido ya, que el plazo en las obligaciones es á favor de deudor y acreedor (**arts. 570 y 2217**).

El Cód. Frances, por el art. 1244, autoriza á los Jueces para conceder dilaciones para el pago, aun despues de cumplido el plazo de la obligacion, cuando la posicion del deudor lo exija. Si los Jueces deben tener ó no esta facultad, es una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos franceses.

Art. 756. En todos los Códigos de Europa y América la consignacion comprende, tanto las deudas de sumas de dinero, como las deudas de cosas ciertas ó inciertas, cuando en realidad la consignacion no puede tener lugar sino respecto á las deudas de dinero. ¿Cómo haria el deudor el depósito judicial de un cargamento de hierro, para ofrecerlo al acreedor en su domicilio, y seguir todas las reglas de la consignacion para las sumas de dinero? Para cualquier otra cosa, la oferta al acreedor por parte del deudor, para que venga á tomar la cosa debida, debe causar su liberacion, y tener los efectos de la consignacion (**art. 761**).

Art. 762. El pago estaba definitivamente hecho, y estinguida la obligacion principal con todos sus accesorios.

Art. 767. La subrogacion es, en verdad, una ficcion juridica admitida ó establecida por la ley en virtud de la cual, una obligacion estinguida por medio del pago efectuado por un tercero, ó por el deudor con los dineros que un tercero le ha dado á ese efecto, es considerada como que continúa subsistiendo á beneficio de este tercero, que está autorizado para hacer valer en la medida de lo que ha desembolsado, los derechos y acciones del antiguo acreedor.

Art. 768. Por Derecho Romano solo el acreedor hipotecario posterior, que pagaba al hipotecario anterior, quedaba subrogado por ministerio de

la ley, pero no lo quedaba el simple acreedor quirografario, ó un tercero á no mediar pacto ó cesion. Lo mismo dispone la Ley de Partida 34, Tit. 3, Part. 5ª.

Art. 778. Los comentaristas del Código Frances, enseñan que en caso de dos deudas de igual naturaleza, el pago debe imputarse á la mas antigua. Marcadé, en el nº 726.—Lo mismo Gregorio Lopez, sobre la Ley de Partida citada, y algunas de las Leyes Romanas citadas, y el inciso 1256 del Código Frances.—Pero para esto no hay razon alguna, ni se presenta para el deudor motivo de preferencia para hacer el pago de la deuda mas antigua. Seguimos pues la resolucion de la Ley de Partida que no supone preferencia á la deuda mas antigua; y que en caso de deudas de igual naturaleza, juzga el pago como hecho á prorata entre ellas.

Art. 784. En esos Códigos no se distingue si la entrega se ha hecho por un error de hecho ó por un error de derecho, y esto ha originado una grave cuestion entre los juriscónsultos franceses. Toullier, tom. 11, núms. 60 y 61, y Zachariæ, tom. 3, pág. 183 y 185, fundados en el Derecho Romano, sostienen que el que paga por un error de derecho no tiene repeticion, porque tal error no puede alegarse. Pero el principio de equidad, dice Marcadé, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma ó con una cosa que no se le debia, ó que no se la debia el que la entrega. Cuando á él nada se le debe, es indudable que no puede apoyarse en el error ajeno; cuando es verdadero acreedor, y otro, por un error de derecho, le hace el pago, la repeticion no le priva de cobrar lo que le deba el verdadero deudor. Un legatario, por ejemplo, que errando en el derecho cree que debe pagar una deuda del testador, y la paga en efecto, no le priva al acreedor, por la repeticion que ejerza, cobrar lo que le debe el verdadero deudor.

Art. 785. El acreedor que en el caso del artículo recibe el pago, ha podido creer que el que lo hace es un tercero que paga por el verdadero deudor, y ha inutilizado el título del crédito. El error del que le ha hecho el pago no debe perjudicarle. Al que ha hecho el pago, le queda la accion *negotiorum gestorum* contra el verdadero deudor (**arts. 2289, 2ª parte, y 2306**).

Art. 787. Esta es otra grave cuestion entre los juriscónsultos. La Ley de Partida 37, Tit. 44, Part. 5ª, y todos los Códigos extranjeros, solo obligan al acreedor putativo, á la devolucion del precio de la cosa, si la hubiese vendido. Toullier, tom. 11, núms. 97 y 99, fundado en el Derecho Romano le niega al que hizo el pago el derecho de reivindicacion; pero Durantón, tom. 13, nº 683, y Marcadé sobre los arts. 1378 y siguientes, sostienen la afirmativa. Lo estricto de los principios del Derecho Romano hacia no considerar al acreedor putativo como mero poseedor de buena fe, sino como simple deudor de la cosa, cuando en realidad solo es poseedor de buena fe, de la cosa que se le ha dado en pago. Nosotros lo hemos calificado como tal en los artículos anteriores, y de-

cimos que el poseedor de buena fe, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no transmite la propiedad de ella, cuando la enajena, y puede reivindicarla al verdadero propietario (**art. 2778**). En las herencias, si el heredero aparente, enajena las cosas hereditarias, pueden ser éstas reivindicadas por los verdaderos herederos cuando ha sido vencido en juicio, pues no se le considera sino como poseedor de buena fe (**art. 3130**). No se pueden transferir otros derechos que los propios, y la enajenación hecha por el que no es propietario, no hace propietario al que la adquiere (**art. 3270**). El que ha recibido en pago una cosa que no se le debía, no ha podido llegar á ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo fué por un error y por una falsa causa.

Art. 789. Un terremoto, por ejemplo, que hubiese destruido ó deteriorado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. Este es el gran principio de equidad del Derecho Romano. *Nullam injuriam, aut damnum dare videtur æque perituris edibus* (**art. 2131**).

Art. 792. Este artículo y los siguientes, son consecuencias necesarias de los artículos desde el 499 hasta el 504 inclusive.

Art. 793. Por ejemplo, una suma dada á título de dote en mira de un matrimonio legalmente imposible, ó que de hecho no se hubiese celebrado (**arts. 1238 y 1240**); y en el caso de una indemnización pagada por falta de exhibición de una cosa, de la cual el propietario hubiese después recobrado la posesión.

Art. 794. Por ejemplo, en el caso que una sociedad se formase para operaciones de contrabando, y una de las partes quisiera repetir contra la otra las sumas pagadas, en ejecución de la convención á título de benéficos ó pérdidas.

Art. 795. Por la primera parte del artículo resulta que el dinero pagado, ó la cosa dada á una persona para que se abstenga de un delito ó de una acción inmoral, ó para que cumpla una obligación, puede repetirse.

TÍTULO XVII

De la novación

Art. 802. La resolución del artículo no impide que una obligación natural pueda por medio de la novación ser convertida en una obligación civil (**nota 516**). Tampoco se opone que una obligación anulable, susceptible de confirmación, pueda, de la misma manera, ser trasformada en una obligación válida.

Art. 807. La razón en el caso de los dos artículos es que no existiendo la condición, no hay más que una obligación, y toda novación requiere esencialmente dos obligaciones (**art. 801**).

Arts. 809 y 810. Porque el pago hecho á uno de los acreedores solidarios extingue la obligación (**art. 731, Inc. 2**).

Art. 811. Porque los fiadores pueden pagar por el deudor (**nota 726**).

Art. 812. *Diciendo abiertamente* es la expresion de la L. 15, Tit. 14, Part. 5ª.

Art. 813. El que recibe billetes ó letras, diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novacion, porque el recibo en esos papeles de crédito es hipotético, si ellos fueren pagados. Esta verdad, dice Marcadé, ha sido consagrada por las decisiones constantes de los tribunales. Lo mismo enseña Pothier. Pero Duranton, tom. 12, nº 287, sostiene lo contrario sin buenos fundamentos. Las sentencias á que se refiere Marcadé tienen por razon el principio reconocido, en todas las legislaciones, que en duda, la novacion no se presume, y que para que suceda es necesario que la voluntad de las partes se manifieste claramente. La Ley Romana citada es la mas terminante en la materia. La aceptacion de los billetes de que habla el artículo, regularmente se hace como un medio para facilitar el pago.

TÍTULO XVIII

De la compensacion

Art. 819. Se llama deuda liquida aquella cuya existencia es cierta, y cuya cantidad se encuentra determinada, *cunctum est an et quantum debeatur* (Pothier, nº 628). Exigiendo que las dos deudas sean igualmente liquidas, la ley, sin embargo, no establece que sean reconocidas por los deudores. Sin duda, una deuda contestada no es liquida, ni susceptible de entrar en compensacion, á ménos que el que la opone pueda justificarla prontamente.

Art. 820. No basta que las cosas sean fungibles separadamente. Es preciso que lo sean la una con relacion á la otra. Las cosas son fungibles, ó no fungibles, segun que son ó no susceptibles de ser reemplazadas por otras cosas de la misma especie y calidad (**art. 2324**). *Res, quarum una alterius vice fungitur*. Una pipa de vino de Burdeos de 1846 que formase el objeto de un préstamo de consumo, sería ciertamente una cosa fungible; entretanto, ella no podria ser compensada con otra pipa igual de vino de Burdeos de 1866, igualmente fungible, considerada aisladamente, porque estas dos pipas de vino de calidad ó de valor diferente no son fungibles entre sí. (Aubry y Rau, §§ 166 y 326, nota 2.)

Art. 821. Se dispone sobre la obligacion de satisfacer daños é intereses, y sobre el depósito irregular, porque la compensacion no puede tener lugar sino respecto á las deudas de cosas fungibles (**art. 820**). En el depósito regular, debe restituirse la misma cosa, un cuerpo cierto, y por consiguiente no sería preciso exceptuar de la regla un caso, que no podria ser comprendido en ella. (**Está sin embargo exceptuado expresamente, art. 2319**).

La Ley de Partida, el Código Frances, el de Chile y los demás Códigos

publicados, siguiendo al Código de Napoleon, exceptúan tambien de la compensacion, el comodato ó préstamo á uso, lo que en verdad es un contrasentido. El comodato tiene por su naturaleza, por objeto un cuerpo cierto y determinado, y desde que el comodatario pudiese volver otra cosa que el cuerpo cierto que se le prestó no sería comodato ó préstamo á uso, sino un préstamo de consumo, un mutuo (**arts. 2245 y 2250**). Por consiguiente, desde que el objeto del comodato es necesariamente un cuerpo cierto é indudablemente determinado, y desde que la compensacion no es posible sino entre deudas de cosas fungibles, no hay lugar ni necesidad de la escepcion. Véase Marcadé sobre el art. 1293 del Código Frances, nº 830, y principalmente un escrito muy científico de Durranton, inserto en la Revista de Legislacion de Félix, año 1846, contra varios artículos del Código Frances.

Art. 825. Las citas de los Códigos en el artículo anterior. Siendo la compensacion un pago que puede hacerse cumplir aun contra la voluntad de los deudores, no es posible desde que el deudor no pueda ser obligado al pago efectivo. La deuda por alimentos, no puede ser embargada (**art. 371**). Si la compensacion pudiese tener lugar en deuda tal, traería el pago forzoso en una suma ó con un derecho que en el juicio no puede ser embargado, ni respecto de la cual el deudor puede ser obligado á cederla. En cuanto á las obligaciones de hacer, el artículo se funda en que esas obligaciones no son sobre cosas fungibles, únicas en que la compensacion puede tener lugar (**art. 820**).

Art. 828. En cuanto á la primera parte, la resolucion del artículo es el efecto legal de la compensacion, dar las deudas por pagadas, desde el tiempo en que los créditos fueron líquidos y exigibles, como queda establecido en el art. 818.

Art. 830. En contra, los artículos de los Códigos citados en el artículo anterior. Marcadé, nº 837, los impugna con las razones mas sólidas, y nuestro artículo es el resultado de sus doctrinas.

TÍTULO XIX

De la transaccion

Art. 832. Las disposiciones de los Códigos de Austria y de Prusia sobre la necesidad de concesiones reciprocas y de derechos contestados, confirman la definicion que damos. El primero de estos Códigos, art. 1381, dice: « La remision de un derecho litigioso ó dudoso hecha al obligado constituye una donacion ». El de Prusia, art. 408, dice: « Las transacciones sobre derechos no contestados, serán miradas como una renuncia ». La ley citada del Cód. Rom. declara tambien: *Transactio nullo dato vel retento seu promissa, minime procedit*.

Art. 840. Aunque la transaccion sea mas bien, como se ha establecido, un reconocimiento que una traslacion de la propiedad en cuanto ella tiene principalmente por objeto reconocer un derecho preexistente, mas bien que crear un derecho que no existe (**art. 836**); sin embargo,

como por ella se hace el abandono de una pretension ó de un derecho que se creia tener, importa por esto una disposicion ó una enajenacion de este derecho. En este sentido únicamente es que sedice que el que transige, enajena, y que transigir es enjénar.

Art. 842. La ley citada de Partida y tambien las Leyes Romanas, no permiten la transaccion sobre el delito de adulterio aunque solo el marido y la mujer pueden perdonar el delito y la pena; pero si se presentase una accion en juicio sobre la ejecucion de una transaccion hecha por el marido ó la mujer, el Juez no podria admitirla. Creemos no ser necesario poner una disposicion espresa sobre la materia, porque tal transaccion seria ella misma un delito, un acto contra la moral y buenas costumbres (**arts. 833 y 953**).

Art. 843. Los Códigos extranjeros guardan silencio sobre la materia. Solo el de Austria dice: «hay casos dudosos que la ley prohibe reglar por transaccion, tales son las contestaciones que nacen entre los esposos sobre la validez de su matrimonio.» Creemos que el silencio de los otros Códigos es porque el caso se halla comprendido en las disposiciones espresas en ellos, prohibiendo las transacciones sobre el estado de las personas.

Art. 848. Sobre ambas causas no podria haber derechos contestados, á ménos de tratarse de derechos de familia como antecedente para el derecho de heredar. Las convenciones que á ese respecto se hicieran, serian solo actos aleatorios.

Art. 849. Por no separarnos de todos los Códigos publicados y de la doctrina de todos los escritores de derecho, quedó establecido en el art. 374 que no se podia transigir sobre la obligacion de alimentos, aunque verdaderamente nuestra opinion es guardar en este punto el silencio que guardan las Leyes de Partida: es decir, que se pudiesen transar las cuestiones sobre alimentos. Los menores de edad estaban salvados con el art. 841, nº 6; á los mayores con capacidad de derecho, debia dejárseles la libertad de disponer de los suyos, porque, como ántes lo hemos dicho, las leyes no pueden ni deben procurar contener la prodigalidad de los mayores de edad. Este objeto es el que han tenido las leyes y los autores para prohibir las transacciones sobre alimentos. La Ley Romana espresa esa razon cuando dice: *cum his quibus alimenta relictæ erant facile transigerent contenti modico presenti*.

Si no se pone interdiccion para disponer de sus bienes ó de sus derechos á los que se llaman prodigos, cesa la razon de las leyes para prohibir las transacciones entre mayores de edad, sobre las cuestiones de alimentos.

Art. 850. El principio que se halla en todos los Códigos, de que la transaccion tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, es por la razon de que el objeto de la transaccion es establecer derechos que eran dudosos, ó acabar pleitos presentes ó futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos ó derechos dudosos. De este antecedente se originan consecuencias importantes que forman algunos de los artículos que siguen.

Sin embargo, debe decirse que las transacciones difieren de las sentencias en que ellas en sus cláusulas forman un todo indivisible y no pueden ser anuladas en parte (**art. 834**), mientras que las sentencias que hubiesen decidido muchos puntos litigiosos, son susceptibles de ser reformadas en algunos de estos puntos, y confirmadas ó llevadas á efecto en cuanto á los otros. Se ha observado tambien con razon, que no habia una perfecta analogia entre la autoridad de las transacciones, y la autoridad de las sentencias. Las transacciones tienen muchas veces mas fuerza que las sentencias y en otras ménos, pues que ellas no pueden ser atacadas por los mismos medios que las sentencias; y por otra parte, están sujetas á causas de nulidad por las cuales las sentencias pasadas en cosa juzgada no puen ser atacadas (**art. 857 y siguientes**).

Art. 852. Porque siempre y en todo caso la obligacion del fiador es una obligacion accesoria que no puede continuar, faltando la obligacion principal (**art. 525**).

Art. 853. Decimos que no puede serle opuesta, porque el deudor solidario puede mejorar la condicion de sus cointeresados, pero no puede agravarla.

Art. 854. Nuestro artículo es enteramente conforme al Derecho Romano (L. 33, Cód. *De trans*). El que renuncia, aunque sea por un precio, á sus pretensiones sobre el objeto litigioso que formaba la materia de la transaccion, no cede este objeto mismo, sino que lo deja simplemente á la otra parte con los derechos que ésta pretendia tener en él. Hemos establecido como base del art. 836, que la transaccion no es un acto jurídico que transmite derechos, sino que meramente los reconoce. Este reconocimiento que haga una de las partes de los derechos que la otra alega, no la pone en el caso del que por un precio hubiese traspasado el dominio incontestable que tenia en la cosa y que lo hace responsable en caso de eviccion.

Igual artículo al nuestro fué propuesto en el proyecto del Código Frances, y despues de una gran discusion fué suprimido. Pero los legisladores franceses no resolvieron lo contrario, y en esta ocasion hicieron lo que siempre se nota en las discusiones de ese Código, que, cuando la dificultad es grande se pasa por ella, y nada se dispone. La disposicion del artículo es la doctrina de Pothier, *De la vente*, nº 647.

Art. 857. La transaccion es un contrato como está establecido en el artículo 832 y en todos los Códigos publicados. Por consiguiente, son nulas ó anulables por las causas que lo fuesen los contratos. Sin embargo, muchos jurisconsultos, sin desconocer el principio, ponen otro al lado de él, que las transacciones son como las cosas juzgadas, respecto de los objetos sobre que versan, y que así solo pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo las sentencias pasadas en cosa juzgada. Esta es una exageracion de una simple paridad de la cosa juzgada con la transaccion, paridad inexacta ó que tiene muchas escepciones, como lo hemos advertido en la nota al art. 850.

Art. 859. En contra, L. 19, Tit. 4, Lib. 2, Cód. Rom.: *Sub pætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura non pa-*

tiuntur. Lo mismo el Cód. de Austria, art. 1387, que dispone así: «El descubrimiento de nuevos títulos no invalida la transacción si es de buena fe.» Lo mismo Goyena, art. 1728, fundado en las leyes que declaran que las sentencias no se revocan por instrumentos nuevamente hallados, y que las transacciones tienen la autoridad de la cosa juzgada. En el conflicto de estas autoridades, adoptamos la doctrina del Código Frances, porque en justicia y en equidad nada pierde por la anulacion de la transacción el que no tenía en verdad derecho para recibir lo que por ella se le hubiese dado ó reconocido, aunque pudiera fundarse en el derecho estricto de los contratos.

TÍTULO XX

De la confusion

Art. 862. *Ó por cualquier otra causa*, decimos, como venta de una herencia, cesion de un crédito, sociedad universal, etc.

Art. 867. Como si el testamento que creó los derechos fuese despues anulado.

TÍTULO XXII

Art. 876. Se trata solo en este título de la renuncia de la deuda, considerada como modo de estincion de las obligaciones unilaterales. Cuando se trate de las diferentes maneras como se disuelven los contratos, trataremos de la doble remision á consecuencia de la cual se estinguen las obligaciones recíprocas que se derivan de los contratos bilaterales (**art. 1200**).

Art. 895. Por el Derecho Romano y por el Derecho de las Partidas, cuando el pago se hacia imposible por pérdida de la cosa sin culpa del deudor, la obligacion se estingua solo para el deudor, quedando el acreedor obligado. Así, cuando la cosa comprada, hallándose aun en poder del vendedor se perdía por un caso fortuito, no parecia para su dueño sino para el comprador, el cual debia pagar el precio. La razon era que las cosas perecen para sus dueños, cuando son acreedores de las mismas cosas; pero no cuando son deudores, pues el deudor de cosa cierta se libra de la obligacion de entregarla si la cosa perece sin su culpa. Nosotros hemos combatido estas falsas teorías en la nota al art. 578.

Art. 878. La resolucion de este artículo ha sido una cuestion muy debatida entre los juriconsultos, pues observaban que el documento podia hallarse en poder del deudor por ser éste el cajero ó tenedor de los libros del acreedor, ó porque se hubiese depositado en alguna persona que lo hubiese entregado al deudor. Pothier, en el nº 572, rechaza toda distincion de las personas, y sostiene que la existencia del documento privado en poder del deudor, induce la presuncion de habersele entregado

voluntariamente por el acreedor, y que á éste incumbe la prueba de lo contrario.

En la necesidad de establecer una regla, la del artículo tiene por fundamento lo que regularmente sucede. Las consideraciones indicadas sobre la calidad de la persona del deudor, obrarán en la apreciacion que haga el Juez de las pruebas que pueda dar el acreedor.

SECCION SEGUNDA

De los hechos (1)

Art. 896. No se trata de los hechos como objeto de derecho, sino únicamente como causa productora de derechos. El hecho del hombre pue-

(1) En esta seccion se verán generalizados los mas importantes principios del derecho, cuya aplicacion parecia limitada á determinados actos jurídicos. La jurisprudencia, en mil casos, deducia sus razones de lo dispuesto respecto de actos que, en verdad, no eran siempre semejantes. Si el vicio, por ejemplo, de violacion ó intimidacion debia anular los contratos ¿por qué no anularia tambien el reconocimiento de un hijo natural, la aceptacion de una letra, la entrega al deudor del título del crédito, etc., etc.?—¿Por qué no diriamos en general que los actos que crean ó extinguen obligaciones, se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intencion y libertad, generalizando así los principios, y generalizando tambien su aplicacion? (art. 897). Mil veces nuestras leyes se ven en la necesidad de repetir que el incapaz de derecho, no puede hacer determinados contratos, y mil veces guardan silencio respecto á los incapaces tratándose de actos que hacen nacer obligaciones iguales á las que nacen de los contratos. "Todos los Códigos publicados, con escepcion del de Prusia, dice Freytag, tienen el gravísimo defecto de haber legislado sobre materias de aplicacion general á casi todos los asuntos del Código Civil, del Código de Comercio ó del Código de Procedimientos, como si fuesen exclusivamente aplicables á los contratos y testamentos. Con este sistema han embarazado el exacto conocimiento del derecho privado, aislando fenómenos que son efectos de la misma causa, y haciendo de esta manera que muchas especies escapen á la influencia de los principios que debian dirigirlos. Tratándose de cualquier acto voluntario, tratándose de actos jurídicos que no son contratos ó testamentos, como las relaciones de familia, ó como los actos de procedimientos en los juicios, á los menos versados repugna aplicar disposiciones legislativas sobre contratos y testamentos, que fuesen establecidas para aquellas dos clases de actos jurídicos. Este régimen que desliga todas las clases de los actos que crean ó extinguen obligaciones, queda siempre incompleto en los Códigos, por mayor que sea el número de las repeticiones y diferencias."

Esas disposiciones susceptibles de una aplicacion comun, que en todos los Códigos han sido particularizadas á los contratos y testamentos, son las que ahora en su carácter propio, se han reunido en esta seccion.

Respecto á la materia objeto de esta seccion, podemos decir con Ortolan, que

de ser considerado bajo dos relaciones: 1ª como objeto de un derecho, por ejemplo, cuando alguno debe hacer algo en nuestro favor, como la entrega de una cosa, la ejecucion ó abstencion de alguna accion, materia que ya hemos tratado; 2ª como fuente de un derecho. Así, cuando alguno me vende y me entrega su casa, el hecho de la venta seguido de la tradicion, tiene por efecto darme la propiedad de la casa. Ó bien alguno destruye una cosa mia, y de este hecho me resulta el derecho de **demandar** la reparacion del perjuicio que tal hecho me ha causado. Véase **Fenzl, tom. I, § 119.**

Los hechos como **objetos de derechos** y de los actos jurídicos, son

hecho, que por su etimología supondría una accion del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en un sentido mas amplio, como designando un suceso cualquiera, que ocurra en el mundo de nuestras percepciones. En esta significacion es usada esta palabra por los jurisconsultos romanos en todo el Título de *Juris et facti ignorantia*.

El hecho puede producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, y á la que éste no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participacion directa ó indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad.

Se aplica tambien la idea y el nombre de *hecho*, á lo que no es mas que la negacion del mismo. El caso en que tal acontecimiento no se verifique, la omision ó negativa del hombre á hacer tal cosa, es lo que vulgarmente se dice un hecho negativo.

Por último, de la misma manera que el derecho, por su poder de abstraccion, crea personas y cosas que no existen en la naturaleza, así á veces llega hasta crear hechos imaginarios que no tienen realidad ninguna, y obran como si hubieran existido: por ejemplo, la muerte de un ausente despues de los años que fija á la ausencia para crear la presuncion de fallecimiento; el domicilio del menor, que la ley declara ser la casa de sus padres, aunque esté á largas distancias de ésta.

Los hechos puede recaer sobre el hombre mismo, tales son, por ejemplo, su nacimiento, de donde procede un hecho de filiacion para uno, de paternidad ú origen comun para otros; su matrimonio, la union legal ó ilegal de un sexo con otro, y por último su muerte.

Ó sobre las cosas, como por ejemplo, su creacion ó composicion, el embellecimiento de ellas, sus mejoras, deterioros, trasformaciones, sustracciones, pérdidas ó destruccion.

Ó, en fin, sobre uno y otro objeto combinados, considerando las relaciones del hombre con las cosas, como la ocupacion, toma ó pérdida de la posesion de una cosa por el hombre.

