BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA NACIONAL

ANTEPROYECTO

DE

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº DE ORDEN	2587
UBICACION	C 88
FICHA MATERIA	

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

ANTEPROYECTO

DE

REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

PRESENTADO A LA COMISIÓN
ENCARGADA DE REDACTARLO,

POR

JUAN ANTONIO BIBILONI

II

(OBLIGACIONES)

VALERIO ABELEDO - EDITOR
1368, Lavalle, 1374 - U. T. 38, Mayo 6126
(FRENTE A LOS TRIBUNALES)
BUENOS AIRES
1929

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

BIBLIOTECA DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

LIBRO II

DE LAS OBLIGACIONES

SECCION 1ª

PARTE 1ª

De las obligaciones en general

TITULO I

De las obligaciones civiles

Art. 1. — Sustituir los artículos 495, 496 y 497, por el siguiente:

Art. 1. — La nota al artículo 495 expone las reglas a que deben obedecer los preceptos legislativos. Las definiciones y las clasificaciones didácticas que no establecen decisiones, o limitan el sentido usual de las palabras, deben ser evitadas. Es, por consiguiente, inncesario definir lo que es un crédito o una deuda, y explicar que a todo derecho personal corresponde una obligación personal, desde que es evidente que nadie puede exigir algo de otro si no hubiese obligación, ni ésta existiría si no se refiriese al derecho de una persona determinada para reclamar un bien de la propiedad de un tercero, o un hecho de él. El punto de partida fundamental es que toda persona es libre de disponer de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El acreedor puede exigir de su deudor la prestación de bienes, hechos, o abstenciones, determinados por la causa constitutiva de su derecho.

Art. 2. — Se suprime el artículo 498, y se sustituyen los artículos 499, 501 y 502, por el siguiente:

---

sus bienes y su trabajo, y que nadie puede pretender algo de otro sin título, esto es, sin causa legal que lo autorice.

En cuanto a lo que el artículo 497 agrega de que no hay obligación que corresponda a los derechos reales no es asunto de precepto legislativo. Es una declaración didáctica, en que la palabra obligación ha cambiado de sentido. El derecho real se ejerce directamente sin pasar por el intermedio de una prestación. Cuando se le viola impidiendo su libre ejercicio, nace un derecho especial a exigir su restablecimiento, semejante al personal, porque no existe sino contra el autor de la violación. Pero es un motivo, un título, una pretensión, a exigir la protección del Estado, por vía de la acción. No es un crédito.

Art. 2. — El artículo 498 contiene otra definición de palabras. Cuando son trasmisibles los créditos o las deudas, no aparece de la disposición. Será la resultante de muchas relaciones jurídicas que no conviene encerrar en una fórmula general. Por la fuerza de las cosas debe dejarse a las reglas peculiares de la sucesión a título universal, o particular, a las que rigen el ejercicio del derecho en muy diversas hipótesis, como en la acción subrogatoria, la pauliana, y otras.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA CENTRAL
BIBLIOTECA DIGITAL

De las obligaciones civiles

Las obligaciones no se presumen. No existen sino por los hechos que este Código reconoce como causas de ellas.

Cuando de un instrumento aparece una obligación se presume que existe causa legítima, salvo la prueba contraria.

Art. 3. — Suprime los artículos 503 y 504.

Reproduce el artículo 505.

El artículo 499 constituye un precepto capital. La obligación es un efecto de hechos dados. Pero, según el Código, los hechos comprenden a los actos lícitos, a los ilícitos, las relaciones de familia y las civiles. No hay porqué detallar lo que la palabra general empleada ya expresa.

Los artículos 500, 501, y 502, se resienten de la doctrina del Código Francés: se refieren a obligaciones contractuales. De la obligación, que es una relación-efecto puede no aparecer expresa su causa. Solo se comprenden aquellas disposiciones en los instrumentos de deuda que la consignan sin enunciar su origen. Por otra parte, en el artículo 502, que está bien en el Código Francés, porque trata de las obligaciones convencionales, la palabra causa ha cambiado de sentido, ya que, según el artículo 499, las deudas pueden nacer de los actos ilícitos. Los hechos reprobados por las leyes, son causa válida de obligación.

El artículo 501, constituye una aplicación de los preceptos generales de la prueba y está regido por ellos.

Art. 3. — También en los artículos 503 y 504, se trata de un reflejo del Código Napoleón. Es claro que la obliga-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Reproduce los artículos 506, 507, 511 y 512, bajo la forma siguiente:

El deudor es responsable por los daños e intereses que causase al acreedor por su dolo, o por su culpa, en el cumplimiento de la obligación. No puede dispensarse de antemano la responsabilidad por dolo.

Se reproduce como segundo párrafo de este artículo el 512.

Art. 5. — Reproduce el 508, agregando después de la palabra "morosidad" las siguientes: "dolosa o culpable".

---

ción no produce efecto sino entre acreedor y deudor: no hay vínculo sino entre ellos.

Lo que se quiere decir es que los contratos no producen efectos, relaciones jurídicas, sino entre los que los ajustan. Esa regla está expresada en el artículo 1195.

El artículo 504 se refiere a la estipulación a favor de terceros. No puede concebirse obligación sino entre acreedor y deudor, y en esa relación no cabe la noción de tercero. La estipulación se trata con toda amplitud en este proyecto, en el título de los contratos de que es una variedad.

Art. 5. — La morosidad, por si sola, no trae por consecuencia responsabilidad. El artículo 513, en su parte final, dispensa de ella cuando la inejecución puntual ha sido causada por hecho no imputable al deudor. Se trata en la mora de una aplicación del principio general de la imputabilidad: no hay mora, sin culpa. Molitor, Obligations, I, número

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA CENTRAL

Art. 6. — Reproduce el 509, con los siguientes agregados:

3º Cuando la obligación proviene de delito;

4º Cuando tuviese por objeto una abstención, y el deudor hubiera realizado un hecho contrario;

5º Cuando, por ausencia u ocultación del deudor no

357; Maynz, Obligations, II, § 179; Van Wetter, Obligations, I, § 18.

Art. 6. — Incisos 3º y 5º: los autores citados en la nota precedente y Windscheid, Pand., II, § 278, números 2 y 4; Demolombe, 31, números 476 y 685.

————Inciso 4º Demolombe, 24, número 541; Baudry et Barde, Obligations, I, números 444 y 469; Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 274. En este caso hay más bien falta de cumplimiento, que falta de puntualidad. Si puede restablecerse la situación violada deben seguirse las indemnizaciones y consecuencias de la mora hasta obtenerse el restablecimiento. Hay, sin embargo, muchas hipótesis en que deben aplicarse exclusivamente las disposiciones sobre incumplimiento por imposibilidad culpable de la prestación. "Así, dice Enneccerus, § 278, número I, en los casos de ejecución de hechos contrarios a una obligación de abstenerse, p. ej., la traición de un secreto de fabricación a cuya guarda se estaba obligado, o la venta de objetos manufacturados en lugares para los cuales se había concedido a otros la venta exclusiva. En tales casos el hecho ha causado la imposibilidad, total o parcial, de cumplir la obligación. Son directa-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

fuese posible el requerimiento. En tal caso la intimación por vía de declaración, producirá los efectos de él.

Art. 7. — El deudor responde del dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que ha empleado,

---

mente aplicables los preceptos sobre imposibilidad de la prestación".

————Inciso 5º La declaración se hará en la forma prevenida en la parte general de este proyecto.

Art. 7. — § 278, Código Alemán; artículo 101 Código Suizo de las Obligaciones; artículo 1313 a), Código Austriaco reformado.

La responsabilidad por el cuidado, dice Ennecerus, I, 2, § 267, no es una especial que corre paralela con la obligación de prestar y tiene por objeto el conducirse personalmente con cuidado. Es, más bien, una calificación de la obligación misma de prestar. Debe el deudor una prestación propia, por consiguiente, debe una propia cuidadosa prestación. Si debe la prestación de un tercero, debe su cuidadosa prestación... El que, como generalmente sucede, debe una prestación que será ejecutada por una persona no determinada de antemano, se responsabiliza por la cuidadosa prestación del que emplea para efectuar la que adeuda".

El artículo no comprende sino el cumplimiento de las obligaciones. En cuanto a los actos ilícitos realizados por representantes o empleados, se rigen por las reglas propias de ellos. Ennecerus, lugar citado; Demolombe, 24, número

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

en la ejecución de su obligación, en los mismos casos en que sería responsable por su propio hecho.

Puede convenirse de antemano la dispensa de esta responsabilidad.

Art. 8. — Se suprime el artículo 510.

Se reproduce el artículo 513.

Art. 9. — Se traslada aquí el artículo 892, y su nota.

Art. 10. — Se modifica el artículo 514, así:

Constituye caso fortuito el hecho u omisión que no se ha podido prever, o que, previsto, no se ha podido evitar.

Art. 11. — En sustitución de los artículos 524 y 525, el presente:

Los derechos y obligaciones accesorios quedan subordinados a la existencia de la obligación principal. Su nulidad o extinción no influye sobre la existencia del crédito a que adhieren.

---

558 — Planck, sobre los § 278 y 831. Véase nuestra nota al artículo 36, título de los actos ilícitos.

Art. 8. — Se suprime el artículo 510, porque es la reproducción del 1201. Se trata de un principio privativo de los contratos que debe ser tratado en el título respectivo en que este proyecto lo reglamenta con mayor precisión.

Art. 11. — Es este un principio general de los artículos 524 y 525, que tiene múltiples excepciones expresas en el Código.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO II

De las obligaciones naturales

Art. 1. — Se sustituye el artículo 515 por el siguiente: Son obligaciones naturales:

1º Las contraídas por personas con discernimiento su-

Art. 1. — Se suprime el primer párrafo del artículo 515, tanto porque constituye la explicación didáctica de los motivos de la ley, sobre la que está profundamente dividida la doctrina, como porque ya Savigny — Obligations, I, § § 14 y 8, número 1 — había expuesto los graves inconvenientes de introducir en esta materia las ideas "de derecho natural y de deberes morales, o de conciencia, a los cuales la ley, en este o aquel caso, habría unido, por capricho, un efecto civil". ¿Por qué si hay deberes morales o de conciencia, o hay derechos naturales, no los reconoce la ley como obligaciones civiles?

Sobre ser inexacta la explicación, es equivocada como solución jurídica. Es inexacto, por ejemplo, que haya obligación natural en el caso de pagarse una suma, "por escrúpulos, por motivos de honor, por preocupación del propio crédito": hay entonces, donación. (Savigny, § 8, número 1). En cambio, el que paga una deuda prescripta, por error, creyéndola exigible, sin ánimo, por consiguiente, de hacer otra cosa que pagar una obligación ordinaria, ha pagado una deuda, y no tiene la **condictio indebiti** (Ibidem.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ficiente pero incapaces de ejercer sus derechos por sí mismas;

2º Reproduce el inciso 2º, actual;

En el mismo sentido, § 534, Código Alemán; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1, § 3, III).

Los motivos que fundan las disposiciones legales son puramente jurídicos. El derecho natural, no tiene nada que hacer en ello. Si se establecen presunciones, medios de defensa, o reglas que permiten repudiar una acción, es porque existen causas para hacerlo, que varían desde una interpretación de ciertas relaciones jurídicas, hasta la de una política social que así lo aconseja. Si no hay motivos de orden público comprometidos en el caso, se deja librado al interesado que rechace la acción, o se someta a ella. Las disposiciones son, siempre y exclusivamente, jurídicas. La prescripción constituye una presunción de haberse extinguido el crédito por causa suficiente. Si un deudor, ignorando que ella se ha operado, paga la deuda, la ley no le permite repetir porque el pago prueba que la obligación no había sido cumplida, ni remitida.

Esta observación puede ser extendida a todos los supuestos de obligación imperfecta, sin necesidad de hacer intervenir ni la equidad, ni consideraciones ajenas al derecho estricto, porque no es éste un conjunto de disposiciones arbitrarias y caprichosas, reñidas unas veces, y conformes otras, con los dictados de la razón y la justicia.

No es contrario a la equidad que la prescripción ampare al deudor, ni que las sentencias produzcan sus efectos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

3º Reproduce el inciso 3º, suprimiendo "es";

4º Se sustituye el inciso 4º vigente, por el siguiente:

Las obligaciones que han sido desestimadas por sentencia;

---

en una sociedad civilizada, ni que los incapaces sean protegidos, o se establezcan formas para expresar la voluntad en los actos jurídicos. Todas esas invocaciones a la equidad y al derecho natural que se oponen a la aplicación regular de la ley, son errores de concepto, y olvido de las razones fundamentales que constituyen la base de las instituciones.

En cambio existe el peligro, y peligro grave, de establecer el principio legal de que allí donde hay motivos de equidad, o que se suponen tales según la apreciación personal del que ha de juzgarlos, que impulsen a efectuar una prestación, haya de considerarse como efectuada en virtud de una obligación natural, cuando en verdad, no son, tal vez, sino donaciones disfrazadas que perjudican o pueden perjudicar a los herederos forzosos, o a la sociedad conyugal, privándoles de lo que les corresponde. La interpretación extensiva que de ello resultaría, constituiría la subversión completa de las reglas fundamentales de nuestra legislación, y el medio legal de amparar las simulaciones con que se ejecutarían las defraudaciones más peligrosas.

——————Inciso 1º Se ha reformado la redacción porque es incorrecta. Habla de "incapaces por derecho para obligarse como la mujer casada... y los menores adultos". Pero, por un lado, los interdictos tienen en los intervalos lúcidos ese "discernimiento y juicio suficiente" de que vie-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

5º Sustituir el inciso 5º, por el siguiente:

Las que derivan de actos jurídicos que reunen los elementos requeridos para su existencia, pero a los cuales la

---

ne hablando el inciso, como lo tienen los púberes, desde que se les considera responsables por los actos ilícitos, precisamente por tener discernimiento, — artículo 921 — y por consiguiente están comprendidos en el inciso, aunque no los mencione; y por el otro, hay incapaces especiales de derecho, que, por razones de orden público, no pueden adquirir. En este último caso, no hay obligación natural, porque no depende de la voluntad de parte alguna, validar la relación (Savigny, Obligations, I, § 13, número 4; Maynz, II, § 193, observación número 5).

————Inciso 4º La disposición no comprende todos los casos que debe incluir. No son solamente las obligaciones desestimadas por falta de prueba, ni las sentencias dictadas por error o malicia del Juez, que constituyen obligaciones naturales. Todas las sentencias, justas o injustas, dictadas por razón de hechos probados y no probados, y por motivos de derecho, constituyen cosa juzgada que puede invocar, o no, el favorecido por ellas. Así, la que desestimara una acción en virtud de la incapacidad de la parte, o de la falta en la forma del acto, o de la nulidad de él por cualquier otro motivo, no impide el efecto del pago realizado a pesar de la decisión judicial.

Tanto respecto de éste como de los incisos 1º y 2º, existe una circunstancia común. Los actos obrados por incapaces pueden ser anulados pero solo por excepción opuesta por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ley les ha negado toda acción, como las deudas de juego;

6º La parte de la obligación de que ha sido dispensado el deudor por una quita concedida por sus acreedores, o por sentencia de rehabilitación.

---

la parte incapaz. Si no lo realiza, la acción se hace efectiva. La obligación es civil. Lo mismo pasa con la prescripción, y, en ciertas hipótesis, con la sentencia. Si, por consiguiente, no se invocan las excepciones, no hay caso de obligación natural. Se presupone que han sido opuestas, para que se dé el de nuestro artículo.

Por eso muchos escritores y legislaciones, consideran que la obligación natural no constituye un instituto que debe tratarse como una entidad caracterizada, y que, bajo ese nombre, se encierran simplemente casos particulares de pago y otros modos de extinción, o excluyentes de donación, etcétera.

Son tan diferentes los efectos de las distintas especies de obligación natural, que no se advierte la utilidad de tratar ese asunto como una entidad jurídica especial.

Pero sería demasiado honda la alteración que habría que introducir en el Código, para reorganizar la materia, y hemos preferido conservar la forma en que la trata, no obstante ser más propia de la doctrina que de la legislación positiva.

——————Inciso 6º Es general en los escritores, reconocer la existencia de una obligación natural en el caso de quita por concordato. En el proyectado decimos "quita concedida

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — Sustituir el artículo 516 por el siguiente:

Las obligaciones naturales no dan derecho para exigir su cumplimiento. No puede reclamarse lo pagado voluntariamente en virtud de ellas por el que tenía capacidad legal para hacerlo.

El error que ha recaído sobre la inexistencia de acción para exigir el cumplimiento, no autoriza la repetición de lo pagado sino cuando se ha padecido, además, sobre la existencia de la obligación natural.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 517.

---

por los acreedores'' para comprender a todos los convenios generales, judiciales, o de arreglos extrajudiciales.

Art. 2. — Artículos 515 y 516. En cuanto al agregado que constituye el segundo párrafo: Savigny, Obligations, I, § 8, número 1; Windscheid, Pand., II, § 288, nota 11; Dernburg, Pand., II, § 4, números 1 y 2, y notas 8 y 9; Molitor, Obligations, I, número 39; Van Wetter, Obligations, I, § 46, número 1; Enneccerus, I, 2, § 227, número II, 2; Giorgi, Obbligazioni, I, número 45 y siguientes; Colmo, Obligaciones, número 85; Aubry et Rau, 4, § 442, página 731, parecen de acuerdo, aunque algo embarazados, pues han modificado en la 4ª edición la redacción más categórica de la anterior, a juzgar por la transcripción que hace Demolombe, 27, número 46. En contra, Demolombe, número citado; Laurent, 17, número 26, y, en general, los escritores franceses.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Se sustituye el artículo 518, por el siguiente:

Las obligaciones y derechos reales constituídos por terceros en seguridad de la deuda, en los casos del inciso 1º, artículo 515, y de quita concedida por concordato judicial, no son perjudicados por la falta de acción en la obligación natural principal, y pueden hacerse efectivos en su extensión primitiva

En los demás casos de obligación natural se regirán por las disposiciones particulares de este Código.

Art. 4. — Son tan diversos los supuestos que se encierran bajo la designación de obligación natural que ha debido renunciarse a establecer reglas generales para regir sus efectos. Los escritores son unánimes sobre este punto: Windscheid, Pand., II, § 288; Savigny, Obligations, 1, § § 11, 12, 13, passim; Dernburg, Pand., II, § 4.

El artículo 518 es inexacto por demasiado extenso.

Las fianzas y otras garantías de terceros no producen sus efectos normales sin distinción de casos, como aparece del texto actual. Así, son válidas las constituídas contemporáneamente con la obligación contraída por un incapaz, o por un deudor, después concordatario: artículos 1994 y 3122, Código Civil, y 26-32, Ley de Quiebras; y lo mismo si esa garantía hubiera asumido la forma de obligación solidaria: artículo 715.

Si se tratase de una obligación prescripta o de una en que recayese sentencia absolutoria, los artículos 715, 2021, 2022 y 3186, disponen precisamente lo contrario de lo que resuelve

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO III

De los efectos generales de las obligaciones

CAPITULO 1º

Art. 1. — Los bienes presentes y futuros del deudor

---

el 518. Y si la deuda fuese de juego, el artículo 2055 prohibe toda demanda en juicio por ese concepto.

En cambio, las seguridades de que habla el artículo 518, serían válidas en la mayor parte de los casos cuando se hubieran constituído posteriormente a los hechos que califican de naturales a las obligaciones antes civiles; pero será muy remota esa hipótesis, fuera del supuesto de novación y confirmación hecha por el deudor, lo que ya excluye a la deuda de juego: artículo 2057.

Sin prolongar indebidamente esta nota examinando otros aspectos del asunto, debemos concluir con Windscheid, que los efectos de las obligaciones naturales en cuanto al deudor, — novación, reconocimiento, compensación, etc. — y a las seguridades constituídas por terceros, deben dejarse a las reglas particulares de cada caso.

En el artículo proyectado se limita su aplicación al concordato judicial, porque en el extrajudicial el deudor no puede, por sí solo, modificar las relaciones jurídicas con el fiador, por ejemplo, el cual podrá invocar las defensas que corresponden al principal obligado.

Art. 1. — Artículos 2092 y 2093, Código Francés; 1948 y 1949, Código Italiano; 2465, de Chile; 1911, Español.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

constituyen la garantía común de sus acreedores. Todos pueden perseguir sobre ellos la ejecución de sus créditos en igualdad de condiciones, a menos que exista una causa legal de preferencia.

Art. 2. — El deudor conserva la libre disposición y administración de sus bienes.

Artículos 3875|6, y 3922, Código Civil.

Art. 2. — Artículo 546, que solo habla de la obligación bajo condición suspensiva.

En la parte general, se ha proyectado que todo el que tiene un derecho, puede ejercitar las acciones conservatorias de él. Y es una medida conservatoria pedir la limitación de las facultades del deudor cuando pone en peligro la existencia del crédito.

Sin perjuicio de algunas disposiciones especiales del Código, el derecho de pedir el embargo, o la inhibición del deudor para disponer de sus bienes, ha quedado abandonado a las leyes locales de procedimientos. Pero los derechos de las personas, no pueden ser definidos, ni limitados, por las leyes provinciales. Es acto de legislación determinarlo. Es acto de jurisdicción resolverlo en virtud de ley: artículos 14, 17 y 67, inciso 11, Constitución Nacional.

No queda limitado el derecho, ni, menos, queda definido, por el hecho de que se trate de enajenar. La condición del artículo, es doble: es necesario un derecho, aún eventual; es necesario un acto del deudor que ponga en peligro el derecho del acreedor. No basta, por consiguiente, que se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Los acreedores, aún condicionales, o a término, pueden pedir judicialmente la limitación de ese derecho, o el embargo de bienes, cuando los actos del deudor pusiesen en peligro el cumplimiento de sus créditos.

Art. 3. — Cando la obligación tenga por objeto cosas, que se encuentren en poder del deudor, el acreedor podrá solicitar su entrega, y el desapoderamiento ejecutarse por la fuerza.

Si se tratase de la trasmisión de un crédito podrá procederse de igual manera para la entrega del instrumento de deuda si existiera, y se hará judicialmente la notificación al deudor cedido.

En todos los demás casos de inejecución por el deudor,

---

trate de enajenar, sino causa el peligro que se acaba de explicar: usa de su derecho el deudor que enajena de buena fe. No es tampoco necesario enajenar: basta degradar el bien por un acto material, o legal. (Artículos 3157|8 y su argumento).

Los códigos vigentes de procedimientos no se ajustan a estas reglas.

Art. 3. — El principio general es el del cumplimiento toda vez que pueda ser obtenido: artículo 505, inciso 1º En los demás casos, incisos 2º y 3º, hemos preferido la opción del acreedor que no causa agravación o perjuicio al deudor, y que, en cambio, permite simplificar las dificultades de la inejecución, generalizando la solución del Código para las obligaciones de hacer. (Artículo 630).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

el acreedor podrá optar entre pedir el cumplimiento por sí o por medio de tercero, a costa del deudor, o reclamar las indemnizaciones correspondientes a la inejecución, sin perjuicio de las que resulten de la mora.

Art. 4. — El acreedor puede pedir la venta forzada de los bienes del deudor en la medida necesaria para satisfacer sus derechos. Exceptúanse los siguientes:

Esa opción no procede en favor del deudor. Su falta de cumplimiento no convierte la obligación ni en alternativa, ni en facultativa. (Artículo 631).

Art. 4. — Si el patrimonio del deudor garantiza el cumplimiento de las obligaciones, no todos los bienes que lo constituyen pueden ser ejecutados.

Los derechos que emanan de la patria potestad, del matrimonio, de la filiación o parentesco, no pueden ser destacados de las personas que los invisten, para ser atribuídos, como tales, a los terceros que los adquieran en una ejecución. Su emolumento puede ser concedido al acreedor en las condiciones que luego se establecerán: artículo 292, Código Civil.

————Inciso 2º El artículo 2870 permite ceder el usufructo, y el 2908 autoriza a los acreedores a pedir que se embargue "y se les pague con él". Sin entrar a examinar si este segundo artículo autoriza otra cosa que el uso o ejercicio, para aplicarlo a la extinción de las deudas, debe decirse que la doctrina del Código no es firme. El artículo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

1º Los derechos patrimoniales que emanan de las relaciones de familia;

2º Los derechos de usufructo, uso y habitación, servidumbre predial separada del bien a que corresponda;

3º La parte indivisa de un heredero en una sucesión, o de un socio, o partícipe en una comunidad de bienes, o de un condómino en un bien particular, antes de haberse efectuado la partición definitiva;

3120 no permite la hipoteca del usufructo, el uso y habitación, y los derechos hipotecarios mismos.

Y la razón que la nota dá, combatiendo al Código Francés, cuyas doctrinas inspiraron las reglas antes citadas, es la imposibilidad de enajenar ni ceder el usufructo, y el uso y habitación, no obstante disponer el artículo 2959 que el uso de los frutos de una cosa puede ser cedido cuando ha sido constituído a título oneroso.