La funcion de los hechos en la jurisprudencia es una funcion eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se trasfieren de una persona á otra, si se extinguen, es siempre á consecuencia ó por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas, relaciones jurídicas, crear, modificar, trasferir ó aniquiliar derechos, tales como los contratos, los actos de última voluntad, etc. Estos son hechos que designamos bajo la calificacion general de *actos jurídicos*.

siempre actos humanos, positivos ó negativos, acciones ú omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos ó actos esternos, en que la voluntad no tenga parte. Los hechos humanos, no son los únicos generadores ó destructores de derechos, pues que hay numerosos é importantes derechos que se adquieren ó se pierden, solo por el mero efecto de otros hechos, que no son acciones ú omisiones voluntarias ó involuntarias, que llamamos *hechos esternos*, y que podian llamarse hechos *accidentales*, ó hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc., que hacen perder muchas veces los derechos constituidos por obligaciones ó contratos, ó como son los que hacen adquirir derechos, tales como las accesiones naturales, la sucesion *ab intestato*, cuya causa productiva de derechos, es el hecho del fallecimiento de la persona á que se sucede, ó como son tambien los derechos que se derivan del nacimiento.

Art. 899. Los actos lícitos de este artículo no son actos jurídicos. Los hechos puros y simples, que por su naturaleza no presentan sino hechos materiales, no crean derechos y obligaciones, sino cuando se refieren á ciertas relaciones jurídicas, y en razon solo de esta relacion. El que hace reparaciones urgentes en la propiedad de un amigo ausente, tiene solo en mira prevenir un perjuicio, mas no piensa en el cuasi contrato *negotiorum gestio*. El cultivo de un campo y otros hechos análogos son hechos puros y simples, que no producen por sí mas que resultados materiales. Sin embargo, estos actos pueden, en razon de las circunstancias en que han tenido lugar, traer consecuencias jurídicas. Así, cuando se han ejercido por el que no es propietario, pueden dar lugar á la adquisicion de los frutos, ó á la restitution de los gastos hechos en el campo ajeno.

Art. 900. Cód. de Prusia, 1ª Parte, Tit. 3, art. 3.—El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato ó de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito.

Art. 916. Se llaman formales, porque sus formas son regidas por el derecho positivo, mientras que para las declaraciones no formales, las formas son dejadas á la eleccion de las partes (**art. 971**). Desde la edad media, dice Savigny, la declaracion escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. El acto no valdria por el derecho moderno aunque estuviese escrito por la parte, si no estuviese tambien firmado. Esta forma era estraña á los romanos, y cuando muy tarde la aceptaron, fué para muy pocas aplicaciones.

Art. 918. Regularmente el acto no basta por sí solo, para establecer la declaracion de la voluntad, es preciso además el concurso de otras circunstancias exteriores. Si un acreedor, por ejemplo, entrega á su deudor el titulo de su crédito, este acto, segun las circunstancias, es susceptible de muchas interpretaciones. Puede ser mirado como una

remision tácita de la deuda, ó como una prueba del pago de ella. La presentacion voluntaria ante un Juez incompetente, importa una prorogacion tácita de la jurisdiccion; mas esta prorogacion no tiene lugar si se ha hecho por error.

En otros casos los actos por sí importan la certidumbre de la voluntad. El acreedor que recibe con anticipacion intereses por un cierto tiempo, promete por ese hecho no reclamar el capital ántes de la espiracion de ese término. Cuando un heredero vende todos los inmuebles de una sucesion en presencia de sus coherederos, y éstos reciben la porcion del precio que les correspondia, se juzga que ellos han vendido tácitamente su parte.

Art. 919. Savigny, § 132, *Origen y fin de las relaciones de derecho*. La Ley Romana dice: *qui tacet non utique futeur, sed tamen verum est eum non negare*. Ley 142. *De reg. juris*.—La Ley de Partida dice: *aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, maguer non responda; mas esto es verdad que non niega lo que oye*.—La glosa de Gregorio Lopez, á esta regla, es bastante importante.

Cuando una mujer separada de su marido, le denuncia su embarazo, el silencio de éste es una confesion de la paternidad (**arts. 252 y 253**). L. 1, § 4, Tit. 3, Lib. 25, Dig. Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno esponen al vecino á un perjuicio resultante de las aguas pluviales, y éste los ve sin reclamar, se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio. L. 19, Tit. 3, Lib. 39, Dig. Cuando un hijo menor, estando presente su padre, asegura á su futura esposa que tiene el consentimiento de su padre para contraer matrimonio, y éste se calla, su silencio se reputa como un consentimiento prestado. L. 5, Tit. 40, Lib. 8, Cód. Cuando se guarda silencio á las interrogaciones de los jueces, el silencio se tiene por confesion del hecho sobre que se pregunta. L. 1, Tit. 9, Lib. 11, Nov. Rec.; L. 11, Dig. *De interrog.* Cuando un acto, bajo firma privada, es notificado ú opuesto á la parte contraria, y ésta guarda silencio, su silencio equivale al reconocimiento de la firma. Toullier, tom. 8, nº 229; Duranton, tom. 13, núms. 113 y 114. La Ley de Partida clasifica como hecho doloso el silencio de una persona á una pregunta que se le hace, cuando tiene en mira inducirlo por él á engaño. L. 1, Tit. 16, Part. 7ª.

Ar. 920. Si se trata de sostener un proceso por una persona ausente, los hijos de ésta y sus ascendientes pueden obrar en calidad de procuradores presuntos, como tambien el marido por la mujer. El que entra á ocupar una casa que ha alquilado, se juzga que voluntariamente da en prenda del pago de los arrendamientos los muebles que introduce en ella (**art. 1558**). Los hechos mismos, dice Ortolan, son muchas veces de pura suposicion juridica. Las ficciones ó suposiciones juridicas de hechos no son otra cosa que una manera mas lacónica de expresar las disposiciones que se quieren aplicar á una situacion, diciendo, se determinarán los derechos como si tal hecho se hubiera verificado, como sucede en lo relativo al postliminio. La habitacion juridica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos (el domicilio), es mera-

mente un hecho de creacion juridica (*Generalizacion del Derecho Romano*, Tit. 3, § 6).

Art. 921. El Derecho Romano reconocia tres grandes épocas en la vida humana :

1ª Desde el nacimiento hasta el fin del 7º año, y llamaba infantes á las personas que se hallaban en este periodo, *qui fari non possunt*, literalmente, los que no pueden aun hablar, á diferencia del *mutus* que está privado del uso de la palabra por un vicio orgánico. La condicion de *fari posse* tenia sus bases en las costumbres romanas, de revestir los actos mas importantes con las formas solemnes de un diálogo. Los romanos no querian envilecer los actos juridicos haciendo repetir á un niño palabras que no comprendiese. El niño debia siempre comprender el sentido de las palabras, es decir, hablar con discernimiento, aunque no comprendiese el motivo y el fin del negocio. De aqui dimanaban tres estados de inteligencia: 1º Comprension del fondo mismo del negocio; 2º Ignorancia del negocio, pero comprension de su forma, es decir, de las palabras que debia pronunciar; 3ª Falta de esta última comprension, aunque el niño fuese capaz de articular maquinalmente las palabras. En esta última, la capacidad de obrar no existia en manera alguna.

Los romanos seguian una antigua doctrina de la filosofia griega, que atribuye una virtud oculta al número 7, doctrina que por motivos religiosos era seguida en la Edad media, é hizo dividir en siete partes el gran Código de España, conocido bajo el nombre de las Siete Partidas, y como están divididos en siete partes los cincuenta libros del Digesto, por la razon misteriosa que espresa Justiniano en su constitucion *Tanta*, § 1.

2ª Desde el fin del 7º año, hasta el fin de los 14 ó 12 segun el sexo. Durante estos dos primeros periodos las personas se llamaban impúberes.

3ª Desde el fin de los 14 ó 12, hasta el fin de los 25, y se llaman adultos. Durante estos tres primeros periodos, las personas eran menores.

4ª Desde los 25 hasta la muerte, mayores.

Habia estados intermedios: cuando la persona se hallaba en el término medio entre la infancia y la pubertad, á los diez años y medio por ejemplo, se decia, *pubertati proximus*. Entónces ya respondia de sus actos ilicitos, aunque todavia no le eran aplicables las leyes criminales.

El derecho moderno debia emanciparse de estas antiguas clasificaciones, que no tienen un fundamento general para los individuos de todas las naciones. Respecto á la mayor edad, ya muchos Códigos han señalado otro número de años que el del Derecho Romano. Yo señalo tambien los diez años para los actos ilicitos, mientras el Derecho Romano y el de Partidas señalaban diez años y medio (**arts. 126 y 127**).

Art. 923. La nocion exacta de una cosa puede faltarnos, dice Savig-

ny, ya porque no tengamos ninguna idea, ó ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciacion jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entónces es indiferent: emplear una ú otra espresion. Los jurisconsultos han adoptado la segunda, porque, respecto á las relaciones de derecho el error se presenta mas de continuo que la simple ignorancia. Esta fraseología no ofrece ningun inconveniente desde que es entendido que todo lo que se dice del error se aplica á la ignorancia.

En estos últimos tiempos el jurisconsulto Pochannet ha escrito un tratado especial sobre el error, entrando en el exámen de las doctrinas asentadas por Vinnio, Savigny y Cujacio. Este es un trabajo lleno de ciencia y de buen juicio en la interpretacion de los textos del Derecho Romano. Tomamos de él el párrafo siguiente que enseña y explica la doctrina del artículo. Dice así: — «El error de derecho no excusa jamás, no puede tener el efecto de hacer declarar como no sucedida una obligacion perfecta, segun las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido. En los casos siguientes, por ejemplo, no es admisible la alegacion del error de derecho. Yo he cometido un delito, y para disculparme me escepiciono con mi ignorancia de la ley penal.—Heredero legítimo, he aceptado una sucesion para y simplemente, y pido ser librado de mi aceptacion porque ignoraba que el heredero fues: obligado á pagar las deudas de la sucesion *ultra vires hæreditatis*. Yo demando la resolucion de un contrato de venta, porque siendo el vendedor, ignoraba que la ley me imponia la obligacion de saneamiento. El sentido de la máxima *error juris nocet* es bien claro: al que quiere sustraerse á la aplicacion de una ley de policía, al que pretende escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido; al que procura salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla *error juris nocet*.

«La prueba del error de derecho no puede admitirse siempre que se quiera bajo pretesto de error de derecho, eludir una disposicion legal que crie una obligacion, pronuncie una nulidad, ó el vencimiento de un término. La ley, el derecho, se suponen sabidos desde que son promulgados, y esta disposicion, base del orden social, no puede admitir que á cada individuo le sea permitido probar que ignoraba la ley.» — *Revista crítica*, tom. 8, pág. 177, y tom. 9, pág. 178.

Bresolles, sabio jurisconsulto frances, ha tratado últimamente todas las cuestiones sobre el error de derecho, combatiendo muchas de las opiniones de Cujacio y Savigny, y concluye estableciendo dos reglas que tambien confirman la disposicion de nuestro artículo.

Regla 1ª «La ignorancia de la ley no pue le servir de excusa siempre que es invocada para sustraerse á obligaciones que impone, ó á las penas que pronuncia contra sus infracciones (**art. 930**).

Regla 2ª «Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede ó protege,

puede servir de base á una demanda de restitucion (**art. 784**). »—*Revista Wolowski*, año 1843, tom. 2, pág. 158.

Rogron, en una larga nota al art. 1110 del Cód. Frances, sostiene que el error de derecho puede ser invocado como una causa de nulidad del acto, cuando el error lo ha motivado, ó cuando el acto tiene por fundamento un error de derecho, porque entónces la obligacion, el contrato, ó el acto quedan sin causa.

Art. 924. Este es un error esencial, y por consiguiente esclusivo de la voluntad de los que han celebrado el acto jurídico. Si yo prometo á alguno prestarle una cosa y él entiende que se la dono, yo no estoy en manera alguna obligado.

Art. 925. Si yo, por ejemplo, quiero hacer una donacion á una persona determinada, pero que no conozco, y se me presenta otra, ó si quiero encomendar una obra á un artista determinado, y otro se da por el artista que busco, en ambos casos, dice Savigny, hay una declaracion de voluntad sin intencion. Muchos autores han querido restringir el principio á los ejemplos puestos ú otros semejantes, y no invalidar el acto cuando la sustitucion de las personas no compromete ningun interes. Pero la generalidad del principio es indudable, aunque muchas veces despues de descubierto el error, se le ratifique espresamente. Las decisiones del Derecho Romano no dejan sobre esto duda alguna. En efecto, cuando compro ó vendo una cosa, la persona del vendedor ó del comprador me es comunmente indiferente; pero otra cosa puede ser á causa del derecho de eviccion que compete al comprador, ó de su insolvencia. En materia de préstamo, la persona del deudor tiene la mayor importancia: la del acreedor ménos. En la locacion, no es tampoco indiferente la persona del locatario, y así en los demás contratos.— Véase Savigny, *Derecho Romano*, § 136.

Art. 926. «¿Cómo se distinguirá, pregunta Marcadé, la causa principal del acto, las calidades principales ó sustanciales de la cosa, de las causas accidentales y de las calidades puramente accesorias? La línea de demarcacion es indispensable. Nosotros entendemos, agrega, por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer á la otra parte; y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de mas ó ménos, coloca al objeto en tal especie ó en tal otra especie, segun que esta calidad existe ó no existe. Así, si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una copia, hay un error en la causa principal del acto y en la calidad principal de la cosa. Si mi voluntad era conocida por el que debía darme el cuadro, y él tambien se engañaba sobre la copia que me entregaba, hay un error de hecho que anula la expresion de la voluntad de ambos, porque era implícita la condicion *si el cuadro era de Rafael*. Pero si el que me entregaba el cuadro, conociendo mi voluntad, sabia que no era de Rafael, no hay error verdaderamente, sino dolo, superior en sus efectos al error, y yo puedo revocar el acto como hecho por dolo (**arts. 933 y 934**). Pero si el que me da el cuadro me declara francamente que no conoce el autor, y sin embargo lo acepto, es claro que no podré

anular el acto por mi error.» Sobre el art. 1110, Cód. Frances.—Savigny, *Derecho Romano*, t. 3, desde el § 137. El Cód. de Prusia define lo que debe entenderse por *sustancia* de una cosa, ó por calidades sustanciales, de la manera siguiente: «Todas las partes y todas las propiedades de una cosa, sin las cuales esta cosa cesaría de ser lo que ella representa, ó de concurrir al fin para el cual es destinada, forman la sustancia de la cosa.

«No hay cambio en la sustancia de una cosa, aun cuando algunas de sus partes fuesen cambiadas, si la cosa queda la misma, y no se encuentra ni aniquilada ni impropia á su destino.» Arts. 4 y 5, Tit. 2, Lib. 1.

Art. 927. El error sobre el objeto del derecho reviste formas mas variadas que el error sobre la persona, y presenta por esto mas dificultades. Si la relacion de derecho tiene por objeto una cosa designada individualmente, y hay equivocacion sobre la individualidad, el error es *error in corpore*. En tal caso, no hay evidentemente acto juridico. Un testador quiere legar una cosa, y la confunde con otra que designa, el legado no es válido ni respecto de la una ni respecto de la otra cosa. Este principio es aplicable á todos los contratos.

El objeto de la relacion de derecho que dá lugar al error, puede ser una cosa determinada solo por su especie ó su cantidad. Si el error cae sobre la especie misma de la cosa, el caso es igual al del *error in corpore*. Por ejemplo, en una venta de granos, el vendedor ha entendido que se trata de cebada y el comprador de trigo. Si la equivocacion es solo sobre la cantidad, error muy comun en los contratos por correspondencia, ó esta cantidad es el único objeto del contrato, ó ella se refiere á una prestacion reciproca; en el primer caso, se considera como verdadero objeto del contrato la cantidad menor, porque efectivamente hay acuerdo respecto á ella (L. 1, Tit. 1, Lib. 45, Dig.); en el segundo caso, es preciso distinguir si el que debe dar la cantidad dudosa ha creído que era mas grande, ó menor que la que exigia la otra parte contratante; si él ha querido una mas grande, el contrato es válido por la cantidad menor; si ha querido la menor, no hay contrato. La ley Romana dice: «*Si descem tibi locum fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sencero tu pluris te, conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi.*»

Art. 929. Se da por motivo, dice Savigny, del favor concedido al error de hecho, porque comunmente es difícil y aun imposible el evitarlo, *cum facti interpretatio*, dice la Ley Romana, *plerumque etiam prudentissimos fallat*. (L. 2, Tit. 6, Lib. 22, Dig.) Por consiguiente, este favor no debe concederse al que es culpable de una gran negligencia (L. 3, 1.—L. 6, § 2, Dig. *cod.*) Para hacer la aplicacion de esta disposicion restrictiva, es necesario tener en consideracion las circunstancias particulares de cada caso. En general, el que se engaña sobre sus propios actos, ó sobre su propia capacidad de derecho, no puede invocar ese error, porque él supone una gran negligencia (L. 3, Dig., *cod.*—L. 42, Dig. *De reg. juris*);

pero esto no es mas que una presuncion, porque semejante error es algunas veces admisible, sea á causa de la posicion particular del sujeto, sea á causa de las circunstancias especiales del negocio. (L. 1, § 2, Dig., *cod.*) Apéndice 8, nº 3.

Art. 931. La Ley Romana define el dolo: *Omnis calliditas, fallatio, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita* (L. 1, § 2, Dig. De Dolo.) Segun los intérpretes, *calliditas* significa la disimulacion artificiosa; *fallatio*, el lenguaje embustero; *machinatio*, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definicion abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar. La definicion de la ley de Partida casi es igual: *Cuartamiento*, dice, *que fuesen algunos omes los unos á los otros por palabras mentirosas, e encubiertas o coloradas que dicen con intencion de los engañar e de los decebir.* L. 1, Tit. 16, Part. 7ª. Falta la expresion correspondiente al *calliditas* de la Ley Romana; pero designando la Ley de Partida las acciones dolosas dice: *La segunda cuando preguntan algun ome sobre alguna cosa e el callase engañosamente.*

Art. 932. Chardon, tom. 1, desde la pág. 11, explica estensamente y con ejemplos, las cuatro circunstancias del artículo. Agrega otra, que el dolo haya sido cometido por una de las partes, es decir, que cuando es cometido por un tercero, no es un medio de nulidad del acto. De esto se tratará en uno de los artículos siguientes (art. 935).

Art. 934. El dolo que da causa al contrato sucede, dice la Ley Romana, cuando *nullatenus contracturus si dolus defuisset*. Dolo incidente *cum quis sponte contrahit sed in modo contrahendi velut in pretio aut aliter decipitur*. La Ley de Partida 57, Tit. 5, Part. 5ª, tiene solo el objeto de distinguir el dolo que da causa al contrato, del dolo incidente, y lo hace de la manera mas clara con el ejemplo que pone, resolviendo que el dolo que da causa al acto lo hace anulable, y que el dolo incidente obliga solo á satisfacer el perjuicio.

Art. 935. Así está dispuesto en el art. 942 respecto á los actos ejecutados por violencia ó intimidacion. Los autores en general no dan este efecto al dolo de un tercero, y con ellos está conforme Goyena, art. 992. La razon es de muy poco peso. Dicen que la violencia quita la libertad al consentimiento, mientras que el dolo no impide que las partes hayan consentido libremente; pero debia decirse que han consentido engañadas sobre la causa principal del acto. Tampoco la violencia quita la libertad, rigurosamente hablando, porque ha podido elegirse el mal mayor. En nuestras leyes, cuando el dolo da causa al acto, no se hace diferencia si es causado por una de las partes ó por un tercero.

Arts. 936, 937 y 938. La L. 15, Tit. 2, Part. 4, define la fuerza y el miedo de la manera siguiente: «La fuerza se debe entender de esta manera, cuando alguno aducen contra su voluntad ó le prenden ó ligan. El miedo se entiende cuando es fecho en tal manera que todo ome maguer fuese de gran corazon se temiese de él, como si viese armas u otras cosas conquel quissiesen ferir, ó matar, ó le quissiesen dar algunas penas, ó si fuese manceba virgen e la amenazasen que yacerian con ella.»

La L. 7, Tit. 33, Part. 7ª, dice: «*Metus*, en latin, tanto quiere decir en romance como miedo de muerte ó de tormento de cuerpo, ó de perdimiento de miembros, ó de perder la libertad, ó las cartas por las que las podria amparar, ó de recibir deshonor porque fincaria infamado; o de tal miedo como este, ó de otro semejante fablan las leyes de este nuestro libro que dicen que pleyto ó postura que ome face por miedo non debe valer.»

La Ley Romana deja á la prudencia del Juez, el efecto de la intimidacion especial por la condicion de la persona, su edad ó sexo. *Hujus rei*, dice, *disquisitio judicis est*. Cuando en el art. 937 designamos un mal grave é inminente, es porque se tiene presente mas bien el temor de violencia que puede hacerse, que las violencias ya hechas. Si yo me decido á firmar contra mi voluntad un acto que me es perjudicial, es por librarme de un mal que me parece mayor, pues no procuraria salvarme de este mal si hubiera pasado. Las violencias que podria haber sufrido en el momento en que se ejecutó el acto, no obran en mí sino haciéndome temer otras violencias. En todos los casos el temor de un mal futuro, pero inminente, es el que determina la voluntad.

Dicho art. 937 no es limitativo, á las personas que en él se designan. Si mi negativa á firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar á un hermano, ó de infligir malos tratamientos á una persona de mi amistad, ó de asesinar á una persona que me es estraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido pues del artículo, es que, en el caso de los esposos, descendientes ó ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que respecto á las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso.

Lesion enorme ó enormísima.

En casi todos los Códigos y escritos de derecho, se ve asentado que la lesion enorme ó enormísima, vicia los actos jurídicos. La mayoría de los Códigos y autores no generalizan la doctrina como debia ser, sino que la aplican solo al contrato de compra-venta. Para sostener nosotros que la lesion enorme y enormísima no deben viciar los actos, y abstenernos por lo tanto de proyectar disposiciones sobre la materia, bastará comparar las diversas legislaciones, y de las diferencias entre ellas resultará que no han tenido un principio uniforme al establecer esa teoria.

La Ley Romana 2, Tit. 44, Lib. 4, Cód., concedió accion solo al vendedor para rescindir la venta si hubiese sufrido lesion en mas de la mitad del justo precio, que valia la cosa vendida.

La L. 7, Tit. 4, Lib. 5, del F. J. no dió lugar á accion alguna por lesion enorme ó enormísima. *Si alguno ome, dice, vende algunas cosas ó tier- ras ó vinnas, ó siervos, ó siervas, ó animalias, á otras cosas, no debe desfacer la vendicion porque dis que lo vendió por poco.*

La L. 5, Tit. 10, Lib. 3, del F. R., exige que la lesion sea en mas de dos tantos y da accion solo al vendedor. La Ley 56, Título 5, Part. 5ª, la da al vendedor y comprador, cuando hubiese lesion en mas de la mitad del justo precio.

La L. 4, Tit. 7, Lib. 5, Ord. Real, la concede al comprador y vendedor cuando hay lesion en mas de la mitad del justo precio; y fué la primera que generalizó la doctrina, estendiendo el remedio de la lesion al arrendamiento, á la permuta á la dacion en pago, etc.; y fué la primera tambien que puso término á la accion, dándole cuatro años para su ejercicio.

La L. 2, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec., concedio el remedio de la lesion al comprador y vendedor cuando ella importase mas de la mitad del justo precio, pero no generalizó su disposicion.

Los Códigos de Holanda y de Vaud nada dicen de la rescision por lesion, lo que equivale á no admitirla.

Los Códigos de Austria, art. 934.—Baviera, art. 19, Cap. 3, Lib. 4.—Sardo, art. 1679.—Napolitano, art. 1520.—Frances, art. 1674.—de Luisiana, art. 2567, y Prusiano, art. 59, parte 1ª, Tit. 11, admiten la rescision por lesion en el precio.

El Código de Prusia solo concede al comprador la rescision y se la niega espresamente al vendedor, artículos 59, 60 y 250, parte 1ª, Tit. 11.

Por el contrario, el Cód. Sardo, art. 1679.—Napolitano, art. 1520.—Frances, art. 1614, y el de Luisiana, art. 2567, solo conceden al vendedor la rescision por lesion.

El tipo para guardar la lesion tampoco es igual en los Códigos citados. El de Baviera, el Sardo, el de Nápoles, el de Luisiana y las Leyes Españolas, consideran como lesion el no percibir el vendedor la mitad del justo precio de la cosa. El Cód. de Prusia exige que el precio de la venta esceda al doble del valor de lo vendido. El Cód. Frances, que el vendedor haya sido perjudicado en siete duodécimas partes del precio de la cosa. El F. R., como ya se ha dicho, que sea en mas de dos tantos.

En los Códigos citados hay variacion tambien respecto á la renuncia del derecho. Los Códigos Sardo, Napolitano, Frances y el de Luisiana, en los artículos citados, no permiten la renuncia de la accion. Por el contrario, el de Austria, art. 935, y el de Prusia, art. 69, parte 1ª, Tit. 11, dan fuerza á la renuncia de la accion.

Los Códigos de Cerdeña, de Nápoles, de Francia y de Luisiana, en los artículos citados limitan la rescision por lesion los contratos en que se trate de bienes muebles. Los demás comprenden tambien los bienes raíces.

Para el ejercicio de la accion la variacion tambien es inmensa. El Cód. Romano, el F. R., y las Leyes de Partida, no designaban término á la accion. Vino despues una ley española que le señaló cuatro años. En muchos de los otros Códigos no hay término designado. El Código Napolitano señaló dos años, art. 1523. Igual término el Cód. Frances,

art. 1676. El Sardo da cinco años, art. 1681, y el de Baviera entiende el término hasta treinta años, art. 22, cap. 3, Lib. 4.