Debemos, pues, detenernos en este punto ya que las disposicionues recordadas lo deciden. Pero las razones concluyentes son las mismas que aconsejan la resolución de los incisos 3º, 4º y 5º, que pasamos a exponer.

——Incisos 3º, 4º y 5º. El artículo 2205, Código Francés, y 2077, Código Italiano, no permiten la venta forzada de la parte alícuota que pertenece al deudor en los inmuebles, el primero, de los que forman parte de una sucesión, el último, en todo supuesto.

Los intérpretes de aquél están de acuerdo en que el artículo se extiende a toda clase de bienes, aunque no sean inmuebles, y por consecuencia, a toda la cuota hereditaria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

4º Los derechos pendientes de litigio o que no pueden ejercerse sin él, antes de la sentencia que lo termina;

5º Los créditos contra tercero aunque fueran líquidos, con excepción de los títulos al portador y de los dados en prenda;

---

y también, que comprende a cualquier participación en una masa de bienes, sociales, o comunes. La única disidencia ocurre al considerar si se entiende aplicable al condominio de un bien particular, y los expositores se dividen por razón de texto legal, y no por diversidad de principio.

El Código Italiano se ha decidido por la afirmativa, y nuestro artículo lo expresa así.

Nada más justificado que esos preceptos. La venta forzada de una cuota indivisa constituye una verdadera iniquidad porque es eventual el resultado de la liquidación de la masa hereditaria, o social, muchas veces comprometida, y porque también lo es el resultado de la partición, desde que por ella se desvanece todo derecho a los bienes que han caído en el lote de los coherederos o coasociados. No se puede fundar cálculo sobre el valor efectivo de la cuota. No hay por consiguiente, libre concurrencia de proponentes. Se adquiere por precio vil, usurario, la parte del coheredero apremiado, por gentes que aventuran una especulación poco digna de protección, y si el resultado es feliz, lo es en daño del heredero arruinado por un acreedor tal vez cómplice del adquirente.

Por otra parte, los demás coherederos o condóminos, tienen que ajustar liquidaciones y particiones, con personas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

6º El derecho a alimentos en el caso del artículo 374, o cuando proviniese de donación o legado, o de una renta vitalicia, o de un derecho de uso o de usufructo, que tuviesen aquel carácter.

En los demás casos de rentas, uso o usufructo, así como en el del inciso 1º, el Juez podrá reservar lo necesario para atender las necesidades del deudor y su familia según lo preceptuado por el artículo 372, y autorizar la entrega a los

---

con quienes no media vinculación alguna, y con las que, seguramente, no hubieran querido ligarse en sociedad o comunidad. El hijo, el esposo, el hermano, han sido sustituídos por un tercero poco recomendable. Y esa misma situación retrae a los interesados en adquirir, que no se arriesgan a entrar en liquidaciones complicadas con personas a quienes no conocen.

La venta en semejante condiciones causa un daño evidente al deudor, sin satisfacer a un derecho respetable del acreedor.

Precisamente, por eso, es, que el Código no admite la hipoteca del usufructo, el uso, la habitación, los derechos hipotecarios, las servidumbres. No hay posibilidad de concurrencia, dice la nota al artículo 3120. "No pueden enajenarse ni cederse porque son concedidos a determinadas personas, siempre de incierto valor, pues esos derechos acaban con la persona". "La hipoteca del usufructo puede decirse imposible en la práctica, porque su eficacia dependería de la vida del usufructuario". ¿Cuánto vale un usufructo? ¿Cuánto una parte hereditaria en una sucesión complicada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

acreedores del excedente líquido de los frutos, cubiertos los gastos que correspondiesen según el caso;

7º Los sueldos, salarios, y pensiones en la parte que dispongan las leyes especiales, y en defecto de estas, en la parte que determine el Juez según lo prevenido en el inciso anterior. La indemnización por accidentes del trabajo.

Cuando los créditos provengan de suministros o servicios comprendidos por la ley en la prestación de alimentos,

---

cuyos bienes pueden depender del éxito de un pleito con terceros?

Se ve el daño que se causa al deudor. No se ve la justicia de la acción del acreedor.

Por esas razones, se ha establecido también que los derechos en litigio no son susceptibles de ser vendidos por fuerza en el estado en que se hallan. ¿Cuánto vale un pleito? ¿Se ganará, se perderá? Los escritores franceses son unánimes en que la acción reivindicatoria no es susceptible de enajenación forzada. La razón de decidir aconseja generalizar la solución. La petición de herencia, por ejemplo, pendiente de decisión, si fuera desapoderado de ella el actor, le arrebataría lo que el derecho de la sangre da al heredero, para quitárselo, en beneficio de un extraño adquirente, a los sucesores que se hallan en posesión de los bienes. Es decir, la venta ha realizado todo lo contrario de lo que la ley entiende proteger al instituir la acción.

Lo mismo debe decirse de la venta de derechos de crédito: depende su valor de su realización.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

podrán hacerse efectivos en las pensiones, rentas, o indemnizaciones en la mayor extensión que determinará el Juez;

8º Los libros, instrumentos, o útiles, necesarios para el trabajo personal directo del deudor o el desempeño de su profesión; los muebles o enseres estrictamente necesarios para la habitación, y, en caso de explotación rural, los animales de labor.

Cuando, por consiguiente, las leyes de procedimientos al legislar sobre asuntos que no son constitucionalmente de su resorte, permiten la ejecución forzada de "créditos y acciones", autorizan actos poco dignos de protección, contrarios, como se ha visto, a las disposiciones, y al espíritu del Código, y que en muchos casos han causado daños apenas creíbles en una sociedad regida por principios de justicia.

En semejantes situaciones lo único jurídico es autorizar el uso de los derechos del deudor, si fuese remiso en ejercerlos, y por su medio obtener la entrada efectiva a su patrimonio de los valores liquidados que le pertenecen, y que satisfarán mejor a todos los intereses respetables que deben ser amparados.

Oportunamente se proyectará la reforma del artículo 1756 que no se ajusta a la doctrina expuesta.

————Inciso 6º. Artículos 374, 2076, 2959, Código Civil.

————Inciso 7º. § 850, Código Alemán de Procedimientos, y en cuanto al último párrafo, artículo 593, Código Francés de Procedimientos.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En todos los casos el Juez limitará los objetos expresados a lo que fuese indispensable para el trabajo y alojamiento del deudor;

9º Los muebles inmovilizados por accesión, separados del inmueble principal;

10º Los sembrados antes de la recolección de los frutos. Podrán ser embargados.

Art. 5. — Los acreedores, aún los condicionales, pueden

————Inciso 8º. Artículo 592, Códigos Francés y Belga, de Procedimientos Civiles; § 811, Código Alemán de Procedimientos Civiles; artículo 251, ley Austriaca sobre ejecuciones. El primero limita a 300 francos el valor de los libros, e instrumentos profesionales, y a una vaca, o tres ovejas, o dos cabras, a elección del deudor, los animales que pueden dejársele. Los otros dos son un poco más liberales: no mucho. Y en cuanto a los animales, menos: una vaca, o dos ovejas, o dos cabras, el Alemán. Pero es muy liberal con los agricultores: § 811, 4º, en cuanto a implementos y animales de labor.

————Inciso 9º. Artículo 592 Código Francés de Procedimientos Civiles.

————Inciso 10º. Artículo 626 Código Francés, que sigue otro sistema, pero permite la venta de los sembrados próximos a la cosecha. Le sigue el § 810, Código Alemán.

Art. 5. — Hubiéramos podido dejar el caso dentro de la regla que hemos proyectado en la Parte general. Pero creemos conveniente salvar dificultades posibles.

intervenir en las instancias en que el deudor es parte, y se refieren a su patrimonio, sea para coadyuvar a su defensa, sea como parte opositora. En este caso, la oposición debe tener conexión con el litigio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Los escritores franceses están, todos, conformes con el artículo. Pero lo explican de distinta manera. Algunos ven en él una aplicación de los artículos 1166 y 1167 Código Napoleón, y viene así a quedar enlazado con las increíbles divergencias de concepto que sobre ellos reina en la literatura.

Lo que no se comprende es como puede verse una combinación de la acción subrogatoria y de la pauliana, en la intervención coadyuvante, o de oposición, del acreedor. No es, ciertamente, la primera, desde que los escritores que afirman la naturaleza mixta exigen en la acción oblicua, como condición, que el deudor no haya ejercitado sus derechos para que el acreedor lo efectúe por él, y se está tratando de la intervención en un litigio pendiente. No es tampoco un derivado de la acción de fraude desde que por esta se trata de revocar actos acaecidos, y precisamente el derecho de intervenir se dá para que no se produzcan. La suma de dos imposibilidades no puede, por consiguiente, dar el resultado propuesto.

La acción es, claramente, conservatoria. El que se presenta como parte en el litigio de otro, trata de impedir un perjuicio que prevé y que compromete el cumplimiento eventual de su crédito.

Viene a apoyar, a vigilar; viene a contradecir.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO II

Del ejercicio de las acciones del deudor

Art. 6. — Los acreedores, aún los eventuales, pueden

En ambas hipótesis, no usa el derecho de otro. que ya se defiende. Usa del propio. Invoca su derecho, trata de impedir un resultado que le afecta. No tiene porqué esperar a que la colusión llegue a la sentencia, para intentar la acción de fraude: mejor es impedir, que atacar el acto después que el daño se ha producido. La acción no proviene de una combinación de otras. Es una de conservación con fisonomía propia. Véase: Aubry et Rau, 4º, § 311, A. —; Huc, 7º, números 203 y 224; — Giorgi, Obbligazioni, II, número 185; — Planiol, II, número 278; Colín et Capitant, II, pág. 55. Conformes con el artículo, pero considerando la acción como derivada de otra; Demolombe, 25, números 95, 96 y 157; Larombière, sobre el artículo 1166, números 34 y 35; Laurent, 16, número 390; Baudry et Barde, Obligations, número 619. Véase además; Glasson et Tissier, Procédure Civile, I, número 245 y siguientes; — Chiovenda Diritto Processuale, § 36, II.

Art. 6. — El Código, artículo 1196, establece la regla de este artículo, bajo la forma literal del 1166 Código Napoleón, en el título de los contratos, y al tratar de sus efectos. La considera como una desviación del principio fijado por el artículo 1195, de que "los contratos no pueden per-

usar de todos los derechos y acciones patrimoniales de su deudor, que le competan contra terceros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

judicar a terceros". Pero la disposición del artículo 1196 no es particular de los contratos. Tiene por objeto traer al patrimonio del deudor todos los bienes que lo constituyen, y liquidar las participaciones, acciones litigiosas, y otros elementos constitutivos de aquel que no son susceptibles de ejecución directa. En una palabra, trata de hacer posible la garantía general de todo crédito. Es, por consecuencia, una regla relativa a cualquiera clase de obligaciones aunque no sean contractuales. Debe ser tratado entre los efectos generales de ellas.

El artículo 1196, reconoce el derecho de ejercitar los derechos del deudor, a "los acreedores", sin distinción de especies; por consiguiente, a todos los acreedores. Nuestro proyecto lo interpreta en ese sentido y precisa que comprende aún a los eventuales o condicionales.

El punto es muy controvertido. Está envuelto en la grave divergencia de opiniones que reina entre los escritores sobre todos los detalles de esta materia: conviene, por eso mismo, tratar de establecer un poco de firmeza en tan importante asunto.

Está todo el mundo de acuerdo en que la facultad del artículo 1166, Código Francés, deriva de la afectación general del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones. Cuando es negligente en ejercer los derechos que le competen, sus acreedores le reemplazan para hacerlos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

efectivos, e impedir que escapen a la responsabilidad contraída, los bienes que deberían estar en su poder.

No es, pues, una medida de ejecución. No se cobra el acreedor cuando usa de la acción subrogatoria. Se cobrará después que haya dado resultado. Pero será por el ejercicio de su propia acción en el patrimonio integrado. Habrá casos en que las dos acciones pueden combinarse. En la mayor parte, la acción subrogatoria no lo permitirá por no coincidir la prestación debida con el objeto del derecho reclamado. La nulidad deducida, la acción de resolución, la prescripción extintiva opuesta, impedirán la disminución de los bienes del deudor; no traerán nada en pago del acreedor que las hizo valer contra reclamos de tercero.

Si es así, no se comprende como se discuta sobre el carácter del recurso que el artículo 1166, Código Francés, concede. Es una medida conservatoria del derecho del acreedor a cobrarse con los bienes del deudor, pero no es el pago mismo que será, o no, su consecuencia.

En el texto del artículo citado no hay mención alguna de otras exigencias que la de usar del derecho del deudor. No prejuzga sobre lo que resultará después. Se trata de evitar daño, pérdida, y nada más. Es medida de vigilancia, de amparo. ¿Por qué no podrán deducirla los acreedores a término, o bajo condición? ¿No tienen derechos adquiridos? ¿Dependen de la voluntad del deudor? Y porque los tienen, el artículo 1180 Código Francés, y nuestro artículo 546, les conceden todos los poderes necesarios para impedir que sus créditos quedan vanos el día de su exigibilidad. Para negar-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

les, como lo hacen algunos escritores, la facultad de salvar los derechos de su deudor, ejerciendo sus acciones, se necesitaría algo más que simples afirmaciones. Se necesitaría probar que la acción subrogatoria no permite aquel resultado, porque no es conservatoria, o probar que los acreedores a término o condicionales no pueden ejercitar sino ciertas medidas conservatorias, y no otras. Todas, dice nuestro artículo 546; todas, dice el Código Napoleón.

Demolombe, Laurent, Baudry y Barde, explican que la acción subrogatoria, no es solamente conservatoria, puesto que ejerce derechos del deudor. No es ejecutiva. Pero se dice, "**en cierto modo**" excede el círculo de las medidas de protección, porque interviene en la esfera activa del deudor.

¿Y por eso no es conservatoria? Lo singular es que para argumentar así se considera que las acciones conservatorias son las que conservan los derechos del obligado. El artículo 1180 Código Napoleón dice lo contrario: "conservatorias de los derechos del acreedor". No dejan de serlo porque "en cierto modo" coartan la acción del deudor: justamente por eso, porque éste es indiferente, porque no defiende su patrimonio, es que son conservatorias; — para evitar daño.

Lo más difícil de comprender es la distinción que se hace entre acreedores simples, y acreedores a término. A aquellos se permite lo que se veda a éstos. Pero también un acreedor a término tiene por garantía de su derecho los bienes del deudor. ¿Deberá esperar para defenderla, la prescripción que extinguirá los créditos, la propiedad de bienes de su deudor, para proceder el día del vencimiento, cuando

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

ya se haya operado? No, contestan nuestros autores: la interrupción de una prescripción es una medida conservatoria: puede efectuarla el acreedor pendiente de término o condición. ¿Y cómo se puede interrumpir una prescripción, sino intentando la acción?

Es tan artificial la distinción que conduce a extraordinarias inconsecuencias. Así, Demolombe, que no concede el favor del artículo 1166 a los acreedores a término, o condicionales, les reconoce sin reticencias, el derecho de intentar la acción revocatoria en caso de fraude. (Tomo 25, números 230|1).

Revocar los actos firmes y concluídos del deudor, es, nos parece, mucho más grave que usar de sus derechos tales como le competen. Invade mucho más su libertad de acción. Contradice, y no coopera. Si la subrogatoria "en cierto modo" limita las facultades del obligado, ¿qué decir de la acción revocatoria? ¿qué decir de este acreedor que acepta la herencia repudiada por su deudor? Parécenos que ya no se invade "en cierto modo", su esfera jurídica. La invasión es brutal, ofensiva, sin contemplaciones. ¿Cómo, pues, se niega el favor del artículo 1166, a los mismos a quienes se concede el amparo del 1167?

Concluímos, que la facultad de usar de los derechos del deudor, para integrar su patrimonio con los bienes que **no pueden ser objeto de realización directa,** compete a todos los acreedores a quienes sirven de garantía del cumplimiento de los créditos, y que los pendientes de término o condición, pueden ampararse en esa facultad para asegurarse de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 7. — Quedan fuera de esa facultad:

1º El derecho de administración y disposición de los bienes;

2º Las facultades inherentes a la capacidad jurídica, y al estado en las relaciones de familia, aunque se refieran a sus efectos patrimoniales;

---

que en el día de la exigibilidad no habrán desaparecido los valores que garantizaban el pago.

En este sentido: Aubry et Rau, IV, § 312, número 1; — Mourlon, II, número 1171 y nota; Larombière, sobre el artículo 1166, número 21; — Giorgi, Obbligazioni, I, números 187, 199 y 232; Colín et Capitant, II, pág. 46|7; — Dalloz, Rep. Obligations, número 895. — En cuanto a los acreedores a término: artículo 105 del proyecto (Noviembre de 1926) de la Comisión franco-italiana de Código de las Obligaciones.

En el sentido del artículo: Colmo, Obligaciones, número 234, — Salvat, Derecho civil, Parte general, número 2469.

En contra: Demolombe, 25, número 100; — Laurent, 16 número 384|93; Baudry et Barde, Obligations, I, número 629; Huc, 7º, número 186. — Planiol, II, número 287; Dalloz, Rep. Sup. número 296; Crome, Oblig., en derecho francés, § 23 y nota 21.

Art. 7. — El artículo 1196 exceptúa del uso de los derechos y acciones del deudor, "los que sean inherentes a su persona". Son los términos del artículo 1166, Código Napoleón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

3º Los derechos comprendidos en los incisos 6º, 7º, 8º

Ha dado lugar a las más difíciles explicaciones fijar exactamente el alcance de esa excepción. Lo que sean derechos inherentes a la persona no lo dice el legislador, ni da bases para precisarlo. Demolombe, piensa que es imposible fijar reglas generales al respecto, y que el legislador ha obrado sagazmente al esquivar las dificultades del asunto, y limitarse a aquella vaga expresión verbal.

Es la segunda vez que nuestro Código la emplea. El artículo 498 la había ya mencionado y aún definido. Los derechos no trasmisibles a los herederos del acreedor, dice, como las obligaciones no trasmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código, derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona.

Merlin, había ensayado precisar el concepto de los derechos inherentes, y dado como regla el de la herencia, y la cesibilidad. Parece inspirado en su doctrina nuestro artículo 498, aunque al limitar el criterio a la trasmisión por causa de muerte, ya agravaba la deficiencia notoria de la doctrina de Merlin.

Es, — para limitarnos a nuestro Código — sin embargo, evidente, que no porque un derecho sea intrasmisible por herencia, es inherente a la persona. El usufructo puede cederse, — por lo menos el ejercicio de ese derecho, — artículo 2870. Los acreedores del usufructuario, pueden "pedir que se le embargue, y se les pague con él", artículo 2907. El usufructo, sin embargo, no pasa a los herederos. No es, a pesar de todo, inherente a la persona ese derecho

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

y 9º, del artículo 4, en cuanto no pueda privarse de ellos al deudor.

---

desde que puede ser ejercido, a título propio, por terceros

Tampoco pasan a los herederos los derechos de uso y de habitación; el primero puede cederse, artículo 2959, el segundo, no.

Carece de objeto seguir este estudio que ha sido agotado por todos los escritores de autoridad al examinar la doctrina de Merlin, más completa que la de nuestro artículo 498. Es unánime la opinión de que es equivocada y no da un criterio suficiente para resolver qué es un "derecho inherente a la persona". Bástenos decir que el de administrar y disponer de sus bienes, pasa con estos al heredero, y no es, sin embargo, un derecho que los acreedores pueden ejercer. Es inherente a la persona. También pasa el de revocar la donación por ingratitud, y tampoco puede ser ejercido por los acreedores: artículo 1864.

La fórmula es, puramente, verbal. En qué se reconoce su procedencia, no lo expresa la ley. Y unánime como es el reconocimiento de la imposibilidad de establecer reglas generales precisas, para determinar de que derecho del deudor se trata y de cuales puede usar el acreedor, es forzoso abandonar un criterio tan insuficiente, y entrar en detalles que, por lo menos, permiten aproximarse un poco más a la solución. Por eso nuestro artículo 6, no reproduce el texto del 1196 actual.

Pero está fuera de cuestión que la acción subrogatoria tiene por objeto los bienes del deudor en los cuales el acree-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Los acreedores podrán usar de los derechos comprendidos en el segundo párrafo del citado inciso 6°, con cargo de entregar la parte que le reserva al deudor.

---

dor podrá realizar su crédito. Los derechos de que puede usar, son por consiguiente, los patrimoniales, y no los de otra clase. Así lo dispone el artículo 6 proyectado.

Si esa es una regla firme, es claro que están fuera del principio, — no son, propiamente excepciones, — las facultades no ejercitadas, con efectos traducidos en bienes adquiridos. Una propuesta de contrato mientras no se acepta, no constituye un derecho. El acreedor no puede contratar por el deudor. La capacidad jurídica, la personalidad civil, el estado y las relaciones de familia, no han sido constituídas en prenda de las obligaciones. Solo los bienes.

Pero no todos los derechos patrimoniales, ni todos los bienes.

Así, la administración y disposición de estos, corresponden, íntegras, al deudor, según se ha dispuesto en un artículo anterior. Los acreedores no pueden ejercerla en virtud de la acción subrogatoria. No se sustituyen al deudor. Lo que trae como corolario que la explotación económica de los bienes del deudor, escapa a su acción, salvo el caso de fraude en relación de ciertos actos. No es un derecho contra terceros.

Ciertos bienes, decíamos, escapan a la acción subrogatoria: son todos los que no están afectados al pago de los créditos. Las pensiones, salarios, los legados y donaciones de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

4º Los derechos que según las disposiciones de este Código no pueden ser ejercidos en vida sino por la persona misma del deudor;

---

alimentos, etc., según las reglas que se han establecido anteriormente, no responden por los créditos. La acción de los acreedores no puede, entonces, gestionarse por la subrogatoria.

Y a la inversa, cuando hay usufructo, rentas, pensiones, etc., que, según los preceptos generales, pueden ser afectados a los créditos, seguirán la regla general del artículo 6.

Todo esto es unánimemente aceptado por la doctrina común.

Donde las divergencias se producen, es en relación con los derechos de familia en cuanto se traducen en aplicaciones patrimoniales. La anarquía es tal que revela la imposibilidad de someter el punto a precepto general.

Ciertas soluciones son, sin embargo, posibles y los artículos que siguen las consagran. Pero no agotan el asunto. El principio fundamental del artículo 6, constituirá la guía para las hipótesis no resueltas que son más propias de la doctrina que de la legislación. Las diposiciones particulares del derecho de familia son las que en cada situación se aplican, y el juez decidirá en vista de ellas si hay un derecho patrimonial, o si al contrario hay una situación que escapa a esa calificación. Es la casuística de la aplicación. Sobre el artículo 7: Aubry et Rau, IV, § 312, número 2 y nota 30. — Demolombe, 25, números 56|7, 65|71, 77 y siguientes,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — Los acreedores pueden usar de los derechos de que habla el inciso 4º del artículo anterior, cuando el deudor los hubiera ejercido, o cuando se hubieran trasmi-

---

V, número 280 y siguientes. — Larombière, sobre el artículo 1166 —; Huc, 7º, sobre el mismo, desde el número 184; § 3 y 4; — Laurent, 16, desde el número 410. — En cuanto al inciso 4º, artículos 256|8; 224, 1099, 1292, 1306, 1308|11, 1864, etc., Código Civil.

Art. 8. — Cuando el deudor, juez único de lo que en tales casos debe decidir, ha procedido, si resultan derechos pecuniarios conexos con la acción deducida, o derivan de ella, deben sus acreedores ser restituídos a la regla general, en caso de inacción posterior, renuncia, etc., y quedan autorizados a usar de la acción subrogatoria, o de la pauliana. Y lo mismo cuando la acción ha pasado por muerte a los herederos. Así: solo el marido puede desconocer la paternidad, y el ofendido, deducir la acción de indemnización en el caso del artículo 1099. Pero si lo han hecho, la acción pasa a los herederos, y puede constituir una prejudicial de una petición de herencia, de una acción de partición, etcétera. Sí, en cambio, en el ejemplo propuesto, el desconocimiento de la paternidad no se liga a un efecto pecuniario actual, queda fuera del radio de la subrogación de los acreedores.

Hay excepciones. Por ejemplo en el caso del artículo 1864, si el donante ha iniciado la demanda de revocación, los acreedores pueden continuarla. Si no lo ha hecho, pasa

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tido a sus herederos, siempre que concurran las condiciones del artículo 6 y salvas las disposiciones particulares de este Código.

Art. 9. — Los acreedores no pueden usar de las acciones de su deudor sino cuando este no las ejercitare, sin perjuicio de su derecho de intervención.

Usando de las acciones, deberá citarse al deudor para que intervenga en el juicio.

---

a los herederos, pero no pueden aquellos ejercitarla. Por lo mismo que son expresas las decisiones no hay porqué reproducirlas. — Véase: Demolombe, 25, números 66 y siguientes, 77, y 5º, números 280|3 y siguientes; — Aubry et Rau, IV, § 312; — Laurent, 16, números 413|7; — Baudry et Barde, Obligations, I, números 593 y 613; — Huc, 7, sobre el artículo 1166, § 4; — Giorgi, Obbligazioni, II, números 201, 209|10; — Larombière, sobre el artículo 1166, números 4|5, 9.

Art. 9. — La primera parte del artículo es unánimemente aceptada.

La segunda da margen a algunas disidencias, pero es generalmente admitida, si bien predomina la opinión de que puede pedirse por el acreedor, y por el tercero.

Nos decidimos por hacer obligatoria la citación, que se ha constituído como regla invariable en la jurisprudencia francesa.

Desde luego, no puede discutirse el derecho del deudor a intervenir en una acción que le compete directamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 10. — Pueden oponerse al acreedor las excepciones y causas de extinción del derecho ejercido, aún en el caso de que proviniesen de hechos del deudor posteriores a la demanda.

Y, a su vez, es de toda injusticia someter al tercero demandado, a un litigio en que no obtendrá el beneficio de la cosa juzgada, por no haberse citado al deudor en cuyo nombre se procede. Esta doble consideración es, para nosotros, decisiva.

Apoyan esta solución, aunque, generalmente, como conveniente y facultativa: Demolombe, 25, números 103 y 107|8; — Aubry et Rau, IV, § 312, número 1; — Huc, 7, número 186; — Baudry et Barde, Obligations, I, número 635; — Colín et Capitant, II, pág. 48; — Planiol, II, número 290; — Giorgi, Obbligazioni, II, número 240; — Larombière, I, sobre el artículo 1166, número 22. En contra, Laurent, 16, números 393 y 400 como obligatoria: la admite como facultativa y conveniente.

Art. 10. — El deudor conserva el derecho de administrar y disponer de sus bienes, y, por consiguiente, sus actos producen sus efectos ordinarios. El pago, la compensación, la transacción, pueden ser opuestas al acreedor que usa de los derechos que por esos hechos se han extinguido. Para impedirlo, el acreedor debe recurrir a otras medidas conservatorias. Véase Larombière, sobre el artículo 1166, número 32; — Laurent, 16, números 401|2; — Planiol, II, número 291; — Baudry et Barde, Obligations, I, número 639; —

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — El ejercicio de las acciones del deudor no constituye causa de preferencia para el acreedor sobre los bienes que se obtengan por ese medio.

Colín et Capitant, II, pág. 48; — Giorgi, Obbligazioni, 2, números 246 y 251. — Aubry et Rau, 4, § 312, número 1, conformes con el artículo, pero cuando se ha obtenido la subrogación judicial que estiman necesaria, lo que el Código no admite, consideran que constituye embargo. En contra. Demolombe, 25, número 119 y siguientes.

Art. 11. — Mourlon, II, número 1171, nota 2; Larombière, 1166, número 24; Baudry et Barde, Obligations, I, número 644; — Planiol, II, número 294; Laurent, 16, números 407|9; — Colín et Capitant, II, pág. 49; — Huc, 7, número 214; — Giorgi, Obbligazioni, II, números 252|3; — Demolombe, 25, números 129|33; — Aubry et Rau, IV, § 312, número 1º, los tres últimos con distinciones respecto de los acreedores que no han ocurrido o embargado los créditos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO III

De la revocación de los actos del deudor *

Art. 12. — Se modifica el artículo 961, así:

---

* Se traslada a este lugar el capítulo del título de los actos jurídicos que trata de la revocación de los actos del deudor ejecutados en fraude de sus acreedores. Constituye un derecho atribuído a éstos en su carácter de tales. y no por otro concepto. Deriva de la obligación. Es por consiguiente, un capítulo de esa materia. Es efecto de la existencia de la deuda, y no se produce por razón de otra relación.

Art. 12. — La primera modificación propuesta extiende a toda clase de acreedores, simples, privilegiados, — hipotecarios y prendarios, por consiguiente, — la facultad de hacer revocar los actos de su deudor hechos en fraude de sus derechos. El artículo 961, la limita a los quirografarios. Quedan, por consiguiente excluídos todos los privilegiados, desde que la palabra quirografarios empleada, se opone a todo crédito que constituye una causa de preferencia. (Maynz, II, § 300, nota 24).

Ni el derecho romano, ni las legislaciones modernas, limitan de esa manera, la acción revocatoria. No hay un solo escritor, — con la excepción de Freitas, artículo 530 — que presente semejante restricción. Hay que remontar hasta Faber para encontrarla, en la literatura, y desde

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Todo acreedor quirografario, o privilegiado, puede de-

Voet, se desestima. El primero en explicar lo contrario, es el escritor a quien se cita en la nota del artículo: Chardon, Du dol et de la fraude, II, números 194|5.

Negar la acción revocatoria a los acreedores privilegiados, es algo incomprensible: es la pérdida del crédito asegurada en todo caso de defraudación, porque el privilegio, por sí, no constituye causa de reipersecución en poder de terceros. La causa de preferencia se ha transformado en una imposibilidad de hacerla efectiva ante una enagenación fraudulenta que un acreedor no privilegiado podría hacer revocar.

Y tampoco se comprende en el caso de un acreedor hipotecario. Los accesorios del inmueble que en una fábrica, un establecimiento rural, pueden constituir un valor de primera importancia, están incluídos en la garantía. Sin embargo, si el deudor los enagena, su trasmisión es válida, y no pueden reiperseguirse en poder de tercero. (artículo 3162). La acción revocatoria permitiría anular sus efectos, y ninguna razón hay para negarla. Lo mismo se diga, de la corta de bosques, y cien casos semejantes que los escritores presentan en apoyo de sus conclusiones.

Cierto es que el acreedor hipotecario puede no necesitar de esa acción, y aun ocurrir que le sea perjudicial. (Capmas, número 67; Baudry et Barde, número 683) por tener que acreditar los extremos de toda acción de fraude. Pero eso es asunto de él, y no se deduce de ahí que se le ha de negar lo que a todo acreedor se concede, so pretexto de

mandar la revocación de los actos celebrados por su deudor

---

que tiene una acción real que, ello es manifiesto, no le permite reiperseguir las cosas muebles que se han sustraído a su garantía. Agréguense los casos en que se han inscripto hipotecas anteriores, o posteriormente, con fecha de inscripción que posponen la suya, fraudulentas, en connubio con un acreedor ilegalmente investido con derechos que podría, si fuera quirografario, atacar, y se comprenderá que la disposición del Código, es insostenible en el estado actual de la doctrina y la legislación.

La segunda modificación proyectada constituye una interpretación cuyo objeto es el de prevenir controversias sobre un punto en que hay disidencias. Algunos escritores niegan que los acreedores a término o bajo condición, puedan deducir la acción pauliana. Otros, admiten que la tengan los primeros, pero la niegan a los últimos. Los hay, y considerables, que sostienen la solución que consideramos exacta.

Todo lo que se dice para justificar la primera opinión, es que la acción revocatoria "no es solamente una medida conservatoria"; constituye un acto de ejecución.

Se agrega que no siendo exigible la obligación a término, o bajo condición, no es posible demostrar la insolvencia del deudor. Se concluye de ahí que la acción de fraude es improcedente.

Laurent, ha demostrado la falacia de esas observaciones en cuanto a los créditos pendientes de plazo. El que alega la insolvencia y el fraude de su deudor y los prueba, ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

en perjuicio, o en fraude de sus derechos.

---

probado así mismo que este ha perdido el beneficio del término, precisamente por efecto de ese fraude y esa insolvencia. (Artículo 572 Código Civil).

Pero Laurent, mantiene la exclusión de los acreedores condicionales.

Veamos. Desde luego desestimamos la observación de que no pueden los acreedores a término, o los condicionales, probar la insolvencia por imposibilidad de exigir el pago de sus créditos. Esa razón que varios escritores consideran decisiva, al grado de que no exponen otra, es equivocada, y además constituye una petición de principio. Todo lo que podría decirse para el caso de los créditos condicionales, — ya se ha oído a Laurent, justificar la admisión de los pendientes de plazo, — es que si no pueden acreditar la insolvencia, se encontrarán en el caso de todos los acreedores aunque sean puros y simples, y la tesis es que los condicionales quedan en una exclusión propia de la calidad eventual de su derecho. Si están dentro de la regla ¿por qué crear para ellos, una excepción?

Pero se dá otra respuesta. Cuando hay falencia, cuando la insolvencia existe, — artículos 962 y 969 — no hay necesidad de probarlas en cada caso, si son públicas, o notorias, o si han sido demostradas por otro acreedor, o por la cesión de bienes, o el concurso del deudor.

Si toda la razón consiste, pues, en la imposibilidad de la demostración, quedará limitado a ese caso, — que es la regla general, lo repetimos, — el argumento. Y la conclu-

Compete la acción a los acreedores a término y bajo condición.

---

sión que de ahí deriva es, que en los demás supuestos no existirá el único obstáculo que se opone al acreedor condicional.

El argumento es pobre. Pero, además, constituye una petición de principio manifiesta, ¿por qué la acción revocatoria "no es solamente una acción conservatoria"?. ¿Por qué es una medida de ejecución?

Si lo que se quiere decir es que importa "solamente" una medida de realización del patrimonio, afirmamos que no es exacto. Si lo que se quiere decir es que, además de constituir acto conservatorio, en ciertos casos va acompañada de un acto de ejecución, decimos que esa concurrencia no es de la esencia de la acción pauliana.

Toda la teoría de las obligaciones ha sido hecha por el derecho romano. La de las obligaciones condicionales, como la de las otras. Y también se ha hecho en él la doctrina de la garantía patrimonial, y la de los medios para hacerla efectiva. Entre estos la acción Pauliana. Los modernos no hacen otra cosa que repetir en el conjunto y los detalles las reglas del Digesto, y así lo declaran. Apenas si se amplía su aplicación a la repudiación de la herencia y los legados. Y esto, partiendo del supuesto romano: el deudor no puede perjudicar a sus acreedores disminuyendo sus bienes de mala fe.

Pues bien: el Digesto reconoce a los acreedores condicionales la acción pauliana. Leyes 8 y 27, título 9, Libr. 40

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 13. — Reproduce el artículo 962.

— L. 6, título 4, Lib. 42, — L. 7 § 14, id.; — L. 14, § 2, id. (Véase Maynz, II, § 205, texto y nota 24, — § 299, y nota 47; — § 300, y nota 38. — Van Wetter, Obligations, III, § 244, número 1 y nota 55).

No creemos que la ciencia moderna haya excedido la precisión del análisis que los grandes jurisconsultos romanos hicieron de la obligación condicional, del derecho de los acreedores, y de la acción revocatoria.

Ahora bien, los textos citados, nos dicen que el acreedor condicional puede resolver el acto de enagenación hecho en fraude de su derecho, y que no es una medida de ejecución: L. 7, § 14 citado. No puede realizar los bienes antes del acaecimiento de la condición. Y pudo hacer revocar el acto.

Es, por consiguiente, la acción pauliana, una medida conservatoria, y no una medida de realización. Se revoca para asegurar el cumplimiento de la obligación el día del acaecimiento. Si se efectúa, se cobrará el acreedor, con el bien rescatado. Y si no, la revocación se desvanece con el crédito, pues ese es el efecto normal de la acción: solo se produce en relación del acreedor.

Y no se recuse la fuerza de esa demostración. ¿Ha cambiado en algo el derecho moderno? ¿En qué? El mismo que en el romano, es el derecho del acreedor condicional. Puede usar de todas las medidas conservatorias que le reconocía. Lo mismo que el romano, el derecho actual, permite revocar los actos fraudulentos del deudor. ¿Para qué? Para recau-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 14. — Se modifica el artículo 963, así:

---

dar los bienes que constituían la garantía del deudor. La acción revocatoria no tiene otro alcance: aparta el obstáculo de la adquisición del tercero para realizar el bien a fin de cubrir el crédito. Todos lo admiten. Todos fundan en esa consideración el efecto de la resolución limitado al acreedor que la obtuvo. Y si es así, ¿por qué la acción pauliana no es conservatoria, como lo era en el derecho romano? Si hay alguna razón para decidirlo, está bien oculta. Nadie la vé. Por lo menos nadie la expone, y no se sale del círculo de las peticiones de principio.

Pero, véamos todavía. Salgamos de las afirmaciones, y de la historia.

La revocación no produce efectos reales. No alcanza sino a los coactores del fraude, y sus sucesores, o de mala fe, o a título gratuito. Fuera de ellos no es reipersecutoria.

Laurent se obstinaba en negar la acción al acreedor condicional, pero era porque sostenía que la resolución alcanzaba a todos los sucesores del adquirente. Resuelto el derecho del enajenante, queda resuelto, decía, el de todos sus causahabientes. En tal concepto, se comprende su motivo. ¿Por qué, antes de saber si hay crédito firme, ha de permitírsele que discuta los actos de su deudor? Ya podrá después hacerlo: tendrá derecho efectivo.

Felizmente las ideas de Laurent no han prevalecido. No hay reipersecución. Si se niega al acreedor, a término o condicional, la acción pauliana, ¿quién no vé que el cómplice realizará el bien mal adquirido, enajenándolo a térce-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se exceptúan de la 3ª condición del artículo anterior

---

ros de buena fe, y que el acreedor quedará definitivamente burlado?

Es Laurent mismo quien nos lo dice (tomo 16, número 465).

Por consiguiente, si se niega al acreedor a término, o al condicional, la acción revocatoria, se le ha negado la acción conservatoria, única posible en su caso, para impedir que los bienes de su deudor queden definitivamente salidos de su patrimonio. Y para admitir semejante resultado necesitaríamos algo más que simples afirmaciones. El artículo 1180 Código Francés, y nuestro 546, le autorizan "todos" los actos "conservatorios necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y sus derechos". ¿Por qué si son "todos" no pueden usar del "único" recurso posible para defenderlos contra los actos fraudulentos de su deudor? No hay disposición que lo exceptúe. ¿Hay alguna razón que lo justifique?

De acuerdo con el artículo, en su primera parte, todos los escritores modernos, y los artículos 1167 Código Francés; — 1235, Código Italiano; — § 1, de la ley Alemana de 1898, sobre revocación de los actos del deudor, que no distinguen entre las diversas clases de acreedores. No hay disidencia alguna entre los escritores.

En cuanto a la segunda parte, de acuerdo con el artículo: Demolombe, 25, números 229|31; Giorgi, Obbligazioni, II, número 268; — Maynz, y Van Wetter, en los pasajes ya citados. El § 2 de la ley Alemana de revocación de los

los actos ejecutados con el propósito de defraudar a los acreedores futuros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

actos del deudor exige que los créditos consten de título ejecutivo, pero el § 4 permite al acreedor por obligaciones no exigibles notificar al tercero que impugnará el acto, y deducir la acción dentro de los dos años del vencimiento. Lo mismo dispone la ley especial austriaca: Krasnopolsky, Obligationenrecht, § 100, pág. 516.

Conformes en cuanto al crédito a término, pero no al condicional: Laurent, 16, números 458|9; — Baudry et Barde, Obligations, I, números 685|6, — Huc, 7, número 219; Colín et Capitant, II, pág. 58.

En contra: Capmas, De la revocation des actes du debiteur, números 70|1, Revue des revues de droit, 1848; Planiol, II, número 317.

Art. 14. — El artículo 963, autoriza la revocación de los actos ejecutados con el propósito de evitar la indemnización resultante de la ejecución de un crimen proyectado.

Pero esa decisión no es particular de la hipótesis a que se limita. En todos los casos en que se ponen a cubierto los bienes por actos del deudor ejecutados con ánimo de burlar a los acreedores por obligaciones posteriores, existe la misma razón de decidir. Esos actos han causado la insolvencia, y traído el perjuicio en vista de la contracción de las deudas. Está llenada, por consiguiente, la condición esencial de la acción Pauliana, esto es, que el perjuicio provenga del acto realizado, y sí, por punto general, esto no ocurre sino

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 15. — Se modifica el artículo 964, así:

---

con los créditos ya existentes, por excepción se produce con las deudas posteriores. El ánimo de defraudar no se limita, entonces, a los crímenes del derecho penal.

Es la decisión expresa de Chardon, II, número 201, de cuyo párrafo se toma el artículo actual, y que, después de enunciar la regla general comprensiva de todas las especies, cita en su apoyo algunos escritores que la aplican al caso de crímenes cometidos después de realizados los bienes. Es un ejemplo confirmatorio, y nada más, del principio expuesto. La doctrina es unánime en el sentido de Chardon. Marcadé, IV, número 502; Larombière, sobre el artículo 1167, número 20; Laurent, 16, número 462; Giorgi, II, número 266; Huc, 7, número 219; Planiol, II, número 316; — Colín et Capitant, II, pág. 57.

Arts. 15 y 16. — "La verdadera excepción que nuestra regla padece, decía Demolombe, no está mencionada en el artículo 1167, Código Napoleón: es la que se aplica a los actos que constituyen de parte del deudor, el ejercicio de un derecho exclusivamente inherente a su persona". "Las explicaciones que hemos consagrado a la disposición del artículo 1166 (nuestro 1196) se aplican, efectivamente, a la del artículo 1167". (Tomo 25, números 169|70.

Sobre este punto la reflexión más superficial permite comprender que, si ciertos derechos y facultades no pueden ser usados por los acreedores, porque no constituyen bienes que están afectados al pago de las obligaciones, tampoco

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si el deudor hubiera renunciado, o no ejercido, derechos, aunque no fuesen irrevocablemente adquiridos, por cuyo medio hubiera podido mejorar el estado de su for-

---

pueden revocarse los actos del deudor que constituyen su ejercicio desde que no están sujetos a la acción de los acreedores.

No hay una sola disidencia sobre este punto, lo que es significativo en una materia en que reina tanta anarquía.

Esto explica además porqué hemos proyectado la profunda alteración del texto literal del artículo 964, sin modificar en lo mínimo el fondo mismo de la disposición.

No es verdad como lo dice por dos veces, que puedan ejercerse facultades renunciadas por cuyo medio se hubiera mejorado el estado patrimonial. La acción de indemnización del artículo 1099, la de revocación por causa de ingratitud del donatario, se hallan en ese caso, y nadie puede sustituir su voluntad a la del único interesado.

En el derecho de familia se dan supuestos parecidos que no tenemos porque repetir desde que ese punto ha sido tratado en el capítulo anterior, ni tampoco volver sobre la declaración de que las facultades que constituyen la capacidad jurídica, y las que derivan del estado de las personas, les son inherentes, y nadie puede intervenir en su ejercicio, o abstención.

Es por consiguiente, peligrosa la redacción poco cuidada e inexacta del artículo 964, que, tomada a la letra, puede favorecer la equivocada interpretación del artículo 1196.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tuna, o impedir su disminución, los acreedores pueden hacer revocar sus actos, y ejercer los derechos o acciones renunciados.

Tomada a la letra decimos. Porque, muy lejos de establecer una regla distinta de las dos expuestas en nuestros proyectados artículos 15 y 16, obedece al mismo principio.

Así. En la nota, — simple repetición literal y abreviada del párrafo 264 de Chardon (Du dol et de la fraude, II) — solo se tiene en vista la renuncia de derechos hereditarios. que el derecho romano no sometía a la acción pauliana, porque no eran tales derechos sino por efecto de la aceptación. Y se examina si es menester acreditar el fraude en tal supuesto. Pero es desconocida en la literatura jurídica toda pretensión de considerar las simples facultades como sometidas a la acción revocatoria, y ni Chardon, ni Aubry et Rau, ni Pothier, se han referido jamás a facultades sino a derechos, al explicarse sobre ella, y mucho menos los artículos del Código Francés que se citan.

Si se hubiera entendido extender a las facultades la regla efectiva del artículo, ciertamente se hubiera debido explicar de otra manera, y no invocar, sino para combatirlos, a los escritores, y disposiciones que la nota cita como justificación de él.

La doctrina de nuestro proyecto es precisamente la que se ajusta a la opinión concorde de la literatura legislativa y jurídica.

Se trata de saber si la herencia o el legado son derechos que pueden renunciarse en perjuicio de los acreedores. Y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 16. — La acción de revocación no procede respecto de los actos del deudor que se refieren a los derechos y acciones de que no pueden usar sus acreedores.

NOTA. — Se reproducen sin alteración los artículos 965 a 972.

---

todos contestan como nuestros artículos 3282 y 3766, que el derecho hereditario se abre desde la muerte del causante. Puede renunciarse, eso es todo. El derecho existe. No se trata de facultades.

El derecho de retrotraer la cosa vendida con pacto de retroventa, el de revocar donaciones — salvo la hipótesis antes recordada, — el de resolver contratos, invocar nulidades, prescripciones, y cien otros semejantes, no son facultades, son derechos patrimoniales perfectos, nacidos de relaciones jurídicas ya existentes. La prescripción, por ejemplo, puede ser invocada por los acreedores, no obstante la renuncia expresa o tácita del deudor, artículo 3963 — equivalente al 2225 francés citado en la nota al 964. Pero la prescripción no es una facultad. Es un modo de adquirir. Es una causa de extinción. El que no se ampara de ella, abandona el derecho adquirido, y permite el ejercicio de una acción o de un crédito extinguido.

Por consiguiente, aunque se trate de derechos que pueden renunciarse, siempre son derechos. La palabra facultades no se aplica a ellos. Para evitar desinteligencias debe llamarse derechos a los poderes que en verdad lo son, y proscribirse de la disposición, los simples atributos, maneras de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO IV

De los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero

Art. 17. — Se modifica el artículo 519, así:

Los daños e intereses comprenden el valor de la pérdida que ha sufrido el acreedor, y el de la utilidad que ha dejado de percibir por la inejecución de la obligación, o por la mora del deudor.

Art. 18. — Los daños e intereses causados por culpa del deudor solo comprenden los que se refieren a la pres-

---

ser de la personalidad, que constituyen la capacidad jurídica. Y esto, precisamente, con mayor razón, cuando se refieren a la facultad de contratar.

Sería insoportable la situación de un deudor si sus acreedores pudieran remontar al pasado y examinar si hubiera convenido hacer lo que no hizo, aceptar propuestas que no aceptó, o proponer lo que no propuso, por cuyo medio hubiera podido mejorar su estado de fortuna. La administración del patrimonio no pertenece a los acreedores.

Arts. 18 y 19. — En el texto del artículo 521, tal como se ha establecido en la edición oficial de 1883, se ha deslizado un error de impresión, que ha alterado la disposición. Dice exactamente lo contrario de lo que debe decir.

El proyecto de Código sancionado, disponía:... "los daños e intereses comprenderán solo los que han sido ocasio-

tación misma, y los previó o pudo preverlos en el momento de constituirse la obligación o en el de ejecutar el hecho de culpa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

nados por él, y los que el acreedor ha sufrido en otros bienes". En la edición de Nueva York, se repitió el texto, y el Congreso, por segunda vez, mandó observarla como ley, con una planilla de enmiendas que no comprende ese artículo.

En la edición privada de Coni, de 1874, la última parte del actual 521, apareció con un "no" que se ha repetido en las posteriores, entre ellas la que un decreto del Poder Ejecutivo, de 1883, mandó tener como texto auténtico.

Pero es solo el Congreso el que sanciona leyes, y nunca ha dictado otras que las que aprobaron el Código proyectado, el impreso en Nueva York, y las planillas de enmiendas posteriores que no incluyen la del artículo 521. No es, pues, ley el texto que contiene la edición de 1883 no obstante su aprobación por el Poder Ejecutivo.

Esto por un lado. Por otro, se cita en la nota a Pothier, el cual es expreso. Cuando la causa de los perjuicios es la culpa del deudor, los daños son los experimentados **"propter ipsam rem non habitam"**, y solo ellos. Cuando provienen del dolo, se extienden a los sufridos en los demás bienes del acreedor. En las dos hipótesis, solo se computan los daños causados directa e inmediatamente por el hecho del deudor. Pothier, Œuvres, II, números 161|6.

Lo que decían las dos ediciones constituídas en ley por el Congreso, era, pues, lo que se quería decir. Es esa, entonces, la lección vigente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si fueron causados por dolo, comprenden los sufridos por el acreedor en sus otros bienes aunque no pudieran preverse.

Parecería, según esto, que con suprimir el "no", en futuras impresiones, bastaría. Leyendo el texto rectificado se advierte, en seguida, que no es posible dejar las cosas en ese estado.

Desde luego, acabamos de ver que se ha querido establecer una diferencia entre la obligación derivada de culpa y la que viene de dolo.

La redacción rectificada, lejos de establecerla, es de tal suerte que dispone lo contrario, "aun cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán", etc. Según esto, en toda hipótesis, hasta en la de dolo, la obligación comprenderá el daño causado no solo propter ipsam rem, sino también en los demás bienes del acreedor. Es tan defectuosa la redacción que ni gramaticalmente se justifica. No es extraño que se creyó ver en ella un error de imprenta, y se le agregó el "no".