En los Códigos de Comercio no hay rescision de las ventas por lesion enorme ó enormísima. Se dice que son mercaderías, cosas muebles; pero las cosas muebles valen tanto ó mas que las raíces. Los medios de venta son los mismos; y estos medios para buscar el mayor precio, los ha facilitado la imprenta, establecimiento de corredores, las bolsas, etc., medios desconocidos á los romanos y en el tiempo en que se hicieron las Leyes de Partida. Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, ó todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.

TÍTULO II

De los actos jurídicos

Art. 944. Aubry y Rau, § 760.—Savigny define: «hechos jurídicos son los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho comienzan ó acaban.» Esta definicion es mas concisa, pero menos clara que la de Ortolan, que es la que damos.

Art. 949. La capacidad civil de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos, ó ejercer actos por sí, ó por otros, que no le sean prohibidos. Las personas á quienes se prohíbe la adquisicion de ciertos derechos, ó el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos ó de esos actos prohibidos (**arts. 1160 y sus concordantes**). Entre nosotros no puede hablarse de la capacidad civil del Derecho Romano, de las personas esclavas, de los que hubiesen sufrido una *capitis diminutio*, ni tampoco de la capacidad ó incapacidad civil que se ve en algunos Códigos, segun que las personas sean nacionales ó extranjeros, pues ni tenemos esclavos, ni hay diferencia entre nacionales ó extranjeros para el goce y ejercicio de los derechos civiles (**art. 1**). El artículo se refiere á aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos, las cuales se hallan designadas en varios Títulos del primer libro.

Del objeto de los actos jurídicos se trata en uno de los artículos de este Título (**art. 953**).

Los vicios sustanciales son el error, dolo, violencia, simulacion ó fraude (**art. 954**).

Art. 953. Véase Mackeldey, § 168, y los arts. 502, 530, 531 y 542 Cuando el acto jurídico tiene por fin cambiar el estado actual de los derechos de una persona, se exige necesariamente que esa persona tenga capacidad de disponer de sus derechos (**arts. 110 y sus concordantes**).

En cuanto al fin y al objeto, es preciso que el acto se refiera á un de-

recho que se pueda hacer valer de una manera cualquiera. Así, el acto es ilusorio cuando el objeto es tan vagamente indicado que no sea posible determinarlo (**arts. 1170, 1175 y 3760**). (L. 94, Tit. 1, Lib. 45, Dig.) Lo mismo cuando se trata de cosas corporales, que no son susceptibles de existir, ó que están fuera del comercio. Si *id*, dice la Ley Romana, *quod dari stipulamur, tale sit, ut dare non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat aut mortuum quem vivum esse credebat*. (Inst. Lib. 3, Tit. 19, § 1.) Si es un hecho el objeto del acto, debe ser posible y no contrario á las leyes y buenas costumbres. La imposibilidad del objeto del acto jurídico puede tener su origen en motivos materiales ó en motivos jurídicos. La imposibilidad material se presenta respecto á las cosas que jamás han existido, ó que han dejado de existir, ó que no pueden existir (**art. 1172**). Hay imposibilidad jurídica (**art. 1044**), cuando la obligación tiene por fin procurar la propiedad de cosas que no pueden ser el objeto de una propiedad, ó que son ya la propiedad del acreedor (**art. 1178**). Sería lo mismo la obligación que tuviese por objeto un matrimonio entre personas que no pueden casarse. Se puede asignar un carácter análogo á todo acto que es contrario á la ley ó á la moral. (LL. 26 y 27, Dig. *De Verb. Oblig.*, y L. 4, Cód. *De Inut. Stip.*) Por esta proposición no puede entenderse, como en la teoría de las condiciones, que un acto de este género sería jurídicamente imposible, pues que el delito mismo es perfectamente posible, y solo es privado y reprimido por una pena. Mas los hechos contrarios al derecho y á la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución.

La imposibilidad del objeto de un acto jurídico puede fundarse sobre la naturaleza del objeto mismo, ó sobre la posición personal y especial del deudor de una obligación. La primera especie de imposibilidad es la que es considerada como tal. La segunda especie, respecto del sujeto, no puede ser jamás invocada por el deudor y no lo sustrae de las consecuencias que puedan resultar de la inejecución de una obligación.

La razón para anular los actos que tengan por objeto pres acciones imposibles, está en la esencia de las obligaciones. La obligación tiene por objeto transformar en actos necesarios y ciertos, actos voluntarios que no son en sí mismos sino acontecimientos accidentales é inciertos. El fin definitivo de la obligación es colocar al acreedor en una posición tal que pueda contar con certidumbre sobre la posibilidad de esos acontecimientos; pero si el acto que constituye la prestación en una obligación es imposible, esta circunstancia repugna al carácter que damos á toda obligación.

Art. 955. L. 40, al fin, Tit. 11, Part. 5ª.—Chardon, en el tom. 2 de su obra de *Dolo y Fraude*, trata en capítulos especiales de la simulación por interposición de personas, por falsedad de fechas (**art. 1035**), ó cuando se oculta el verdadero carácter del acto.

El Cód. Romano contiene máximas sobre los actos simulados que forman los verdaderos principios de esta materia. Una ley dice: *Acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt*. L. 2, Tit. 22, Lib. 4, Cód.— Otra ley: *Si quis gestum a se alium agisse scribi fecerit, plus actum quam scriptum valet*. L. 4, id

Art. 956. Favard dice así: «La simulacion es una causa de nulidad, cuando tiene por objeto eludir una incapacidad establecida por la ley, ó dar una apariencia legal á un acto prohibido; mas cuando en ella no hay fraude hecho á las leyes, á las buenas costumbres, ó á los derechos de tercero, la simulacion no es causa de nulidad en los actos, porque podrian hacerlo en la forma que quisieran, con tal que no fuera una forma prohibida.» *Repert. Verb. Simulation*.

Art. 961. La accion Pauliana que llamaban los romanos, no tiene por objeto ni por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad á favor del que la ejerce, ni á favor del deudor, sino solo salvar el obstáculo que se opone á las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados. Es siempre una accion meramente personal.

El artículo generaliza el principio. No nos reducimos á disponer solo sobre la enajenacion que hiciera el deudor en fraude de sus acreedores, sino sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores. Así, serán revocables no solo los actos traslativos de la propiedad, sino tambien la remision de las deudas, el pago de deudas no vencidas; la hipoteca ó prenda de deudas no vencidas, ó ya vencidas pero originariamente contraidas sin estas garantias; los pagos por deudas vencidas por medio de entrega de bienes por un valor menor del que verdaderamente tuvieran. En los arrendamientos una renovacion anticipada del contrato, una duracion extraordinaria y que no es de uso en el país (**art. 1297**); el pago anticipado de muchos términos, disminucion inmotivada del precio del arrendamiento, etc., etc.

Art. 962. En estos últimos tiempos, Mimerel publicó una estensa monografía, sosteniendo una sentencia de la Corte Suprema de Casacion de Francia, que declaró en 1852 que los acreedores á los cuales perjudicase la conservacion de un acto del deudor, tenian derecho á hacerlo revocar cualquiera que fuese la fecha de sus títulos, si fuere fraudulento. El autor dice que ni en el Derecho Romano, ni en el Derecho Frances, hay disposicion alguna espresa sobre la materia; que poco importa la fecha de los títulos si el fraude existe, si los derechos de los acreedores hubiesen sido defraudados; que la existencia de la condicion necesaria, el fraude del deudor, para crear la accion revocatoria, no implica en manera alguna contradiccion con la falta de derechos ya existentes al tiempo de la realizacion del acto del deudor, porque ha podido ser concebido en mira de los acreedores futuros, para evitar las consecuencias de una empresa peligrosa. Encerrar, dice, en un estrecho círculo la aplicacion de la ley, es disminuir su moralidad. ¿Qué podría decirse de una ley que castigase el fraude instantáneamente organizado, y cubriese el fraude preconcebido?

A estas y otras consideraciones contestan los jurisconsultos Aubry y

Rau, diciendo que las dificultades que se esponen, nacen de confundir la acción Pauliana con la acción de simulación, y que una enajenación simulada puede ser siempre demandada, como que los bienes no han salido del dominio del deudor. Respecto á la sentencia en que se apoya Mimere, los autores citados le oponen multitud de sentencias que han juzgado lo contrario.

Art. 964. El Derecho Romano no admitía la acción Pauliana, cuando el deudor había simplemente dejado de aumentar su fortuna. (L. 6, Tit. 9, Lib. 42, Dig.) El acreedor no estaría, en el caso del artículo, obligado á probar un fraude en el hecho del deudor, porque podía no haber sino una negligencia respecto á sus intereses, ó una liberalidad hacia sus coherederos; pero un hombre que ha contraído obligaciones positivas, y que no cuida ó renuncia los medios de cumplirlas, comete sin duda una falta grave que puede equipararse al dolo. El heredero que renuncia una sucesión, abdica en verdad un derecho adquirido; pero fuera de su alcance lo que la ley le daba; enajena verdaderamente.

Art. 967. El fraude del deudor debe presumirse desde que se halle insolvente (**art. 962**), ó á lo menos una grave culpa, en sus efectos igual al dolo. Respecto á los terceros, los actos á título gratuito no deben depender de la buena fe del deudor, porque los terceros que solo tratan de obtener una ganancia, se enriquecerían lo mismo, teniendo el deudor mala fe, á costa de los acreedores que solo tratan de evitarse un perjuicio.

Art. 968. «Suponed, dice Chardon, que el propietario de un terreno que vale cien mil francos, lo vende por sesenta mil, ascendiendo sus deudas á cuarenta mil; sus acreedores no podrían intentar la revocación del acto, sino probando que esa venta á vil precio no había sido hecha por su deudor, mas que para disponer del dinero en perjuicio de ellos. Pero suponed, por el contrario, que en el caso de esa venta, las deudas del vendedor ascenderán á ochenta mil, en tal caso la vileza del precio, unida á su insuficiencia para pagar todas sus deudas, daría derecho á los acreedores para la acción revocatoria, sin estar obligados á probar directamente el propósito fraudulento del deudor.» (Tom. 2, n° 205).

Art. 973. «El número y calidad de las personas auxiliares que deben concurrir al acto jurídico (como en algunos casos el defensor de menores) (**art. 493**), el tiempo y el lugar en que debe verificarse, los escritos ú otros medios á propósito para conservar la memoria. Todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de la forma. Entre los actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen (**arts. 975 y siguientes**). Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal ó cual elemento constitutivo de la forma, ó sobre muchos de ellos, ó sobre todos á un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especialmente prescrita, con tal que se haya verificado y que puedan justificarse (**art. 974**). Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las

trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente á lo que es espiritual, á la voluntad, á la intención; no pide á la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán esos actos exteriores que darán á los actos jurídicos una forma sensible? la analogía serviría de regla. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir, con el derecho que se quiere crear, modificar, transferir ó extinguir. De aquí se llegó al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y acción. Así, un terrón del campo (*gleba*), la teja arrancada del edificio (*tegula*), se presentaban para verificar sobre este símbolo del inmueble litigioso, las formalidades prescritas. Los actos exteriores iban acompañados de palabras. En éstas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas solo podía usarse la lengua nacional. Muchas veces una expresión sustituida á otra, alteraba los efectos del acto, y lo hacía nulo. Se dirigían interrogatorios solemnes á las partes, á los testigos y á los que intervenían en el acto, y éstos á su vez debían responder solemnemente. Las interrogaciones y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces innutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuencias del acto que se hacía ó al cual cooperaban. Tal ha sido hasta los últimos tiempos uno de los caracteres del Derecho Civil Romano, en cuanto á las formas de los actos jurídicos.»

Art. 975. La Ley Romana dice: *Contractus permutationum, etc., quæ in scriptis fieri placuit, non aliter vires habere sancimus nisi instrumenta in munda recepta subscriptionibus partium confirmata; et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius quam hæc ita præciserint aliquod jus vindicare, vel id quod emptoris interest ei persolvere* (L. 17, Tit. 21, Lib. 4, Cód.).

TÍTULO III

De los instrumentos públicos

Art. 987. Pero un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdria, ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por él, no tiene ni la apariencia de un instrumento público. La ley viene solo en auxilio del acto que las partes han podido considerar como tal.

Art. 988. El consentimiento dado por las partes signatarias es en-

tendido que es bajo condicion de que las partes no signatarias se obligarian tambien. Si esta condicion no se realiza, nada se habrá hecho.

Art. 989. La Ley 111 del mismo Titulo y Partida declara nulo los instrumentos públicos que estuviesen raidos, ó con enmendaturas en los nombres, tiempos, plazos, cantidades, fechas y lugar del acto. La ley supone que tales defectos no están salvados al fin, y entónces indudablemente es nulo el acto.

Art. 992. Si el oficial público ó los testigos instrumentales pudiesen, por sus declaraciones ulteriores, contradecir ó alterar el contenido de un acto, no habria derecho alguno seguro constituido por instrumento público. Cuando el acto espresa que el precio de la venta ha sido mil pesos, por ejemplo, no podria jamás argüirse, con la declaracion del oficial público ó de los testigos, que hubo una equivocacion en la designacion del precio. No se sabria cuando hablaban la verdad: si cuando bajo su firma asentaron lo que consta en el acto, ó cuando ante el Juez declaran que aquello no era cierto.

Por otra parte, cuando las partes hacen estender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que mas tarde no venga á ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de órden público, está la sancion de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan formas al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes.

Otra es la cuestion entre los juriconsultos franceses. Si se puede admitir prueba de testigos contra lo que conste de un acto escrito. Justiniano ya lo habia resuelto en dos leyes terminantes: «*Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur adversus scripturam, interrogari non possunt.*» (Lib. 5, Tit. 15, § 4.) La Ley 1, Cód. De *Testibus*, enuncia la misma idea, *contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur.*

Mourlon ha escrito una monografia que se halla en el tom. 4, pág. 114 de la *Revista Critica*, demostrando que la prueba testimonial no puede ser admitida aunque los testigos no sean los del instrumento, contra el contenido de los actos escritos, ni sobre lo que no esté comprendido en ellos.

Art. 993. Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de estender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes ó el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta asercion no hace plena fe, y admite prueba en contra. **(Véase como ejemplo, el art. 1002).**

Art. 994. Es entendido que es de aquellas cosas de que el oficial público ha adquirido certidumbre por sí mismo y que tenga mision de comprobar.—La fe debida á los instrumentos públicos es la misma para todos; pero no así sus efectos, es decir, los derechos y las obligaciones que hace nacer el acto.

Art. 995. Así, en el instrumento, se dice que los réditos de un capital han sido pagados hasta un tiempo determinado, ésta ó iguales enunciaciones merecen la misma fe que lo que se diga sobre la obligacion principal.

Art. 606. El contradocumento es un acto destinado á quedar secreto, que modifica las disposiciones de un acto ostensible. En presencia de estas dos disposiciones contrarias, la una verdadera pero ignorada, y la otra falsa pero la única conocida, la ley debe declarar que los efectos del acto ostensible podrán siempre ser invocados por los sucesores singulares. Cuando yo he comprado la casa de Pablo, y reconozco por un acto que queda reservado, que la venta ha sido fingida, esta declaracion no podrá tener ningun efecto contra mis sucesores singulares en aquella casa; y si deslealmente la vendo ó la hipoteco, el que la hubiese adquirido de mí, conservaria á pesar del contradocumento, el derecho que habria adquirido como si mi dominio aparente en la cosa hubiese sido positivo —Bonnier, *Des preuves*, desde el n° 396, trata extensamente de los contradocumentos, y de su importancia jurídica.

TÍTULO IV

De las escrituras públicas

Art. 997. Por el Derecho Español habia oficiales públicos que solo ellos podian estender escrituras relativas á las cosas municipales, y se llamaban escribanos de cabildo. Los archiveros públicos son tambien como escribanos públicos, los únicos que pueden dar copias en forma, de los actos que se hallen en los archivos públicos. Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales.

Se llama escritura *matriz* la que estiene el escribano en el libro de registros que los romanos llamaban *protocolo*, el cual segun las leyes de Partida y Recopilacion debe siempre quedar en poder del escribano sin entregarse nunca á las partes. La copia sacada de esta escritura, se llama *original*, y en los casos en que es permitido sacar copia del original, la copia se llama traslado.

TÍTULO V

De los instrumentos privados

Art. 1019. El abuso cometido con la firma en blanco por otra persona que aquella á quien se ha confiado el acto, no constituye un simple delito de abuso de confianza, sino un delito de falsedad, cuyas consecuencias no debe soportar el signatario en blanco, pues ese crimen no es el resultado de un mandato que él hubiese dado al que lo ha

Art. 1033. El Cód. Frances de procedimientos, art. 323, declara que los jueces no estarán obligados á seguir el parecer de los peritos, si se convenciesen de lo contrario. Tampoco las Leyes citadas de Partida declaran que el juicio de los peritos hace una plena prueba. La comparacion de letra, pues, se ordena para auxiliar el juicio del Juez y para que, unido el parecer de los peritos á los demas antecedentes, el pleito pueda resolverse con mas seguridad.

TÍTULO VI

De la nulidad de los actos jurídicos (1)

Art. 1038. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea á las cualidades personales de las partes, sea á la esencia del acto, lo que comprende principalmente la existencia de la voluntad, y la observancia de las formas prescritas para el acto (**arts. 975 y 976**). Ella puede resultar tambien de una ley que prohiba el acto de que se trate (**art. 1044 y sus concordantes**).

Art. 1041. Como los menores impúberes, los dementes y los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito. (**Art. 54.**)

Art. 1042. Como las mujeres casadas (**arts. 188 y 190**), los menores emancipados respecto de algunos actos (**arts. 134 y 135**), los religiosos (**art. 1160**), comerciantes fallidos, los tutores y curadores respecto á actos determinados.

Art. 1043. Como en los casos en que al tutor ó albacea se le priva adquirir los bienes que administra, y muchos otros semejantes (**art. 450, 1361, lres. 1 y 2**).

Art. 1045. Una accion ó una escepcion no destruyen una relacion de derecho sino cuando una persona determinada, teniendo ciertas cualidades, manifiesta su intencion, y obra en consecuencia. De otra manera la relacion de derecho originaria conserva toda su eficacia. Esta es la nulidad que se llama relativa. La invalidez del acto puede existir desde el origen ó sobrevenir despues. En el primer caso tiene la misma fecha que el acto que anula. En el segundo su fecha es posterior.

Art. 1047. El Derecho Romano presenta algunas escepciones á la regla

(1) Usamos en este Título de la palabra *anulable* en lugar de *rescindible*, porque, como observa Savigny, la palabra *rescindere* en el derecho, espresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene, como sucedia en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, *rescindere* designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo los hacen solo rescindibles, por medio de una accion revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el Tomo IV del Derecho Romano, § 202, los divide en actos nulos y actos atacables. A estos últimos es á los que llamamos anulables.

que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmacion tácita ó expresa: por ejemplo, si una mujer menor de doce años contrajese matrimonio, el acto adolece de una nulidad absoluta: pero si la mujer, cumplidos los doce años, continúa en el matrimonio, la Ley Romana declaraba que esa confirmacion de hecho del matrimonio hacia válido el acto. *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.*

TÍTULO VII

De la confirmacion de los actos nulos ó anulables

Art. 1059. La confirmacion contiene virtualmente renuncia de la accion de nulidad; pero toda renuncia no constituye una confirmacion. Tampoco la confirmacion es una novacion, ni una ratificacion del acto, como algunos escritores enseñan. El efecto de la novacion es crear una nueva obligacion que reemplace la antigua; la confirmacion, por el contrario, tiene solo por objeto reparar los vicios del acto á que se refiere. La ratificacion es la expresion técnica por la cual una persona aprueba los actos que otra ha hecho á su nombre sin haber recibido el mandato correspondiente.

Art. 1064. La razon es porque se presume que esta parte hubiese ya dado con anticipacion su adhesion á la confirmacion, en el momento en que el acto fué celebrado.

Art. 1065. «Así, por ejemplo, dice este último, cuande una persona ha confirmado en la mayor edad, la venta de un inmueble hecha en la minoridad, esta confirmacion no tiene efecto respecto de un segundo adquirente al cual el que era menor hubiese traspasado la propiedad del inmueble siendo mayor y ántes de la confirmacion de la primera venta.» Marcadé, en el nº 5 citado, pone el mismo ejemplo, pero agrega: «Otra cosa sería respecto de los terceros que no hubiesen adquirido sino simples créditos contra el menor despues de llegar á la mayor edad, pues que esos créditos no le privaban del derecho de disponer de sus bienes. Desde que el menor, ya mayor, puede privar á sus acreedores de la garantía del inmueble, por una venta que hiciera, no hay razon para que no pueda hacerlo por una confirmacion de la primitiva venta. Los acreedores personales tendrian derecho para hacer revocar la confirmacion, si hubiese sido hecha en fraude de sus derechos, estando insolvente el deudor (art. 961)»

TÍTULO VIII

De los actos ilícitos (1)

Art. 1072. La palabra delito tiene en derecho civil una significacion

(1) Los actos lícitos son acciones, pues que tales se consideran aun los de la expresion tácita de la voluntad. Los actos ilícitos pueden ser acciones ú omi-

diferente de la que tiene en el derecho criminal. En derecho civil designa toda accion ilicita por la cual una persona á sabiendas é intencionalmente perjudica los derechos de otra. En derecho criminal, designa toda infraccion definida y castigada por la ley penal. No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro, por ejemplo, el estelionato (**arts. 1178 y 1179**), que no se castiga por la ley penal, aunque es en muchos casos un verdadero delito civil. Y recíprocamente, no todos los delitos del derecho criminal constituyen delitos civiles. La ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque efectivo.

Art. 1075. No puede negarse que el honor y la reputacion de una persona pueden ser la materia de un delito.

Art. 1081. Las heridas hechas en duelo dan accion para pedir indemnizacion á favor del herido ó de su familia aunque él haya sido el provocador. Aun cuando el duelo no constituyese un delito segun la ley penal, lo que no puede admitirse, constituiria sin duda un delito en el sentido del Derecho Civil.

Art. 1083. Los jueces no podrán por lo tanto ordenar una reparacion del honor, una retractacion, por ejemplo.

Arts. 1102 y 1103. La influencia sobre el juicio civil de la sentencia pronunciada en el juicio criminal ha sido diversamente apreciada por los jurisconsultos franceses. Merlin, *Quest. Verb. Faux*, § 6, sostiene que cuando, por ejemplo, yo demando á Pedro ante un tribunal civil la reparacion de un delito por el cual ha sido condenado por un tribunal criminal, hay cosa juzgada sobre la existencia del delito y su imputacion á Pedro; de modo que éste no puede pretender abrir de nuevo la cuestion para probar que él no es autor del delito, porque: 1º, hay en los dos juicios identidad de causa, pues que la base de las dos acciones es el delito cometido; 2º, identidad del objeto, porque á pesar de la diferencia de los objetos directos en los dos juicios, ambos se juzgan á los ojos de la ley tener el mismo objeto fundamental; 3º, identidad de las partes, porque el Ministerio Público es el representante de la sociedad entera, y él me ha representado, aunque yo no hubiese hecho la acusacion.

Toullier, tom. 10, núms. 240 á 259, ha refutado el sistema de Mer-

siones. *Acciones*, cuando se hace lo que la ley prohíbe; *omisiones* cuando no se hace lo que la ley manda (*arts. 2463 y sus concordantes, 2464*). Los actos lícitos son acciones no prohibidas por la ley; los actos ilícitos siempre son acciones ú omisiones prohibidas. Los actos lícitos solo se consideran en el derecho, cuando pueden producir alguna adquisicion, modificacion ó estincion de los derechos ú obligaciones. En los actos ilícitos no hay distincion que hacer. Como su fin no es un fin jurídico, no son ni se llaman actos jurídicos, aunque estén determinadas sus consecuencias jurídicas. "El que me roba, dice Savigny, no se propone ciertamente venir á ser mi deudor *ex delicto*, para restituir la cosa hurtada é indemnizar todo el daño."

Estos son los caracteres diferenciales entre los actos lícitos é ilícitos.

lin, demostrando que no hay identidad de parte, pues que el Ministerio Público, no pudiendo demandar la reparacion pecuniaria del daño causado, no ha podido representar al individuo perjudicado. Y que aun suponiendo que hubiese identidad de partes, no habia identidad de objeto.

Estas dos opiniones han dividido á los jurisconsultos franceses.

Puede decirse que en verdad no hay identidad de objeto. ¿Cómo decir que demandar contra Pedro el pago de veinte mil pesos ó demandarle á que se le condene á muerte, es demandar la misma cosa y el mismo objeto? Pero aunque no hay identidad de cosa en las dos demandas, ¿cómo admitir que aquel que juzgado con el mandatario de la sociedad que el hecho por el cual era acusado no habia existido nunca, pueda despues por el mismo hecho ser traído á juicio ante un tribunal civil? ¿Cómo admitir á la inversa que aquel que despues de una defensa hecha con toda la libertad y con todas las garantías que la ley concede ha sido solemnemente condenado como autor de un delito, pueda despues ante un tribunal civil sostener y llegar á establecer legalmente que el hecho no ha existido, ó que no le es imputable? Esto seria un escándalo jurídico, contrario á la razon y á la verdad que debe suponerse en los juicios concluidos.

La regla que exige las tres condiciones espuestas para que haya cosa juzgada es meramente una regla del derecho civil dada para las cuestiones de puro derecho civil, y no para aquellas que resulten de la comparacion del derecho civil con el derecho criminal.

Mas si la naturaleza misma de la cosa no permite exigir, cuando se trata de la influencia de un juicio criminal sobre el civil, la reunion de las tres condiciones espuestas para reconocer la autoridad de la cosa juzgada, es preciso, sin embargo, que el punto que se pretende hallar legalmente establecido por la sentencia, sea el que esa sentencia ha decidido, y que la decision corresponda á la jurisdiccion criminal. La mision de los tribunales criminales es decidir si el hecho atribuido al acusado existe: si el inculpado es el autor y si ese hecho le es imputable segun la ley penal, y como delito del derecho criminal. Los tribunales criminales, á no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio, no tienen que decidir si el hecho constituye ó no un delito del derecho civil ó un cuasi-delito. Si, pues, un tribunal criminal juzgara, cuando no hay parte, que el hecho de que el acusado es reconocido autor, es completamente irrepreensible, y que no puede dar lugar ni á la aplicacion de una pena, y ni á una condenacion de daños ó intereses, la sentencia seria sin valor respecto á este último punto, y la persona perjudicada podria ocurrir ante la jurisdiccion civil, y entrar en la cuestion de la existencia de un delito del derecho civil ó de un cuasi-delito, cuestion que el tribunal criminal no habia tenido derecho de decidir. Así tambien, el que hubiese sido declarado no culpable de un incendio en su propia casa, podria sin embargo, sobre la demanda de una compañía de seguros, ser juzgado que habia ocasionado el incendio por imprudencia y no tener derecho á indemnizacion alguna.

Es preciso además que el punto que se decida ante la jurisdicción civil, que ha sido juzgado por el tribunal criminal, sea precisamente el que este tribunal ha decidido. Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuido á Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida á probar en el tribunal civil la existencia del hecho. Si el tribunal criminal, reconociendo la existencia del hecho, ha juzgado que Pedro no era el autor, es claro que la persona perjudicada no podrá perseguir á Pedro por razón de ese hecho ante el tribunal civil. Lo mismo, si el tribunal criminal, reconociendo que el hecho existe y que Pedro es el autor, ha declarado que no le es imputable, y que no hay culpabilidad en él, no se podrá establecer contra él esta misma culpabilidad ante la jurisdicción civil. Recíprocamente, si Pedro ha sido declarado culpable de un delito, y que se pida contra él, en lo civil, alguna consecuencia civil de ese delito, por ejemplo, la revocación de una donación por ingratitud, él no podría discutir de nuevo la cuestión de la culpabilidad. En estos diferentes casos el punto que se querría discutir nuevamente ante la jurisdicción civil, es el que ha decidido el tribunal criminal, y aunque la segunda acción no tenga el mismo fin que la primera, aunque el reclamante no sea el mismo y aunque no haya ni identidad de objeto, ni identidad de partes, hay sin embargo cosa juzgada. La jurisdicción civil no puede declarar que no existe el hecho criminal que la jurisdicción criminal ha tenido por tal, ni juzgar inocente de ese hecho al que la otra jurisdicción ha declarado culpable. Véase Marcadé, sobre el art. 1351.—Aubry y Rau, tratan extensamente la materia en el § 769. Lo mismo Bonnier, *Des Preuves*, núms. 716 y siguientes.

De la influencia sobre lo civil de la cosa juzgada en lo criminal, en cuanto á la cuestión de la existencia ó no existencia del hecho objeto del juicio, y recíprocamente de la influencia sobre lo criminal de la cosa juzgada en lo civil, en cuanto á la existencia ó no existencia del mismo, tratan extensamente Merlin, *Rep. Verb. non bis in idem*, nº 15, *Verb. Chose jugée*, § 15, y *Verb. reparation civile*, § 2.—*Questions verb. fauz*, § 6, y *Verb. reparation civile*, § 3.—Toullier, tom. 8, núms. 30 y siguientes.—Danton, tom. 13, núms. 486 y siguientes. Sellyer, en su tratado del derecho criminal, tom. 6, desde la pág. 432, discute la opinión de los autores citados.

TÍTULO IX

De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos

Art. 1111. Aubry y Rau, ponen el caso siguiente. Si alguno, arrojando alguna cosa sobre un terreno que le pertenece, y que no está sometido á una servidumbre de paso, hiriese por casualidad á un extraño que se encontraba allí sin permiso, no comete un cuasi-delito.

Art. 1112. De los jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos (**art. 1001**), procuradores y de todos los empleados en la administracion del Estado.

Art. 1121. Algunos escritores, guiados por la legislacion romana, han querido establecer una asimilacion completa entre los delitos y cuasi-delitos en cuanto á la solidaridad que resultaba del hecho, doctrina de que nos separamos en la resolucion del artículo. La intencion de dañar es la que constituye el delito, mientras que el cuasi-delito no es mas que un hecho, que no lleva la intencion que le imprimiria un carácter de culpabilidad. La ley ve en el delito cometido por muchos, un pensamiento criminal concebido ó inventado en comun, y por esto ha querido que las condenaciones en materia de delitos fuesen pronunciadas solidariamente contra todos los autores. Pero en el cuasi-delito no hay intencion punible; los autores de un hecho que daña á otro, no están obligados sino á reparar el perjuicio que han causado, no á título de pena, sino meramente de indemnizacion. Por consiguiente, no deben ser cargados todos y cada uno con la responsabilidad del hecho, al cual no han contribuido sino cada uno por su parte material.

Nuestra resolucion está apoyada con las mejores autoridades.

Art. 1132. La caucion *damni infecti*, del Derecho Romano (L. 6, Dig. *De damni inf.*), cuyo fin era procurar al vecino una caucion para reparar el perjuicio que podria causarle la caida de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede accion por las pérdidas ó intereses del perjuicio, cuando lo sufre. La admision de una accion preventiva en esta materia, da lugar á pleitos de una resolucion mas ó ménos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos á un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policia, y por el poder generalmente concedido á las municipalidades de ordenar la reparacion ó demolicion de los edificios que amenacen ruina.

SECCION TERCERA

TÍTULO I

De los contratos en general

Art. 1137. «Es preciso, dice Savigny, tener en consideracion el objeto de la voluntad. Si, pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisicion de una ciencia, ó de un arte, sería impropio dar á este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso a voluntad no tiene por objeto una relacion de derecho (**nota al art.**

1169).» Freytag es mas claro en la materia; dice que «habrá contrato, cuando dos ó mas personas acordasen entre sí alguna obligacion ú obligaciones reciprocas á que correspondan derechos creditorios»; es decir, que una de las partes se constituye deudora, y la otra acreedora, ó que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores (**art. 1138**). Maynz dice, que «contratos son aquellas manifestaciones de voluntad, que tienen por objeto crear ó extinguir obligaciones», § 281, lo mismo Domat, Lib. 1, Tit. 1, § 1.

Los juriconsultos distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso comun se llaman convenciones á los contratos. Aubry y Rau definen: «Convencion es el acuerdo de dos ó mas personas sobre un objeto de interes jurídico, y contrato es la convencion en que una ó muchas personas se obligan hácia una ó muchas personas á una prestacion cualquiera.» Duranton, distinguiendo las convenciones de los contratos, dice que ellas no comprenden solo los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convencion; pero no toda convencion, aunque tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convencion es un término genérico que se aplica á toda especie de negocio ó de cláusula que las partes tengan en mira. *Verbum conventionis*, dice la Ley Romana, *ad omnia de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt qui inter se agunt*. L. 1, § 3, Dig. De pactis.

Art. 1138. Los contratos bilaterales deben siempre dar lugar á dos acciones para garantir las dos obligaciones que comprenden. Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligacion, no exigen sino solo una accion (**véase art. 1957**); sin embargo, puede suceder que el deudor, cumpliendo la prestacion á la cual está obligado, haya sufrido pérdidas ó hecho gastos que deba pagarle el acreedor (**art. 1953**) y la ley en tal caso le concede al efecto una accion; pero esta accion no es sino una consecuencia accidental de actos estrinsecos, y no una consecuencia directa de la obligacion primitiva. Por esta razon esa accion se distingue de la que resulta directa y necesariamente del contrato, y se le llama *accion contraria*, en oposicion á la de la convencion que se llama *directa* (**arts. 2288 y 2306**).

Arts. 1141 y 1142. En Derecho Frances, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes, al cual se hubiese obligado.

Bajo este respecto el Derecho Frances difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro (**art. 577, y nota de nuestro codificador**), cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convencion civilmente obligatoria (**se entiende en el sentido del art. 577 y 592 á 594; y sin perjuicio del 595**). Sin embargo, por el Cód. Frances, el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto, mas por esto, esos contratos no cons-

tituyen contratos reales, pues que la simple promesa seguida de aceptación de entregar una cosa á título de comodato, de depósito, de mutuo, ó de prenda, es civilmente obligatoria.

Art. 1143. Pothier, dice: que esta division exacta en los principios del Derecho Romano, no tiene hoy lugar. Duranton sostiene la division diciendo: que en cuanto á la accion, los efectos son los mismos en los contratos innominados que en los que tienen nombre; pero que la diferencia entre unos y otros, en cuanto á sus efectos posibles y á la estension de la obligacion (**art. 2180**), no puede dejar de existir.

«Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo á su turno la semana siguiente. Esta convencion no es un alquiler, porque el precio no es dinero; pero es tampoco un préstamo, porque tal contrato no es á título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio, porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado. Suponed ahora que el buey del uno ha perecido en poder del otro por una culpa levisima. En tal caso no se pueden aplicar los principios ni del comodato, ni del mutuo, ni de ninguno de los contratos que tienen nombre; y aquel en cuyo poder el buey ha perecido, no será responsable de la pérdida, sino en el caso de una culpa que traiga responsabilidad en los contratantes interesados por una y otra parte» (**art. 512 y nota del codificador al art. 1485**).

Art. 1148. Con la resolucion de este artículo creemos concluir con las innumerables cuestiones sobre promesa de ventas y otros contratos. Troplong, *Vente*, sobre el art. 1589, nos hace ver que el Cód. Frances no ha resuelto esas cuestiones, y ni él las resuelve despues de proponerlas y de consagrarles largas páginas.

Zachariæ enseña que no es necesaria la determinacion de la persona, que todos los que ejercen públicamente un comercio ó una industria, y que anuncia al público los efectos que venden y los precios de ellos, están obligados á la venta desde que se presenten compradores. Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 61, sostiene la doctrina del artículo con la sola escepcion de los títulos al portador, que como se ha visto, pertenecen al derecho público (**nota del codificador al Inc. 6 del art. 731**). Cuando una persona ofrece una recompensa al que le restituyese una suma perdida, ó que se ofrece un premio por un descubrimiento útil, ó cuando en un remate se ofrece una cosa por un precio cierto, la indeterminacion que se presenta es solo en el tiempo en que el contrato se prepara, y no en el tiempo mismo en que el contrato se concluye. Entónces ya hay una persona determinada.

Art. 1149. Los herederos de aquel á quien la proposicion se ha dirigido, no tienen derecho á aceptar la propuesta con efecto respecto al proponente, porque pueden mediar consideraciones personales (**art. 924**), al tratarse de un contrato (**art. 1148**), y porque no es lo

mismo obligarse, ó que se obligue una sola persona, ó que sean varias las que deban cumplir el contrato.

Art. 1150 á 1154. Cuando quede formado el contrato por correspondencia, es materia que ha dividido á los juriconsultos franceses. Las Leyes Romanas no presentan ninguna resolucíon sobre esta delicada cuestíon. La doctrina en que se funda nuestro artículo es sostenida por Aubry y Rau, § 343 y nota 3, letra a. Por Zachariæ, § 613.—Duranton, tom. 16, nº 45.—Marcadé, sobre el art. 1108, y por otros escritores. Pero Troplong, *Vente*, tom. 1, nº 22.—Merlin, *Vente*, § 1.—Dela-marre, tom. 1, nº 247.—Toullier, tom. 6, nº 29, y Maynz, § 284, nota 10, enseñan que la conclusíon del contrato no sucede hasta el momento en que la respuesta afirmativa llega á poder del que ha hecho la proposición; y que hasta entónces cada uno de ellos puede cambiar de voluntad. El juriconsulto Cadres entró en la cuestíon combatiendo victoriosamente la opinión de Troplong en un artículo que se encuentra en la Revista de la Legislación de Fœlix, año 1844, pág. 268. Entre otros fundamentos, dice: «Que siguiendo los principios de Troplong, el que ha aceptado la propuesta, tendria que esperar que le llegara la conformidad del que la hizo, y entónces nunca habria concurso de voluntades por correspondencia. Seria querer encontrar el fin de un círculo.

Art. 1160. Ténganse presentes los artículos 54 á 57, donde están designadas las personas que tienen incapacidad absoluta, ó incapacidad relativa.

Art. 1169. La Ley Romana dice: *ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia tui præstare possunt*. L. 9, § 2, Tit. 7, Lib. 40, Dig. Si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaria éste autorizado á pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no seria suficiente para darle una acción, á menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral (**1.ª de la nota al art. 1137**).

Art. 1186. La cláusula por la cual las partes convengan en consignar sus convenciones en un acto bajo forma privada ó de que consten por escritura pública, no hace depender la existencia de ellas del cumplimiento de estas formalidades en los contratos en que las leyes no las exigen. (**Véase art. 1187**.) Una cláusula de esta naturaleza debe en general ser considerada, como que solo tiene el objeto de asegurar la prueba de la convención á la cual se refiere.

Art. 1196. Marcadé sobre este artículo (**art. 1166 frances**).[trata esta materia perfectamente y resuelve todas las dificultades que parece presentar.

Art. 1200. Nada hay mas inexacto que decir, como dice el artículo 1134 del Código Frances, que las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, ó por las causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaria en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente,

de modo que se juzgase que nunca habia sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, ó retirar los derechos reales que hubieren trasferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice: es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. La trasferencia del dominio, las servidumbres impuestas, si se trata de bienes raíces, todo queda sin efecto alguno como si el contrato no se hubiese celebrado.

Art. 1202. El Código Romano parece conforme con la disposicion de nuestro artículo, pero claramente el testo de la Inst., Proemio, Lib. 3, Tit. 24, y la L. 17, Tit. 21, Lib. 4, del Cód. no hablan del contrato ya perfecto, sino del principiado. La L. 2, Tit. 10, Lib. 3, F. R., no permite arrepentirse al que recibió la señal, pero sí al que la dió, perdiéndola. La Ley 7, Tit. 5, Part. 5ª, es al parecer conforme con nuestro artículo. El Cód. Frances, art. 1590, copiado en todos los otros Códigos, habla solo del caso en que hubiese promesa del contrato, y no puede ser de otro modo, porque segun ese Código por solo el contrato quedará ya adquirida la propiedad. Troplong, *De la Vente*, tom. 1, nº 135 y siguientes, esponen, en largas disertaciones, teorías sobre las arras en los contratos que no presentan resultados claros, de las cuales nos hemos apartado.

Art. 1205. Por la naturaleza del contrato se entiende aquellas cualidades que propiamente le corresponden, y que por la ley ó costumbre siempre lo acompañan, ó son inherentes al contrato. Si un contrato, es ó no condicional, ó absoluto, si es contrato principal ó accesorio; si es limitado ó general en sus efectos, todo esto pertenece á la naturaleza del contrato, y depende de la ley ó costumbre del lugar en que se ha hecho.

Por la ley de algunas naciones hay ciertos contratos mancomunados que obligan á cada parte *in solidum*, que en otros son simples mancomunidades que solo obligan á la correspondiente porcion. En tal caso, la ley, del lugar del contrato rige la naturaleza del contrato, no habiendo estipulacion espresa. Pothier, en el *Tratado de las Obligaciones*, nº 7, esplica estensamente y con diversos ejemplos lo que debe entenderse por naturaleza de los contratos, aunque no haya estipulacion sobre ellas.

Decimos tambien, que las leyes del lugar en que se ha celebrado el contrato, rigen las obligaciones que él produce. Saponet, como sucede en diversas naciones, un contrato sobre el pago de la obligacion de un tercero en un país donde la ley sujeta tales contratos á las condiciones tácitas: que, 1º el deudor y sus bienes han de ser ejecutados ántes de ocurrir al garante de la obligacion, cuando en el país donde ha de ser ejecutado el contrato, hace solidario al fiador como sucede en la Republica respecto de los créditos fiscales. En ninguna nacion seria el contrato ejecuta-

do de otro modo que del que estaba prescrito por la ley del lugar en que se celebró. Así también, si una obligación es meramente obligación accesoria por la ley del lugar del contrato, en ninguna parte debe juzgarse como obligación principal. (Story, desde el § 263 hasta 267 inclusive). **(Véase arts. 1206 y 1207.)**

Arts. 1206 y 1207. Estas excepciones resultan de la consideración que la autoridad de los actos y contratos hechos en otros Estados, como también sus leyes por las cuales los contratos son regidos, no son de un estricto derecho, ni son eficaces fuera del territorio de cada Estado por un derecho propio, sino por atención y consideración debida á las naciones. Cada pueblo independiente debe juzgar por sí mismo donde la urbanidad y la consideración á otros pueblos le permiten dar ejecución á las leyes de un país extranjero (**doctor Alcorta, Cap. IV, tom. 1º**). Ciertamente que la limitación mas justa es: que el reconocimiento de la autoridad de esas leyes no sea perjudicial á la nación, ó á los habitantes de ella. Suponed, dice Story, que un ciudadano de los Estados Unidos, hallándose en país extranjero, recibe un documento á su favor por una cantidad de dinero, que debe pagarle un nacional de ese país; y que la ley de ese país hubiese declarado una deliberación de las deudas por la entrega de los bienes que posea el deudor, á los acreedores que estén en el Estado, sin necesidad de dar conocimiento á los acreedores que estén fuera del territorio. La obligación del deudor sería ejecutada en los Estados Unidos, no obstante la liberación obtenida bajo tal ley. Aunque deba presumirse que el acreedor conoce las leyes del lugar donde hace un contrato, esa presunción, sin embargo, es fundada sobre otra, á saber: que estas leyes no sean evidentemente parciales, injustas y destinadas á proteger á los acreedores que se hallen dentro del Estado, á costa de los que están fuera del territorio. Tales leyes caen bajo la conocida regla de que las leyes que son admitidas en los Tribunales del país en que no han sido hechas, con aquellas que no son injuriosas al Estado, ó á los ciudadanos del Estado. (Story, *Foreign Contracts*, núms. 244 y 351.)

Es una máxima de la moral y del derecho que el respeto y consideración á las leyes de una nación extranjera no pueden comprender los casos en que se violen las leyes de la naturaleza, ó las leyes divinas. Los contratos, pues, que son en fraude de las leyes de su país, ó de los derechos ó deberes de sus nacionales: los contratos contrarios á la moral, ó á la religión: los contratos opuestos á la política ó instituciones, son nulos en todo país afectado por ellos, aunque pueden ser válidos por las leyes del lugar en que se han celebrado (**art. 14**).

Art. 1203. Story, §§ 245 y 257, sostiene la resolución del artículo como un principio de moral que debían reconocer todas las naciones. Desde el siglo pasado, Pothier (Seguros, nº 58) habia censurado como inconsistente con la moral y buena política, la práctica de algunas naciones, que daban efecto á los contratos hechos en su territorio para violar las leyes comerciales de otros países, creyendo favorecer al comercio nacional. Ciertamente que una nación no está obligada á cuidar del cumpli-

miento de las leyes de un país extraño. No castigará sin duda á los que hubiesen formado sociedades para introducir contrabandos en un pueblo vecino; pero si ese contrato se lleva á juicio por alguna causa, ó si algun socio deja de cumplirlo, sería una resolución extranjera de un tribunal de justicia la que hiciese cumplir tales contratos.

Arts. 1209 y 1210. Story, *Foreign Contracts*, núms. 242 y 280.—La Ley Romana decía: *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligaverit.* (L. 21, Tit. 7, Lib. 44, Dig.)—Story refiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un caso entónces reciente, así lo habia juzgado, estableciendo como un principio general, que los contratos hechos en un lugar para ser cumplidos en otro, son regidos por las leyes del lugar de la ejecución.

Art. 1211. Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar de instrumentos públicos, no se exige que precisamente sean hechos por notarios, ó escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fe pública, que imprimen autenticidad á los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras, como Austria, Prusia, etc., en las cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad á los actos, y los notarios se limitan á protestas de letras, ó á recibir los contratos de las personas que no saben escribir. Respecto de los contratos hechos en estas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público (**art. 979**).

Arts. 1215 y 1216. Sobre los efectos de los contratos hechos fuera del Estado, para ser cumplidos en él, y sobre los efectos de los contratos hechos en el territorio de la República para ser ejecutados fuera de ella, como sobre todas las cuestiones incidentes en la materia, véase á Story, *Conflict of Laws*, Cap. 8. (**Véase la erudita obra del doctor Aleorta «Derecho Internacional Privado», sobre el art. 8 del Cód. Civil.**)

TÍTULO II

De la sociedad conyugal

Art. 1264. En algunos Códigos y en muchos escritores se dispone que los bienes donados ó dejados en testamento al marido y mujer conjuntamente pertenecen á la sociedad. Bello, en una nota al Tit. 22 del Código de Chile, dice así: «No es lo mismo pertenecer una cosa á la sociedad, que pertenecer á los dos cónyuges en comun. Un ejemplo lo manifestará: Se lega una hacienda á ambos cónyuges. Mientras está *pro indiviso*, la mujer tiene tan real y verdadero dominio en ella como el marido; y el marido no puede enajenar la hacienda, sin las formalidades necesarias para la enajenación de los bienes raíces de la mujer (**art. 1249—1252 y 1253**), al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el solo dominio de

ella, que es como cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiese pertenecido *pro indiviso*, la division le habria dado el dominio esclusivo de la mitad de una cosa social, lo cual, mientras dura la sociedad es contra derecho. La hacienda, como propiedad de ambos cónyuges, puede, durante la sociedad, dividirse entre ellos, si fuese haber social no podria dividirse».

Art. 1316. El caso del artículo, muy comun hoy en América y en Europa, ha dividido á los juriscultos. Toullier, tom. 1, nº 665.—Duranton, tom. 2, nº 373, y Vazeille, tom. 1, nº 285, juzgan que el partido mas racional es considerar las adquisiciones hechas durante la cohabitacion con cada mujer, como el resultado de una sociedad tal, que hubiese podido existir entre personas estrañas, y dividir las ganancias, no segun las reglas de la sociedad conyugal, sino segun las reglas generales del contrato de sociedad.

La comunidad de la primera mujer abraza toda la duracion del matrimonio, y continúa hasta la muerte del marido, no obstante la union indebida contraida por él; por consiguiente, todos los bienes adquiridos despues del segundo matrimonio, son para ella como los adquiridos antes: su derecho no puede disminuirse, ni por el crimen del marido, ni por el error de la segunda mujer (**art. 230**).

Es verdad que el matrimonio putativo produce los efectos civiles respecto al esposo de buena fe (**art. 231**), pero no á costa de los efectos de un matrimonio legitimo. La segunda mujer tendrá sus gananciales, pero salvados que sean los de la primera y legitima esposa.

Tratar la bigamia, cuando ha habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, como una sociedad particular que el marido hubiese contraido como administrador de los bienes del matrimonio legitimo, es una idea contraria á todo derecho. El marido tiene facultad para contratar una sociedad con terceros; él entónces hace un contrato lícito, y los terceros con los que contrata, saben que forman una sociedad cuyas cláusulas y condiciones conocen. Pero en el caso del artículo, no hay esta sociedad especial con la segunda mujer, y el bigamo sabe que comete un crimen, que forma una sociedad ilícita (**art. 1655 y siguientes**), cuya causa es contraria á las leyes y á las buenas costumbres. Coin Delisle ha tratado estensamente la materia en una disertacion que se encuentra en la *Revista Critica de Legislacion*, tom. 5, pág. 216.—Lo mismo Marcadé, sobre el artículo del Cód. Frances, 202, nº 4.—Demolombe, tom. 3, nº 377.—Aubry y Rau, § 460. Estos autores enseñan lo que dispone el artículo.

TITULO III

Del contrato de compra-venta

Art. 1324. Por las Leyes Romanas tambien era permitida la espropiacion por causa de utilidad pública. LL. 13, Tit. 4, Lib. 8 y 12, Tit.

7, Lib. 11, Dig. La espropiacion por causa de utilidad pública tiene lugar no solo respecto de los inmuebles, sino aun de los muebles de primera necesidad, por ejemplo, los granos, aceite, etc. Tit. 27, Lib. 10, Cód. Romano. La ley especial fijará todas las condiciones de la espropiacion, para determinar y pagar el precio (**art. 2511 y su nota**), como tambien lo que ha de espropiarse. En este último punto las leyes son muy diversas en las naciones. En los Estados Unidos, solo hay tres causas para espropiacion forzada, que son: calles y caminos públicos, canales de navegacion y caminos de hierro.

Art. 1325, L. 4, Tit. 45, Lib. 8, Cód. Romano. Aunque la *dacion en pago* parece tener una completa analogía con la venta, cuando la cosa se da en pago de una deuda de una suma de dinero; sin embargo se diferencian en el fin, pues el que da la cosa trata solo de su liberacion y no la entrega como vendedor. Uno de los efectos que de esto resulta, es que si el que da la cosa en pago prueba despues que ha pagado por un error, puede repetir, no el precio por el que la cosa aparece enajenada, sino la cosa misma (**art. 784**), pues que el tenedor de ella no la ha recibido sino á titulo de acreedor, cuando en el caso supuesto no lo era en verdad, y el pago habia sido indebido. En estas consideraciones se funda la resolucion de la última parte del artículo.—Véase Troplong, *Vente*, n° 7.—Pothier, *Vente*, núms. 603 y 607 --Marcadé sobre el art. 1583 del Cód. Frances.