Por otro lado, "los daños e intereses comprenderán solo los que han sido ocasionados por él y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes". ¿Qué quiere decir esta manera de expresarse? ¿es qué, aunque no se hayan causado por el deudor estos otros perjuicios, también los debe, si resultan mediatamente enlazados? Pero, entonces, ¿qué significa "solo" y qué el artículo 520?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 19. — En sustitución de los artículos 520 y 521:

Podría entrarse aquí a demostrar con los textos, y sus citas, cual es el verdadero sentido, que se entendió dar a la disposición del artículo 521. Pero sería demasiado subalterna esa demostración. Más correcto será elevar la discusión, y el examen. Lo que debe interesarnos es estudiar qué debe comprender la indemnización en caso de falta imputable de cumplimiento.

Sin extender, por el momento, la investigación al terreno de los actos ilícitos como causas generadoras de obligaciones, lo que se reserva para el lugar oportuno, y limitándola a la inejecución misma de las obligaciones, debe decirse que entre los modernos se han producido disidencias sobre la extensión de la indemnización. La doctrina jurídica había establecido un cuerpo de reglas que la inquietud analítica contemporánea ha tratado de impugnar. Para algunos no hay distinción que hacer entre consecuencias directas o remotas, necesarias o accidentales. Todas, por lejanas que sean, si están ligadas por el nexo de la causalidad, se imputan al deudor. Y porque todas, próximas y lejanas, recaen sobre él no hay diferencia entre la culpa y el dolo Así Windscheid, Pandekten, § 258, número 2.

No pensaba de esa manera Paulo: L. 43, Lib. 19, título 1, Digesto. Plane si in tantum pretium excessisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimun, evictus esse eum qui minimo veniit pretio, **iniquum videtur**, in magnam quantitatem obligari venditorem.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Aun cuando la inejecución de la obligación resulte del

No pensaba así von Jhering. "El que a sabiendas e intencionalmente ha causado daño a tercero, no puede sustraerse a una reparación completa; ha sabido y querido lo que ha hecho. La medida de la falta determina la de la responsabilidad: el **dolus** obliga de manera absoluta a todos los daños e intereses; la **culpa** no obliga sino dentro de ciertos límites". Etudes complementaires: De la faute en droit privé, pág. 63.

Cuando el deudor ha incurrido en responsabilidad por negligencia, es inicuo, para emplear la palabra de Paulo, hacerle responsable por lo que ni siquiera podría prever cuando contraía la obligación. La culpa consiste, precisamente, en la omisión de los cuidados necesarios para impedir un daño. Es caso fortuito que dispensa de toda responsabilidad el hecho que no puede preverse. La esencia de la culpa se caracteriza exactamente por la posibilidad de ver una consecuencia eventual de la negligencia. Termina con ella: su límite es el del caso fortuito.

No es, por consiguiente, arbitrario considerar que no hay culpa allí donde no se previó de hecho, o donde era imposible, en las condiciones ordinarias, prever un resultado eventual. Enneccerus, lo reconoce, pero agrega que una cosa es la culpa como causa de la inejecución, y otra la medida de las consecuencias. (Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 235, IV). Pero esa es una observación verbal, y nada más. Porque si la culpa, es falta de previsión en el cuidado y por eso obliga a sustituir la prestación por el equivalente,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dolo del deudor, los daños e intereses solo comprenderán

¿dónde está la diferencia entre la causa y el efecto de la indemnización? ¿Cómo puede deberse el daño que no se podría adivinar? No puede distinguirse entre causa y objeto de la indemnización (Demolombe, 24, número 594; Van Wetter, Obligations, I, § 16, I C y II).

Una Corte de apelación inglesa, en un fallo que ha fijado el precedente, resolvía que el porteador a quien se había entregado el eje roto de la máquina de un molino para remitirlo a una fundición a fin de que se hiciera uno nuevo, no era responsable por su demora en el transporte, en virtud de no habérsele informado de que la maquinaria no podría trabajar en el intervalo. La Corte dijo que la responsabilidad en caso de negligencia no existe sino cuando se puede prever la consecuencia en el momento del contrato. Pollock, y Russell, Damages, pág. 313, nota K, en Halsbury, Laws of England, tomo 10.

"Para resolver la cuestión de la conexión causal no solo se consideran las circunstancias que el autor podía conocer en el momento del hecho perjudicial, sino también todo lo que en ese instante era visible, en general, para un hombre prudente". Enneccerus, § 235, III, número 2.

La responsabilidad que deriva de la culpa, en la inejecución de las obligaciones no proviene de una convención implícita como lo dice la nota al artículo 520. Es esto una metáfora, y nada más. Deriva de una razón más honda: de la naturaleza misma de la negligencia. La responsabilidad

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

los que fuesen causados por él, y sean consecuencia inme

---

se detiene allí donde empieza el caso fortuito: en la impo sibilidad de prever.

Y esta conclusión no se deduce solamente por razón de lógica jurídica. Es impuesta por la política legal.

¿Quién querría contratar, decía von Jhering, si su fortuna entera debiera pagar, tal vez, el olvido más ligero?

(De la faute en droit privé, pág. 62; véase Demolombe. 24, números 406 y 551).

No son, pues, juiciosas, ni justificadas por motivo alguno, ciertas opiniones que pretenden imponer responsabilidades ilimitadas mientras haya nexo causal, al autor de un hecho de negligencia que ha traído la inejecución, o la mora en una obligación. Y es, al contrario, fundamentalmente exacta la regla clásica de limitarla a los hechos previstos o susceptibles de serlo, que desde Dumoulin y Pothier, viene inspirando las conclusiones invariables del derecho francés, italiano, español, inglés, norteamericano, chileno y brasileño.

Más todavía. El common law, aplica ese criterio a todos los casos de daño imputable en materia de contratos.

En cuanto al dolo, no podría repetirse la demostración antecedente. No es ya inícuo, como decía Paulo, exigir al autor la indemnización del daño que ha causado, queriéndolo y sabiéndolo, no solo **propter rem ipsam** sino todo el daño. Por consiguiente, en los demás bienes del acreedor, si quedaron perjudicados por su hecho.

diata y necesaria de la falta de cumplimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero solo por este. Si otras causas concurrieron para enjendrarlos, sí, sin ellas, no se hubieran producido por la acción directa inmediata del dolo, es claro que la responsabilidad no debe extenderse hasta estos daños, porque la prueba de que no son efecto del hecho del deudor, resulta de la circunstancia de que no se han producido sino por la concurrencia de otros de que no es autor. Son hechos remotos, como los llamaba Dumoulin. Sin extender esta nota a la fácil exposición de esa doctrina, que está expresada por todos los escritores, — véase Pothier, números 166|9; Demolombe, 24, número 599 — debemos decir que es la del Código.

El artículo 520, contiene la regla general. Los daños e intereses no comprenden sino los que son consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Por consiguiente, en todos los casos en que son debidos: culpa, o dolo. Y lo confirma el artículo 521; "aun cuando la inejecución resulte del dolo del deudor, los daños solo comprenderán los que han sido causados por él", sin limitarlos a la prestación misma: incluyen los sufridos por el acreedor en sus bienes.

Pero esta declaración especial para el dolo, subraya que la responsabilidad por culpa, no se extiende a todos los bienes del acreedor.

Es significativo que tomado el texto del artículo 520, de Goyena, no se reprodujo su segundo párrafo que se refería al dolo. Precisamente porque este era ambiguo al decir "se extenderá la indemnización a los que hubieren sido co-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

nocidamente ocasionados por él". Acababa de decirse que los daños solo comprenden a los que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de la inejecución. Y se agregaba, en caso de dolo se extenderán, etc. Si se extendían, no se limitaban a los inmediatos y necesarios, sino a todos los conocidamente ocasionados: a las consecuencias remotas, por consiguiente.

Y abandonando el modelo, se dijo: no, la extensión no es de las consecuencias, es a los demás bienes. Las consecuencias son las ya limitadas "aun cuando resulten del dolo" del deudor. Era la doctrina de Pothier: por eso se ligaba la disposición a la anterior del artículo 520 ("aun cuando").

Pero las redacciones no son claras. Son, al contrario, muy deficientes.

Goyena entendía que con decir "consecuencia directa e inmediata" sustituía con ventaja la medida del Código Francés, en caso de culpa: "los que han sido previstos, o podido preverse". La creía dudosa: ¿qué es lo que se previó, preguntaba, o pudo preverse?; cada parte dirá que previó los daños de diferente manera. Y concluía de semejante singular objeción, que su fórmula reemplazaba a la francesa, y entendía por "consecuencia inmediata y necesaria", el equivalente de "utilitas quœ circa ipsam rem consistit". Era la limitación de Dumoulin y de Pothier, para el caso de culpa.

Pero "inmediata y necesaria" son conceptos que no se refieren exactamente a la previsión, efectiva o debida. Y la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

prueba está en Dumoulin y en Pothier: en el caso de dolo también se limitan a ellos las consecuencias, aunque no se previeron ni pudieron preverse, dice Pothier. Son aquellos medida objetiva: la previsión es condición subjetiva.

Debe concluirse con todos estos equívocos y precisarse más exactamente las redacciones. El artículo 520 constituye una regla común a todos los casos: excluye las consecuencias remotas, de la culpa y el dolo.

Los propuestos, distinguen estos dos supuestos. En el primero, el límite es, además, el de las consecuencias:

1º Previstas. Por convención, o por comunicación o advertencia del acreedor hecha al constituir la obligación, esto es por contrato, o al realizar el hecho generador de la obligación.

2º Las que debieron preverse de acuerdo con la regla del artículo 512.

En el segundo período ese límite se constituye, por el de que la indemnización comprenderá los daños experimentados en los demás bienes del acreedor aunque de ellos no tuviera noticia el deudor. Conforme, en todo, el derecho anglo sajón, salvo que el límite de la previsión lo mantiene para todos los casos de responsabilidad contractual, y aun para los actos ilícitos, con distinciones en cuanto a los últimos que no es del momento examinar.

Véase: Halsbury, Laws of England, tomo 10, verbo Damages; Pollock, On torts, artículo 10 de su proyecto de ley de indemnizaciones civiles, para la India; Shearman, and Redfield, On negligence, números 594|5. Elliott, On contrac-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

ts, III, número 2131, dice: "Hay pocos principios de derecho más firmemente establecidos por las sentencias (en los Estados Unidos) que la regla que limita la indemnización por la violación de un contrato a los daños que son el próximo y natural resultado de la violación, y que niega indemnización por las consecuencias que son remotas y especulativas. "Los daños que una parte puede cobrar por violación de contrato, dice la Corte Suprema de Virginia, son los que ordinaria y naturalmente fluyen de su inejecución, que son próximos y ciertos, o susceptibles de ser ciertos, y no remotos, contingentes, o especulativos. Se presume que las partes contemplan las consecuencias usuales y naturales de su violación cuando se conviene el contrato. Si se hizo con referencia a circunstancias especiales que fijan o afectan el monto de los daños, deben considerarse como dentro de la contemplación de las partes, y los daños deben ser estimados de conformidad".

"(Número 2132)... Las consecuencias naturales de la infracción de un contrato, dentro del sentido legal, son las consecuencias que se siguen en el curso usual y ordinario de las cosas. Las consecuencias próximas son las consecuencias inmediatas y directas. Determinando si un caso cae dentro de la regla, las Cortes consideran la naturaleza y términos del compromiso, y las cosas que deben hacerse, y como era expresado y entendido que las partes obtendrían lo que habían estipulado, y como iban a ser o debían ser, benefi-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 20. — Los daños e intereses consistirán siempre en una suma de dinero. Cuando se hubieran justificado de acuerdo con las reglas antecedentes, pero existiera duda sobre su monto, lo fijará el juez según su arbitrio teniendo en vista todas las circunstancias. Podrá librarlo al juramento estimatorio dentro de la suma que fijará.

---

ciados por el cumplimiento, y perjudicados por la ruptura del contrato bajo las particulares circunstancias".

Artículos 1150|1, Código Napoleón; artículos 1228|9. Código Italiano; 1558 Código Chileno; 1107, Español; 1059 y 1060, Código Brasileño. Los § § 249 y 252, Código Alemán, establecen "la reparación del daño, esto es, el restablecimiento de las cosas en el estado en que se hubieran encontrado si el acontecimiento no se hubiera producido" "Comprende también el lucro perdido. Debe considerarse como tal el que según el curso ordinario de las cosas, o las circunstancias particulares... debía ser verosímilmente esperado".

La ley alemana se abstiene de precisar las condiciones del restablecimiento. Es asunto de interpretación saber si incluyen las consecuencias lejanas y contingentes.

Sus doctrinas y las opiniones que sobre ellas se han expresado, se examinan con más detención en nuestra nota al artículo 6 (proyectado) de "los actos ilícitos", que debe ser considerada como una ampliación de la presente.

Art. 20. — Aubry et Rau, 4, § 308, y 8, § 768; Demolombe, 24, números 597, 30, número 722; Polacco, Obbligazioni, I, número 132.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 21. — Cuando el perjuicio no fuese patrimonial no dará lugar a indemnización, sino en los casos que la ley lo disponga, o cuando la obligación no cumplida proviniese de actos a título oneroso. El juez arbitrará la suma teniendo en vista todas las circunstancias.

Art. 22. — Se aplican a las obligaciones derivadas de los actos jurídicos, las disposiciones de los artículos 7 y 10 del título de los actos ilícitos (proyectado).

Se suprime el artículo 522.

NOTA. — Se suprimen los artículos 523 a 526, que constituyen todo el título IV. Los dos primeros, por no constituir preceptos legislativos. El artículo 525, por haber sido trasladado al título 1º, como artículo 11, y el 526 por constituir el segundo párrafo (proyectado) del artículo 953.

Art. 21. — § 253, Código Alemán.

Cuando no existe daño patrimonial el acreedor tiene dos medios: el primero es el de la opción concedida para hacer ejecutar la prestación a costa del deudor, si ello es posible; el segundo, consiste en la estipulación de una cláusula penal. El de las condenaciones de carácter conminatorio debe ser proscripto por arbitrario. El derecho anglosajón, al revés de lo que algunos escritores afirman, — no las autoriza, sino en los delitos y a título de condenación de orden penal. (Elliott, Contracts, 3º, número 2124).

Véase Laurent, 16, número 301; Demolombe, 24, números 494 y siguientes; Aubry et Rau, 4, § 299; Colín et Capi-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO V

De las obligaciones con cláusula penal *

Art. 23. — Se sustituye el artículo 652, por el siguiente: Por el acto constitutivo de la obligación, o por uno

---

tant, II, pág. 33|7; Esmein, Revue Trimestrielle, 1903. La jurisprudence en matière d'astreintes; Gabba, Resp. dei danni morali, en Questioni de diritto civile, II, pág. 210; Chironi, Colpa contrattuale, número 251.

En cuanto a las Injunctions del derecho inglés, véase Peterson y Parson, en Halsbury, Laws of England, tomo 17. En el derecho de los Estados Unidos, Elliott, On contracts, III, Cap. Injuntions.

La supresión del artículo 522 viene de estar tratado el punto en los artículos 654, y siguientes.

* Se traslada aquí todo lo establecido por los artículos 652 a 666. Las obligaciones con cláusula penal no constituyen una especie particular. La prestación accesoria no modifica la naturaleza de la relación jurídica. Produce efectos que extienden o restringen los generales de toda obligación. Su sitio natural por razón de ellos, y siguiendo el método de los pandectistas modernos, es el que se proyecta

Art. 23. — La cláusula penal puede establecerse por actos entre vivos, y por disposición testamentaria, y tanto en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

posterior a su nacimiento, puede establecerse una pena para el deudor en el caso de inejecución.

Art. 24. — Se sustituye el artículo 653, por el siguiente:

La pena sólo podrá consistir en una prestación de valor pecuniario, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero. No podrá ser exigida sino por el primero.

---

el momento de constituir la obligación, como posteriormente. Windscheid, Pandekten, II § § 285 y 286.

Art. 24. — El texto actual dispone que la pena deba consistir en dinero "o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones", sin duda porque según el artículo 1169 la prestación en los contratos debe consistir o en una cosa o en hechos susceptibles de apreciación pecuniaria. Hemos proyectado su supresión, y fijado como principio el de que las convenciones producen efectos en todo caso de prestación lícita aunque su objeto no sea pecuniario. Por consiguiente, la decisión del artículo 653 debe ser reformada, porque es claro que la pena, sino ha de ser ilusoria, debe consistir en un valor que pueda ser realizado por vía de ejecución forzada.

Cuando la pena debe ser abonada a un tercero, no por eso constituye una estipulación a favor de él que le da acción directa. Depende de la resolución del acreedor principal exclusivamente: Dernburg, Bürg. Recht, II, 1, § 101, II, 4.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

At. 25. — Se sustituyen los artículos 522, 655 y 656, así:

La pena puede ser establecida para el caso de falta de cumplimiento puntual, o para el de inejecución total o parcial.

Art. 25. — Artículos 522, 655, 656. Los artículos 655 y 656, establecen la regla de la sustitución de los daños e intereses por la pena, que es general a todos los supuestos de inejecución imputable, como referente a la indemnización debida en caso de mora.

El Código al establecer las disposiciones de los tres artículos citados, de acuerdo con las del Código Napoleón, no autoriza la reducción judicial de la pena ni aún cuando se probara que no hay daño y con mayor razón cuando el perjuicio es menor que el valor convenido. El Código Alemán § 340, permite al acreedor reclamar una suma mayor; y en el § 343, autoriza la reducción en el caso de que la pena "sea muy exagerada".

Pero el principio de la pena parece imponer las soluciones de nuestro Código. Se prevé el daño. Se trata de prevenirlo. Se pacta una indemnización para estimular al deudor a cumplir exactamente sus compromisos. No es indiferente en las grandes construcciones la terminación del edificio, para montar la maquinaria que ha de recibirse en un plazo dado, y en cuanto a ésta, la entrega por distintos fabricantes de los elementos de ella, calderas, motores, etcétera. En un ferro-carril, en un puerto, la demora trae perjuicios muy graves que se trata de evitar con multas elevadas.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En cada uno de esos casos sustituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar

---

El derecho de obtener aumento de la indemnización, o de reclamar la reducción parece conspirar contra la seguridad que se buscaba, y sustituye con un pleito complicado y oneroso la estimación convenida con el mismo derecho con que se convinieron los precios del trabajo y suministros, que, son sin embargo, firmes, y fueron consentidos por razón de los plazos establecidos y las seguridades de su realidad. No se ve que es lo que se gana con la adopción del sistema contrario al de nuestro Código. La lógica llevaría hasta autorizar la modificación de los precios. Autorizar la reducción o el aumento de la pena equivale a la prohibición de pactarla desde que suprime todos sus efectos.

Pero con esto no se quiere decir que las convenciones usurarias, deshonestas, deben ser mantenidas. Cuando se ha abusado de la debilidad, las necesidades, los vicios, de una persona, imponiéndole penas o cláusulas excesivas, cuando bajo la estipulación de éstas se encubre la inmoralidad, o la violencia más irritantes, hay un acto que cae bajo la regla general de los actos jurídicos. Son nulos todos los que contravienen a la moral, a las buenas costumbres: artículo 953 Código Civil. La consecuencia no será la reducción: será la nulidad que es mejor sanción.

Y no se objete que reconocer al Juez el derecho de declarar nulo un acto por inmoral, o deshonesto, es incon-

que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha padecido perjuicio alguno.

La cláusula penal queda sometida a la disposición del párrafo 1º, artículo 953.

Art. 26. — La nulidad de la cláusula penal no afecta

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

veniente mayor que el de reducir el monto de una pena, porque hay una distancia enorme entre los dos supuestos. La reducción o el aumento entran en estimaciones difíciles y complicadas, para sustituir, en definitiva, la suma libremente ajustada por otra, que no por ser objeto de litigio es más justa y apropiada a las circunstancias a veces imponderables, de urgencia, por ejemplo. Las gentes honestas pueden acordarlas.

Pero cuando el Juez encuentra que hay lesión a la honestidad, a las buenas costumbres, la cuestión es de otra naturaleza: obliga a graves reflexiones, y aconseja una circunspección que es la garantía del acierto judicial.

Véase Dernburg, Pandette, II, § 46, número 4, y Bürg, Recht, II, § 103, II, número 1; Maynz, II, § 258, A; Savigny, Obligations, II, § 806; — Molitor, Obligations, I, número 152.

Art. 26. — Artículo 663. El artículo 526, trasladado como segundo párrafo del 953, por este proyecto, dispone la nulidad del acto principal cuando la cláusula accesoria fuese de objeto imposible, con apariencia de condición del acto mismo, o constituyese una condición prohibida.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

la validez del acto jurídico. La nulidad de éste causa la de la pena, a menos que de la invalidez nazca la obligación de indemnizar, en cuyo caso se deberá la multa.

Art. 27. — Se sustituye el artículo 654 por el siguiente:

La cláusula penal, por sí misma, no hace condicional el acto jurídico. Pero si hubiese tomado el carácter de una condición se aplicaría la segunda parte del artículo 953 proyectado, esto es, del actual artículo 526.

El artículo 663, dispone la nulidad de la cláusula penal cuando el acto principal es inválido.

Pero hay casos en que la nulidad engendra responsabilidades, — artículos 1172, 1178, 1056, etc. —, y la pena, si por sí misma no es nula, debe sustituir a la indemnización. Así lo resuelve el artículo 1189 (que por error dice instrumento público, en vez de instrumento privado), en una hipótesis de ese género. Véase Demolombe, 26, número 642.

Art. 27. — El artículo 655, dice que la pena sustituye la indemnización en el caso de mora, lo que no es, precisamente, resolver que no es exigible si no hay mora. Pero esto es un corolario necesario de la teoría de la mora, y de la de los daños e intereses. Y es una condición en los dos casos de ser establecida la pena para el de inejecución puntual, como para el de falta de cumplimiento.

El artículo 654, a su vez, declara que se incurre en la pena por el hecho de no cumplir "la obligación en el tiempo estipulado aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo (el deudor)".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No se incurre en la pena sino cuando el deudor se encuentra en mora.

El artículo 1230 Código Napoleón, exige para todo supuesto, aún el de término establecido, la mora como requisito para la pena. Los Códigos que, como el Alemán, y el Suizo, establecen que el solo vencimiento del término importa mora, son consecuentes al disponer que la pena se debe desde ese momento. El Código Francés, y sus imitadores, que parten del supuesto inverso, también aplican su criterio al disponer lo contrario.

Nuestro Código, establece que el acaecimiento del término no constituye mora. Pero no extiende su regla al caso de la cláusula penal.

No es, efectivamente, dependiente de la solución admitida para la mora en materia de obligaciones a plazo, la de exigir una interpelación cuando se ha establecido una cláusula penal para el retardo.

En el derecho romano había disidencia sobre el punto, y Justiniano resolvió expresamente que no era necesaria la constitución en mora para que el vencimiento del término por sí solo hiciera incurrir en la pena.

Los escritores que, como Maynz, (II, § § 179 y 258) estiman que en el derecho romano, el vencimiento del término, no causa mora, son expresos en admitir la decisión de Justiniano como una "consecuencia que deriva de la naturaleza de las cosas". (Véase Molitor, Obligations, I, números 159, 344 y 357; Van Wetter, Obligations, I, § § 19 y 26, número 1; — Savigny, Obligations, II, § 80, A.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En las obligaciones a término se debe desde el vencimiento, si no se hubieran ejecutado.

Art. 28. — El deudor no incurre en la pena sino en los

La cláusula penal añadida a una obligación a término, no puede ser entendida de otra manera, que la de establecer que el retardo cause su exigibilidad, sin desnaturalizar la voluntad declarada. Porque, ¿qué puede significar el decir que en caso de no ejecutarse lo establecido por el acto generador, en el tiempo fijado, se incurrirá en tal multa? ¿Qué, el disponer que por cada día de retardo, se abonará tal suma? No es necesario reproducir la intimación ya sancionada. La voluntad expresada es de tal claridad, que negar el efecto de la cláusula accesoria, es alterar contradictoriamente su contenido mismo.

La disposición del código, debe ser mantenida en cuanto al efecto del término. Pero no respecto de la parte final del artículo 654, por las razones fundamentales que luego se expondrán.

Conviene advertir que del hecho de que la pena sea exigible desde el vencimiento del término, no se deduce que importe la cláusula accesoria establecer la mora por la expiración del plazo. No produce otro efecto que el declarado. Pueden verse en los romanistas antes citados, las diferencias entre las consecuencias de la mora, y las de la cláusula penal.

Art. 28. — El artículo 665 dispone que la extinción, sin culpa del deudor, de la obligación principal, causa la de la cláusula penal.

casos en que sea responsable por el retardo o inejecución de la obligación. Es válida la disposición contraria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero el artículo 654 decide lo contrario para el caso de la obligación a término, pues, no puede darse otro sentido a las palabras tan generales que emplea: "aunque por justas causas no hubiera podido verificarlo".

Para toda clase de pena, en defecto de pacto contrario como lo dice nuestro artículo 28 proyectado, es principio general el de que no se incurra en ella, por el hecho de retardo o inejecución que, según las reglas fundamentales de las obligaciones, no trae responsabilidad.