Art. 1327. La palabra *cosa* se toma en el sentido mas estenso, abrazando todo lo que pueda ser parte de un patrimonio, cosas corporales ó derechos (§ **6 de la nota del art. 1493**), con tal que sean susceptibles de enajenacion y de ser cedidos (**arts. 1435, 2311 y nota á dicho artículo**). El derecho de hipoteca puede así ser vendido; pero solamente con el crédito de cual es accesorio (**art. 3120 y nota**). Una consideracion análoga se aplica á las servidumbres prediales que no pueden cederse sino con el predio á que son inherentes (**art. 3006**). Las servidumbres personales no son enajenables, porque son inherentes á la individualidad del titular; mas el usufructuario puede ceder el ejercicio de su derecho, y si lo hace por un precio, esta cesion constituye una verdadera venta (**arts. 1435 y 2870**). Lo mismo decimos de la convencion por la cual se constituye una servidumbre cualquiera por un precio en dinero (**art. 2977**).

La venta de las cosas futuras, como los frutos que nacerán, ó los productos de una fábrica, es una venta condicional, si los frutos llegan á nacer (**art. 1173**), entónces ella produce un efecto retroactivo al dia del contrato.

Art. 1329. Marcadé sobre el art. 1299 discute largamente la parte del artículo que niega al vendedor toda accion para demandar la nulidad de la venta.—Duvergier, *Vente*, n° 220, enseña que puede hacerlo, cuando ha vendido de buena fe.—Zacharie, tom. 2, pág. 501, decide que prescindiendo de la buena ó mala fe del vendedor, pueda oponer la nulidad, como escepcion; pero nunca como accion.—Troplong, *Vente*, n° 238, enseña que no lo puede en ningun caso. Marcadé agrega en el lugar ci-

tado, que puede oponer la nulidad del contrato ántes de entregar la cosa; pero no despues de haberla entregado.

Art. 1331. En el caso del artículo no hay precio convenido por la porcion del vendedor (**arts. 1323 y 1350**).

Arts. 1340 hasta el 1343. Marcadé trata estensamente la materia de estos artículos en el comentario al art. 1586 del Cód. Frances, ejemplificando todos los casos que contienen.

Art. 1389. El comprador no puede decir que ha comprado un cuerpo indivisible, pues que él mismo entró voluntariamente en la comunión de la cosa.

Art. 1408. Las obligaciones del vendedor están en su mayor parte establecidas en el Título *De las obligaciones de dar* (**arts. 578 y siguientes**).

Art. 1432. En el artículo 1203 del Título *De los contratos en general*, hemos establecido que la condicion resolutoria, puede estipularse en los contratos, reservándose cada una de las partes la facultad de no cumplirlo, si la otra no lo cumple. Es decir, que si el pacto comisorio no fuese espreso, no es entendido en los contratos bilaterales, y cada una de las partes solo tendrá derecho á pedir la ejecucion del contrato. El Cód. Frances, en el artículo citado dispone lo contrario: que la condicion resolutoria es siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso que uno de los contratantes no cumpliera su obligacion. Esta resolucíon del Cód. Frances, es aceptada por los Códigos tambien citados. Pero el Cód. de Austria, art. 919, dispone lo siguiente: «Cuando una de las partes no cumpliera el contrato, la otra no puede pedir su resolucíon sino únicamente compelerle á su cumplimiento.» Nosotros seguimos en esta parte el Cód. de Austria. En las Leyes Romanas no hay disposición espresa sobre la materia. La Ley de Partida parece en efecto disponer lo mismo que el Cód. Frances, dice así: *Muévense los omes á las vegadas á vender sus cosas, por pleyto que les fazen ante en las vendidas, ó por cosas que les prometen; de modo que si esto no les prometiessen, de otra guisa no las querrian vender. E por ende dezimos que quando alguno vendiessen su cosa sobre tal pleyto, que conviene en todas guizas que el pleyto sea guardado. Casi no lo guardassen de la manera que fué puesto, desfazerse y ha por ende la vendida.*

Las condiciones resolutorias tácitas no nacen de los contratos. Los que compran y venden, aplazando el pago del precio, y no ponen la cláusula, ó la condicion resolutoria del pacto de la ley comisoria, nada estipulan respecto á la resolucíon del contrato; no hay en este caso una ley especial del contrato que en el hecho de faltar á ella una de las partes, lo deje sin efecto. Solo hay, pues, lugar á la accíon que da el contrato con los daños é intereses que debe satisfacer el que no lo cumpliera.

TÍTULO IV

De la cesíon de créditos

Art. 1445. Las acciones fundadas sobre derechos personales no son cesibles, por la razón de que el ejercicio de esos derechos es inseparable

de la individualidad de la persona. En el antiguo derecho habia casos en que el tutor podia ceder su derecho de tutela. Pero es cesible toda accion resultante de los derechos de obligacion, cualquiera que sea el origen de la obligacion, bien provenga de convencion, de delitos, ó de cualquiera otra causa, y sin distincion entre obligaciones puras, condicionales, á término, inciertas ó alternativas. Puede tambien cederse la accion que tenga por fundamento una obligacion natural; pero en tal caso, el cesionario no puede hacer valer sino las escepciones propias de esta clase de obligaciones, y las acciones resultantes de derechos accesorios relativos á ella, como la fianza.

Á la doctrina que es cesible toda accion resultante de los derechos de obligacion, se ha opuesto que no podemos ceder derechos respecto de los cuales hay obligaciones inherentes. Es verdad que nosotros no podemos ceder á otro las relaciones obligatorias que nacen, por ejemplo, de un contrato de sociedad, mas esto depende de que esas relaciones comprenden casi siempre prestaciones inseparables de la individualidad de las personas interesadas. Pero si tal particularidad no se encontrase en un caso dado, si la accion *pro socio* no tuviese ó no pudiese tener otro resultado que obtener una suma de dinero sin prestacion reciproca, ella seria perfectamente cesible, aunque comprendiese todas las relaciones sociales existentes. Nadie contestaria la cesion de la accion del comprador de una cosa para que ella se le entregase, aunque no hubiese pagado el precio, porque el pago puede hacerlo tanto el cesionario como el mismo comprador. Véase Mayuz, § 274.

En cuanto á los derechos reales, diremos que la reivindicacion (**art. 2758**) fundada sobre el derecho de propiedad es cesible, que tambien lo es la accion negatoria, aunque es imposible ceder la parte principal y esencial, es decir, la comprobacion de la propiedad libre; pero el propietario puede constituirse en *procurator in rem suam* á efecto de recibir el importe de los daños é intereses, á que la parte contraria puede ser condenada. La accion confesoria (**art. 2795**) tambien es cesible, no en su elemento principal, el reconocimiento del derecho, sino en la parte pecuniaria de la condenacion, que se refiera á los daños é intereses, á los frutos que han podido ser percibidos, etc., etc. La accion hipotecaria es cesible, mas ella es inseparable de la hipoteca, la cual es un accesorio del crédito que tiene por objeto garantir.

Art. 1446. Para impedir á los especuladores comprar créditos á vil precio, é impedir las vejaciones que por este tráfico se causaban á los deudores, el Emperador Anastasio estableció que el cesionario pudiese en ningun caso exigir del deudor mas de lo que hubiese pagado para adquirir el crédito comprendiendo los intereses del crédito (**notas al 767**). La Ley Anastasiana fué confirmada por Justiniano. L. 23, Tit. 35, Lib. 4, Cód.

El Derecho Romano prohibia la enajenacion de las cosas litigiosas, y por consiguiente una accion no era cesible desde que estaba intentada. —L. 2, Tit. 37, Lib. 8, Cód.

Art. 1459. Zachariæ, respecto á la resolucion del artículo, dice: «Mién-

tras que el cesionario no haya embargado, ó h chase propietario del crédito, el cedente mismo puede exigir el pago, sin que el deudor cedido pueda oponerle la cesion que ha hecho. Por la misma razon, mi ntas que el cesionario no ha hecho notificar la cesion, los acreedores del cedente pueden embargar el crédito cedido (**art. 1473**), y los otros cesionarios del crédito pueden adquirir sobre dicho crédito, por la notificacion que hicieran, un derecho de propiedad, que producirá su efecto aun contra el primer cesionario que no hubiese notificado la cesion al deudor (**arts. 1469 y 1470**).» (§ 691 y nota 13).

Arts. 1462 y 1463. El segundo cesionario, á pesar del conocimiento de la primera cesion, debia ser considerado como un contratante de buena fe, si hubiese tenido razones suficientes para creer que esa cesion no era sincera. Es entendido que no se podria jamas prevaler contra los acreedores que hubiesen embargado el crédito del conocimiento que ellos hubiesen tenido ántes del embargo, de la existencia de una trasmision no notificada, ni aceptada (**art. 1470**). Véase Aubry y Rau, nota 13, al § 359 bis.

Art. 1465. Sobre la resolucion de este artículo, hay una gran cuestion entre los jurisconsultos.   El cesionario en este caso adquiere la propiedad del crédito, respecto á los que despues de la notificacion del traspaso lo quisieran tambien embargar? Por la afirmativa y en conformidad con nuestro artículo; Zachari , § 691.—Troplong, n  926.—Duranton, tom. 16, núms. 500 y siguientes.—Duvergier, tom. 2, núms. 201 y siguientes. En contra, Mourlon, *Revista de Derecho*, 1848, pág. 161.—Marcadé, sobre el art. 1691, y otros muchos. Zachari , en el párrafo citado, nota 16, discute estensamente las diversas opiniones, sosteniendo la resolucion que damos en el artículo. Así, la cesion no tendrá efecto respecto al que hubiese hecho embargar el crédito; pero pagado éste, lo restante no entra en concurso, sino que pertenece al cesionario.

TÍTULO V

De la permutacion

Art. 1485. La convencion por la cual las partes se prometiesen el uso de una cosa, por el uso de otra,   servicios por otros servicios, no constituiria un cambio (**nota al art. 1143**). Para la permutacion es necesaria la trasmision de la propiedad de un cuerpo cierto. La obligacion accesoria que puede ser impuesta   una de las partes, de bonificar   la otra con la adicion de una suma de dinero para igualar los valores de las cosas cambiadas, no desnaturaliza el contrato, cuando la suma dada sea menor   igual al valor de la cosa. Si fuese mayor, el contrato seria de venta (**art. 1356**). Véase Aubry y Rau, § 360.—Troplong, *Echange*, número 5.

TÍTULO VI

De la locacion

Art. 1493. Marcadé, en el comentario al artículo 1708 del Cód. Francés, trata estensamente de la denominacion en el contrato de *locador* y *locatario*, la única, dice, que evita todos los equívocos en las leyes, y las falsas doctrinas de los escritores sobre la materia.

La definicion que forma este artículo, evita la confusion que regularmente se hace de locacion con otros contratos nominados ó innominados.

Si una de las partes trasfiere á la otra por título oneroso el uso ó goce temporario de una cosa, con derecho real, el contrato será de usufructo **(art. 2807)**.

No será locacion la entrega de bienes al acreedor, para que use ó goce de ellos por un tiempo determinado en pago de su crédito. Una deuda que se pagase de esa manera, debía regirse por las reglas relativas al pago **(arts. 1325 y 1326)**.

Si el usufructuario, locatario, ó sublocatario del usufructo tratasen con el propietario de la cosa la trasferencia del uso ó goce de ella por tiempo igual al del usufructo, aunque el precio fuera pagadero en prestaciones periódicas, y aunque en el contrato se espresase que el usufructuario arrendaba la cosa al propietario, no sería un contrato de locacion, sino de consolidacion del usufructo. Puede tambien haber un distracto de locacion, bajo todas las apariencias de arrendamiento; pero no por eso el contrato sería de locacion **(art. 1200)**.

El contrato por el cual una de las partes transfiriese á otra por un precio cierto, y en prestaciones sucesivas, y por tiempo determinado, los frutos ó productos de un bien raíz, no será locacion, sino venta de frutos **(última parte de la nota al 1327)**.

El contrato por el cual una de las partes transfiriese por un precio en dinero, el derecho de percibir temporalmente rentas ó cualesquiera prestaciones periódicas, aunque las partes lo llamen arrendamiento, como lo llaman las leyes de España, no sería en realidad sino una cesion de créditos **(nota al 1327, y art. 1435)**. Se hallan en este caso los contratos de los particulares con los gobiernos para percibir algunas rentas públicas. Lo mismo decimos que sería una cesion judicial de crédito, el remate ó adjudicacion, en virtud de una sentencia, del derecho á percibir alquileres, rentas ó cualesquiera otras prestaciones.

Si el precio en un contrato de arrendamiento consistiera en una cantidad de fruto de la cosa, no sería locacion sino un contrato inmediato. Si la cantidad de frutos fuese una cuota proporcional, respecto al todo que produzca la cosa, sería un contrato de sociedad, aunque las partes lo llamaran arrendamiento **(art. 1648)**.

Si una de las partes transfiriese el uso ó goce temporal de una cosa, y

la otra parte le transfiriese el uso ó goce de otra cosa, sería un contrato innominado (**notas al 1143 y al 1165**).

Si una de las partes transfiriese el uso ó goce de una cosa, transfiriéndole la otra el dominio de otra cosa, sería también un contrato innominado.

Si la trasferencia del uso ó goce que hiciera una de las partes, fuese porque la otra se obligara á presentarle un servicio, ó por un servicio que le hubiese prestado, también sería un contrato innominado.

Si la trasferencia del uso ó goce temporario de una cosa, se hiciese, no obligándose la otra parte á pagarle un precio, ni á entregarle cosa alguna, ni á prestarle un servicio, el contrato sería un comodato (**art. 2255**).

Art. 1478. De la resolucion del artículo citado del Cód. Frances, deduce Troplong, que la locacion crea un derecho real para el locatario. «El derecho conferido al locatario por el locador, dice, sobrevive á la calidad de propietario del locador; tiene su existencia independiente, y se ejerce por todo el tiempo del contrato contra todo propietario de inmueble. Si, pues, el nuevo propietario del inmueble está obligado á respetar el derecho del locatario, sin haber contratado con él ninguna obligacion, es sin duda porque el derecho del locatario afecta á la cosa, porque existe contra esa cosa, y no contra la persona, porque es un derecho real, y no como era ántes un derecho personal, que tenía por correlativo la obligacion personal del locador. En una palabra, el adquirente de un inmueble sometido á un arrendamiento, está obligado á respetar este arrendamiento; y solo puede serlo por una de dos causas, ó por una obligacion personal, ó por un derecho real que afecte á la cosa que ha adquirido; y pues que el adquirente nada ha prometido, ni ha contraido obligacion, alguna, la obligacion de respetar el arrendamiento, procede de que existe sobre la cosa un derecho real, un *jus in re* á favor del locatario».

Troplong olvida que el contrato explicito no es la única causa de las obligaciones, y que éstas nacen de varias otras causas: el contrato tácito, el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito y la ley. Sin duda, el que compra un inmueble que está arrendado contrae formalmente la obligacion de respetar el arrendamiento, pues debe saber que por la ley no puede desalojar al locatario.

Conciente implicitamente en mantenerlo en el goce de la cosa. La existencia del derecho real es imposible, pues que no hay sino un crédito por una parte, y una obligacion por la otra. El usufructuario tiene por sí el derecho de gozar de la cosa, y el arrendatario tiene derecho de hacer ejecutar por el propietario su obligacion personal de hacerlo gozar (**art. 1511**). El propietario está obligado á entregar la cosa en buen estado, á mantenerla en ese estado, á hacer todas las reparaciones mayores, á pagar las contribuciones impuestas á la cosa; mientras que respecto al locatario, ni aun sombra de un derecho real aparece en los efectos del contrato. Si el inmueble alquilado se ha enajenado con pacto de retro-

venta, llegado el caso, desaparecen las servidumbres é hipotecas, todos los derechos reales constituidos sobre el inmueble, y solo queda firme el arrendamiento que hubiera hecho el que adquirió la cosa con pacto de retroventa, porque él no es uno de los elementos del dominio, y reposa sobre la obligación tácitamente aceptada por el nuevo propietario.

Art. 1500. Á diferencia de los otros contratos puede alquilarse un coche, un caballo, sin determinarse precisamente cuál sea (**art. 1170**).

Art. 1501. Hay cosas que no son susceptibles del contrato de venta, y que lo son del de locacion, por ejemplo, algunos bienes del dominio público. No se puede, sin duda, alquilar las cosas que están en el dominio público, como las plazas, los caminos, etc.; pero sucede muchas veces que los pueblos alquilan provisoriamente algunos lugares necesarios para objetos útiles á los viajeros ó transeuntes que se estacionan sobre la vía pública; mas estas concesiones deben siempre hacerse de modo que no impidan el uso libre del camino, ó de la plaza. Una iglesia, mientras está consagrada al culto, no es susceptible de locacion, sin embargo, se pueden alquilar en ella, bancos, sillas, etc., porque el destino principal del lugar no se encuentra afectado. Pueden alquilarse ciertos accesorios, ciertas desmembraciones de las cosas que están fuera del comercio, porque el fundo queda con afectacion y destino público.

Así tambien hay cosas que aunque puedan venderse, no pueden alquilarse, como son las cosas que se consumen con el uso. L. 3, § 6, Tit. 6 Lib. 13, Dig.

Aun podemos alquilar nuestras cosas cuando por la ley, por contrato ó por sentencia judicial, estamos privados del uso, ó usufructo de ella.

Art. 1505. En casi todos los Códigos se permiten los arrendamientos hasta 99 años, ó por determinadas vidas. Los principios sociales de las monarquías europeas podían permitirlo como permitian la prohibicion de vender, cuando el testador ó el contrato la imponian. Un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de treinta, cuarenta, ó noventa años, seria sumamente embarazoso para la enajenacion de las cosas, y para su division entre los diversos comuneros, que por sucesion viniesen á ser propietarios de la cosa. Tanto por una razon de economía social, como por no impedir la trasferencia ó enajenacion de las cosas, ó por no embarazaz la division en las herencias, hemos juzgado que no debian permitirse los arrendamientos que pasen de diez años. El Derecho Romano y el Español daban al arrendamiento de mas de diez años el carácter de usufructo, y así en verdad venia á ser por la necesidad de dar al arrendatario un derecho real, desde que debia suponerse que los dueños de la cosa arrendada serian muchísimas personas en los arrendamientos de treinta ó cuarenta años.

Art. 1506. Véase L. 20, Tit. 8, Part. 5ª—Pothier, nº 28, pone algunos ejemplos del caso del artículo. Si se arrendó un estanque, en el cual no es costumbre pescar sino cada tres años, el arrendamiento, cuando el tiempo no esté determinado, será de tres años. Cuando se arrienda una

heredad de bosque de corte, dividiendo los cortes por años, haciéndose un corte cada año, si el arrendamiento no tiene tiempo determinado, se juzga hecho por tantos años, cuantos son los cortes.

Art. 1510. Como las que se han puesto á los menores emancipados por el art. 135.

Art. 1511. Como la del art. 300, puesta á los padres en los arrendamientos de los bienes de sus hijos, y como la del art. 443, puesta á los tutores, sobre el arrendamiento de los bienes de los menores.

Art. 1513. Por consiguiente, los tutores y curadores no pueden serlo de los bienes de los menores ni con licencia judicial, como ya está dispuesto, art. 450, ni los empleados de las municipalidades de los bienes municipales, ni los jueces y empleados públicos de bienes en que ejerzan su ministerio, ni los administradores de establecimientos de utilidad pública, de bienes pertenecientes á esa personas jurídicas, ni los administradores de bienes ajenos, de los que están bajo su administracion, pues á todos estos, en el Título *De compra-venta*, les está prohibido ser adjudicatarios de los bienes sobre que ejercen su ministerio.

Art. 1515. Marcadé dice: «El que me alquila piezas en una casa, no podrá despues poner en ella una casa de juego ó de prostitucion, ni de ninguna profesion que me haga incómodas y poco convenientes las piezas alquiladas.»

El locador responde, dicen los juriconsultos Aubry y Rau, de los impedimentos puestos al goce de la cosa alquilada, sea por actos de fuerza mayor, sea por actos de terceros, ejecutados en el limite de su derecho (**arts. 1521 y 1522**). Si, pues, yo he alquilado un teatro, y la autoridad pública manda cerrar los teatros por algun tiempo, la ejecucion del contrato, el pago del arrendamiento, debe tambien suspenderse, § 366, nº 3, letra D.—Lo mismo Troplong, núms. 185 y siguientes.

Arts. 1519 y 1520. Por el Cód. Frances, art. 1724, seguido por todos los Códigos de Europa, el locatario debe sufrir las reparaciones que se hagan, aunque le priven de una parte de la cosa, sin tener derecho á la disminucion del precio, si la obra no durase mas de cuarenta dias; pero para tal disposicion no se presenta razon alguna, pues la obligacion no nacería de actos suyos, ni por razon de cosas de su propiedad.

Art. 1522. Marcadé, sobre el art. 1722, dice: «cuando en tiempo de guerra, el locatario es obligado á dejar su habitacion, ó si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policia sanitaria no lo permitiese, el locatario, segun las circunstancias, podrá, ó hacer rescindir el contrato, ú obtener la disminucion del precio, ó la cesacion momentánea del pago del alquiler. Pero otra cosa seria, si el acontecimiento no fuera verdaderamente un caso fortuito, como si llegase á faltar el agua que haga moler un molino, y este suceso se hubiese reproducido por intervalos mas ó menos dilatados, ó si el caso fortuito no afectase á la cosa misma, como si en tiempo de guerra ó de peste, el

locatario cesase de ocupar la cosa por su voluntad, y solo por precaucion, y no por orden de la autoridad **(última parte de la nota al art. 1515).**—Véase Troplong, n° 227.

Art. 1525. En la venta el vendedor no está obligado, sino por los vicios existentes al tiempo del contrato. En el arrendamiento, el locador es garante de los que sobrevienen despues, porque en la venta, siendo trasferida la propiedad, los peligros son del comprador, mientras que en el arrendamiento, el objeto esencial, es el goce de la cosa, y por consiguiente, el propietario debe hacer cesar todas las causas anteriores ó posteriores que impidan este goce **(art. 1515).** Si yo, por una necesidad de mi oficio, he alquilado una casa bien alumbrada, y el propietario vecino hace un trabajo en la suya que me priva de mucha parte de la luz, tengo derecho para rescindir el contrato.

Art. 1547. El derecho de retencion, es el derecho de rehusar la entrega de una cosa que poseemos por otro, hasta ser pagados por aquel á quien la cosa pertenece ó le es debida, de una obligacion de que nos es deudor, por razon de esa misma cosa **(art. 3939).** La posesion actual es el antecedente indispensable para el derecho de retencion; pero es preciso que esa posesion se funde en otro titulo que el solo hecho de la posesion. El derecho de retencion es de una naturaleza particular, pues no se puede hacer valer en juicio, sino por via de escepcion. Cuando se ha perdido el hecho de la retencion, cuando ya no se tiene la cosa, no se puede reivindicar por via de accion, porque entonces el derecho está confundido con el hecho **(menos en el caso del art. 3944).**

Respecto á este derecho, se puede decir que nuestro dinero, nuestra propiedad se confunde con la cosa de otro, y que reteniendo ésta, no hacemos sino retener nuestra propia cosa, con un derecho igual al que autoriza á nuestro adversario á retirar la suya.

Art. 1554. No es preciso que un propietario se pronuncie espresamente sobre el destino que la cosa debe conservar; este destino está suficientemente espresado por el estado de los lugares, por el uso al cual la cosa habia servido hasta el momento del arrendamiento, y por la calidad del locatario con quien se ha hecho.—Duvergier, tom. 1, n° 396.— Cuando un local es alquilado á un individuo que ejerce una industria del género de las que han acreditado el local, por ejemplo, una posada, no conservaria el destino de la cosa, sino teniéndola de posada durante el arrendamiento. Si le daba otro destino, le haria perder sus parroquianos, y el propietario no podria en adelante obtener un alquiler ventajoso.

Art. 1572. El Cód. Frances y sus comentadores hacen una derogacion al derecho comun, cargando con la prueba al demandado, y por esto crean una presuncion de derecho, que el incendio siempre es producido por culpa de los que habitan la casa, presuncion desmentida mil veces por los hechos, pues lo mas comun es que sea por algun accidente inculparable á las personas que en ella se hallan.

Art. 1583. La cesion ó subarrendamiento de la cosa arrendada, es las

mas veces el medio que tiene el locatario para salvarse de una ruina, que vendria á perjudicar al locador, ó á concluir el contrato. «La posicion del locador no se empeora por el subarriendo, lejos de eso, se mejora, pues le da dos personas obligadas en lugar de una, porque él puede, si su locatario no le paga, obrar contra el tercero, deudor de su deudor, para que de otra manera fuese, seria preciso que el locatario primitivo quedase desobligado, lo que solo puede tener lugar consintiendo el locador (**art. 1596**).»

Art. 1586. La cesion de un arrendamiento es diferente del subarriendo. (Troplong, *Louage*, tom. 1, nº 129.—La prohibicion de subarrendar comprende la de no ceder el arrendamiento. El propietario que ha privado la facultad de subarrendar, ha privado con mayor razon, la de ceder el arrendamiento, que para él es mas grave.—Troplong, lugar citado, nº 133.—Duvergier, tom. 1, nº 375 —Igualmente la prohibicion de ceder el arrendamiento, importa no poder subarrendar (**art. 1597**). Sobre este punto ha habido opiniones diversas entre los jurisconsultos. Lo que interesa al que ha privado la cesion del arrendamiento, es no ver ocupado el lugar arrendado por otro que no sea el locatario de su eleccion. (**Véase 1598.**) Esta intencion debe siempre ser respetada. Troplong, nº 134.—Duvergier, lugar citado.

Decimos que la cesion es diferente del subarriendo, porque por la cesion, el tercero es puesto en lugar del locatario cedente, él adquiere exactamente los derechos que éste tenia, ni mas ni menos, y el título del uno viene á ser el título del otro, de manera que si las cláusulas particulares del arrendamiento estenden ó restringen los derechos ordinarios de todo locatario, el segundo locatario gozará de la estension ó sufrirá la restriccion de esos derechos. En la sublocacion, al contrario, el tercero no viene á ser locatario del propietario, sino locatario del locatario. Sus derechos respecto de éste, son los que la ley da á todo locatario, de manera que él no está obligado á sufrir las restricciones al derecho comun que el locatario hubiese aceptado, como tampoco podria invocar las estensiones que éste hubiese estipulado con el propietario (**arts. 1599 á 1601**).