Es imposible concebir una diferencia entre una y otra clase de casos, sean, o no, las obligaciones a término.

El caso fortuito exime de responsabilidad. La cláusula penal, como tal, en defecto de disposición contraria, no constituye una cláusula de seguro. Tiene por fin estimular el cumplimiento, y liquidar de antemano los perjuicios de la inejecución. El buen sentido ya deja ver que nadie puede incurrir en pena por no hacer lo imposible, o no haber previsto lo que no se podía prever. Por lo menos, no es una interpretación natural.

Y, al contrario, si se ha incurrido en responsabilidad por dolo, o por culpa, o se ha constituído la cláusula de asumir el deudor las consecuencias del caso fortuito, o la ley se las ha impuesto, la pena que es el ajuste de esas responsabilidades, hecho de antemano, solventa los daños sufridos.

Y así como, según el artículo 513, se puede asumir la responsabilidad del caso fortuito, así también se puede pac-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 29. — Se suprime el artículo 657 y el 665.

Art. 30. — La pena establecida para el caso de ejecución tardía, no se aplica al de falta de cumplimiento. Y, recíprocamente, la establecida para este supuesto no se extiende al primero.

En caso de duda, se resolverá según las circunstancias, y, principalmente, según el valor de la pena.

Art. 31. — Se reproducen los artículos 658, 659, 660, y 662. Se suprime el artículo 666.

Se reproduce el artículo 661, pero será precedido del párrafo siguiente:

---

tar la pena a todo riesgo. El deudor puede cubrirse de él por medio del seguro, y es esa una modalidad frecuente en los grandes contratos de construcción, transporte, etc.

Savigny, Obligations, II, § 80, B; — Molitor, Obligations, I, número 161; — Maynz, II, § 258, — Van Wetter, Obligations, I, § 26.

Art. 29. — La supresión del artículo 665 es la consecuencia de su sustitución por el artículo 28 anterior.

La del 657 viene de haberse proyectado la inclusión de su caso en los de mora ex re, y por consecuencia, está comprendido en el artículo 27 proyectado.

Art. 30. — Demolombe, 25, número 657; — Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 261, III.

Art. 31. — El artículo 661 no armoniza en cuanto a las obligaciones divisibles con pluralidad de deudores, con el 698.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si la obligación principal fuese divisible y hubiese varios deudores o herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino el que contraviniese a la obligación y solo por su parte en ésta.

Lo demás como está en el artículo 661, y en párrafo separado; pero se suprimirá "sea divisible", y se pondrá en sustitución: "si fuese".

Art. 32. — Un tercero puede comprometerse a abonar una pena para el caso de inejecución de la obligación por

---

Es claro que desde que la obligación ha quedado dividida en tantas como deudores hay, en defecto de estipulación expresa, cada uno responde de la inejecución de la propia. y no de las de los demás, ni, como lo dice el artículo 661, con su cuota de la pena. No incurre en parte alguna de ella.

Art. 32. — La pena a que se obliga un tercero no es, ciertamente, una fianza desde que no asume el pago de la obligación principal. La estipulación se rige por las reglas de la cláusula penal. Pero siendo un tercero a la obligación misma, deben aplicarse subsidiariamente las disposiciones de la fianza, en cuanto sean procedentes, desde que es el contrato con que presenta mayor afinidad.

En cuanto a la segunda parte del artículo, el Código contiene una serie de disposiciones cuya redacción, por lo menos, no es satisfactoria.

Ya se notó al tratar de las obligaciones naturales que el artículo 518 era demasiado extenso, e inexacto en su gene-

el deudor. En tal supuesto se aplicarán subsidiariamente las reglas de la fianza.

Puede también obligarse a pagarla en caso de que el deudor invocase la nulidad del crédito, cuando el tercero conociese la causa de esa nulidad, y esta no proviniese de una contravención a lo dispuesto por el artículo 953.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

ralidad. También es inexacto el artículo 666, tanto porque comprende la hipótesis de la cláusula penal establecida por el deudor y, la de serlo por un tercero, como porque al hablar de "cumplimiento de obligaciones que no pueda ser exigido judicialmente" incluye muchas categorías de actos, obligaciones naturales, obligaciones nulas, etc., que no se gobiernan por los mismos principios.

Hemos tratado de poner un poco de precisión en estas materias.

Ya hemos proyectado lo relativo a las nulidades que el deudor puede invocar, para determinar sus efectos sobre la pena.

Es claro que si el acto es nulo por cualquier razón, cae la cláusula accesoria con él, salva la estipulación que hemos proyectado en el artículo 26.

Y no hay motivo alguno para limitar ese principio, y someter a los terceros a una excepción.

Por consiguiente, en todos los casos, ya quedan excluídos de los artículos 518, y 666, los que se refieren a nulidades, dejen, o no, detrás de sí, una obligación natural.

Pero cuando el tercero con conocimiento de causa, sabiendo que el principal obligado es incapaz de administrar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 33. — Se sustituye el artículo 664, por el siguiente:

Es válida la pena establecida en las estipulaciones a cargo, o a favor de tercero, para el caso de que estos desestimaran lo convenido en cuanto a ellos.

---

sus bienes, por ejemplo, estipula una pena, se constituye respecto de ella en deudor eventual, y la incapacidad de aquel no impide su libre determinación.

Windscheid, (Pand., II, § 286) establecía como regla general, que, cuando el promitente de la pena, sea quien sea, pues no distingue, cree que es válida la obligación nula, la cláusula penal es también nula; cuando sabe que la obligación principal es inválida, la cláusula penal implica una renuncia a oponer la invalidez, y valdrá en tanto cuanto valga como renuncia, es decir, será nula si la invalidez es de orden público.

No creemos que sea aplicable, por lo menos, sin graves reservas, esa doctrina a la cláusula penal consentida por el deudor. Solo es verdad para las nulidades relativas, pero con eso no se resuelve el caso, puesto que, si se invocan, todo el acto será anulado en lo principal y en lo accesorio.

Pero es perfectamente exacta para el caso en que puede funcionar y que, tal vez, se tenía en vista por aquel escritor. De ahí, el artículo que proyectamos. La facultad reconocida de estipular una pena para la obligación ajena nula, no debe llegar hasta garantizar el cumplimiento de actos cuyo objeto sea prohibido, contrario a la moral y las buenas costumbres, sea o no conocida la prohibición en el acto de celebrarlos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 34. — La convención por la cual una persona sin obligarse a efectuar una prestación, estipulara una pena para el caso de no realizarla, será considerada como una convención condicional.

Art. 34. — Es lo que se acostumbra llamar "estipulación de una pena". No hay más que una obligación eventual. — Windscheid, Pand., II, § 286; — Maynz, II, § 258, B; — Van Wetter, Obligations, I, § 25; — Savigny, Obligations, § 31, notas f, y h.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

DE LAS OBLIGACIONES CON RELACION A SU OBJETO

TITULO IV

CAPITULO I

De las obligaciones de dar cosas ciertas

Todo el título VII, — artículos 574 a 624 — y una gran parte del XXIII, — artículos 888 a 895 — se reorganizan y resumen en el que se proyecta (1).

---

(1) La reorganización total de estas materias se impone por diversas razones. La adopción del sistema de publicidad por el Registro, tanto respecto de inmuebles, como de ciertas cosas muebles, y no solamente por la constitución y trasmisión de derechos reales, sino también de algunos personales, como la locación, etc., hace inevitable la modificación fundamental del Código en cuanto se refiere a obligaciones de cosas.

Aún en el estado actual, otros motivos también la imponen. Los artículos 584 a 591, tratan de la restitución de cosas a su dueño, materia que vuelve a ser legislada en los artículos 786 a 789, 2422 a 2444, y con superioridad de detalles, y en el título que comprende del artículo 2756 a 2806, se dan todavía muchas disposiciones que tienen relación o repiten las del presente título VI de las obligaciones de dar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 1. — La obligación cuya prestación tiene por objeto cosas individualmente determinadas, comprende todos

---

A su vez, en el que va del artículo 888 a 895, se vuelve sobre lo que ya se ha dispuesto en éste, y también sobre lo que los artículos 506, 511, 512, 513 y 519, habían ya resuelto y que se repite en los artículos 579 y siguientes.

Por último, en la locación, mandato, depósito, mutuo, comodato, prenda, anticresis, y en muchos otros títulos, se trata de la misma obligación.

No es susceptible de reglas genéricas, porque la devolución se caracteriza por razón de la causa que la determina. En la retroventa, tiene un alcance, en la posesión, otro. Lo que es común a todas las especies, no la diferencia de las otras obligaciones de dar aunque las prestaciones se hagan con fines distintos, y no exige bajo este aspecto reglamentación separada.

Art. 1. — La disposición del artículo 574 constituye solamente una definición. Ni siquiera es necesaria para decir que la palabra dar se usa en su sentido más amplio, esto es, la entrega de cosas para constituir derechos reales, o personales, o para cualquier fin jurídico. El artículo 1 que se proyecta demuestra la inutilidad de semejantes explicaciones.

El artículo 575 establece la regla de que los accesorios entran en la obligación, aunque momentáneamente se hayan separado. Si es momentáneamente ya quiere decir que no se comprenden los que el deudor antes de la constitución de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

los accesorios de ellas que tenían ese carácter en el instante de la constitución de la deuda, aunque en el título no se mencionen.

Los frutos percibidos antes de la entrega pertenecen al deudor. Los pendientes, al acreedor.

Art. 2. — Cuando la prestación consista en una cosa inmueble que haya de entregarse deberá ser individualmente determinada. Es nula la obligación de entregar inmuebles genéricamente designados.

Art. 3. — El deudor está obligado a realizar, a su costa, todas las diligencias necesarias para conservar la cosa y efectuar su entrega.

---

la deuda había hecho cesar en la accesión. Es preferible la fórmula del artículo proyectado porque dice a qué época hay que referirse, sin dejar la duda del actual, y porque envuelve la separación momentánea desde que ésta no hace cesar la accesión.

La segunda parte comprende lo dispuesto por el artículo 583. En cuanto a la del 590 se suprime por estar legislado el punto en los artículos 786, 788, 2210, 2271, 2423 y siguientes, etc. No se presta a disposiciones generales.

Art. 2. — Es doctrina corriente que los inmuebles no pueden ser objeto de obligaciones genéricas, porque sus condiciones, su situación, y otros caracteres, son esenciales para contratar sobre ellos. En la venta no se concibe un precio sino en relación de un bien dado. Lo mismo pasa en la locación, en la sociedad, y, en general, en toda hipótesis.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Si la prestación tiene por objeto la constitución, traspaso, modificación, o extinción de derechos reales, estos resultados no se producirán, aunque se entregue la cosa al acreedor, sino cuando se hayan llenado las condiciones exigidas por este Código.

Art. 5. — El deudor queda liberado de la obligación, cuando la prestación de una cosa cierta se ha hecho imposi

---

Ha de agregarse que en el sistema de registro adoptado por este proyecto, la determinación individual del inmueble, es condición fundamental.

Art. 4. — La constitución de derechos reales no es la consecuencia de la existencia de la obligación que la tiene por objeto, ni de la entrega de las cosas debidas, si no concurren las condiciones que en su lugar se establecerán para obtener el resultado propuesto. Tanto la obligación, como la entrega, no engendran, por sí solas, sino relaciones personales. En las cosas muebles la tradición puede constituir el dominio u otros derechos reales, pero sujeta a los requisitos de estos, y sólo entonces: artículos 2412, 2415, 2488, 3214|7, ley de prenda agraria, y lo que proyectamos sobre propiedad de ganados.

Art. 5. — Artículos 578, 579, 584, 585, 888|90, y 895 Los artículos 578 y 584, limitan sus soluciones a casos dados. La regla es general como aparece de los artículos 888, 891, 1521, etc.

Tampoco limitan — como el proyectado, (§ 275 Código Alemán) — al caso de que la pérdida o deterioro sean poste-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ble por una causa posterior al nacimiento de la deuda y de que no es responsable.

En todos los casos de pérdida, imputable o no, así como en los de pérdida parcial, o deterioro, se aplicarán las disposiciones del título 1º de esta sección, y las relativas a los efectos de los contratos en general.

---

riores al acto generador de la deuda. Los anteriores se rigen por otra disposición: artículo 1171 (modificado).

Se suprimen todos los artículos de este capítulo que se refieren a dolo, culpa, caso fortuito, daños e intereses porque ya está reglado, de una vez por todas, — artículos 506, 507, 511, 513, 519, — lo que hay que decidir. Tampoco es admisible que se vuelva sobre el punto en los artículos 889 y siguientes. Ese sistema de repeticiones imitado de Freitas, es algo más que inútil: es peligroso porque expone a variantes que alimentan incertidumbres y se traducen en litigios artificiales.

En cuanto a la influencia de la falta de cumplimiento sobre la contraprestación de la otra parte, tampoco es materia que deba tratarse entre los efectos de la obligación aislada. Su asiento está en el título referente a los efectos de las convenciones.

Por último, no consideramos, como el § 275, Código Alemán, necesario decir, artículo 891, — cuando hay imposibilidad de prestar. Es claro que si un hecho de soberanía — una expropiación, una ley que prohibe ciertos actos, etcétera, — la veda, nadie puede dudar de la imposibilidad. Son cosas que no necesitan de disposición explicativa.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 6. — Cuando la obligación de entregar cosas ciertas tenga por fin la constitución o extinción de derechos reales o personales que han de ser inscriptos para producir sus efectos, el deudor no queda liberado hasta que haya levantado, a su costa, las dificultades opuestas a la inscripción.

Art. 7. — Si la cosa que haya de prestarse para constituir dominio, usufructo, o derecho de uso o habitación, a título oneroso, hubiera mejorado o aumentado, por hecho

---

Art. 6. — La prestación de la cosa, no extingue, según esto, la obligación. Sí, por oposición de parte, por inscripción contraria, o por deficiencia de la que acredita el derecho del deudor, se produce obstáculo para registrar el acto, ha de levantarlo el deudor desde que se ha obligado a constituir un derecho válido y regular.

Art. 7. — Artículos 582, y argumento del artículo 588. Es, por consiguiente, limitado al caso de ser onerosa la constitución de un derecho real, pues, se habla en el primero, de exigir "un mayor valor", y en el 588 se declara que cuando se trata de una restitución el aumento beneficia al dueño sin indemnización. Por otro lado, el artículo 582, es demasiado extenso, pues no procede en caso de toda constitución de derecho real. En el de hipoteca, prenda, o anticresis, no funciona.

En cuanto a mejoras en el caso del artículo 589, que se suprime, las disposiciones de los artículos 2422 y siguientes, reglan más exactamente el asunto.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ajeno al deudor, y aunque fuera sin desembolso, podrá exigir un aumento proporcional de la contraprestación. Si el acreedor no se conformase, la obligación quedará disuelta. Si los aumentos o mejoras fueran de hecho del deudor, no tendrá derecho alguno.

Art. 8. — Cuando una misma cosa cierta, mueble, se debiese a distintos acreedores será preferido, sino se hubiese

---

El artículo 582 dice "aunque no fuere por gastos que en ella hubiese hecho el deudor". Pero no basta. El que por ejemplo vende una cosa debe entregarla en el estado en que se encuentra en el acto del contrato, y no puede ejecutar por sí construcciones, o modificaciones, por ventajosas que sean, que pretenda cobrar después. Se trata de las mejoras o aumentos que resultan de otros hechos naturales, o de iniciativa de terceros.

Art. 8. — Artículos 592, 593, 597 y 598. El artículo propuesto se separa de ellos en un punto de particular importancia y salva un grave error del Código.

Este dispone que la tradición es inoperante cuando el adquirente tenía noticia de la existencia de acreedores anteriores.

Lo singular es que en la nota al artículo 504, se dice que están en contra de él el Código Francés y los demás que declaran trasmitida la propiedad por solo (el efecto de) la obligación.

Es exactamente lo contrario, porque la subordinación del efecto de la tradición a la falta de conocimiento de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

hecho la tradición, aquel a quien debía ser restituída si de ella tenía el dominio. En su defecto, será preferido el acreedor de título anterior.

---

existencia de un crédito de fecha anterior es la consecuencia de aquel principio. Los artículos del nuestro han sido puestos por inadvertencia, — en cuanto a esa hipótesis, — que se ha deslizado adoptando las soluciones del Código Francés.

Así, dice Demolombe: "4º. Más aún: el artículo **1141** lejos de suponer que el primer adquirente **no era propietario desde antes de la tradición,** supone evidentemente, lo contrario.

"Efectivamente, ese artículo no acuerda preferencia al segundo adquirente, que ha sido puesto en la posesión efectiva, sino **en tanto que su posesión es de buena fe.**

"Ahora, **es incontestable que esta circunstancia sería indiferente** si el primer adquirente no se hubiera hecho propietario; el segundo adquirente puesto en posesión real del mueble, no debería por eso dejar de adquirir la propiedad **aunque fuese de mala fe,** es decir, aunque conociese la existencia de la primer enajenación; **esto es, decimos, incontestable;** tal era, en realidad, la regla del derecho romano, y la de nuestro antiguo derecho francés. (L. 15, Codex, de reivindicatione, título 32, Lib. 3 —; Pothier, página 153. — (Œuvres, 9º, número 247), — y tal es aún, relativamente a los inmuebles, la regla de nuestro derecho nuevo, que, entre dos adquirentes del mismo autor, acuerda preferencia al que ha hecho transcribir primero su título, aún

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si se hubiera efectuado la tradición a un acreedor con el fin de constituir un derecho real, no tendrán acción al

---

cuando fuera posterior en fecha, sin distinguir si es de buena fe, o es de mala fe, es decir, si ha conocido o ha ignorado la primera venta.

"Por consiguiente, al subordinar el artículo 1141, la preferencia que concede al segundo adquirente del mueble, bajo la condición de que su posesión será de buena fe, **consagra de ese modo** virtualmente, por sí mismo, **la regla de que la propiedad ha sido trasmitida al primer adquirente por efecto de la venta,** independientemente de la tradición"

Demolombe, 24, número 469. Véase también Aubry et Rau, 2, § 174, nota 7. Baudry et Barde, Obligations, I, números 397 y 411.

Como se ve, Freitas, de cuyo proyecto (artículos 906, 1º, y 547) se han tomado los artículos criticados del nuestro, adoptó conclusiones contrarias a las del derecho romano, que no admitía efecto alguno traslativo de la propiedad derivado de la obligación, y lo acordaba pleno a la tradición; y, al contrario, aceptó las del Código Francés que partía del extremo diametralmente opuesto.

De la obligación no resulta y no debe resultar, — si ha de establecerse un buen sistema de derechos reales, — otra cosa que un facere, una prestación, esto es, un acto futuro del deudor. Puede ejecutarlo y puede no hacerlo. Debe efectuarse, y entonces se realizarán los derechos en los términos constitutivos y bajo las exigencias legales. Hasta entonces la ley no debe darlos por efectuados.

guna contra él los demás acreedores, aún cuando el primero tuviera noticia de sus créditos y fuesen anteriores. Excep-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Y esto, tanto respecto de terceros, como de otros acreedores. Porque si hay varios que lo son de una cosa, el más diligente debe ser preferido, como lo es el de sumas de dinero, pues se limita a cobrar lo que se le debe. No es censurable, que trate de obtener la preferencia, ejercitando su derecho, porque nadie está obligado a perjudicarse en beneficio de otro, que se halla en el mismo caso. Agréguese, que puede creer en un arreglo entre su deudor y el tercer acreedor, ignorar la causa y condiciones del crédito de éste, aunque se le informe de su existencia, y hasta pensar en una colusión para burlarle. Todo esto muestra la exactitud de la solución romana, y el error de la nuestra.

Con ésta solo se abre la puerta a litigios; bajo pretexto de conocimiento de créditos anteriores, de hechos vagos, o mentirosos, establecidos por la prueba testimonial, se atacarían los hechos más regulares, ejecutados bajo el amparo de la fórmula protectora de la tradición hecha por el propietario efectivo, que ha debido hacer creer al adquirente eran falsos los rumores o comunicaciones interesadas sobre la existencia de otros acreedores.

Y el dolo triunfaría, generalmente. Porque con hacer saber que los hay anteriores, se obtendría la abstención de quien en realidad lo era, que dejaría de reclamar lo que le proporcionaría un litigio con personas confabuladas con los deudores de mala fe.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

túase el caso de que procediese la reivindicación, según las reglas de este Código.

Art. 9. — Cuando un mismo inmueble es debido a diferentes acreedores, será preferido el primero que hubiera inscrito su título.

En ningún caso modificará su resultado el conocimiento que el acreedor tenga de la existencia de otros créditos aunque sean de fecha anterior.

A falta de inscripción será preferido el acreedor de título más antiguo.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 600, sustituyendo las palabras "Del arrendamiento", por "De la locación".

Lo que es obstáculo a la firme adquisición de las cosas, es el conocimiento de no ser el tradente dueño de ellas. El de otros créditos, no puede ser confundido con él. El que cobra lo que se le debe, usa de su legítimo derecho.

En cuanto a la solución de la segunda parte del artículo 594, constituye el más claro error dentro de la teoría de la tradición romana. Abre la puerta a acciones de nulidad reipersecutorias, y es incompatible con un buen sistema hipotecario. Es irreductible su oposición con el sistema de publicidad que descansa en la fe concedida a los instrumentos. La prueba testimonial que es inevitable en el caso del artículo 594, tanto para el impugnante como para el defensor, no puede, ni debe, ser admitida en contra, ni fuera de aquellos.

Art. 9. — El artículo proyectado no menciona como el actual 599 al dueño del inmueble a quien hubiese de ser

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO II

De las obligaciones de dar cosas inciertas

Art. 11. — Se sustituyen los artículos 601, 602, 606, 607, y 608, por el siguiente:

---

restituído, porque el artículo 600 comprende el caso más común, y porque en los demás se trata de restituciones que derivan del dominio mismo que no necesita de disposiciones particulares.

Art. 11. — El Código contiene dos capítulos separados para las cosas inciertas que no sean dinero, según se trate de cosas no fungibles, o de las que constan de peso, número, o medida, es decir, de cantidades.

Pero bajo el aspecto jurídico no hay distinción que hacer entre ellas. Si están determinadas especies y clases, — por ejemplo en los contratos sobre muestras, — o si solo lo están bajo el primer supuesto, — obligaciones genéricas, — las reglas son las mismas. Debe entregarse lo ajustado en el primer caso, y dentro de la clase media en el segundo. La indeterminación recae sobre la identidad de las cosas, y tanto dá que sean fungibles, como que no lo sean. Cesa de la misma manera. El peso, o medida, corresponden a la ejecución: es el modo de ejecutar la separación, que también hay que realizar en las cosas no fungibles. Por eso es que los escritores, cuando tratan de las reglas relativas a la determinación de las cosas genéricas, consideran regularmente

El obligado a prestar cosas inciertas, debe entregarlas de la especie y calidad determinada por el título constitutivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

las cantidades como tipo general de ellas. Véase, por ejemplo, von Jhering, Venta de objetos **in genere**, número 14, Œuvres choisies, I, pág. 125.

Las obligaciones de dar cosas inciertas constituyen el tipo más extendido del comercio en todas sus formas, y asumen los dos tipos de que habla nuestro artículo. Cuando hay clase convenida, hay que entregarla. Cuando no la hay, ha de determinarse dentro de la especie designada.

Suele decirse que en todas las hipótesis es esencial la indicación de la especie y la cantidad.

Nuestro artículo no menciona esta exigencia, sin que signifique que es indiferente. Como lo expresan algunos escritores, va sin decir que no puede existir vínculo sin que de él resulte a qué cosas se refieren, y a cuantas de ellas.

Pero en la vida económica se extienden cada vez más los contratos que dejan latitud para exigir las prestaciones dentro de márgenes más o menos precisos. Se fija máximo o mínimun, dentro del cual se pueden exigir las entregas. Se establecen cláusulas de "más o menos", tolerancias, etc. Y principalmente en la provisión de materias primas, de carbón, a las industrias, en los transportes, en las pólizas flotantes de seguros, en la entrega de productos fabriles, y en muchos otros casos semejantes, se ajustan precios unitarios, o estipulaciones que dejan a una parte la libertad de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando solo estuviese determinada la especie el deudor deberá cosas de calidad media. Si se hubiese convenido dejar la elección al acreedor la limitará dentro de la misma clase.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 604, al cual se agregará: mientras la prestación de la especie sea posible.

---

exigir las prestaciones de lo que necesite, sin fijar las cantidades precisas de ellas.

Por eso hemos proyectado un artículo en el título de los contratos, que es el asiento de la materia, que provee con la suficiente elasticidad a esas exigencias inevitables no solo de la vida industrial, sino de la vida doméstica, y nos guardamos de decir, que son nulas las obligaciones de género en que no se precisa la cantidad. Basta que sea determinable según el título constitutivo. Véase Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, § 11.