Art. 1622. Es muy arbitrario crear una reconduccion, un nuevo contrato por la continuacion del arrendatario en el uso de la cosa, que las mas veces sucede por una mera condescendencia del locador. La variacion de los diversos Códigos en este punto, hace ver que sus disposiciones no partian de ningun principio juridico. La Ley Romana, 13, § 11, Tit. 2, Lib. 19, Dig., declaraba: *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione: non solum reconducisse videbitur. . . . sed hoc in colono ita accipiendum est, ut in ipso anno quo tacuerunt videantur eandem locationem renovasse: non etiam in sequantibus anni. In urbanis autem prædiis, alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit: ita et obligetur.* »

La Ley de Partida 20, Tit. 8, Part. 5ª, hacia suceder la reconduccion por solo tres dias que hubiese continuado el locatario en posesion de la cosa.

Los Códigos Frances, Napolitano y Holandes dan por hecha la reconduccion, si acabada la locacion, el locatario sigue disfrutando de la cosa arrendada, es decir, que por seguir un mes, por ejemplo, en el uso de la cosa, ya se entiende que comienza de nuevo un arrendamiento de cinco ó mas años.

El Cód. de Vaud, art. 1233, dice: «Si el arriendo hecho por escrito era por uno ó mas años, el tácito se renueva por uno solamente. Si era por menos de un año, se renueva por el mismo tiempo.»

El Código de Austria, por los artículos 1114 y 1115, conviene con el de Vaud, pero sin señalar término. Por el de Baviera, la continuacion en la posesion de la cosa, causa la reconduccion con las mismas condiciones de la locacion, art. 17, cap. 6, Lib. 4.

El de Luisiana exige, para la tácita reconduccion en los predios rústicos que el arrendatario continúe por un mes en la tranquila posesion del predio. El arriendo en este caso se prolonga por un año (art. 2658). En la locacion de casas, según el mismo Cód., basta la tranquila posesion por una semana, para que el arrendatario no pueda ser espulsado sin desahucio por escrito, quince dias ántes de espirar el mes comenzado (art. 2659).

Se ve, pues, que todo es arbitrario en las resoluciones de los Códigos citados.

Nosotros seguimos al Código de Prusia, que no admite la tácita reconduccion sin el consentimiento espreso del propietario.

Art. 1623. Las Leyes Romanas confunden muchas veces el arrendador y el arrendatario.—*Locutor, conductor*. Nosotros llamamos locador al que presta el trabajo ó la industria, y locatario al que paga el precio, lo mismo que en la locacion de obras.

Art. 1629. El art. 1158 del Cód. de Austria dice: «Cuando el propietario de la materia, hay un contrato de arriendo; pero si el trabajador la pone, es un contrato de venta.» Lo mismo disponen las Leyes Romanas—*Instit.*, § 4, Tit. 25, Lib. 3, y las Leyes de Partida—L. 1, Tit. 8, Part. 5ª.

Duranton, tomo 17, nº 250, y Duvergier, tomo 2, nº 335, resuelven que se debe considerar como un simple arrendamiento toda convencion, por la cual un obrero se encarga de hacer una obra, importando poco que ponga ó no la materia. Aubry y Rau, § 374, nota 2, sostienen que la convencion en el tal caso es de naturaleza mista; que hasta el momento de recibir la obra, las relaciones de las partes deben ser principalmente regidas por las reglas del arrendamiento, y que las de la venta deben aplicarse despues de recibida la obra. Troplong, *Louage*, nº 962 y siguientes, y nº 1015, sostiene que el contrato debe regirse por las leyes de la compra y venta. Este autor no toma en cuenta la parte de la convencion por la cual el empresario, prometiendo ejecutar una obra; se ha obligado á poner en ella todos sus cuidados, todas las precauciones que habia derecho de esperar de él según su profesion, obligaciones inaplicables, si solo el contrato importara la venta de la obra, cuando la obra

se acabara de hacer. Zachariæ, § 710, nota 10, trata estensamente de la materia.

No exigiendo nuestro sistema judicial, como exigia el Derecho Romano, la designacion del contrato, en virtud del cual la accion es intentada, no es necesario indagar si es venta ó arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga á hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, ó la materia principal para la obra, como el terreno en la construccion de una casa.

Art. 1630. Aubry y Rau, § 374, ponen el ejemplo en el caso que se encargase hacer una estatua dando el locatario el mármol. Si éste resulta no ser á propósito y que al acabar la obra se destruye por la mala calidad de la materia, el obrero no podrá cobrar precio alguno por su trabajo, si él no previno al locatario que el mármol dado no servia para la obra, pues que era de su obligacion saber si de aquella materia se podia hacer la estatua encargada.

Art. 1633. « El empresario que toma una obra por un tanto, carga con todos los trabajos que haya que hacer, y con todos los gastos previstos ó imprevistos, aun los que resulten por acontecimientos de fuerza mayor, antes de la entrega de la obra, ó antes que el locatario se hubiese constituido en mora de recibirla (**art. 1630**), son tambien á su cargo los gastos causados por cambios hechos al plan primitivo de la obra, aunque el empresario alegue que han sido indispensables, siempre que ellos no hubiesen sido autorizados por el dueño de la obra. »

TÍTULO VII

De la sociedad

Art. 1648. La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisicion hecha en comun, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, ó un resultado cualquiera, que dividirán entre sí. Así, los seguros mutuos, en los cuales cada uno de los asociados se obliga á soportar su contingente en los siniestros, que los otros puedan sufrir, no ofrecen ni la esperanza, ni la posibilidad de un beneficio, sino solo evitarse un mayor daño, no forman la sociedad del derecho civil. Lo mismo decimos de las convenciones tan comunes, de hacer aprovechar á los sobrevivientes de lo que hubiesen puesto los que primero murieron, pues que no hay entre los asociados division de beneficios. (**Véase art. 1654, Inc. 3.**) Lo mismo seria del contrato por el que dos vecinos comprasen en comun un terreno para proporcionarse un lugar de pascos, ó una máquina para explotarla privativamente cada uno á su turno. Troplong sostiene que en estos casos hay sociedad, porque hay un beneficio apreciable en dinero *Société*, n.º 131. Pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la division

entre los socios, condicion esencial de toda sociedad (**art. 1663 y su comentario**).

La utilidad debe ser apreciable en dinero (Cód. de Chile, art. 2055), y no una utilidad meramente moral. Las hermandades religiosas, las sociedades para objetos de beneficencia, no son sociedades civiles, aunque lleven el nombre de sociedades.—Sobre el artículo, véase á Troplong, sobre el art. 1832 del Cód. Frances.

Art. 1651. El Derecho Romano reconocia la sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, aun de aquellos que vinieran á los socios por donacion, herencia, ó legado.—L. 1, Tit. 2, Lib. 17, Dig.—Las Leyes de Partida aceptaron esta legislacion, con algunas modificaciones.—LL. 7 y 9, Tit. 10, Part. 5ª. Los Códigos Frances, Sardo, de Luisiana y Napolitano, admitieron tambien la sociedad universal de todos los bienes y ganancias, escluyendo los que vinieran á los socios por herencia, legado ó donacion. Pero el Cód. de Prusia, art. 176, tit. 17, parte 1ª, dispone lo contrario: «Una comunidad universal, dice, de todos los bienes no puede tener lugar sino entre esposos». El Cód. de Vaud es mas esplicito: «Todo contrato de sociedad, dice, por el que las partes ponen en comun todos los bienes muebles é inmuebles que poseen actualmente, y las ganancias que pueden obtener de ellos está prohibido. Tambien está prohibido, cuando las partes quisieren poner en comun los bienes que pueden corresponderles por sucesion ó donacion». El Cód. de Holanda declara: «La ley no reconoce sino la sociedad universal de ganancias, y prohíbe toda otra sociedad de bienes, sea universal, ó sea á titulo universal, salvo lo dispuesto en el Título *De las Capitulaciones Matrimoniales*». Nosotros no admitimos sociedades de capitales inciertos.

Art. 1659. Duvergier sostiene lo contrario en cuanto á no tener accion los socios para demandar los capitales puestos. «La recepcion de esos capitales, dice, basta para establecer el fundamento de la repeticion contra el socio que los tiene. No se hace sino repetir lo que se ha recibido sin causa» (nº 31).—Delamarre y Lepoitvin, tom. 2, nº 65, sostienen la doctrina que forma nuestro artículo.—«El capital puesto, dicen, ha tenido su causa en una sociedad ilícita. Es el efecto y consecuencia de un pacto reprobado. El socio que lo ha recibido, no tiene sino que responder:—yo lo he recibido; pero para hacer un contrabando, por ejemplo; y despues de esto ningun tribunal podria tomar conocimiento de un negocio tal, si no es para castigar á los culpables (**nota al art. 2261**).»—Troplong es de la misma opinion, nº 105.

Art. 1662. El artículo no tiene en vista someter á la redaccion de un acto instrumental la validez de los contratos de sociedad; sino solamente proscribir la prueba testimonial, fuera de los casos de escepcion designados para los actos juridicos (**última parte del art. 1191, 1192 y 1193**). Así, la sociedad puede ser probada por confesion de los socios, por los hechos notorios en que los socios han obrado como tales, ó han anunciado la sociedad directa ó indirectamente. La sociedad civil

queda, en lo que toca á su existencia, sujeta á las pruebas del derecho comun.

Desde que la existencia de la sociedad esté legalmente comprobada, cada socio, en cuanto á los beneficios ó pérdidas, cualquiera que sea su importancia, es admitido á probarlos por testigos (**art. 2296, última parte**).

Art. 1670. No encontramos en ningun Código la condicion, *aceptada por el heredero*, es decir, que aunque el contrato de sociedad establezca que el heredero ha de entrar en la sociedad en lugar del que lo instituye, debe entenderse si *él quiere ser socio*. El párrafo ó artículo 1285 del Código de New-York, publicado el año de 1865, casi es igual al nuestro, y en él se lee el siguiente principio:—*Nadie puede ser socio por herencia ó de otra manera contra su voluntad*.—Este principio está tambien espresamente consignado en la L. 10, Tit. 10, Part. 5^a.—El Derecho Romano es terminante en la materia.—La L. 35, Tit. 2, Lib. 17, dice:—*Nemo potest societatem hæredi suo sic petere, ut ipse hæres socius sit*.—La Ley 59 aun es mas espresa: *Ad eo morte socii, solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possumus, ut hæres etiam succedat societati*. (**Véase art. 1758.**)

Art. 1674. Segun principio estricto del Derecho Civil Romano, no puede una obligación ser trasferida á otra persona, porque si se cambia uno de los sujetos en el derecho personal, el derecho no es el mismo. Se llega indirectamente á verificar esta cesion, por medio del mandato, dando á quien se quiere ceder las obligaciones, mandato para ejercitar las acciones que de ellas resulten. Este procurador *in rem suam*, como so le llama en el derecho, es pues aquel que, obrando en virtud de una cesion, ó en virtud de un mandato espreso ó tácito, ejerce en interes propio la acción de otra persona. Esta especie de mandato es de una naturaleza particular, pues que el mandatario es el mismo señor de la cosa en todo ó en parte, de donde resulta que su mandato no lo sujeta á dar cuenta; que no es revocable ni estinguible por la muerte del mandante ni por la del procurador.

Art. 1677. Este mandato tácito comprende todo lo que es propio de una procuracion general (**arts. 1880 y 1881, y nota al 1691**), comprar, pagar, recibir, vender las cosas venales, etc. El sistema que traza este artículo, ha sido fuertemente impugnado por Duvergier, núms. 280 y 286. Él pretendia que ninguna sociedad podia existir, sino bajo la condicion de constituir un poder director de los negocios sociales. Véase Pothier, núms. 84 á 90 y 133. En cuanto á la última parte, puede decirse que los socios no son dueños de dejar perecer las cosas comunes, por no haber un acuerdo unánime. Uno solo de ello puede evitar que sus consocios le causen un perjuicio.

Art. 1681. El mandato dado por los estatutos de la sociedad, hace parte de las condiciones del contrato. El socio administrador es posible que no hubiese entrado en la sociedad, si no se le hubiese hecho gerente de ella.

Art. 1686. Duvergier, n^o 295, ensena que la destitucion del gerente nombrado por los estatutos de la sociedad, debe traer la disolucion de

ésta, porque hay un cambio en la forma social, y en el modo en que la sociedad funcionaba.

Art. 1691. Cuando decimos que el poder del administrador debe determinarse por el fin para que ha sido contrahida la sociedad, ponemos una regla general que puede causar escepciones sobre los poderes de los administradores (**nota 1677, 1683 y siguientes**). Por ejemplo, una sociedad, como hay tantas, para edificar y vender casas, daría facultad al administrador para vender las que se construyeran, aunque el poder ordinario de un administrador no comprenda la facultad de vender los bienes raíces de la sociedad.

Art. 1694. Cuando decimos *con todas sus consecuencias*, entendemos los poderes indispensables para usar del poder ordinario. La facultad de comprar, por ejemplo, importa la de tomar dinero prestado (**nota 1677, y las citas allí hechas**).

Art. 1701. En el Título *De la evicción* (**arts. 2132 y siguientes**), se determinan las diferencias de los efectos de la evicción en el caso del artículo, con los que produce la de las cosas vendidas.—Duvergier y Pothier suponen una conformidad perfecta entre el socio y el vendedor en caso de evicción. Troplong combate esta opinion sobre el art. 1845.

Art. 1725. L. 7, Tit. 10, Part. 5ª.—Esta ley salva al socio que hubiese procedido de buena fe.—Lo mismo resuelve el Cód. de Luisiana, art. 2833, que dice así: «Pero ningun socio será responsable de la pérdida acaecida a consecuencia de lo hecho por el de buena fe.» Pero puede haber buena fe con culpa ó negligencia. En cuanto á la segunda parte es explicita la ley 13 del mismo Título y Partida; pero la L. 22, Tit. 14, Part. 5ª, la contradice expresamente. Hablando de la compensacion de los daños que los socios se causaren, agrega: *Eso mismo decimos que seria, si acaeciese que el uno de los compañeros obiese fecho daño en alguna partida de las cosas de la compañía, é en otra pro, ca el pro y el daño debe ser igualado el uno por lo al, é descontado segun la cuantia que fullasen que monta el daño é la pro.* Gregorio Lopez procura vanamente conciliarlas. Comprendemos la compensacion en el caso de mutuos daños, porque entónces hay dos deudas. Pero la sociedad nada le debe al socio por el lucro que su industria le proporcionare, y tiene entre tanto un crédito contra él por el perjuicio que su culpa le causare. No hay dos deudas que puedan compensarse.

Art. 1728. El socio autorizado para administrar, debiendo prestar el mismo cuidado y atencion á los negocios sociales que á los suyos propios (**art. 1724**); encontrando en colision sus intereses privados con los intereses sociales, debe conciliar los unos con los otros, por una parte igual de atencion y vigilancia prestada á su conservacion. De este principio nace la resolucion del caso particular que resuelve el artículo.

Art. 1729. L. 63, § 5, Dig. *Pro socio*.—La Ley Romana pone un ejemplo del caso, que copia Rogron en la nota al art. 1849 del Cód. Frances. No seria lo mismo si solo hubiese comunidad en el crédito sin haber socie-

dad. Entonces cada comunero puede cobrar su parte sin tener que dividirla con los otros comuneros (**art. 2676**).

Art. 1744. Muchos escritores enseñan que el socio que no tiene poder para obligar á los demás, los obliga sin embargo en cuanto al lucro que recibieron por la accion *in rem verso*. Pero las reglas sobre esta accion son estrañas á la hipótesis del artículo, pues que el tercero ha seguido la fe del socio con el cual ha contratado, y contra el cual él goza de una accion jurídicamente eficaz (**art. 1929**). Si el socio ha llevado al fondo comun, ó empleado en operaciones sociales, los valores que recibió del tercero acreedor, será siempre en la alternativa siguiente: ó bien no habrá hecho sino llenar una obligacion á la cual estaba sometido respecto á los otros socios, y entonces no puede decirse que ha habido *versio in rem*; ó bien el ejemplo de esos valores lo habrá constituido acreedor de sus coasociados, y en ese caso el tercero gozará contra estos últimos de una accion indirecta (**art. 1196**), cuyo efecto quedará sin embargo subordinado á los resultados de la liquidacion de la sociedad.

Por otra parte, la sociedad es una tercera persona, no hay accion contra ella como no la habria contra un particular á quien el deudor hubiese entregado el dinero que tomase prestado (**art. 1195, última parte**).

Art. 1758. Los Códigos de Austria y de Prusia se han separado de la doctrina creada por el Código Romano, copiada despues en todos los Códigos de Europa, que la sociedad acaba de derecho por la muerte de uno de los consocios, en lugar de establecer, que por ese hecho, *puede* acabar por exigirlo alguno de los socios. Nuestro artículo es tomado del Cód. de Austria, art. 2207, que dice así: «La sociedad de dos personas se disuelve por la muerte de una de ellas; pero no si son mas.» El Cód. de Prusia, art. 278, parte 1ª, dispone que la muerte de un socio no cambia la sociedad.

Art. 1761. Véase la nota al art. 1670. El heredero es una persona incierta, y no puede subsistir una obligacion de tener sociedad con una persona que aun no existe, ó que puede ser que no se conozca. (**Nota al art. 1670.**)

Art. 1763. Es aplicable en este caso lo dispuesto respecto al mandatario (**arts. 1961 y siguientes**).

Art. 1765. «Si las personas, dice, hacen sociedad para poner un hotel, sin designacion de tiempo, y alquilan la casa por cinco años, se juzga que la sociedad ha de durar solo cinco años.»

Art. 1777. Troplong, desde el nº 996, trata largamente de los poderes del liquidador ó liquidadores de una sociedad, tanto respecto de los socios, como respecto de terceros; del estado de la sociedad durante la liquidacion y de las acciones que los acreedores pueden usar en ese tiempo. Todos los artículos del Código de Comercio sobre la materia, se encuentran allí fundados y esplicados.

Art. 1781. El Cód. Frances, art. 1853, dispone que cuando no haya parte señalada en las ganancias, el socio industrial tenga la parte que cor-

responda **al** que menos capital hubiese puesto en la sociedad, para lo cual á nuestro juicio no hay razon alguna, á pesar de lo que se dice en el discurso 80. Aceptamos mas bien en este caso la disposicion del Cód. de Austria, art. 1193, que dice: Si no se ha fijado parte en favor de los miembros que no aportan sino industria, el tribunal la fijará en razon de la importancia de los negocios, del trabajo y utilidad de su cooperacion.»

TÍTULO VIII

De las donaciones

Art. 1791. Sea cual fuere el desinterés de una de las partes, sea cual fuere el beneficio de la otra, donde no hay enajenacion, no hay donacion **(art. 1789, y nota al 1802).**

Art. 1892. La aceptacion de la donacion no es otra cosa, que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido á las reglas generales de los contratos **(arts. 1144, 1145 y siguientes)**. En el Proemio de la Partida 5ª se coloca la donacion entre los *pleitos é posturas á que llaman en latin contractus*, y de consiguiente, la iguala con todos los contratos, en cuanto á la necesidad de consentimiento reciproco, ó aceptacion. La aceptacion del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento, no es una condicion de forma sino parte esencial de la sustancia misma de la convencion. La máxima *locus regit actum* no le es aplicable; y asi la donacion hecha en un pais donde la aceptacion no es requerida de una cosa existente en ese pais, no puede ser considerada válida entre nosotros **(arts. 1209—1211—Alcorta, Derecho Internacional Privado, sobre el art. 8).**

Art. 1795. En algunos Códigos y por muchos escritores, se dice que mientras la aceptacion del donatario no se hubiese notificado al donante, éste puede revocar la donacion. Nosotros creemos que el contrato está perfecto desde que la donacion esté aceptada, aunque lo ignore el donante, como lo establecimos respecto á los contratos en general, en el art. 1154.

Arts. 1793, 1794, 1795 y 1796. Los fundamentos de estos artículos se hallarán largamente espuestos en la seccion 1ª, cap. 2, de Grenier, *De las donaciones*. Lo mismo sucederá si el donatario muere antes que la hubiese aceptado el procurador nombrado para aceptarla.

Art. 1800. Por el artículo, queda prohibida la donacion de los bienes futuros, porque el donante no puede desprenderse de la propiedad de unos bienes que no tiene, ni hacer tradicion de ellos. **(Es una excepcion á lo dispuesto en el art. 1168.)** Regularmente los escritores llaman bienes presentes aquellos sobre los cuales hay accion para adquirirlos, ó que son producto de los bienes presentes, como el parto de los animales; pero aun la donacion de éstos solo sería una promesa, pues que no había tradicion por parte del donante, ni posesion actual por parte del donatario.

Art. 1802. Toda obligacion contraida bajo una condicion que la haga depender de la voluntad del que se obliga, es sin duda nula (**art. 542**); pero sin embargo, es permitido á las partes estipular que la convencion podia en ciertos casos resolverse unilateralmente, como tambien subordinarla á una condicion, cuyo cumplimiento dependa de la voluntad de una de las partes. No existe al parecer en teoria ninguna razon para apartarse en materia de donaciones de esos principios que especialmente debian ser aplicables á actos de pura liberalidad, como el Derecho Romano los aplicaba á las donaciones (L. 37, Dig. *De leg.*). Pothier da la razon del principio que copiamos en el artículo. «Nuestras Leyes, dice, han conservado á los particulares el derecho de hacer donaciones entre vivos; pero han querido hacer mas difícil el ejercicio de esta facultad. Por esto han ordenado, que no se pudiese donar sino abandonando la posesion y propiedad de la cosa (**nota al 1791**), privándose de la facultad de disponer de ella de modo alguno, para que la afeccion á las cosas propias les quitara la idea de hacer donaciones.»

Art. 1806. Las incapacidades, para hacer ó aceptar donaciones, son absolutas ó relativas. Las incapacidades relativas, resultan de la calidad respectiva de las partes, y se aplican á la vez á la facultad de disponer por una de ellas, y á la facultad de recibir por la otra. Desde que el menor, por ejemplo, es incapaz para hacer una donacion á su tutor, es claro que el tutor es incapaz para recibirla. No es esto decir que las incapacidades, aunque solo sean relativas, sean siempre reciprocas. Hay personas que son absolutamente incapaces para hacer una donacion, y que sin embargo son capaces para recibirla, como los menores; y hay personas como los padres naturales, que no son capaces de dar cuanto quieran á sus hijos; y que son capaces de recibir de ellos en los limites prescritos para que la donacion no sea inoficiosa (**arts. 1807 y 1808**).

Demolombe ha destinado el tom. 18 de su grande obra á solo tratar de las incapacidades absolutas y relativas para dar y recibir por titulos gratuitos. Así se hallará estensamente tratada cada una de las incapacidades de los artículos siguientes.

Art. 1815. El Cód. de Holanda, art. 1724, dice: «Los dones manuales de objetos muebles corporales, y de efectos al portador, serán válidos sin escritura, y por la sola entrega hecha al donatario.» Por Derecho Romano, no era necesario la escritura; pero si la insinuacion ó la aprobacion judicial, cuando la donacion escedia de 500 sueldos de oro. L. 25, Tit. 3, Lib. 32, Dig. La L. 9, Tit. 4, Part. 5ª, es copia ó epilogo de las diversas leyes romanas. Si un ome, dice, quisiere dar á otro, pu#delo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion no valdria, fueras ende, si lo ficiere con carta, é con sabiduria del mayor juzgador del lugar. Goyena, art. 952, nos dice: que la comision de legislacion discutió el artículo citado del Cód. de Holanda, y por las razones que espone limitó las donaciones de cosas muebles que se pudiesen hacer sin escritura, al valor de 100 ducados.

Nosotros hemos creído que se debe dejar libre á todos la disposicion de sus bienes: que para imponer la aprobacion judicial del acto, seria preciso dar reglas ciertas á los jueces, y no dejar las cosas á su arbitrio, como sucedia por la ley española. Juzgamos tambien que la cantidad donada no podia fijarse en la ley, pues lo que para un hombre rico es insignificante, para un pobre podrá importar una parte muy considerable de sus bienes. Los excesos que en tal materia pueda haber, se corrigen declarando inoficiosas las donaciones, que pasen de una parte determinada de los bienes que el donante posea. Las disposiciones á este respecto forman uno de los capitulos de este Título.

Art. 1816. Es decir, que el donante se desprenda actual é irrevocablemente de la cosa dada en favor del donatario, y que éste la acepte; que la tradicion sea de presente, y que el donatario tome posesion de la cosa (**arts. 2381, 2382, 2385 y 2386**). La donacion manual se hace sin tradicion, si el donatario está en posesion de la cosa por otro titulo. La sola declaracion del donante basta para cambiar la causa de la posesion anterior (**arts. 2387, 2388 y 2390**). La donacion se cumple entónces sin tradicion; mas no sin la posesion del donatario. **Nota al art. 1793.**

Art. 1817. Troplong, *Donat.*, núms. 1043 y siguientes.—La tradicion de una cosa mueble puede efectivamente ser determinada por diferentes causas. Puede tener lugar á titulo de donacion; pero tambien á titulo de préstamo, de depósito, de mandato, etc. Desde entónces es un hecho equivoco. Puede decirse que la primera regla es: que el que posee un mueble, tiene un titulo legal para poseerlo, y que puede cubrirse con él, y no entrar al juicio (**art. 2412**). Pero esa regla no es absoluta: no es aplicable sino en las relaciones del poseedor respecto del que, atacando la causa misma de su posesion, sostiene que está obligado á restituírle esos muebles, en virtud de una obligacion personal, resultante de un delito ó de un contrato. Si esa obligacion personal es probada, él debe cumplirla y hacer restitucion de la cosa.