El artículo 602 dice que el deudor no debe escoger cosa de la peor calidad, ni el acreedor, la mejor de la especie. Hemos ceñido más el concepto. Decimos, con el Código Alemán, clase media. Entre ésta y la "peor", o la "mejor", hay distancia. Puede no ser la peor, y ser mala. Puede no ser la mejor, y ser, todavía, notable. La idea es la de entregar siempre clase media "loyale et marchande", como dicen los franceses. Nunca se ha interpretado de otra manera la falta de ajuste preciso, pero las expresiones usadas por el artículo 602, no traducen exactamente el concepto. y pueden amparar la mala fe.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 13. — Se modifica la redacción del artículo 605 así:

No efectuada la individualización, tendrá el acreedor derecho, en caso de mora, de exigir la entrega de las cosas de la especie determinada, o para resolver la obligación, con indemnización en ambos casos de los daños e intereses.

Art. 14. — La individualización de las cosas limita a ellas la obligación.

Se efectúa ejecutando el deudor, o el acreedor si le co-

Art. 12. — § 279, Código Alemán.

Art. 14. — La indeterminación de las cosas en las obligaciones, cesa según el artículo 603 por la elección de ellas realizada por el deudor o por el acreedor. Ni siquiera exige que sea comunicada en alguna forma a la otra parte. Si se trata de cantidades, el artículo 609 decide que la individualización resulta del hecho de ser contadas, medidas, o pesadas por el acreedor. En el primer caso es un acto unilateral; en el segundo exige hechos de ambas partes.

Von Jhering, en uno de sus más celebrados escritos, — Venta de objetos **in genere,** Œuvres choisies, I, pág. 125 — ha demostrado de una manera definitiva, los graves inconvenientes de la doctrina hasta entonces general, seguida por nuestro Código, que veía en la elección hecha por el deudor, concebida como acto exclusivo de él, clandestino, y, si comunicado, sujeto a gravísimas objeciones, la transformación de una obligación constituída **in genere**, en otra limitada a cosas dadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA CENTRAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

rresponde la elección, todos los hechos que le incumben para la prestación de las cosas adeudadas.

Ya nuestro Código demuestra con sus soluciones la incongruencia de las ideas. Por el artículo 609, se exige que las cantidades sean contadas por el acreedor. No basta, por consiguiente, que lo haga el deudor. Y no hay razón alguna para exigir en esta variedad de la obligación de cosas no individualizadas, una condición fundamentalmente diversa de la exigida para las demás, porque es la separación de lo que se ha de entregar, hecha para entregarlo, lo único que puede hacer que haya cosa particular. Es, por consiguiente, lo mismo pesar, medir, y contar, que apartar ganados, por ejemplo, y no se comprende porqué lo que se exige en una operación, deja de ser necesario para otra.

Pero las necesidades del comercio, ya demuestran que tampoco es exacta la solución del artículo 609. Cuando se embarcan las cantidades de artículos, de carbón por ejemplo, que han de remitirse a una plaza distinta según lo ajustado con el comprador, ya están contadas y pesadas por el vendedor, sin intervención del acreedor, pero no por eso menos individualizadas y separadas de otras, ejecutando lo que se ha convenido y en los términos mismos de la convención. La disposición del artículo 609, no corresponde a las exigencias notorias del comercio exterior, o del interno.

La doctrina de von Jhering, no es como algunos escritores lo dicen, la de que la concentración de la obligación a cosas dadas, se efectúa únicamente por la entrega efectiva esto es, la tradición, sino la de que "de hecho la entrega se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Sus efectos serán regidos por las disposiciones que se refieren a las obligaciones de dar cosas ciertas.

---

hace de manera distinta según la diversidad de los casos, pero jurídicamente **tiene lugar** en el momento en que el proveedor ha hecho lo que le incumbía según la intención común de las partes. Sí, pues, se ha convenido que el adquirente debe ir a buscar la mercadería, la separación anterior hecha por el proveedor no libera a este de los riesgos. Si se ha convenido que debe ser **traída**, el proveedor se libera cuando la **ha traído**. Si se ha convenido que debe ser **enviada** queda liberado cuando la **ha enviado**..." (von Jhering, página 129).

Y a su vez, cuando el acreedor se resiste a la recepción, o a efectuar lo que a él corresponde según lo convenido, para que el deudor efectúe la prestación, su mora traslada la responsabilidad, y el deudor se libera de ella. Artículos 764 y 766.

La doctrina de von Jhering, adoptada por Windscheid, (Pandekten, II, § 255, nota 20, § 390, nota 8), por Dernburg, (Pandette, II, § 25), y para el derecho Austriaco, por Hasenhörl, (Oblig., I, § 15), ha inspirado el § 243, del Código Alemán.

Parece excusado decir, — y no se necesita de disposición especial, — que las partes pueden ajustar por acuerdo, la concentración de la obligación de dar cosas inciertas, en una de cosas determinadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 15. — Se suprimen el artículo 603, y todos los que constituyen el Capítulo III, de las obligaciones de dar cantidades de cosas, esto es los artículos 606 a 615.

Art. 15. — Las supresiones indicadas son consecuencia de las disposiciones proyectadas en este capítulo.

Se extiende el Código en decisiones particulares respecto de las obligaciones de cantidad, antes y después de la individualización, considerándolas según que tengan por objeto la constitución de derechos reales, o la devolución de las recibidas, y esto, en cada hipótesis posible de culpa, pérdida y deterioro.

Todo esto es inútil. Antes de la individualización y después de ella, el acreedor tiene derechos de la misma estructura jurídica, cualquiera que sea el propósito de la obligación. Lo mismo debe cuando ha de constituirse derechos reales, que cuando se restituyan cantidades recibidas: ha de entregar la prestación. No hay posibilidad de hacer distinciones sobre la relación engendrada, por el hecho constitutivo. Las diferencias entre hecho, y hecho, entre mútuo y comodato, entre venta y permuta, entre robo y enriquecimiento, o lo que sea, servirán para determinar lo que se ha de entregar. Pero determinado, la obligación es siempre la misma: se debe la prestación.

Y a su vez, efectuada la individualización se ha concentrado lo que antes constituía una cantidad a tomar de una especie, en una cantidad de cosas ciertas, separadas, que se rigen por las reglas generales. Se deben esas y no otras. ¿Hay culpa, deterioros, pérdida fortuita? Se aplican los

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO III

De las obligaciones de dar sumas de dinero

Se sustituyen los artículos 616, y 617, por el siguiente:

Art. 16. — El obligado a dar una suma de moneda que no tiene curso legal en la República, deberá entregarla en la especie pactada.

Art. 17. — Se suprime el artículo 618.

Art. 18. — Se modifica el artículo 619, así:

---

principios comunes. ¿Hay que abonar daños? Se estiman según las reglas generales. Del hecho de que es frecuente en las cosas que constan de peso o medida que tengan precio corriente, nada se deduce para legislar de manera distinta: también puede tenerlo las cosas que no son de cantidad. Si lo tiene el trigo, también lo tiene el ganado. Servirá para la estimación del daño y nada más.

Art. 16. — Es, en definitiva, lo que disponen los artículos 617 y 607.

Art. 17. — El artículo 618, que se suprime, no armoniza con las disposiciones que el Código contiene sobre el lugar de cumplimiento de las obligaciones.

Todo lo que a él se refiere, así como al tiempo en que ha de efectuarse, está reunido en capítulos especiales del título del pago, — artículo 747 y siguientes, — y creemos preferible no dispersar las soluciones.

Arts. 18 y 19. — Dispone el artículo 619 que el cambio será el del día del vencimiento de la obligación. Pero si

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si la obligación fuese de dar una suma de especie o calidad determinada de moneda nacional, el deudor pueda entregarla de esa especie, o de cualquier otra que tenga curso legal en la República, al cambio que corra en el lugar del pago, el día del vencimiento.

Art. 19. — Si el cambio hubiera variado, durante la mora del deudor, en perjuicio del acreedor, el pago se hará en el corriente el día en que se efectúe.

Art. 20. — Se suprime el artículo 620.

Art. 21. — Se suprime el artículo 621.

Art. 22. — Se modifica el artículo 622, así:

---

hay mora puede ocurrir que haya sufrido variación y este perjuicio debe ser indemnizado al acreedor que lo sufre por el hecho del deudor. Era lo que Freitas proyectaba por sus artículos 931 y 932. El primero constituye nuestro 619, y el segundo, su comentario.

Si la mora es del acreedor, se aplican las reglas generales de los artículos 758 y siguientes.

La disposición del artículo 19, se aplica también a los intereses, moratorios o no, porque se calculan sobre el capital estipulado, y son accesorios de él, que siguen su condición jurídica. Por consiguiente, deben ser pagados de la misma manera que él. Hay error en la solución del artículo 942 de Freitas.

Art. 20. — El artículo 620, se reproduce por el artículo 752.

Art. 22. — Fuera de la aclaración de la primera parte del artículo 622, se modifica profundamente el actual, en el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El deudor moroso debe desde el vencimiento de la obligación los intereses convenidos para ese supuesto. Si no hubiere pacto sobre ellos, debe los intereses compensatorios

---

sentido en que hasta ahora se procede en la práctica judicial. Se justifica la variante proyectada, por dos razones. La primera consiste en suprimir la referencia a las leyes especiales, que es anfibológica, pues no dice de que autoridad deben emanar, y hay provincias que han creído tenerlas para dictar disposiciones. Se trata de la estimación de los daños e intereses por inejecución de las obligaciones y solo puede dar las reglas para efectuarla, el Código Civil, esto es el Congreso.

La segunda es, que la indemnización del daño causado debe consistir en el que la inejecución causa, como consecuencia directa e inmediata de ella según el principio general para las obligaciones que no son de dinero. Y es claro que, por un lado, el acreedor debe abonar el interés bancario para reemplazar la suma que no se le ha pagado, y, por otro, el deudor, reteniéndola, se beneficia en el tanto que hubiera debido pagar para obtenerla.

La solución tiene la ventaja de acomodar la indemnización al precio real del dinero, según las oscilaciones naturales de él, y corresponder así, mejor, a la realidad de las cosas.

Nuestro artículo habla de préstamos bancarios ordinarios, con lo que se entiende decir que se deben los intereses sobre adelantos sin garantía prendaria o hipotecaria, aun cuando el capital adeudado la tenga.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

del contrato, y en su defecto los corrientes en el lugar del cumplimiento, según la tasa que los bancos cobrasen por sus préstamos ordinarios.

Art. 23. — Los intereses se deben por el hecho de la

Parece excusado decir, que tanto en éste, como en el caso del artículo 621, la libertad de convención queda sujeta al principio fundamental del artículo 953.

Art. 23. — Tampoco aquí se introduce un principio nuevo. Es lo que decide el artículo 622. Era, además, la doctrina corriente en la época de la sanción del Código. La convención de intereses, equivalía a la de una cláusula penal establecida por las partes, y regida por sus principios — artículos 655 y 656. En defecto de ajuste, la ley la establecía por medio del interés legal.

Pero en los últimos tiempos se ha producido un poderoso movimiento en contra de esa concepción y debemos examinarlo. El Código Suizo de las obligaciones, — artículo 121 del antiguo, y 106 del actual — autorizó un reclamo por suma mayor que el interés legal cuando los daños experimentados los excedieran. Conservó, sin embargo, la regla clásica de que se debía aunque no se acreditara perjuicio alguno. Lo mismo resuelve el § 288 Código Alemán. El proyecto de Código franco-italiano de las obligaciones (Noviembre de 1926) adopta la reforma por su artículo 101.

En Francia, también se produjo una reacción contra la regla de su artículo 1153. La Corte de Casación, no obstante los términos precisos de la ley, declaró (Dalloz, 1897, 1, página 319), que ese texto legal al hablar de "intereses

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

mora, aunque no se justifique perjuicio. El acreedor no pue-

---

del retardo", dejaba libre al acreedor para reclamar otros derivados de la inejecución.

En 1900 se reformó el artículo mismo, y se estableció que "El acreedor a quien su deudor moroso ha causado por su mala fe un perjuicio independiente de ese retardo, puede obtener daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito".

Pero, como se ve, hay grave dispersión de ideas.

Para el Código Suizo y el Alemán, así como para el proyecto franco-italiano, se trata siempre de los daños causados por la mora. No se contempla caso alguno fuera de ella. Todo lo que se decide es que puede demostrarse la insuficiencia del interés moratorio como indemnización. Y nada más.

Se abandona, en una palabra, el principio de la indemnización fijada de antemano. Y esto, aunque haya estipulación expresa de interés moratorio. Artículos 104 y 106 Código Suizo de las obligaciones; § 288, Código Alemán.

En Francia las ideas son distintas. Se pueden reclamar daños por otras causas que la mora, independientes de ella. según la Corte de Casación, en toda hipótesis, de culpa y dolo, de buena o mala fe.

En el artículo 1153 reformado, ya no se trata de daños causados solamente por el retardo, aunque exige que el deudor se halle en ese caso, sino que "el perjuicio sea independiente de él" pero no en cualquier supuesto: solo en el haber sido producido de mala fe.

de exigir mayor indemnización, en virtud de haber sufrido

Esta disidencia de ideas no es, pues, de detalle; se trata de principios fundamentales.

La Corte de Casación, en su fallo de 1897, en presencia de un texto expreso legal, dijo que en él se consideraba solamente el interés derivado del retardo, pero que en el caso que juzgaba, — de quiebra que se decía causada por la falta de pago, — se podían reclamar los perjuicios emergentes de otra causa.

Fuera de la afirmación, no aparece del fallo, insinuado siquiera, el motivo, o la base legal de la distinción.

El artículo 1153 que se estaba interpretando, establecía, sin embargo, el principio contrario.

Así. En las obligaciones de dinero, no hay distinción posible entre daños derivados de la mora, y daños de inejecución por otras causas. Porque es claro que al decir daños de la mora, se ha dicho todo.

Si el deudor es forzado a pagar porque se le encuentran bienes, y el acreedor se cobra, solo ha habido un retardo, y si ha habido daño es porque no se ha pagado la suma durante el intervalo. No hay posibilidad de concebir otra cosa. Y si no se encuentran bienes en que hacer efectivo el crédito, inejecución y retardo, es todo lo mismo: no se ha pagado.

Por eso siempre se admitió que en las obligaciones de dinero los intereses moratorios son los de la inejecución, y que nada hay que prever fuera de ellos. Por consecuencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

un perjuicio superior por la inejecución de la obligación.

---

el artículo 1153, Código Napoleón, antiguo, solo hablaba de retardo.

Y en el caso que se juzgaba, de eso, precisamente, se trataba. Porque no se había pagado la deuda, se decía, el acreedor no había hecho frente a sus compromisos. Y por consecuencia de ello, cayó en falencia.

Cualquiera vé que para introducir la distinción de la sentencia, había que abandonar el **principio fundamental del Código Francés** en materia de daños y perjuicios. Solo se deben los que son la consecuencia **directa e inmediata** de la inejecución. Y "aunque resulte del dolo **directa** e **inmediatamente**" por su hecho. Como decía Pothier, lo que es el efecto de la inejecución, y **de otras causas** conexas con ella, las consecuencias de las consecuencias, los perjuicios de los perjuicios, no son actos del deudor: son también actos o hechos agenos a él.

Si por no pagar el deudor, el acreedor no podía hacer frente a sus compromisos, era porque no tenía los elementos suficientes para atenderlos. Si no podía obtener la suma de un banco, era porque no tenía crédito. Si los acreedores lo persiguieron, era porque no les inspiraba confianza para prorrogarle las deudas. Y así, de consecuencia, en consecuencia, se iría hasta la indemnización por el suicidio del acreedor desesperado, la enajenación mental de la esposa, y las clásicas comparaciones que, como esas, han expuesto siempre los tratadistas para fundar el gran principio que la Corte de Casación abandonaba: las consecuencias media-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se modifica el artículo 623, así:

---

tas, y no necesarias, — y en caso de culpa, las que no se previeron o podían prever al celebrar el contrato, — artículo 1150, Código Napoleón, — esas, no son imputables al deudor.

Ver una diferencia entre hechos no derivados del retardo, y daños de retardo, es un expediente verbal para responsabilizar por las consecuencias lejanas, y eventuales de la falta de pago, es decir, de ese retardo, que impidió que el acreedor recibiera lo que se le adeudaba, y le hubiera permitido abonar sus propias deudas. No hay distinción, que hacer: todo son consecuencias de la mora. Y lo mismo decimos sobre otra pretendida distinción entre daños comunes y daños, extraordinarios o imprevistos.

Por eso es, porque la distinción es imposible, que el Código Suizo, el Alemán y el proyecto franco-italiano, se guardan bien de hablar de otra cosa que de la mora, o de la convención que fija el interés mayor que el legal. Hablan de daño superior y nada más. Y tampoco distinguen de caso: culpa y dolo son regidos por el mismo concepto, lo que la reforma del Código Napoleón no admite.

Y no lo podía sin abandonar otro principio fundamental: artículo 1150.

Esto por una parte. Por la otra, debe notarse que el Código Suizo y el Alemán, han adoptado como regla general para cualquier indemnización de daño, la de que todas las consecuencias, próximas y lejanas, necesarias, y eventuales, deben ser indemnizadas por el autor de él. Es claro

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 24. — No se deben intereses de los intereses, sino

---

que son consecuentes al disponer en la inejecución de obligaciones de dinero que pueda probarse todo el daño excedente al previsto por la convención, o por la ley.

Pero no lo podía el derecho francés sin abandonar todo su sistema de indemnización en las obligaciones contractuales. Se imputan al que las viola, las consecuencias de sus hechos, obra de ellos, y no los que se han realizado por la concurrencia de otras concausas, que son hechos fortuitos para el deudor.

La teoría fundamental del Código, se opone, ciertamente, a las interpretaciones de la Corte de Casación, y a la reproducción de las reglas de los Códigos Suizo, Alemán y Francés reformado.

Se oponen otras consideraciones igualmente decisivas.

La ley permite fijar los intereses por convención, y fijarlos, sean compensatarios, sean moratorios.

Esa convención es una cláusula penal. Es obligatoria: constituye la indemnización definitiva. No pueden reclamarse otros daños y perjuicios.

Es contradictorio admitir, como alguno de los Códigos ya mencionados, que la pena es la única satisfacción irreformable, en las obligaciones de toda índole, y establecer lo contrario para las de dinero. ¿En qué consiste la diferencia para tal excepción?

Y cuando no hay pena convenida, la ley, llena el vacío: declara que es el interés moratorio. Y esto, porque el dinero tiene precio corriente: no hay nada que estimar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

por convención posterior a su vencimiento que autorice su acumulación al capital, o cuando liquidada judicialmente la deuda con los intereses fuese el deudor moroso en abonarla.

Es nula cualquier convención en contrario.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 624.

El sistema de los Códigos que venimos estudiando es inferior al que acabamos de proyectar, porque fijan el interés legal en un tipo preciso. El dinero como los otros valores, oscila de precio, y puede ser superior al que los Códigos Suizo, Alemán, Francés, etc., le asignan.

Pero nosotros aconsejamos otra solución: el interés moratorio, es el corriente de la plaza. Por consiguiente, el acreedor no puede afirmar que tiene derecho a mayor indemnización, desde que con ella puede obtener el dinero que no se le entregó. Y si no tiene crédito, no es ese un hecho imputable a su deudor. Este, a su vez, se beneficia con su inejecución: debe pagar lo que le costaría obtenerlo por otro conducto.

La indemnización es, pues, completa, y nada legitimaría abrir la puerta a litigios abusivos, hechos con espíritu de persecución, o vejamen, para arruinar a los débiles, — de esa "chicana" como se dice en la literatura jurídica de los países en cuyos códigos se establecen reglas peligrosas para evitarla, que sin embargo permiten con las que venimos criticando, — litigios de difícil o imposible prueba, y en que no se sabe donde se detendrán las consecuencias

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO IV

De las obligaciones de hacer y de no hacer

Art. 26. — Se reproducen los artículos 625, 626, y 627.

Art. 27. — Se suprime el artículo 628.

Art. 28. — Se reproduce el artículo 629, al cual se agregará en párrafo separado: Si el hecho pudiera ser ejecutado por otro, se observará lo dispuesto por el artículo... (3º título proyectado "De los efectos generales de las obligaciones).

Art. 29. — Se suprime el artículo 630.

Art. 30. — Se suprime el artículo 631.

---

de las consecuencias, si se abandona el principio protector y justo: **solo se deben los intereses.**

Estamos tratando aquí de la obligación, de pagar sumas de dinero. Cuando la convención, además de ella, dispone otras, es claro que su inejecución conduce a otra solución: debe indemnizarse el daño causado por la falta de cumplimiento aunque esta se ligase a un pago en dinero.

Art. 24. — La redacción del artículo 623, es deficiente No porque una convención de capitalización sea posterior, es válida. Debe ser posterior al vencimiento de los intereses que se trata de acumular.

Por lo demás la doctrina del proyectado es la del texto vigente, que si no expresa la nulidad, la presupone.

Arts. 27, 29 y **30.** — Estas supresiones obedecen a contener los artículos decisiones generales para todas las obligaciones, ya dispuestas por otros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 31. — Se reproduce el artículo 632.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 633, al cual se agregará como 2º párrafo el 634.

Art. 33. — Cuando la obligación consistiese en tolerar

Art. 32. — La prohibición de emplear violencia en la persona del que se ha obligado a prestar hechos, general en los Códigos, aunque algunos guardan prudente silencio, resulta de una circunstancia, es decir, de la imposibilidad de obligar a ejecutar hechos personalísimos al que se obstina en la resistencia. Y solo indirectamente se efectuaría la presión, por la imposición de verdaderas penas, sistema inadmisible en el derecho civil respecto de relaciones patrimoniales.

Pero los Códigos callan en cuanto a las obligaciones de no hacer. Son los escritores quienes han extendido a ellas el principio, sin justificar tal aplicación, y como si sintieran lo arbitrario de esas conclusiones.

El principio legal, general y sistemático, es el opuesto. En el ejercicio de los derechos reales, en las servidumbres, por ejemplo, en el usufructo, toda persona debe abstenerse de impedir su ejercicio, el propietario del bien, como los demás.

En las obligaciones que nacen de la vecindad, en la construcción o reparación de muros, en la manera de usar de los bienes, — artículos 2579, 2580, 2615, 2618, 2621, 2627, etcétera, — en la actio finium regundorum, y en cien casos semejantes, la obligación legal de abstenerse, se traduce en el poder de hacerla cumplir por la fuerza, aunque haya que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

actos determinados del acreedor, o el uso de cosas del deudor, podrá exigirse la ejecución forzada aun cuando fuese necesaria la violencia en la persona del obligado.

Se procederá de la misma manera cuando la obligación de no hacer consistiese en la de no comerciar en determinado lugar, o por determinado tiempo, o respecto de determinadas cosas, o en otras abstenciones semejantes.

---

ejercer violencia personal. Y lo mismo en todos los casos de obligaciones patrimoniales en que hay que desapoderar al deudor o desalojarlo de sus bienes o de los ajenos.

Todos los derechos reales y personales, so pena de ser ilusorios, conducen a la represión forzada de los que violan su obligación de abstenerse de impedir su ejercicio.

Sorprende entonces ver que algunos escritores crean que estas obligaciones negativas se rijan por las mismas reglas que las positivas, allí donde todo el sistema jurídico se ajusta a la solución contraria. Y eso explica el embarazo que se advierte en ellos en la exposición del asunto sobre el cual pasan con rapidez significativa.

Si con resistirse una persona queda burlado el derecho de quien lo tiene a su abstención, ya se comprende que no hay estado jurídico posible, y que este no es otra cosa que el de un litigio permanente, para obtener indemnizaciones que hay que justificar a fuerza de pruebas, para llegar a sentencias que no pueden hacerse efectivas con los insolventes.

Y a pesar de todo, los escritores no niegan que puedan hacerse efectivas las obligaciones de no hacer, pues el ins-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO V

De las obligaciones alternativas

Art. 1. — Los artículos 635, 636, y 637, se sustituyen por el siguiente:

---

tinto mismo ya dice que eso es insostenible. Se admite, por ejemplo, que pueda cerrarse el comercio de quien se obligó a no establecerlo en determinado radio; que no pueden venderse artículos de marca propia o ajena, etc. La regla es, pues, la opuesta: pueden hacerse efectivas las obligaciones de no hacer, como las otras. Por eso nuestro Código guarda silencio sobre ellas. Para evitar una falsa interpretación proyectamos el artículo, con prudente reserva. Véase Baudry et Barde, Obligations, I, número 433; — Planiol, II, número 173.

Art. 1. — Artículos 1189, 1190 y 1191, Código Napoleón; 1177|8. Código Italiano; § 262, Código Alemán, del cual, con alguna variante se toma la redacción del primer párrafo del artículo proyectado. Artículos 1131|2, Código Español.

Los artículos 635 y 636, contienen dos definiciones iguales, con diversas palabras, de la obligación alternativa.

El artículo 636, considera como tal la deuda en que la prestación sea ya precisa, quedando librado a futura designación el lugar o tiempo de la entrega.