Art. 1825. Por lo tanto, el donante debe garantir la eviccion de la cosa donada (**arts. 2149 y 2150**). Si el acto es una dacion en pago por servicios apreciables en dinero, puede dispensarse, dice Troplong, de las formalidades de las donaciones; mas si la donacion no presenta el carácter de una dacion en pago, que constituye el verdadero contrato oneroso, si no tiene por causa, mas que un sentimiento de reconocimiento, no es sino una donación ordinaria que debe revestir formas solemnes.

Art. 1826. Aubry y Rau, § 701, esplican las diferencias entre el cargo y la condicion, de que tambien ya hablamos en otra seccion (**nota al 558**).

Art. 1833. Porque las donaciones entre vivos se rigen por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, en lo que no se halle especialmente determinado respecto de ellas.

Art. 1839. La donacion de una parte de los bienes presentes, no es

una trasmision á título universal. El donatario es solo un sucesor por título particular, y no está por lo tanto obligado al pago de las deudas del donante (**art. 3499**).

Art. 1840. Cuando se trata de una donacion hecha en los términos siguientes: *doy la mitad ó el tercio de mis bienes*, el donante puede decir con razon que por el término *mis bienes*, no ha entendido sino la fortuna que le quedase, deducidas sus deudas: que tal es en el lenguaje ordinario, como en el lenguaje jurídico, el sentido usual de la palabra *bienes*, y que por lo tanto debe ser autorizado á retener, del valor de sus bienes, el importe de sus deudas en el día de la donacion. Véase Aubry y Rau, § 706, nota 3.

Art. 1841. El derecho de reversion, de que trata este capitulo, depende necesariamente de la condicion que la muerte del donatario ó de sus herederos preceda á la del donante. Este es el punto característico del derecho de reversion, pues ese derecho puede estar subordinado á otra condicion, porque las donaciones pueden ser condicionales. Asi podria estipularse que la cosa donada volviera al dominio del donante, si tal buque llegase dentro de seis meses. «Véase Troplong, *Donat.*, nº 1270.

Art. 1842. Muchos jurisconsultos dicen que el derecho de reversion en una donacion, constituyendo una cláusula resolutoria de la donacion á beneficio del donante, este puede trasmitirse derecho á sus herederos, aun sin estipulacion expresa, porque él lo deja en su sucesion, como sus otros derechos y acciones, y desde entónces los herederos que representan la persona del difunto entran en la posesion del derecho (**arts. 3412, 3415 y 3418**). Aun cuando la donacion fuese condicional, el donante tiene la facultad de transmitir el derecho de reversion á sus herederos, porque es un principio en los contratos que el acreedor condicional, muriendo antes de llegar la condicion, transmite su derecho á sus herederos (**art. 541**).

Troplong, *Donat*, en el nº 1266, sosteniendo el artículo 951 del Código Frances, que es el mismo que el nuestro, les contesta que aunque el derecho de reversion pactado para los herederos no sea una verdadera sustitucion, lo es en efecto en cuanto á sus efectos; que en tal caso el donatario se hallaria en la obligacion de conservar la cosa para volverla á los herederos (**art. 1847**); que él no podía enajenar los bienes donados, que estaba obligado á conservarlos inmóviles é inertes, para transmitirlos, no á sus herederos, sino á los herederos del donante, que venian como los sustituidos á establecer un nuevo orden de sucesion, contrario á las sucesiones legítimas, presentando los mismos inconvenientes que las sustituciones fideicomisorias; que con mira de evitar esto, el pacto de reversion se ha hecho una estipulacion puramente personal, que es incommunicable é intrasmisible y no pasa á los herederos.

Art. 1843. Porque el derecho de reversion como toda condicion resolutoria, está en oposicion al principio de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos.—Cuando llega el caso del derecho de rever-

sion, su cumplimiento tiene todas las consecuencias del cumplimiento de una condicion resolutoria, con la sola escepcion que los sucesores del donatario conservan los frutos percibidos de la cosa donada. (Zachariæ, § 475.)

Art. 1850. Un ejemplo pondrá en claro la disposicion del artículo: Yo os he dado mi casa que tengo en este pueblo, bajo la condicion ó con el cargo de que dentro de tres meses me dareis el curso de astronomía que estais escribiendo. Si un incendio, sucedido por caso fortuito, ha quemado vuestro manuscrito antes que os hubieseis constituido en mora de entregarlo, yo no podria demandar la resolucion de la donacion; mas si el incendio ha sobrevenido despues de estar en mora respecto á la entrega del manuscrito, yo podria demandar la revocacion de la donacion, porque el efecto de la mora es poner la cosa estipulada y los peligros á cargo del deudor.—La L. 3, Dig., *De Condict. caus. data*, pone este ejemplo: *Yo os doy 200 sext. á fin de que deis la libertad al esclavo Sticus, si muere antes de que esteis en mora de ejecutarlo yo no podria repetir los 200 sext.*—Véase Troplong, *Donat.*, n° 1298.

Art. 1851. Supóngase que los terceros han aceptado la donacion con cargas á su favor: desde entónces vienen á ser indirectamente donatarios por el beneficio de la estipulacion hecha á favor de ellos, y no pueden ser privados de él por el hecho personal del donatario principal.

Art. 1854. Estos autores enseñan que el donatario está obligado personalmente con sus bienes al cumplimiento de los cargos, y que no se libra de la obligacion de ejecutarlos abandonando la cosa donada. La única razon que dan es la que espresa Marcadé: «La donacion, dice, es un contrato. El vinculo que por ella se forma no es menos serio, ni menos válido que el que forman los otros contratos; y pues que el donatario ha consentido sufrir los cargos que se le imponen, está obligado á ejecutarlos. En vano, para sustraerse de esta obligacion, ofrecerá abandonar lo que ha recibido, pues que el concurso de las dos voluntades ha formado el contrato, tanto en su beneficio como en su contra».

Fundamentos mas sólidos que estos nos conducen á la resolucion contraria; por la naturaleza de la obligacion, que no permite considerar al donatario como un deudor; por el espíritu de las leyes que interpretan la duda en favor de la libertad y no en favor de las obligaciones personales (**nota al 746**) por el nombre del contrato, la calidad de donante que toma el cedente, y la que el cesionario acepta. Poco importa que la intencion del donante fuese obligar personalmente al donatario, si no la ha formulado espresamente en el acto. Si los cargos se imponen á la trasmision de una cosa, son solo reservas hechas por el cedente sobre la cosa enajenada, restricciones puestas por él al importe de la cesion, y no obligaciones personales impuestas al cesionario. Los cargos son cláusulas subsidiarias, que no han podido formar para ninguna de las partes, el objeto principal del contrato, y que no pueden alterar la esencia de la libertad. Así, las leyes de todos los Códigos tratan de las donaciones con cargos, bajo el título mismo de

las donaciones puras y simples, y no contienen respecto de ellas, ninguna otra disposicion especial para la revocacion por inexecucion de los cargos, mostrando de este modo que los cargos impuestos á una liberalidad, no destruyen su carácter, y que no pueden tener el efecto de sustituir, á las reglas propias de las liberalidades, las de los contratos onerosos.

Solo por una cláusula expresa, el donatario podria llegar á ser deudor personal. Su situacion es como la del poseedor de un bien hipotecado respecto al acreedor hipotecario, igual á la de todos aquellos que son obligados, no en su nombre propio y con todos sus bienes, sino en cierta calidad que ellos pueden repudiar, y sobre un bien determinado que pueden abandonar (**art. 2882**).

Art. 1868. Si las donaciones pudiesen revocarse por nacerle hijos, al donante, seria mas regular decir que el que tenga hijos no puede hacer donaciones, pues el que ha hecho una donacion y la revoca por haberle nacido hijos, puede sin embargo dar á otro la misma cosa, ó cosa de mayor importancia.

TÍTULO IX

Del mandato

Art. 1869. Todo mandato supone una orden para obrar; pero no toda orden de obrar es mandato como contrato. En el Derecho Romano, el lenguaje jurídico se servía de expresiones diferentes, para significar la orden que una persona da á otra por forma de mandato como contrato, y la orden que se da al que se tiene bajo su dependencia. *Mando* se aplicaba al primer caso y *Jubeo* al segundo. Cuando se ordenaba una cosa á un hijo ó á un esclavo, la orden se llamaba *jussum*, y no se le confundía con el mandato, porque el mandato supone que la persona á que se dirige, es libre de aceptarlo. De estas dos situaciones nacen acciones diversas. La accion *quod jussu* era diferente de la accion *mandati*. Véase regla 20, Tit. 34, Part. 7ª, y L. 5, Tit. 15, Part. 7ª.

Art. 1871. En el derecho frances, dice Zachariæ, el mandato no es gratuito por su esencia, sino solo por su naturaleza, y así una estipulacion de salario no altera su carácter. Párrafo citado, nota 8.—El rasgo característico y distintivo del mandato, es la funcion representativa del mandatario y nada mas. En nuestro derecho, el mandatario obliga al mandante respecto de terceros sin obligarse él mismo (**arts. 1930 y 1946**), mientras que el Derecho Romano proclamaba un principio diametralmente opuesto. No se nos puede pues argüir con las Leyes Romanas. Las Leyes Españolas nada dicen á este respecto. Troplong trata estensamente la materia en el comentario al art. 1986.

Arts. 1873 y 1874. Zachariæ, § 751, nota 2, trata largamente la materia, demostrando de una manera incontestable que el mandato puede ser tácito, es decir, que puede resultar por via de induccion de la existencia de ciertos hechos ó de ciertas circunstancias.

Nosotros, consecuentes con los principios que hemos asentado en otros Títulos, que el consentimiento en los actos jurídicos puede resultar del silencio mismo (**arts. 918 y 1935**), y de la regla del Derecho Romano, *qui non prohibet pro se intervenire, mandare videtur*, L. 60, Dig., *De regulis juris*, no trepidamos en establecer el mandato tácito.

En cuanto al mandato verbal, su prueba no puede ser recibida, sino conforme á lo dispuesto respecto á las pruebas de las obligaciones. Pero la observacion de las reglas exigidas para las pruebas de las obligaciones, no es de rigor sino respecto á las partes contratantes. Los terceros pueden siempre probar por testigos el mandato, porque siendo un negocio entre otros, les es casi imposible procurarse una prueba escrita, (**Véase art. 1940.**)

Art. 1879. Comprendiendo la dificultad de una definicion recta y precisa del mandato general y del mandato especial, damos la del Cód. Frances. art. 1987, sostenida por muchos escritores y combatida por otros. Y en efecto, si el mandato general es el que se da para todos los negocios del mandante, será preciso concluir que la reserva de uno ó de algunos negocios basta para hacerlo especial.—Troplong, queriendo precisar los términos de la definicion del Cód. Frances enseña que la procuracion es general aunque encierre al mandatario en una determinada funcion, con tal que en ella le deje el poder de hacer todos los negocios previstos ó imprevistos. De aqui concluye que hay dos especies de procuraciones generales: la una comprendiendo todos los negocios del mandante, y la otra comprendiendo un cierto género de negocios; y dos especies tambien de procuraciones especiales: la una para negocios ciertos hasta conducirlos á su fin, y la otra para un determinado acto aislado de un determinado negocio, núms. 274 y 275.

Pero, en fin, el artículo no dispone, es meramente doctrinal, y los artículos siguientes de este Título salvan las dificultades prácticas que podrian ocurrir.

Art. 1934. Por ejemplo, cuando el poder autoriza para tomar prestados mil pesos, y el mandatario de-pues de haberlos tomado de Pedro, toma otros mil de Juan, sin que éste tuviese conocimiento del primer préstamo, el mandante es obligado tanto á Pedro como á Juan.—Pothier, nº 89.—Aubry y Rau, § 415. Sobre los seis últimos artículos, Aubry y Rau, § 415.

Art. 1936. Salvamos el perjuicio de terceros, porque así se ha entendido constantemente el efecto retroactivo de la ratificacion (**nota al art. 4014, y art. y nota al 3116**). No podrá ser de otra manera sin violar los principios, porque en el tiempo que media entre el contrato del procurador y la ratificacion, el dueño conserva todos sus derechos sobre la cosa, por ejemplo, cuando el mandatario, sin facultades para enajenar, hubiese vendido. Él podia gravar ó hipotecar lo que era suyo, y lo que hiciere es completamente válido, y lo liga de tal modo que en lo sucesivo no puede hacer, ni por lo tanto ratificar, actos con-

trarios á las obligaciones que ya tuviera contraídas irrevocablemente respecto de terceros.

Art. 1945. Cada mandante ha elegido al mandatario para un negocio propio, y queda por lo tanto obligado al servicio. No sucede lo mismo cuando el mandatario contrata con un tercero á nombre de dos ó mas mandantes. Respecto de estos terceros, la obligación del mandatario entra en las condiciones de las obligaciones mancomunadas, y los terceros no pueden decir que los mandantes les están solidariamente obligados, si así no se obligaron espresamente (**art. 1941**).

Art. 1960. Pothier pone el ejemplo de un poder dado durante la ausencia del mandante, que se acaba cuando hubiese vuelto del viaje.—*Mand.*, nº 119.

Art. 1961. Á diferencia de lo que se ha dispuesto para los actos, bajo firma privada, pues que el mandante lo eligió (**arts. 1034 y 1035**).

Art. 1962. Pothier pone el ejemplo del mandatario de un tutor que hubiera nombrado un procurador para algun negocio del menor, cuyas facultades acaban cesando el tutor en la administracion que le estaba conferida.

Pothier explica lo que en el derecho se llama renuncia intempestiva, y es cuando se hace en un tiempo, ó en unas circunstancias en que el mandante no puede hacer por si mismo el negocio que era objeto del mandato, ó no le es fácil encontrar una persona á quien encargarlo, nº 44.—En las LL. 22 á 27, Tit. 1, Lib. 17, Dig., se ponen por ejemplo varias causas justas para la renuncia del mandato; y Troplong enumera y discute muchas de ellas, desde el nº 801.

TÍTULO X

De la fianza

Art. 1995. El Cód. de Prusia, 277, parte 1ª, tit. 14, dice: La fianza no puede exceder de lo que es debido por el deudor principal; pero el fiador puede obligarse á dar garantías mas fuertes.» El fiador puede, por lo tanto, obligarse bajo una cláusula penal, constituir hipoteca por su obligación, ú obligarse con mas rigor respecto al lugar ó tiempo del pago.

Art. 1997. Aubry y Rau, § 426.—Véase L. 1, Tit. 12, Part. 5ª, y Cód. Frances, art. 2016.—Italiano, 1903.—Napolitano, 1888.—Holandes, 1862.—En algunos Códigos, y en muchas obras de jurisprudencia, se reputan como accesorios de la obligación principal los gastos del juicio contra el deudor; pero éstos en realidad no son accesorios de la obligación. El art. 1353 del Cód. de Austria, mas conforme á los principios, declara: que la fianza debe interpretarse en un sentido estricto, y que así el fiador que se obligó por un capital que llevaba intereses, no responde sino de

los intereses que el acreedor tuviese derecho á exigir al tiempo de la constitucion de la fianza. El Cód. de Prusia, art. 258, part 1ª, tit. 14, declara tambien que la fianza debe siempre entenderse en sentido estricto, y lo mismo el art. 9, cap. 10, Lib. 4 del Cód. de Baviera. Por estas consideraciones no hemos aceptado la estension que dan á la fianza el Código Frances y los otros que lo han seguido.

Art. 2002. Por Derecho Romano, el que se obligó sin prometer fiador, no puede ser compelido despues á darlo, salvo por justa causa, al arbitrio del Juez, como si pendiente el plazo ó la condicion, se advirtiera que el deudor venia á insolvencia, como se ha dicho en el art. 2001.

Art. 2004. § 757, nº 4, el fiador solidario debia, en sus relaciones con el acreedor, ser considerado en todo respecto como codeudor solidario no conservando su calidad de fiador, sino respecto del deudor principal. Esta opinion es contraria á la naturaleza de las cosas. La fianza no es sino una obligacion accesorio, y debe guardar siempre éste carácter esencial, cualesquiera que sean las modificaciones y las cláusulas mas ó ménos rigurosas, bajo las cuales se ha constituido. El artículo no tiene otro objeto que colocar respecto al derecho del acreedor, al fiador solidario, y rehusarle la facultad de prevaleerse del beneficio de escusion de que goza el simple fiador (**arts. 2012 y siguientes**).

Art. 2024. El Cód. de Chile, aunque conforme con la primera parte del artículo, es contrario á la segunda, y dispone que la insolvencia de uno de los fiadores sea soportada por los otros. Lo contrario hemos establecido en el artículo 694.

Art. 2043. Troplong piensa que no hay en la ciencia del derecho una doctrina mas falsa y mas funesta que la que funda el artículo del Cód. Frances, que es el mismo que el nuestro, y no concibe cómo ha podido encontrar partidarios. dice así: «El fiador no tiene un derecho *a priori*, un derecho adquirido á la cesion de los derechos del acreedor. La fianza es un contrato unilateral: el fiador se obliga hácia el acreedor, mas éste no contrae ninguna obligacion con el fiador, ni nada le promete. Las garantías estipuladas con el deudor principal, han sido en su interes esclusivo. Él no promete al fiador conservarlas intactas para poder mas tarde, hacer cesion de ellas. Desde entónces puede usarlas como mejor le parezca, puede dejarlas perder sin que el fiador pueda quejarse de sus actos. Sin duda, que si él posee esas garantías en el momento que el fiador le pague, debe cedérselas, porque esa cesion no le causa ningun perjuicio: habria dolo por su parte en rehusarlas; pero con tal que él las ceda en el estado en que se encuentren en el momento del pago, satisface plenamente á lo que la equidad puede exigirle. Por lo tanto, el acreedor puede renunciar á las hipotecas y privilegios que tenía en seguridad de su crédito; y esta renuncia á sus garantías no libera al fiador.» *Cautionnement*, núms. 557 y siguientes.

Moullón ha escrito una larga y profunda disertacion contra la opinion de Troplong, que se halla en el tomo 3 de la *Revista Critica de Legislacion*, pág. 290. Sin duda que la persona que afianza una deuda

ya garantizada con prenda ó hipoteca, cuenta con estas garantías para asegurar su recurso contra el deudor. En esta confianza es que consiente en prestar su responsabilidad; y no es justo que el acreedor por su hecho lo prive de la eficacia, ó de la realidad de las garantías con que contaba, cuando contrajo su obligacion para su propia seguridad.

Las consideraciones en que se funda Troplong, son especiales al Derecho Romano. Todo el mundo sabe, en efecto, que una estipulacion regularmente hecha en cuanto á la forma, producía una obligacion general, ó tan restringida como lo fuese la expresion gramatical de que las partes se hubiesen servido en la interrogacion y la respuesta. Así, si un tercero prometia pagar por el deudor, la insolvencia de éste quedaba á cargo del fiador en todos los casos, cualquiera que fuese el origen de ella, y aun-que proviniese del hecho positivo del acreedor. Estaba obligado á todo evento, porque los términos de su promesa eran generales y sin límites. La ley, fijándose esclusivamente en el sentido gramatical de las palabras empleadas, prescribía á los jueces cómo debían entender la estipulacion. En una palabra, las obligaciones tenían por principio generador, no la intencion real de las partes, sino la fórmula hablada. Pero hoy es otra cosa; la estipulacion romana ha pasado. La intencion expresa ó tácita de las partes es el principio generador de la obligacion **(arts. 1197 y 1198).**

Art. 2050. La accion que tendria el acreedor por la eviccion de la cosa recibida en pago, es distinta de la que el fiador habia afianzado. Pero si la eviccion tuviese lugar respecto á la cosa debida en la obligacion, la fianza continuaria. **(Véase art. 1992.)**

TÍTULO XI

Del juego, apuesta y suerte

Art. 2063. El Derecho Romano no solo permitía repetir lo pagado por deuda de juego, sino que ordenaba que si el jugador ó sus herederos no ejerciesen la accion de repeticion, la ejerciesen los oficiales municipales, y empleasen las sumas producidas en trabajos de utilidad pública.—LL. 1, 2 y 3, Cód. *De aleatoribus et alearum lusu*.

TÍTULO XII

Del contrato oneroso de renta vitalicia

Art. 2070. No tratamos de la constitucion de rentas perpétuas como eran los censos, porque esa clase de renta no podrá constituirse sino sobre bienes raíces; pues cuando tratemos de los derechos reales, estableceremos que en ellos no se pueden reconocer gravámenes de rentas de ninguna clase por mas de diez años **(arts. 2613 y 2614).**

Tratamos en este Título solo del contrato oneroso de renta vita-

licia, porque cuando la renta se constituye gratuitamente, es una donacion á plazo; y si por testamento, es tambien un legado á plazo.

Si el capital productivo de renta vitalicia no fué recibido por el deudor, sino reconocido en mero beneficio de otro; ó si la renta vitalicia fué prometida, sin que se hubiese reconocido algun capital, no habrá renta vitalicia constituida por contrato oneroso, sino simplemente una donacion ó un legado.

Art. 2072. Asi, en cuanto á la primera parte, es nula, cuando es hecha á favor de una persona incapaz de recibir á título gratuito (**art. 1807 y 1809**). Tambien es reducible á la tasa de la cantidad disponible, cuando es hecha por una persona que deja herederos forzosos (**art. 1830**). En cuanto á la segunda, la liberalidad del que constituye la renta, no está sujeta á una aceptacion espresa. (**Véase art. 2071.**) La razon es que, en la hipótesis de que se trata, el contrato de constitucion de una renta, es á título oneroso entre las partes principales, es decir, entre el que la constituye y el que da el precio de la renta; y la liberalidad hecha á beneficio de un tercero, no es sino una estipulacion accesoria. La anulacion, la revocacion ó la reduccion de esta liberalidad, no influyen en manera alguna sobre la eficacia del contrato, que debe ser ejecutado en provecho del que ha dado el precio de la renta, ó de sus herederos.

Art. 2084. Nosotros aceptamos esa resolucion, fundándonos en que cuando una cosa divisible es debida á dos personas sin solidaridad, los principios deciden que no es debida sino la mitad á cada una de ellas, y que cada una de ellas no puede exigir sino la mitad. El derecho de la una es independiente del derecho de la otra (**art. 691**): puede subsistir cuando el otro se estinga; pero subsistirá tal como era. El uno no recibe en su derecho ni estension, ni restriccion por la muerte del otro acreedor. Su mancomunidad no es solidaria, y el objeto de la obligacion, la renta, es divisible.

Art. 2085. En este caso solo hay un acreedor. Designando dos personas en lugar de una sola, ha querido únicamente aumentar la duracion de la renta, y no dividir el contrato en sus efectos á la muerte de una de ellas.

TÍTULO XIII

Art. 2089. La palabra eviccion en su acepcion etimológica, que fué tambien su primera acepcion, espresa la idea de una desposesion, á consecuencia de una sentencia judicial. Pero desde mucho tiempo, dice Demolombe, la palabra eviccion ha cesado de tener en la ciencia y en la práctica la acepcion limitada que ántes tenia, y se emplea al contrario, en un sentido mas estenso para designar toda especie de pérdida, de turbacion ó de perjuicio, que sufra el que adquirió la cosa.—Tom. 17, nº 333.

Art. 2091. Ó como dice Maynz, la eviccion debe tener por causa un vicio inherente al derecho del enajenante.

Decimos *turbacion de derecho*, es decir, una demanda judicial ó estra judicial, por la que un tercero reclamase un derecho cualquiera, como por ejemplo, si un tercero ejerciese una accion hipotecaria que lo amenazase de ser vencido en el derecho que creia tener en la cosa libre de toda carga, ó si pretendiese un derecho de propiedad en todo ó en parte, ó un derecho usufructo, de uso ó habitacion, ó simplemente de arrendamiento. En fin, toda accion real, y aun las acciones personales ó posesorias que pueden ser ejercidas contra terceros, constituyen una turbacion de derecho.

En cuanto á las turbaciones de hecho (**arts. 1528 y 1529**), por las cuales un tercero sin pretender ningun derecho, ejerce actos indebidos, como si pasase por el fundo del propietario, la garantia entónces está en la ley misma, y el propietario debe dirigirse contra el autor de las vias de hecho.—Véase Demolombe, nº 338 y siguientes.

Art. 2095. Cuando, por ejemplo, la prescripcion ha comenzado respecto á la servidumbre de un predio antes de enajenarse, y se realiza cuando ese predio está ya en poder del que lo habia adquirido. Pothier enseña que es responsable de la eviccion el que transmitió el derecho cuando la prescripcion ha comenzado estando la cosa en su dominio; por el contrario, Troplong, *Vente*, nº 425, Duvergier, nº 314, y otros jurisconsultos sostienen que el derecho creado por una prescripcion, no existiendo sino desde el dia en que la prescripcion se ha cumplido, la eviccion resultaria de un derecho posterior á la enajenacion, y no habria por lo tanto accion por ella. Marcadé, sobre el art. 1629, combate como exageradas ambas opiniones, y aconseja la resolucion de nuestro artículo.

Art. 2096. En contra, Pothier, nº 98, respecto al titulo lucrativo. La razon en que se funda es que no hay subrogacion en los derechos. Cuando el donatario no tiene accion contra el donante, no puede tenerla contra aquel de quien el donante adquirió el derecho; y tambien porque el donatario en verdad nada pierde. Pero el que trasmite la propiedad de una cosa, se juzga que trasmite al mismo tiempo todos los derechos reales y personales que le corresponden por razon de esa cosa. En el caso del artículo, el vendedor, por ejemplo, que hubiese trasferido la cosa al donante, vendria á ser quien aprovechase de la donacion que el comprador hiciese á un tercero. (**Véase art. 2109.**) Marcadé, sobre el art. 1629, nº 4, combate la opinion de Pothier.

Art. 2102. El Cód. Frances, art. 1628, y los demas Códigos extranjeros declaran nula la renuncia, cuando la eviccion es causada por un hecho del enajenante, sea anterior ó posterior á la eviccion. Pero Troplong, nº 477, Duvergier, nº 337, y Aubry y Rau, § 355, sostienen que se puede estipular la escepcion de la garantia por un hecho anterior á la enajenacion. La disposicion del artículo importa anular todo pacto doloso. La Ley Romana pone el caso de un hecho personal del vendedor,

anterior á la venta, y el pacto de no prestarlo, y sin embargo lo declara nulo. *Si venditor sciens, dice, obligatum aut alienum vendidisse et adjectum sit neve eo nomine quid prestaretur estimare oportet dolum malum ejus.*—L. 6, § 9, Tit. 1, Lib. 19, Dig.

Art. 2103. Véase L. 63. Tit. 5, Part. 5ª.—*Non videtur esse celatus, dice la Ley Romana, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignorabit.*—L. 1, Tit. 1, Lib. 19, Dig.—La interpretacion de las cláusulas relativas á la garantía de las cargas, dice Aubry y Rau, hace nacer comunmente serias dificultades, por ejemplo, *la cláusula de que el fundo está libre de toda carga y servidumbre*, ¿somete al enajenante á la garantía de las servidumbres aparentes de las que están á la vista de todos? Por otra parte, ¿el enajenante está libre de la garantía de las cargas ocultas cuando en el contrato se ha puesto la cláusula de que *el fundo se enajena tal como está con todas las servidumbres activas y pasivas*? Estas cuestiones no son susceptibles de una solucion *a priori*; deben ser decididas segun las circunstancias y los antecedentes que presenten, pues se correria riesgo de engañarse sobre la verdad de la intencion de las partes, siguiendo servilmente la letra de las fórmulas, que comunmente no son sino de estilo, § 355, nota 53.—Lo mismo Troplong, *Vente*, núms. 527 y siguientes.—Duranton, tom. 16, nº 302.

Art. 2107. Eyssantier ha escrito una estensa é ilustrada disertacion sobre la indivisibilidad ó divisibilidad de la obligacion de garantía. Sos-tiene que la obligacion de garantía es indivisible activa y pasivamente, si la cosa vendida no es susceptible de partes; que fuera de este caso, no habiendo convencion en contrario, es divisible. Si es divisible, el adquirente no puede obrar contra cada uno de los garantes, sino por su parte ó porcion, bien sea por via de accion, ó por via de escepcion. Pero podrá demandar la resolucion de la venta contra los vendedores conjuntos, ó los herederos del deudor, cuando la eviccion es tan importante, qué se puede pensar que no habria comprado la cosa sin la parte vencida (**art. 2125**).—*Revista de Legislation*, tom. 11, desde la pág. 318.

Art. 2109. Por Derecho Romano y por el Derecho de las Partidas, el recurso era gradual. El adquirente debia citar al enajenante inmediato, éste al que le habia trasmitido la cosa, y así sucesivamente hasta llegar al enajenante originario. Se observaba este orden, porque segun el Derecho Romano, las acciones no podian pasar de una persona á otra sin una cesion. Pero por nuestro Derecho no es así. El acreedor puede ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con la sola escepcion de los que sean inherentes á su persona (**art. 1196**). Se juzga que cada enajenante ha trasferido la cosa á su adquirente, *cum omni sua causa*, es decir, con todos los derechos que le competian. El último adquirente, es pues tácita y necesariamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseido la cosa ántes que él, y reúne esos derechos en su persona.

TITULO XIV

De los vicios redhibitorios

Art. 2168. Es una cuestion muy debatida entre los juriconsultos, si la brevedad del tiempo que corre entre la enajenacion y la destruccion de la cosa, hace suponer de derecho que el principio de esta destruccion existia al tiempo de la enajenacion; ó si el adquirente debe probar que el vicio no ha nacido despues de la adquisicion en los arts. 2513 y siguientes del Código de Luisiana, se declara que la redhibicion de los animales no puede intentarse, sino en los quince dias siguientes á la venta.

El art. 924 del Cód. de Austria, dice que cuando un animal muere ó se enferma á las veinte y cuatro horas de la entrega, se presume que estaba atacado ántes de ella.

El Código Prusiano, art. 199, tit. 9, parte 1ª, dice: «Si el animal enferma ó muere á las veinte y cuatro horas de la entrega, responde el vendedor; si despues, el comprador debe probar la preexistencia de la enfermedad.» Aceptamos sin embargo la opinion de Troplong, que el adquirente, que es el demandante, debe probar la existencia del vicio en el momento de la adquisicion, nº 569.

TÍTULO XV

Del Depósito

Art. 2182. Pero no siempre que se guarda gratuitamente una cosa, hay depósito. Para que la entrega de una cosa tome el carácter de depósito, es preciso que ella tenga por fin principal la guarda de la cosa. Cuando la guarda de la cosa es solo secundaria, cuando no es sino la consecuencia de un contrato ya perfecto, en nada cambia la naturaleza de este contrato. Si yo, por ejemplo, os encargo recibir de un tercero una cosa, y guardarla hasta que disponga de ella, el contrato es mandato y no depósito. Lo mismo sería si por resultado de una convencion, quedare en poder del mandatario una suma de dinero, y el mandante le encargare que se le guardase hasta disponer de ella.

En los Códigos y entre los juriconsultos hay variedad de juicio sobre la naturaleza de la cosa que debe ser objeto del depósito. Voet y Doinai juzgan que el depósito puede tambien ser de cosas inmuebles. Pothier y Heinecio, que solo puede ser de cosas muebles. La Ley citada de Partida, que puede ser tanto de muebles, como de inmuebles; y los Códigos de Francia, de Nápoles, Sardo, Holandes y de Luisiana, disponen que el depósito no puede tener por objeto, sino cosas muebles. Nosotros seguimos la disposicion de la Ley 2 de Partida, pues el objeto principal del acto es la guarda de una cosa. No encontramos razon para que se diga que una persona que cierra su casa y deposita en otra las llaves de

ella, no efectúa depósito, sino locacion de servicios, pues el objeto de ese acto ha sido depositar la casa, aunque subsidiariamente se exija algun servicio del que la recibe. No se niega que el secuestro puede ser de cosas inmuebles; pero el secuestro no es sino un depósito judicial, y por consiguiente aunque el acto no sea un contrato, puede concluirse que no es de la esencia del depósito el que la cosa depositada sea mueble.

Art. 2184. Lo que forma el objeto del contrato, no es lo que el uno ó el otro ha entendido dar ó recibir, sino lo que efectivamente ha dado ó recibido.

Art. 2202. Pero no se puede decir del depositario lo que se dispone respecto del comodatario, que un caso de peligro para sus cosas y las cosas depositadas, deba como el comodatario, salvar primero las ajenas que las suyas (**art. 2269, última parte**), porque el comodato es á favor del comodatario, y el depósito á favor del deponente, y no del depositario. La L. 2, Tit. 15, Lib. 3, F. R., contiene una disposicion singular, ordenando que si en un caso dado, se pierde la cosa depositada, y no se pierde ninguna cosa del depositario, debe éste pagar al deponente la cosa perdida.

Art. 2208. El Cód. de Austria, art. 959, dice: «Cuando el depositario tiene permiso para servirse, ó usar de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza, y ya no es depósito sino préstamo ó comodato.» Goyena, sobre el artículo 1670 de su Proyecto, opina lo mismo, fundándose en las Leyes Romanas y de Partida que cita, las cuales en verdad no desnaturalizan el acto por permitirse al depositario el uso de la cosa. El depósito de una cosa mueble, no consumible, no pierde su carácter de depósito regular, como ya lo hemos establecido (**art. 2188, Inc. 1º**), porque el fin principal del acto no ha sido prestar la cosa sino ponerla en guarda. Si se permite el uso, no por eso se destruye. Cuando son cosas consumibles las depositadas, y se permite el uso de ellas, hay un depósito irregular, reconocido como tal en todas las legislaciones, sin que por ese uso el acto se convierta en otro género de contrato.

Art. 2211. En el caso del artículo, los Códigos extranjeros legislan, segun fuere el depósito divisible ó indivisible, ordenando para el primer caso que el depositario lo entregue segun las porciones hereditarias. Pero á nuestro juicio, el depositario no tiene que saber cuáles sean esas porciones, y su obligacion es entregar la cosa depositada á los que representan el derecho del depositante en el todo del depósito.

La Ley Romana en el caso de ser varios los depositantes, daba á cada uno de ellos el derecho de pedir el todo del depósito, por el principio de la indivisibilidad de la obligacion en un caso tal.

Art. 2218. La L. 9, Tit. 2, Part. id., concede la retencion al comodatario, y debia con mayor razon concederla al depositario que sirve al deponente, cuando en el comodato el servicio lo recibe el comodatario.

Art. 2227. Las Leyes Romanas y las de Partida no consideraban como depósito necesario el de los efectos introducidos en las posadas por los

viajeros, sino como un cuasi contrato. La asimilacion del depósito en las posadas con el depósito necesario, está fundada en que los viajeros que se hospedan en ellas, están en cierto modo forzados á confiar sus efectos á la fe del posadero. La misma Ley Romana decia: *Quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere.*—L. 1, Dig., *Neutæ*, etc.—Ellos las mas veces no están en estado de elegir la posada, ó puede no haber sino una posada en los lugares á que lleguen: no conocen las localidades, ó son llevados á los hoteles por la administracion que los conduce.

La responsabilidad al parecer extraordinaria, que se exige en este Capítulo de los posaderos, nace tambien de las circunstancias especiales del acto de introduccion en las posadas de los efectos de los viajeros. El posadero en el hecho de abrir una posada al público, se ofrece á recibir el depósito de lo que lleve el viajero, y este depósito no es solo en el interes del depositante, sino tambien en el interes del depositario: el posadero, que lleva un precio por la persona y efectos de los que se alojan en su casa.

Art. 2233. Si limitamos al posadero que recibe efectos de viajeros, la responsabilidad impuesta en los artículos anteriores, es porque solo los viajeros se ven en la necesidad de llevar consigo á las posadas las cosas con que viajan. Una persona, por ejemplo, que va á un café, no tiene necesidad de llevar consigo una bolsa de dinero ni de sacar su reloj y ponerlo en una mesa del café.

Art. 2235. La L. 26, Tit. 8, Part. 5ª, que habla de las cosas introducidas en las posadas, exige que lo sean con conocimiento de los posaderos, para imponerles la responsabilidad por su pérdida ó daño que en ella se causaren. Lo mismo la Ley Romana I, Tit. 19, Lib. 4, Dig. Por esto los escritores, sobre el Derecho Romano, como Pothier y Voet, imponen al viajero la necesidad de dar conocimiento al posadero de las cosas que introduce en la posada. El Derecho Frances varió esta legislacion yéndose á otro estremo, pues impone la responsabilidad al posadero, aun cuando no se hubiese hecho saber, lo que se introducía en la posada. Troplong, que ha tratado este punto largamente en el comentario al art. 1954, aconseja al viajero que avise al posadero de los objetos de gran valor que introduzca en la posada, por las dificultades que de otro modo se presentan en los juicios. Nosotros, siguiendo el Código de Chile, imponemos al viajero la obligacion de dar conocimiento al posadero de los efectos de gran valor que introduzca, para que pueda cuidarlos de una manera mas segura.

TÍTULO XVI

Del mutuo ó préstamo de consumo

Art. 2241. Marcadé, sobre el art. 536, en el nº 391, dice: « Las cosas en si mismas no son ni fungibles, ni no fungibles. Lo son solo en el caso particular en que deban ser entregadas á alguno, para ser devueltas

despues; y la misma cosa puede ser fungible ó no fungible segun la voluntad de las personas. Lo que ha hecho decir impropriamente que las cosas son fungibles ó no fungibles es la confusion que se ha hecho entre dos cualidades muy diferentes la una de la otra, la de ser fungible y la de ser consumible por el uso. Pothier y muchos autores modernos, definen las cosas fungibles, diciendo que son aquellas que se consumen por el primer uso que se hace, y los autores del Código han aceptado esa misma idea; mas este es un grave error. Hay una gran diferencia entre las cosas fungibles y las cosas consumibles. 1º: Se llaman cosas de consumo, las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente como el pan, el vino, etc., sea civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se ve, pues, que la calidad de consumirse, ó no consumirse, depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasia de las personas. 2º: Entretanto, las cosas son fungibles ó no fungibles, segun que en la entrega que yo hago á una persona que debe volvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, ó deberán volverse las mismas cosas. Si yo os presto un Código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolvais, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide á un impresor un Código que de pronto necesita para devolverle despues otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intencion de las partes. 3º: Que en lugar de ser absoluta y continua, es accidental, y que solo tiene lugar cuando la cosa es entregada para ser devuelta. 4º: Que una cosa que no es de consumo puede ser muy bien fungible, como lo demuestra el ejemplo del librero (**arts. 2324 y 2325**).»

Sobre la diferencia de las cosas fungibles, con las consumibles por el primer uso, trata extensamente Pont sobre el comentario al artículo 1874. desde el nº 7.

TÍTULO XVII

Del comodato

Art. 2255. El derecho del comodatario es un derecho puramente personal (**art. 2265**). Bajo esta relacion se distingue de los derechos del usuario y de los del usufructuario, que son derechos en la cosa (**arts. 2245 y 2807**). A mas, el derecho del usuario y del usufructuario, comprende en todo ó en parte los frutos producidos por la cosa, mientras que el comodatario no tiene sino el uso de la cosa en el sentido estricto de la palabra (**art. 2271**). Si por el contrato les es permitido tomar parte de los frutos, habrá á mas de comodato una donacion de frutos. (Véase Pont, nº 60.)

Art. 2260. La Ley 4 siguiente habla tambien del dinero que se presta para mostrarlo á otro y devolverlo despues.

Art. 2261. Resulta de la resolucion del artículo, que el préstamo de una cosa prohibida por la ley debe ser declarado nulo en toda hipótesis (**arts. 953 y sus concordantes**), lo mismo que el préstamo de una cosa no prohibida, cuando el prestador sabe que ella debe servir para cometer un delito. Pero, ¿cuál es la posicion respectiva del que presta la cosa y del que la toma prestada? Segun muchos autores debe negarse toda accion al prestador. Pero esta opinion conduce á un resultado menos justo, de traerle un beneficio al deudor á costa del que hizo el préstamo, cuando no es menos culpable que éste. Sin duda que siendo nulo el préstamo, ese hecho no puede servir de fundamento para una accion en juicio; pero no por esto la nulidad del préstamo le impide hacer valer los derechos que tiene sobre la cosa independientemente de ese contrato. Anulado el contrato, el prestador, como propietario de la cosa, puede reivindicarla del que la recibió en préstamo, cuando detiene sin causa una cosa que no le pertenece. Al que ha prestado la cosa, le queda pues la accion de dominio para recuperarla (**art. 791**).

Art. 3269. Es preciso no confundir el caso en que el comodatario es culpable, por haberse servido de la cosa prestada, por mas tiempo que el designado en el contrato, y que por causa de esta culpa perece por caso fortuito ó de fuerza mayor, como el caso en que la cosa perece por un accidente de esa naturaleza, pero independientemente de toda culpa del comodatario, despues de haberse constituido en mora de devolverla. El comodatario puede, en este último caso, invocar la escepcion establecida en el art. 789 si la cosa hubiese igualmente perecido en poder del dueño, mientras que en el primero su culpa no permite la aplicacion de esta escepcion. (Véase Aubry y Rau, § 392, nota 2.)

Art. 2275. Porque el comodatario puede haber comprado otra cosa para sustituir á la perdida.

Art. 2278. La L. 9, Tit. 2, Part. 5ª, concede al comodatario la retention de la cosa por las espensas que hizo en ella, siendo tales que con derecho las pueda demandar, es decir, siendo necesarias. Aceptamos la doctrina del Derecho Romano, pues seria en extremo duro que el comodante, despues de beneficiar al comodatario, se viese privado de su cosa por gastos mas ó menos ciertos ó justos. (Véase Goyena, art. 1638.)

TÍTULO XVIII

De la gestion de negocios ajenos

Art. 2288. Es preciso que el negocio preexista á la gestion. Si yo hago trabajos en una cosa ajena que necesita reparaciones, háy gestion de negocios; pero si construyo una casa en terreno de otro, hay creacion, pero no gestion de negocios. Esta creacion no da por sí nacimiento al cuasi-contrato de que tratamos. (**Véase arts. 2587 y siguientes**).

tes, que es donde se determina la accion que corresponde en tal caso).

El acto puede establecer relaciones obligatorias entre el gerente y diferentes personas. Asi, cuando yo hago el negocio que un mandatario se habia obligado á hacer por un tercero, hay gestion de negocios no solo entre yo y el mandatario, sino entre el tercero, el mandatario y yo, porque el mandante y mandatario tienen el uno y el otro interes en mi gestion.

Art. 2296. No se trata en efecto de probar una convencion ó una obligacion, sino el hecho de **donde** la obligacion resulta.

Art. 2297. Es preciso no confundir, dice Zachariæ, la utilidad de un negocio en su significado juridico con el **provecho** que saque el dueño. Un negocio puede haber sido convenientemente **conducido** para el dueño desde el principio hasta el fin, y tener un buen resultado sin que el dueño se aproveche de él por alguna circunstancia independiente de la gestion y del gestor. Asi un *negotiorum gestor*, por ejemplo, se ha propuesto hacer reconocer y liquidar un crédito, y terminada la liquidacion, el deudor quiebra y el crédito es perdido; el acreedor, en tal caso, no saca ningun provecho de la gestion, y sin embargo la gestion ha sido útilmente emprendida. Cuando la accion del gerente está fundada sobre la utilidad de la gestion, la accion que le corresponde es la del *negotiorum gestor*. Cuando está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, su accion es de *in rem verso*, § 622, n° 10.

Art. 2298. Sobre si los intereses deben correr desde el dia de la demanda, ó desde que los gastos fuesen hechos, ha habido una cuestion muy debatida entre los jurisconsultos. Nosotros aceptamos la opinion de Aubry Rau, § 441, nota 11, de Duranton, tom. 13, n° 674, y de Troplong, *Du Mandat*, n° 680.

Art. 2299. Lo mismo está dispuesto sobre el mandato en el art. 1921.

Art. 2307. La Ley 12 citada de las Partidas, disponiendo sobre los gastos funerarios, dice así: « *Mas si ficiese con intencion de las cobrar, deuelas aver, maguer no las mande ninguno facer, maguer le contradigesen que las non ficiese, devengelas dar de los bienes del muerto, ante que paguen ninguna cosa de las mandas que ficiese en su testamento, nin de las debdas que debia, en cualquiera manera que las deba, é ante que partan ninguna cosa de su aver los herederos que lo ovieren que aver; solo que aquestas despensas sean fechas mesuradamente, rattundo la persona de aquel por quien son fechas.* »

En cuanto al privilegio respecto á los bienes inmuebles, queda suprimido en el Libro 4, cuando haya otro acreedor hipotecario que tenga inscrito sobre ellos un derecho real. **(Nota al inc. 1° del art. 3860, y comentario al art. 3938.)**

ÍNDICE DEL TOMO TERCERO

	<u>Págs.</u>
TÍTULO VIII	
De las donaciones.	7
Capítulo I De las cosas que pueden ser donadas y bajo qué condiciones	12
Capítulo II De los que pueden hacer y aceptar donaciones	16
Capítulo III De la forma de las donaciones	21
Capítulo IV Donaciones mutuas	29
Capítulo V Donaciones remuneratorias	30
Capítulo VI Donaciones hechas con cargo	33
Capítulo VII Donaciones inoficiosas.	35
Capítulo VIII Derechos y obligaciones del donante y del donatario	38
Capítulo IX Remisión de las donaciones	42
Capítulo X Renovación de las donaciones	48
TÍTULO IX	
Mandato.	64
Capítulo I Objeto del mandato	79
Capítulo II Capacidad para ser mandante ó mandatario.	81
Capítulo III Obligaciones del mandatario	86
Capítulo IV Obligaciones del mandante	117
Capítulo V De la cesación del mandato.	128
TÍTULO X	
De la fianza.	145
Capítulo I De los que pueden ser fiadores	159
Capítulo II Efecto de la fianza entre el fiador y el acreedor	159
Capítulo III Efectos de la fianza entre el deudor y el fiador.	167
Capítulo IV Efectos de la fianza entre los cofiadores.	177
Capítulo V De la extinción de la fianza	181
TÍTULO XI	
De los contratos aleatorios, del juego, apuesta y suerte	186

TÍTULO XII

Del contrato oneroso de renta vitalicia.	195
--	-----

TÍTULO XIII

De la eviccion	211
Capítulo I De la eviccion entre comprador y vendedor.	229
Capítulo II De la eviccion entre los permutantes.	239
Capítulo III De la eviccion entre socios	342
Capítulo IV De la eviccion entre los coparticipes	246
Capítulo V De la eviccion entre donantes y donatarios.	248
Capítulo VI De la eviccion entre cesionarios y cedentes.	254

TÍTULO XIV

De los vicios redhibitorios.	261
--------------------------------------	-----

TÍTULO XV

Del depósito	274
Capítulo I Depósito voluntario.	279
Capítulo II Obligaciones del depositario en el depósito regular.	286
Capítulo III Obligaciones del depositario en el depósito irregular	302
Capítulo IV Obligaciones del depositante	303
Capítulo V De la cesacion del depósito	305
Capítulo VI Del depósito necesario	306

TÍTULO XVI

Del mutuo ó préstamo del consumo.	315
---	-----

TÍTULO XVII

Del Comodato	324
Capítulo I De las obligaciones del comodatario.	329
Capítulo II De las obligaciones del comodante.	340

TÍTULO XVIII

De la gestion de negocios ajenos.	345
---	-----

NOTAS DEL CODIFICADOR

TÍTULO PRELIMINAR

De las leyes	358
------------------------	-----

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I

De las personas jurídicas	361
-------------------------------------	-----

TÍTULO II

Personas de existencia visible.	369
---	-----

TÍTULO III

Personas por nacer.	371
-----------------------------	-----

TÍTULO IV

Existencia de las personas antes del nacimiento	371
---	-----

TÍTULO VII

Fin de la existencia de las personas	373
--	-----

TÍTULO VIII

Presuncion de fallecimiento	375
---------------------------------------	-----

TÍTULO IX

De los menores	375
--------------------------	-----

SECCION SEGUNDA

TÍTULO I

Del matrimonio	375
--------------------------	-----

TÍTULO II

De los hijos legítimos.	379
---------------------------------	-----

TÍTULO III

De la patria potestad.	380
--------------------------------	-----

TÍTULO V

Hijos naturales	381
---------------------------	-----

TÍTULO VI

Parentesco y sus grados	383
Derechos y obligaciones de los parientes	383

TÍTULO VII

De la tutela	384
------------------------	-----

TÍTULO VIII

De la curatela	385
--------------------------	-----

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO I

Naturaleza y origen de las obligaciones	385
---	-----

TÍTULO II

Obligaciones naturales	391
----------------------------------	-----

TÍTULO III

Daños y perjuicios	394
------------------------------	-----

TÍTULO IV

Obligaciones principales y obligaciones accesorias.	394
T. III	32

	<u>Págs.</u>
TÍTULO V	
Obligaciones condicionales.	394
TÍTULO VI	
Obligaciones á plazo.	400
TÍTULO VII	
Obligaciones de dar . . .	400
TÍTULO VIII	
Obligaciones de hacer y de no hacer .	404
TÍTULO IX	
Obligaciones alternativas	405
TÍTULO X	
Obligaciones facultativas . . .	406
TÍTULO XII	
Obligaciones divisibles é indivisibles	407
TÍTULO XIII	
Obligaciones simplemente mancomunadas. .	414
TÍTULO XIV	
Obligaciones solidarias.	415
TÍTULO XVI	
Del pago	418
TÍTULO XVII	
De la donacion	423
TÍTULO XVIII	
De la compensacion.	424
TÍTULO XIX	
De la transaccion.	425
TÍTULO XX	
De la confusion	428
TÍTULO XXII	
Renuncia de los derechos del acreedor.	428
SECCION SEGUNDA	
TÍTULO I	
De los hechos	429

	TÍTULO II	
De los actos jurídicos		440
	TÍTULO III	
Instrumentos públicos		444
	TÍTULO IV	
Escrituras públicas		446
	TÍTULO V	
Instrumentos privados.		446
	TÍTULO VI	
Nulidad de los actos jurídicos		447
	TÍTULO VII	
Confirmacion de los actos nulos ó anulables		448
	TÍTULO VIII	
De los actos ilícitos		448
	TÍTULO IX	
De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.		451
SECCION TERCERA		
	TÍTULO I	
De los contratos en general		452
	TÍTULO II	
Sociedad conyugal		458
	TÍTULO III	
Compra-venta		459
	TÍTULO IV	
Cesion de créditos		461
	TÍTULO V	
Permutacion		463
	TÍTULO VI	
Locacion		464
	TÍTULO VII	
Sociedad		471
	TÍTULO VIII	
Donacion		476
	TÍTULO IX	
Mandato		481

	<u>Págs.</u>
TITULO X	
Fianza	483
TITULO XI	
Juego, apuesta y suerte	485
TITULO XII	
Contrato oneroso de renta vitalicia	485
TITULO XIII	
Eviccion	486
TITULO XIV	
Vicios redhibitorios	480
TITULO XV	
Del depósito	489
TITULO XVI	
Mutuo ó préstamo de consumo	491
TITULO XVII	
Comodato	492
TITULO XVIII	
Gestion de negocios	493