No hay dificultad alguna en cuanto a la validez de semejante opción, y no solamente no la hay, sino que la cláu-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando se deben varias prestaciones alternativamente, de modo que sola una, o más, de entre ellas deba ser ejecutada, la opción, salvo disposición contraria, corresponde al deudor.

La opción no puede recaer sobre parte de una prestación y parte de otra. La elegida debe ser íntegramente cumplida.

---

sula es de la mayor frecuencia e importancia, y no se limita al lugar y tiempo, sino a muchas otras peculiaridades, de cantidades, por ejemplo.

En el mundo de los negocios los contratos que la contienen constituyen una categoría de tal entidad que hemos creído necesario algo más que una frase incidental y le dedicamos disposiciones especiales.

Pero, si no hay inconveniente, en admitir esas opciones, no por ello la obligación se convierte en alternativa. "Las obligaciones no son alternativas cuando se debe una prestación, cuyas modalidades, son, empero, alternativas". Son semejantes a las alternativas: Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1, § 113" (1). La obligación está fijada definitivamente. La prestación es firme y no disyuntiva. No hay varias, sino una, en la deuda. Cuando se contrata, por ejemplo, la entrega de una cantidad de hierros, de maderas, etc., lo que es una regla casi constante, con la opción de determi-

(1) Planiol, II, número 709 bis, considera que es alternativa la obligación cuando se ha pactado que se abonará en una de varias monedas determinadas de países distintos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — La opción se efectúa por declaración comunicada a la otra parte. Es irrevocable.

---

nar en tal plazo la proporción de piezas de tal medida, espesor, o forma, dentro de los términos estipulados, o cuando se fleta un buque para recibir órdenes en San Vicente, para el Canal o el Mediterráneo, hay opciones que se guían por las reglas de la elección en las alternativas, pero que no están sometidas a las de la concentración que fijan la prestación disyuntiva.

Art. 2. — § 263, Código Alemán, artículo 1133, Código Español.

En el derecho francés predomina, en la doctrina, la opinión de que la opción solo puede efectuarse por la entrega, o la oferta real, de la prestación, si corresponde al deudor, y por la demanda formada contra el deudor, si toca al acreedor. (Demolombe, 26, números 48|9).

Era esa la opinión generalizada de los intérpretes del derecho romano: (Savigny, Obligations, I, § 380; — Windscheid, Pandekten, II, § 255, y nota 9) (1).

Contra ella, se pronunció von Jhering, con una de sus más vivaces demostraciones. Y concluía: "No necesitamos hoy en día ni siquiera la referencia a la L. 25, Lib. 13, título 5, Digesto, que Puchta, si hubiera querido limitarse

(1) Pero este escritor reconoce la obligación de indemnizar los daños negativos causados por la opción comunicada y retractada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La prestación elegida se considera como habiendo sido, desde la constitución de la obligación la única debida.

---

al derecho romano puro, hubiera por lo menos debido citar: Illud aut illud debuit, et constituit, alterum, an vel alterum quod non constituit, solvere possit, quœsitum est. Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutœ rei frangere, para evitar tan extravagante resultado". (von Jhering, en el prospecto de su Jahrbücher für die Dogmatik, tomo I, pág. 31|3).

La opinión de von Jhering, constituye el § 263, Código Alemán.

Ninguno de los motivos que los escritores franceses dan en apoyo de su opinión es fundado. No es cierto que el derecho de elección dependa de la aprobación de la otra parte. Es lo contrario. Tampoco lo es que la diversidad de las prestaciones alternativas constituya una garantía para el acreedor. Solo se le debe una, y esta, a elección del deudor o de la suya. Las demás desaparecen. Mal pueden constituir una seguridad.

Si la elección depende de la voluntad de una parte, no se ve porqué no la puede declarar sin efectuar el pago o sin intentar un proceso, según que se trate del deudor o del acreedor.

Son muy vastos los intereses perjudicados con esas exigencias. Ni se comprende como la manifestación de voluntad basta para constituir las obligaciones, y no basta para completarlas por la opción prevista. ¿Cómo va a proceder el fabricante, el cargador, el comerciante, si después que

La entrega de la prestación importa opción aunque sea parcial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

se le ha dicho lo que se elije, esto es, lo que ha de entregar, se retira la declaración, y se opta por otra prestación? ¿Debe depender del capricho o la ligereza, el efectuar la fabricación, el embarque, la adquisición de los artículos, para efectuar la entrega, y todo esto quedará vano, por un cambio de opinión? Y si es el deudor el que la expresó, los contratos hechos por el acreedor, los preparativos para la recepción, o el transporte, ¿serán imposibilitados o ilusorios, solo porque le pareció mejor a aquel variar de parecer?

Si esa fuera la política de la ley, sería una política insensata. Porque es claro que si las variaciones son posibles y autorizadas, el fabricante no podrá fabricar, el comerciante, adquirir y transportar, el adquirente sub-contratar.

El comercio y la industria modernos no admiten semejantes inconvenientes y peligros, que se traducen en el encarecimiento injustificado de los objetos. La opción no puede depender de demandas y entregas; no puede esperarse hasta el último minuto. Y hecha, debe ser irrevocable.

Por estas razones ha establecido el Código Alemán el principio del artículo proyectado. (Motive, II, sobre el § 208|9 del proyecto, que es el § 263 vigente).

Es su consecuencia, que, hecha, la opción es irrevocable, —salvo estipulación contraria, — lo que resulta de la concentración de la obligación. Se considera que desde el principio no ha existido otra prestación debida. Esta conclusión la admiten los escritores franceses, — no todos, por ejemplo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 3. — Si el deudor a quien compete la opción no la ha verificado hasta la iniciación del procedimiento de eje-

---

Laurent, — pero muchos la limitan al caso de haber sido aceptada la opción, lo que es erróneo. La elección es un derecho que no depende de la aprobación de nadie.

Cuando se dice que la entrega, aún parcial, importa opción se entiende que en toda hipótesis, pertenezca la elección al deudor que la efectúa o al acreedor que la admite, pues no tiene otra explicación posible el recibo y menos el parcial que es siempre voluntario. Todo, sin perjuicio de la repetición si hubo error.

En el sentido propuesto: Planck, Kommentar, II, sobre el § 236, Código Alemán; — Laurent, 17, números 232, y 237; — Giorgi, Obbligazioni, IV, números 430|1; Freitas, artículo 957, número 6º. En diverso sentido, Demolombe, 26, números 48, a 58, 60|3; — Baudry et Barde, Obligations, II, números 1062|3, 1067, y siguientes.

Art. 3. — § 264, Código Alemán, artículo 766, Código Civil, en cuanto a la segunda parte.

La doctrina es unánime en reconocer que el deudor no puede, por su inacción, burlar el derecho del acreedor dejando indecisa la prestación. Por lo mismo que la obligación es alternativa la demanda debe también serlo, y, por consecuencia, la sentencia. Iniciado el procedimiento de cumplimiento de ésta, el derecho pasa el acreedor por la rebeldía del deudor en cumplir lo ordenado, sin perjuicio del pago que todavía puede hacer.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cución forzada, puede el acreedor, a su elección, continuarlo sobre una de las prestaciones. Sin embargo, mientras el acreedor no la ha recibido, en todo, o en parte, puede el deudor liberarse entregando una de las otras prestaciones.

Cuando el acreedor tiene el derecho de elección el deudor puede hacerle intimación judicial para que la efectúe. Si transcurriese el término señalado sin que el acreedor optase, el juez autorizará al deudor para verificarla.

Se ha adoptado la solución alemana que difiere de la que la doctrina francesa prefiere, esto es, el traspaso de la opción al acreedor, en vez de atribuirlo al Juez como la última recomienda, porque el artículo 766 en la segunda hipótesis del artículo proyectado prefiere la primera opinión. o por lo menos autoriza al Juez a transferirla al deudor.

La segunda parte, decimos, se toma de ese artículo pero con una alteración. Es positiva y no facultativa la transferencia, y esto para evitar nuevas dilaciones y gastos a veces considerables. Si el acreedor no ha optado, es indicio de que no es para él de importancia la elección, pues en otro caso no se expondría a perderla. Y si es así, no se ve porque ha de continuar el procedimiento, pues, ni el Juez tiene conocimiento de las cosas para decidir, ni podría, quizá, hacerlo sin informes e investigaciones costosas e inútiles. La solución del § 264, Código Alemán, es preferible. Oportunamente se arreglará la redacción del artículo 766 en virtud del traslado hecho a este sitio de una parte de su disposición.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Si la opción corresponde a varios acreedores, o a varios deudores, o cuando varios herederos les han sucedido, la elección debe ser hecha por unanimidad, y comunicada a todos los interesados por la otra parte. Cuando la unanimidad no se obtenga, se procederá como lo dice el artículo anterior.

Art. 5. — Reproduce el artículo 638.

Art. 6. — Reproduce el artículo 639.

Art. 7. — Reproduce el artículo 640.

Art. 8. — Reproduce el artículo 641.

Art. 9. — Reproduce el artículo 642.

Art. 10. — Se considera alternativa la obligación de en-

Art. 4. — Demolombe, 26, números 43|4 que naturalmente aplica su criterio general de que el Juez puede autorizar a la otra parte a optar, o efectuarlo él. — Planck, II, sobre el § 263, número 4, y Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1, § 43, número 9, que después de enunciado el principio de la unanimidad, ni mencionan que el caso va regido por la regla general de no hacerse la elección, pues queda sobreentendido. Endemann, Lehrbuch, I, § 118, número 2, a), es expreso. — Freitas, artículo 971.

Art. 10. — Argumento del artículo 893. Savigny, Obligations, I, § 38, nota 9; y § 39, B. — Hasenhörl, Oblig., I, § 15; — Unger, System, I, § 50, nota 8; — Freitas artículos 918, 923 y 897; — Endemann, I, § 119, nota 10; — Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1, § 45, II, las considera análogas a las alternativas y regidas por sus reglas.

tregar cosas inciertas, o cantidades de cosas, a tomar de un número o extensión de cosas precisamente determinadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

"Muchos consideran dice, § 11, una deuda de género la de entregar una cantidad de una masa determinada, por ejemplo, del cargamento de un buque una cantidad establecida de mercaderías. Es esto un error, pues un cargamento no es un género".

También lo admite Planck, II, sobre el § 243, número 2, si bien cree que las obligaciones que llama genéricas mixtas, pueden ser, según la interpretación de la convención, obligaciones genéricas. Pero es claro que entonces no son mixtas.

En nuestro país son frecuentes los contratos en que se ajusta la entrega de cierto número de unidades — digamos, cabezas de ganado — a elección del comprador de un número mayor determinado. Y que esta no es obligación de género ya resulta de la circunstancia de que no se trata de cosas que han de ser tomadas de otras solo consideradas por su clase o especie genérica, sino de esas particulares, no sustituíbles por las de igual categoría, de las que fueron previamente examinadas por órdenes del adquirente, que no pueden ser vendidas a tercero, disminuídas por una separación anterior a la elección. No son, pues, cosas indeterminadas, o solo designadas por su especie por restringida que esta se considere. Son cosas identificadas. Lo dudoso es solamente, como en toda alternativa, cuales serán las elegidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — Cuando en cualquier clase de obligaciones, el lugar, tiempo, cantidades, proporciones, u otras modali-

---

Y, todavía, no son obligaciones **in genere** porque según la convención, el comprador elige lo que le conviene, y ya se entiende, lo mejor, porque todas las cosas están en la obligación y porque ninguna está exceptuada. Para eso se le da la elección, y ajusta el precio en consecuencia. En la obligación genérica, es de regla que el acreedor no puede elegir lo mejor: artículo 602, Código Civil.

Por consiguiente, en tales negociaciones no puede recaer duda alguna sobre la interpretación de la estipulación. Y los escritores que como Planck, Enneccerus (I, 2, § 230 y § 241, nota 3), y Staudinger, (II, sobre el § 243, número 4) admiten que de la estipulación se deducirá cual sea el carácter de la obligación que llaman de género limitado, o mixto, si alternativa, o genérica, no vacilarían en la clasificación en el caso de nuestro artículo.

Véase la nota crítica de Windscheid, Pandekten, II, § 255, 17.

Art. 11. — En cuanto al lugar de cumplimiento, artículo 636. Son muchas las alternativas que se acostumbran en las convenciones sobre cumplimiento de la prestación. El que se obliga a entregar el carbón necesario por un tiempo determinado o indeterminado, para una manufactura, concede al acreedor el derecho de exigirle las cantidades que eventualmente necesite, a un precio fijado, o que se ajustará según bases dadas.

dades de la prestación hayan sido alternativamente establecidas, o dependientes de opción, se aplicarán las reglas precedentes sobre el derecho de efectuarla y sus efectos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Una de las más frecuentes estipulaciones es la de venta de productos o mercaderías, en que las formas, dimensiones, u otros detalles, se dejan, en cuanto, por ejemplo, a las diversas proporciones de ellas, a la opción del comprador, y en que hay, o puede haber, un precio base, que se modifica con suplementos convenidos según lo que se elija. Se le llama venta con especificación. "Es, dice Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1, § 45, venta de género, en que el deudor, — el vendedor, — tiene el derecho de individualización; pero la manera como esta ha de realizarse, debe prescribirse por el acreedor, — el comprador. Esto dá al negocio, económicamente, y hasta cierto punto, jurídicamente, parentesco con una obligación alternativa en que corresponde la elección al acreedor".

El artículo comprende los casos de alternativas, y opciones sobre el lugar de cumplimiento, por ejemplo, la designación del puerto de desembarque, la de las monedas de pago, etc., en este caso se aplicarán, además, las reglas de las obligaciones por sumas de dinero.

Ya se entiende que nuestro artículo solo se aplica a la opción. Los demás efectos de la obligación se guían por sus reglas propias. Si es genérica, como en el ejemplo citado de Dernburg, se gobierna en cuanto a riesgos, caso fortuito, etcétera, por las disposiciones de su clase.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO VI

De las obligaciones facultativas

Art. 1. — Se reproducen los artículos 643 y 644. El segundo constituirá un párrafo separado del primero.

Art. 2. — Se suprimen los artículos 645, 649 y 650.

Art. 3. — Se reproducen los artículos 646 y 647. En este se suprime la frase "antes de que ese se haya constituído en mora".

Art. 4. — Se reproduce el artículo 648, agregando des-

Art. 2. — Se suprimen los artículos enunciados, porque está dispuesto por punto general, por el artículo 525, y por el artículo 11, título 1, de este Libro y proyecto, en términos aún más extensos, que los derechos y obligaciones accesorias están subordinados a la existencia de la principal, y que no influyen sobre la de esta.

El artículo 650 contiene además un defecto evidente de redacción que no por serlo deja de constituir un grave inconveniente. Si la nulidad del acto jurídico "proviene de que el objeto de la prestación accesoria" la causa ¿cómo puede haber obligación principal?

Podría, tal vez, pretenderse que, aunque mal redactado, lo que se quiere es establecer una excepción a la regla que el artículo 526 establece. Pero ni eso es admisible, ni es lo que se quiere expresar: que la nulidad de la obligación facultativa no trae la de la principal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

pués de "por culpa del deudor", lo siguiente: "o por su dolo o cuando responde del caso fortuito", y lo demás como está.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 651.

Arts. 3 y 4. — En el artículo 647, se dice que para la liberación del deudor, la pérdida o deterioro del deudor ha de ser sin culpa y acaecidos antes de su mora.

Pero no es ese caso solamente el que trae su responsabilidad. Existe en todos los demás en que el caso fortuito queda a su cargo.

Y lo mismo pasa con el artículo 648. También es responsable el deudor en otros casos que el de culpa, aún dando a esta palabra la acepción genérica que incluye el dolo.

De ahí las modificaciones proyectadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO VII

De las obligaciones divisibles e indivisibles

CAPITULO I

De las obligaciones divisibles

Art. 1. — Se reproducen los artículos 667 a 671.

Art. 2. — Se suprimen los artículos 672 y 673.

Art. 3. — Se sustituyen los artículos 674, 675, 677, 678, 690, 691, 692, 693 y 694, por el siguiente:

Art. 2. — Se suprime el artículo 672, porque es la misma resolución del artículo 636; y el 673, por ser repetición del artículo 742.

Art. 3. — El Código trata en dos títulos de las obligaciones con pluralidad de personas, que el artículo 690, llama mancomunadas. Como se ha observado por varios escritores, la calificación de conjuntas con que se las designa, es equivocada, porque, precisamente, son distintas cuando no hay soïdaridad y la prestación es divisible. Desde que nacen, la ley las separa en tantas obligaciones independientes como acreedores, o deudores, hay. La misma objeción puede hacerse a la palabra mancomunadas que es imprecisa pues solo puede referirse al hecho originario, y no a las obligaciones resultantes. Algunos escritores la usan como el artículo 690. Otros, como Goyena, la hacen sinónimo de solidaridad. El Código Español en el epígrafe de la sección 4ª

La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una prestación divisible, se fracciona en tantos créditos o deudas iguales como acree-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

de su capítulo sobre las diversas especies de obligaciones la emplea por oposición a solidarias.

La pluralidad de personas tiene dos aspectos. De un punto de vista se refiere a la doctrina de la divisibilidad. Desde que es indiferente que la prestación pueda o no fraccionarse, cuando hay un solo acreedor, y un solo deudor, la divisibilidad solo importa cuando hay pluralidad de personas.

Y, a su vez, cuando cada una de ellas pueda exigir por razón del acto constitutivo, o la ley, o estar obligada al todo de la prestación de modo que la deuda o el crédito de uno lo sea de todos, ese nexo hace que la calidad de la prestación como divisible sea indiferente.

Por eso es que el Código, que ha tratado de la pluralidad en el caso de la divisibilidad, y de esa misma pluralidad cuando no hay solidaridad, ha caído en la repetición de las disposiciones de los artículos 674 y siguientes, y 690|8. que conviene unificar. Es lo que proyecta nuestro artículo.

Pero aunque la pluralidad de personas cuando causa la división de la deuda, la fracciona en obligaciones independientes, no por eso hace que estas se conduzcan en toda hipótesis como sino hubieran sido conjuntamente constituídas.

Dos efectos se siguen de este origen:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dores o deudores hay, si el título constitutivo no ha establecido partes desiguales.

Las partes constituyen obligaciones distintas e independientes entre sí. Los deudores no responden de la insolven-

---

1º En el caso de contratos sinalagmáticos con pluralidad de acreedores o deudores, una parte no está obligada a cumplirlos mientras no se efectúen todas las contraprestaciones en que se ha subdividido la estipulada. Así se proyecta en el título de los contratos en general.

2º En el caso de opciones para usar de ciertos derechos: artículos 535, 1387, 1402 y 4, proyectado, del título de las obligaciones alternativas.

Véase Demolombe, 26, números 113|4 y 584 y siguientes. Enneccerus, I, 2, § 311, I.

No consideramos deber repetir todas las disposiciones de los artículos 675, 677, 678, 693, 695, 696 y 697, porque son aplicaciones del principio de la división en deudas independientes. Es claro que la prescripción de una, no causa la de otra. La mora, no se produce sino por razón de cada obligación. El pago hecho por el todo a un acreedor no dispensa de abonar lo que se debe a otro. Todo eso es innecesario decirlo.

Y es inconveniente. Así: el artículo 675 dispone que se puede repetir lo que se ha pagado a un acreedor en exceso de su parte. Sí, si concurren las circunstancias exigidas para ello por los artículos 784 y siguientes. No, si no concurren.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cia de los demás. Los acreedores no tienen derecho sino a su parte en el crédito.

Art. 4. — Se sustituye el artículo 676, por el siguiente:

Cuando alguno de los deudores, o de sus herederos tuviera a su cargo el pago de toda la prestación divisible, en

---

El artículo 693, contiene un error más grave. Dice que el deudor que pagase toda la deuda no quedará subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores.

En la nota se cita, en cuanto a esa parte del artículo, a Aubry y Rau.

En estos escritores la solución es exacta, pero no lo es en nuestro Código. En el francés, cualquier tercero que hace un pago, no queda subrogado al acreedor. Por consiguiente, el pago hecho por el deudor en cuanto a lo que excede su parte, es el pago hecho por un tercero ajeno a la obligación. Aubry y Rau, no hacen sino aplicar el principio de la independencia de las obligaciones divididas.

Pero el Código ha establecido el principio opuesto, artículo 768, nº 3. Y por lo mismo que el deudor es un tercero, ajeno a la deuda de los demás, queda subrogado.

Art. 4. — El artículo 676, exceptúa de las consecuencias de la divisibilidad de la prestación el caso de que se encargue a alguno del pago total. No tiene otro alcance esta comisión. No constituye solidaridad entre los deudores. Pero puede ocurrir, alguna vez, duda sobre el alcance, y conviene declarar que el hecho de atribuir a un deudor o un

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

virtud del acto constitutivo de la obligación, o por haberse determinado así en el testamento, o en la partición de la herencia, no se entenderá, en caso de duda, que existe solidaridad. El acreedor, en tal caso, podrá exigir el cumplimiento total al encargado del pago, sin perjuicio de los derechos de uno y otro respecto de los codeudores o coherederos.

---

acreedor el pago total, engendra solo una indivisibilidad obligatoria para el encargado y nada más. Tampoco debe verse en ese hecho la sustitución de deudor, en caso de duda, sin perjuicio de la validez de ella, si se hubiera ajustado de acuerdo con sus reglas especiales.

La división de la herencia, el testamento del deudor, son **res inter alios acta** para el acreedor y si producen sus efectos en cuanto a la atribución de la carga de abonar la deuda común no por eso dispensan del pago de lo que a cada sucesor corresponda. La demanda del acreedor no debe ser interpretada, entonces, sino como el pedido de lo que se le debe al encargado de hacer el pago por cuenta común. No importa renuncia del crédito, salva la declaración contraria.

Y lo mismo ocurre cuando originariamente se encargó del pago uno de los deudores. Ese encargo no implica exoneración de los demás, por sí solo, porque el hecho de pactar la obligación excluye la idea de liberación. Por eso dice el artículo 676, "respecto de sus codeudores o coherederos".

El artículo 3497, establece la solución proyectada cuando se ha encargado a un **heredero**, por el título constitutivo,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Bajo los mismos supuestos puede atribuirse a uno o varios de los acreedores, o sus herederos, el derecho de exigir la prestación total.

Art. 5. — Se suprimen los artículos 695, 696 y 697. Se traslada aquí el artículo 698, con las siguientes correcciones:

1ª En sustitución de las palabras "simplemente mancomunada", poner, "divisible";

2ª En vez de "le correspondía en la obligación", decir: "le corresponde en ella, si la pena fuese divisible"

---

o uno posterior (testamento, partición, etc.), del pago total de la deuda. Debe ser generalizada para comprender a otros deudores no herederos.

Sobre los diversos casos del artículo proyectado: Demolombe, 26, números 566, 570|5, 583 y siguientes, 606.

Este escritor no habla, en cuanto a los herederos del acreedor, sino del supuesto de que se haya establecido el derecho a favor de uno de ellos por el título constitutivo. Pero no existe dificultad para que por el testamento, o la partición, se adjudique a uno de los herederos el crédito, o se le encargue del cobro por cuenta común.

Art. 5. — Véase artículos 661 y 662. La supresión de los artículos 695, 696 y 697, es consecuencia de lo proyectado en el artículo 3.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO II

De las obligaciones indivisibles

Art. 6. — Se reproducen los artículos 679 y 680. El segundo constituirá un párrafo separado del mismo artículo.

Se reproduce el artículo 683, como tercer párrafo del mismo.

Se suprimen los artículos 681, 682 y 684.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 686, al cual se le agregará en párrafo separado:

Cualquiera de los acreedores puede exigir la consignación de la cosa adeudada, por cuenta común.

Art. 6. — Se suprime el artículo 681 porque es la reproducción total de los dos anteriores. El 682, porque lo es de los artículos 3112 y 3233. El 684, porque no es este el sitio para tratar de las condiciones de existencia de los actos generadores de las obligaciones. Se consideran aquí en sus efectos, como relaciones ya constituídas.

Art. 7. — § 432 Código Alemán. Hemos conservado la regla del Código que permite a cada acreedor exigir el cumplimiento. Facilita la gestión de los intereses de todos ellos, y para el deudor significa también una facilidad de pago. Pero no hay inconveniente en permitir a cada acreedor tomar la medida de conservación de su crédito que el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — Se sustituye el artículo 685, por el siguiente:

La mora de uno de los deudores no constituye en mora a los demás.

Cuando la prestación se hubiera hecho imposible por culpa de uno de los deudores o durante su mora, quedan liberados todos los demás. Tampoco responden por los deterioros causados por el hecho de uno de ellos.

En caso de abstención indivisible, solo responde el autor de la violación del derecho, por las consecuencias de ella.

Art. 9. — La obligación indivisible se considera como divisible cuando se resuelve en la de daños e intereses, o se convierte en una prestación divisible.

---

artículo prevé, tanto, que el Código Alemán la constituye en regla para todo caso de pluralidad de acreedores en la obligación indivisible.

Art. 8. — § § 425 y 431, Código Alemán. Demolombe, 26, nº 597; — Laurent, 17, números 402 y 403. Los deudores en la obligación indivisible son independientes entre sí. La unidad de prestación no constituye solidaridad. El hecho del codeudor es hecho ajeno. Windscheid, Pandekten, III, § 299, nota 8.

Art. 9. — La nota al artículo 686 expresa la regla que constituye el proyectado. Pero las notas no constituyen disposiciones legales. Véase Maynz, § 192, texto y observación 3; Dernburg, Pandette, II, § 24, notas 5 y 8. Demolombe, 26, números 610 y 621.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 10. — Solo por consentimiento de todos los acreedores puede hacerse dación en pago, novación, traspaso de la deuda, o remisión de la obligación indivisible.

Los acreedores que no lo hubiesen prestado conservan su crédito y podrán hacerlo efectivo abonando al deudor o tomando en cuenta la parte que corresponda al acreedor que convino en aquellos actos.

Se sustituye por ese el artículo 687.

Se suprime el artículo 688.

Art. 10. — El artículo 687, solo habla de remisión y quita. Pero es claro que lo mismo debe decidirse para la dación en pago, la novación, y otros actos voluntarios del acreedor que tienen por objeto extinguir la obligación, por modo distinto del pago.

Hay una grave diferencia entre los actos de uno de los acreedores, y los actos de uno de los deudores. Los primeros no deben perjudicar a los demás acreedores, pues, no se han ligado por las relaciones de la solidaridad. En cambio la liberación de todos los deudores es en su beneficio, y solo están sujetos a la acción de regreso que nunca puede ser agravada en daño de ellos. Esta distinción que nuestros artículos 10 y 11, hacen, es clásica. Véase Windscheid, § 299; § 432, Código Alemán. No incluímos la compensación porque no puede ocurrir en nuestro derecho pues no procede en los casos de cuerpo cierto, y fuera de él es más que excepcional: Planck, II, sobre el § 432, nº 3. La confusión se produce fuera de la hipótesis de nuestro artículo: sus efectos no se siguen por consentimiento de codeudores, o co-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — Se aplican a las obligaciones indivisibles las disposiciones relativas a las solidarias, en cuanto no estuviera prevenido en el presente título.

Se suprime el artículo 689, cuyas disposiciones se tratarán en el título de las obligaciones solidarias.

---

acreedores. Queda en consecuencia bajo la aplicación del artículo 11.

En cuanto al segundo párrafo, artículos 1224, Código Napoleón y 1207, Código Italiano. Véase sobre el primero Demolombe, 26, números 618|20. Sobre la novación, artículo 810, Código Civil.

La supresión del artículo 688, resulta de su repetición por el artículo 3996.

Art. 11. — Freitas, artículo 986. § 431, Código Alemán.

Supresión del art. 689. — Este artículo regla, según el 717, las relaciones entre acreedores y deudores, solidarios, o por obligaciones "divisibles o indivisibles" como lo expresa su texto.

Pero en las obligaciones plurales divisibles no solidarias, no hay obligación común. Hay tantas independientes como personas existen en ellas. No hay nada que autorice acciones especiales de regreso. Si alguno ha pagado la cuota ajena, es un tercero, y tiene las acciones generales. Si es acreedor y ha cobrado lo que no le corresponde, será como gestor y también está sometido a las reglas comunes.

Por último, si se trata de obligaciones indivisibles tampoco se ocupa el artículo 689, de la situación respecto del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO VIII

De las obligaciones solidarias.

Art. 1. — Se sustituyen los artículos 699, 700, 702 y 703, por el siguiente:

Es solidaria la obligación cuyo título permite exigir su cumplimiento total, y por una sola vez, a cualquiera de los deudores, o por cualquiera de los acreedores.

---

cuerpo cierto recibido. Se comprende que se hable en la solidaridad de cosas divisibles o indivisibles, y también de lo que los acreedores que las han cobrado hayan de integrar a los demás. Pero el que ha recibido una estatua. ¿qué parte debe entregar? ¿Se queda con ella? ¿Entrega su valor?

Art. 1. — El artículo 699 hace consistir la solidaridad en el hecho de que la totalidad de la prestación pueda ser exigida, en virtud de ella.

Pero hay una doble imprecisión. En la obligación indivisible concurre esa circunstancia, y no es solidaria. Tampoco lo es porque pueda corresponder a varias personas demandar la totalidad del objeto, o lo adeuden cada uno de los deudores, sino cuando hay un **solo** objeto adeudado. Por eso dice el artículo 702, "una sola y misma cosa", y el § 421, Código Alemán: "si varias personas adeudan una prestación de manera que deban efectuarla por entero, y cuyo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La incapacidad de alguno de ellos, no perjudica la validez respecto de los demás.

Tampoco perjudica que la obligación sea simple, a plazo, condicional, o pagadera en lugar diferente, para unos o para otros.

Se suprime el artículo 700.

Art. 2. — Se sustituye el artículo 701, por el siguiente:

La solidaridad no se presume. Debe ser expresa en la

---

acreedor, no pueda, sin embargo, exigirla sino una sola vez". En otro caso la obligación es disyuntiva y no solidaria.

La palabra "título" que el artículo 699, emplea, significa hecho jurídico, generador de obligación. Comprende todo supuesto, contrato, testamento, hecho ilícito, o hecho que, según la ley, crea obligación solidaria. No hay porqué decir, como en el artículo 699, título constitivo o disposición de la ley, y repetir en el artículo 700, que puede nacer del testamento, la sentencia, y la ley. Resultará del testamento cuando el testador lo disponga, de la ley cuando lo diga, de la sentencia, — y esto es muy controvertido, por cuya razón se ha callado enumerarla en el Código Alemán, (Motive, II, sobre el § 321) — cuando las leyes de procedimiento autoricen condenaciones puramente procesales. (Véase Demolombe, 26, números 268|9).

Art. 2. — La modificación rectifica el artículo 701, en cuanto a la declaración de ser solidaria la obligación **in solidum**, por las razones que expone Demolombe, 26, número

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ley. En los actos jurídicos ha de resultar de términos inequívocos que los deudores y los acreedores se vinculan uno por todos, o todos por uno, o de cualquier manera semejante.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 704.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 705, con supresión de las palabras "y resultase insolvente".

---

120. En las obligaciones indivisibles, no solidarias, las partes se obligan **in solidum**, y pueden haberlo declarado así, sin entender, por eso, pactar solidaridad.

El § 427, Código Alemán, declara que "si varias personas se obligan por contrato a efectuar una prestación indivisible, se considera, en caso de duda, que son deudores solidarios".

Pero con eso, y con tratar de las obligaciones indivisibles y las solidarias en el mismo capítulo, no debe inferirse, como lo ha hecho algún anotador, que ese Código ha suprimido las obligaciones indivisibles por considerar que son idénticas a las solidarias. Lo desautoriza el § 342, que establece una grave diferencia entre ellas, y resulta además del propio texto del § 427, puesto que se trata de una interpretación "en caso de duda". Cuando no la hay, la obligación indivisible se guía por sus propias reglas, que el Código Alemán no dá, y deja librada a las generales de los efectos de los contratos.

Art. 4. — Todos los deudores deben en la obligación solidaria el cumplimiento íntegro de la prestación. Por con-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 5. — Se reproduce el artículo 706, con supresión de las palabras "si antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos".

Art. 6. — Se reproduce el artículo 707, al cual se agregará al principio, "La dación en pago".

---

secuencia, reclamado de uno, puede exigirse de otro. Pero el artículo 705 pone como condición "si resultase insolvente" el primero. Esto hace depender de un hecho complejo y de prueba que puede ser laboriosa, y alimenta un incidente en que se refugia la mala fe, lo que es un derecho perfecto del acreedor. Basta que no se haya cumplido con la obligación por efecto de la demanda para justificar la acción contra los demás, si es que se necesita acreditar lo que está en el derecho mismo del acreedor. La legislación universal es unánime sobre la corrección propuesta. Artículos 1204, Código Napoleón; 1190, Código Italiano; 1144, Código Español; § 421, Código Alemán; artículo 144, Código Suizo. Los tres primeros son expresos; los dos últimos no establecen restricción alguna. Va sin decir que el pago total o parcial, produce efectos respecto de todos. Los acreedores y deudores pueden intervenir en las instancias promovidas por, o contra, alguno de ellos, en uso de sus acciones conservatorias, como se ha establecido en la parte general.

Art. 6. — El artículo 707, incluye la confusión entre las causas extintivas del crédito respecto de todos los acreedores o de todos los deudores. Pero el artículo 866 dispone

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

que "solo extingue la obligación correspondiente a ese deudor o acreedor, y no las partes que pertenecen a los otros coacreedores o codeudores".

Esta redacción es deficiente, pero, a juzgar por las notas, lo que se quiere decir es que la solidaridad sobrevive en lo que excede a la parte del deudor o del acreedor en quien se operó la confusión.

Ahora. Una cosa es la extinción de la obligación, y otra la del crédito que en las relaciones internas de acreedores y deudores puede existir por razón de esa extinción.

La antinomia entre los artículos 707 y 866, es completa y debe desaparecer. Contribuye todavía a oscurecer la solución del primero, cierta incongruencia entre el texto y las citas de la nota al artículo 707.

Así: se trata de un artículo en que todos los medios de extinción — con excepción de la transacción, — son considerados produciendo el efecto de causar la de la obligación misma. Y en el último período de la nota, así se repite. Se cita al Código de Chile, que, en efecto, declara que la confusión disuelve la obligación, artículo 1668. Pero ni Goyena, a quien también se cita, artículo 1061, habla de otra cosa que de la "quita o perdón", ni está conforme con la confusión, como lo establece por su artículo 1159; ni menos Freitas, artículo 1194. Tampoco es exacto que Savigny, admita que la confusión extinga la obligación en el todo, pues es expreso en la solución contraria, Obligations, I, § 19, número 14; ni que acepte que la remisión — a menos que provenga de aceptilación, § 18, número 5 — produzca ese re

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

sultado en el **pactum de non petendo,** — ibid. número 6. Por último, para Savigny, en la transacción hay que hacer distinciones, en cuanto se efectúan desembolsos, en cuyo caso se sigue la regla del pago, y en cuanto haya remisión, en que se aplica la que se acaba de referir. § 18, número 7.

Si a esto se agrega la disposición del artículo 866, resulta poco firme la doctrina del Código en materia de confusión aplicada a las obligaciones solidarias; y, además, que la del Código Francés, — artículo 1301 — se ha reproducido por aquella disposición.

Ahora bien. La unión en la misma persona del crédito y la deuda solidaria, produce una verdadera extinción de ellos por imposibilidad orgánica. No se concibe que un deudor se continúe debiendo a sí mismo. Si el acreedor, es, por ejemplo, heredado por uno de los deudores solidarios, no es heredado solamente en la parte de éste en la deuda, es heredado en el todo. Y no es deudor de una parte del crédito. Hay solidaridad: es deudor del todo. La unión es de dos calidades co-extensas. Debe todo, y es acreedor de todo.

Establecer como lo hace el Código Francés, y lo repite nuestro artículo 1866, que solo hay extinción por la parte que se tiene según las relaciones internas entre codeudores, es confundir dos cosas perfectamente distintas. La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en que no existen partes. Se dá al acreedor, o a cada uno de los acreedores, una ventaja: la de que cada obligado debe el todo. Porqué se ha comprometido a ello, es asunto ajeno a la relación creditoria. Son negocios que ni se comunican al acreedor, ni le afectan

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

aunque los conozca. Por eso, exigió la prestación de uno por todos, y de todos por uno.

A su vez, el deudor, frente a sus codeudores, tiene otra clase de relaciones. Derivan de sus contratos o relaciones: hay sociedad, mandato, fianza, liberalidad, servicio amistoso. El deudor tendrá, o no, en virtud de esa situación, una acción de regreso. El acreedor, un reclamo por todo o parte de lo que su coacreedor percibió, o dejó de percibir, o no tendrá ninguno.

Esa faz interna se rige por las reglas de la relación que la engendra. No tienen nada que ver con la de solidaridad.

Si es así, la confusión debe producir su efecto sobre la obligación, y debe producirlo sobre las relaciones interiores

La superposición del crédito y la deuda decidirá la extensión de la anulación recíproca. ¿Es por el todo? Por el todo, es la extinción y en la solidaridad no hay crédito, ni deuda, sino por el todo.

Pero cuando, como lo quieren el Código Francés, nuestro artículo 866 y el § 425 Código Alemán, el deudor sucesor del acreedor, se dirige a sus codeudores, y reclama el todo del crédito a que ha sucedido, menos la parte que tenía en la deuda, podrían replicarle que no puede modificar por su hecho, **en daño de ellos**, sus relaciones. Si pagaba podía cobrarles, no todo el crédito, deducida su parte, sino solamente, a cada uno su cuota respectiva y si ninguna le corresponde, ninguna debe abonar. Y que lo que usa es una acción dividida y no otra cosa, lo dicen el Código Francés, el § 426, Alemán, y el nuestro: "La obligación contraída soli-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

dariamente respecto de los acreedores, se divide entre los deudores, **los cuales entre sí no están obligados sino a su parte y porción''**. Artículo 716. Es el beneficio de división de la Novela 99.

La demostración **literal** de que la unión de la calidad de acreedor y deudor no deja subsistir la solidaridad, deducida la parte que compete a ese deudor, está en el artículo 771 inciso 3º ''La subrogación legal, — por consiguiente la **trasmisión** de los derechos del acreedor, artículo 767, — establecida en provecho de los que han pagado una deuda **a la cual estaban obligados con otros** — por consiguiente **unida la calidad de acreedor con la de deudor — no los autoriza a ejercer los derechos** y acciones del **acreedor** contra sus co-obligados, sino **hasta concurrencia de la parte** por la cual **cada uno de estos** últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda''.

La confusión extingue pues **toda** la solidaridad si es permitido expresarse así; solo deja subsistente la acción de regreso, amparada por la subrogación en los derechos del acreedor, que es la que cabalmente produce la unión de esa calidad con la del deudor.

Y si todavía se recuerdan los motivos que la ley francesa y la nuestra, han tenido para no conceder la subrogación sino despojada de la solidaridad, se comprenderá mejor la fuerza de la demostración del error cometido por ambas legislaciones al adoptar decisiones contradictorias respecto del mismo e idéntico asunto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 7. — Se sustituyen los artículos 709, 710 y 711, por el siguiente:

Si la cosa debida perece por culpa, o durante la mora

Los raciocinios expuestos conducen a la misma conclusión cuando un deudor sucede a uno de varios acreedores solidarios. Véase, sin embargo, § 429, Código Alemán. Este Código adopta, pues, soluciones distintas para la confusión, según se trate de acreedores, o de deudores. Se dá por razón para los primeros que "el deudor puede pagar a su elección a cualquiera de los acreedores. No puede privársele de ese derecho porque él adquiera el crédito de un coacreedor. Está autorizado a prestarse a sí mismo". Planck, II, sobre el § 429, número 5. ¿Y no lo está cuando hay codeudores? ¿Y puede modificar sus relaciones con ellos? § 426, Código Alemán.

Oportunamente será suprimido el artículo 866.

Art. 7. — La nota al artículo 711, explica la solución adoptada por él contra las admitidas por otros códigos. Pero comete un error al decir que siguiendo a Freitas resuelve nuestro artículo lo contrario del Código Francés. Freitas, artículo 1017, número 2, dispone exactamente como el artículo 1025, de ese Código, que reproduce el artículo 1521 del de Chile, y que proyectamos adoptar.

Constituye este punto de la culpa de alguno de los deudores solidarios, uno de los que traduce la profunda anarquía que reina en legislación y en doctrina en esta materia de las obligaciones solidarias o indivisibles.

de alguno de los deudores solidarios, los otros quedan obligados a pagar el precio de ella, pero los daños e intereses no recaerán sino sobre el codeudor culpable o moroso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Hay tres soluciones distintas. La adoptada por nuestro Código que hace responsables a todos los deudores, por las consecuencias de la culpa y la mora de uno de ellos. Es discutido sí, en cuanto a la culpa, viene del derecho romano Ciertamente no, en cuanto a la mora. "Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet". L. 32, § 4, 22, 1, D. "Unicuique sua mora nocet; quod et in duobus reis promittendi observatur". L. 173, § 2, 50 y 17, D. Ninguna legislación la ha adoptado, fuera de la nuestra, y del Código Español, artículo 1147.

Era la de Savigny, Obligations, I, § 18, A; y es vivamente sostenida por Demolombe, 26, número 344, contra el Código Napoleón, y seguida, entre otros numerosos escritores por Laurent, 17, númeo 311, que la ha propuesto por el artículo 1207 de su proyecto de Código. En el mismo sentido Dernburg, Pandette, II, § 73, número 2; Giorgi, Obbligazioni, I, número 148, Maynz, II, § 186.

La del artículo 1205, Código Francés, seguida por numerosos Códigos, y últimamente por el artículo 146, Código Suizo, y el artículo 908, Código Brasileño. Se debe el precio de la cosa, pero no se responde por las pérdidas restantes causadas por la culpa o la mora.

Por fin la del § 425 Código Alemán, que adopta esa solución pero aún más radical. No se debe el precio si-

La mora de uno de los deudores, no produce efectos respecto de los demás.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

quiera. Motive, II, sobre el § 325. Windscheid, II, § 295, nota 13.

Ya se comprende que no vamos a entrar en la cuestión de derecho romano para saber si Dumoulin, lo interpretaba bien al conciliar dos textos por la fórmula que constituye el artículo 1205 Código Francés. La prueba de que este asunto no es tan claro como lo piensan algunos, entre ellos Demolombe, se encuentra en la profunda disidencia que sobre él existe entre los más eminentes romanistas, pues las tres soluciones han nacido de sus conclusiones.

Pero si se pregunta porqué debe responder cada codeudor de la culpa de uno de ellos, todo cuanto se contesta es con una razón de lógica jurídica. Es consecuencia de la solidaridad. Y con eso queda cerrada la discusión. ¿Qué son, se pregunta, los daños y perjuicios extrínsecos, independientemente del precio de la cosa, sino un equivalente de la ejecución de la obligación, cuyo objeto es colocar al acreedor en el mismo estado en que se hallaría si hubiera sido cumplida? Demolombe, número 345. Y nada más.

Pero, Dernburg, que admite la misma opinión, ha contestado a esa observación de lógica deductiva. "Cada uno de los deudores correales se obliga independientemente. De ahí que la responsabilidad recíproca por la culpa del deudor no deriva lógicamente del concepto de la obligación correal. Pero ella corresponde, sin embargo, a los intereses del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — Se reproduce el artículo 712.

Art. 9. — Se suprimen el artículo 713 y el 714.

Se reproduce el artículo 715.

---

comercio y por ello a la normal intención de las partes contrayentes". Pandette, II, § 73, número 2.

Y la observación de Dernburg es exacta. (Windscheid. Pandekten, II, § 295, nota 13. Van Wetter, Obligations, I, § 52, III).

Cuando cada uno de los deudores constituye una obligación solidaria, por sí, esa vinculación solo implica la existencia de una relación ordinaria. Está obligado a prestar, como si estuviera solo en ella, lo que se ha comprometido a entregar. Si se pide a otro y no paga, su obligación siempre existe. La solidaridad entre acreedor y deudor es como cualquier otra relación de crédito. No hay absolutamente diferencia alguna. La obligación de él no depende de la de otro. Por eso decía Dernburg, y decía bien, que cada uno de los deudores correales se obliga independientemente.

La constante observación de los escritores franceses, que la nota al artículo 711, presenta como un axioma definitivo, de que los codeudores son mutuos mandatarios y representantes unos de otros, y todavía, la de que son garantes unos de otros, es una construcción jurídica y nada más. Es deducida de la circunstancia de que cada deudor tiene una acción de regreso en virtud de las convenciones o relaciones jurídicas existentes entre ellos. Pero estas relaciones no se refieren al acreedor. Aunque no existan, aunque no

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

haya acción de reintegro, cada uno le debe lo que ha prometido entregar.

Agregamos que esa construcción es falsa. Porque, ¿cómo han de ser representantes y mandatarios recíprocos, si "alterius mora alteri non nocet"? ¿Cómo han de serlo, si "Unicuique sua mora nocet"?

Lo singular es que cuando se trata de explicar como es que no hay mora extendida a todos por la mora de uno, esos mismísimos escritores que pretenden que la culpa determina responsabilidades comunes, porque **eso deriva de la esencia misma** de la solidaridad, cuando se trata de la mora, dicen: "Sin embargo, los daños e intereses que pueden ser debidos por consecuencia de la mora de uno de los deudores **no incumben** sino al culpable porque **la correalidad** exige **necesariamente** identidad de la prestación debida, y los daños e intereses debidos por consecuencia de la mora **son algo fuera de la prestación originaria**". (Maynz, Obligations, § 186).

Hay, pues, inconsecuencia. La solidaridad responsabiliza cuando hay culpa, porque es solidaridad. No responsabiliza cuando hay mora, porque es solidaridad. Pero ¿hay mora sin culpa...?

La premisa de que Demolombe deriva su único argumento, es, pues, inexacta. Dernburg, Windscheid, tienen razón. La solidaridad establece obligaciones independientes para cada deudor.

Si es así, desaparece, por la fuerza de las cosas la razón de orden lógico. Solo debemos considerar otras. Las de or-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

den general sobre la responsabilidad. Las de orden económico.

El caso fortuito, libera. La culpa determina responsabilidad. Libera el caso fortuito, porque lo es, queremos decir, porque no hay fundamento para una imputabilidad. La culpa obliga a indemnizar, porque ella es la causa generadora del daño. Pudo evitarse, y no se evitó. Es, por consiguiente, imperiosa la conclusión: responde por el daño, el autor de él, el culpable.

Con solidaridad y sin solidaridad. Porque exigir a un codeudor que pague el daño causado por otro, no es consecuencia de la culpa, que solo responsabiliza al culpable, y no lo es de la solidaridad, porque su deuda es independiente de la del codeudor, en relación del acreedor. Y del acreedor se trata.

Las soluciones del derecho francés, y del derecho alemán coinciden: no se incurre en la responsabilidad por la culpa ajena.

Donde disienten es sobre la conducta a seguir con la prestación normal. El Código Alemán deja dentro del principio la cosa debida. Se ha destruído por culpa de uno. Para los demás el hecho de este, es ajeno. Es, por consecuencia, un hecho fortuito para ellos. Los ha librado de la obligación de cumplimiento ahora imposible. (Motive, II, sobre el § 325).

El Código Francés, siguiendo la interpretación de Dumoulin y Pothier, distingue. ¿Se trata de la prestación de-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bida?. Se abonará el precio. ¿Se trata de otros daños causados por la culpa? Los pagará el culpable solamente.

Entre estos dos conceptos hay que optar. Pero imponer como lo quiere nuestro Código, que las consecuencias de la culpa recaigan sobre los que no han incurrido en ella, es una conclusión que contradice los fundamentos mismos de la responsabilidad y de la justicia.

Y aquí interviene una consideración económica, que es al mismo tiempo, una razón de justicia.

El acreedor tiene varios deudores. Todos le deben la prestación. Orgánica, económicamente, esto significa que varios se han comprometido a ella.

Se destruye la cosa debida por hecho imputable a un deudor. Los autores del Código Alemán, dicen: el hecho de ese codeudor, es un hecho fortuito para los demás. Debe, entonces, aplicarse la regla general. Quedan liberados por la pérdida del objeto de la obligación causada por hecho no imputable.

Y agregan: "Y especialmente no exige el objeto práctico de la obligación solidaria, una desviación del principio:... Según el code civil — artículo 1205, — (proyecto de Hesse, artículo 240) se responsabilizan todos los codeudores por la culpa de uno, sin embargo, limitada a la **vera rei æstimatio.** También para una responsabilidad limitada falta el fundamento en el ser o en el objeto de la solidaridad". (Motive, II, sobre el § 325).

Pero, nos parece, que vuelven aquí a predominar los fundamentos deductivos de un principio, y el derecho no es

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

una ciencia especulativa, sino experimental. Tiene por objeto el gobierno de hombres e intereses.

Y el principio a que nos referimos no es el de la solidaridad. Es el de que la obligación se extingue cuando hay caso fortuito.

Cuando media un acreedor y un deudor y la cosa debida perece sin culpa de éste, no puede subsistir el vínculo obligatorio, porque se trata de un acontecimiento que no se pudo evitar, y tan fortuito es para el acreedor como para el deudor. ¿Qué vá a pedir el primero, si no existe lo debido? ¿Una indemnización, y por qué? Ha sido un hecho que le hiere, como ha herido al deudor que también experimenta pérdida, por ejemplo, del precio de venta que no recibirá.

Si al contrario media negligencia, o ánimo de perjudicar, la obligación subsiste, **porque el hecho no fué fortuito.** El acreedor conserva su derecho.

En la obligación solidaria hay varios deudores, y, lo hemos dicho ya, deudores independientes. Uno es culpable de la pérdida. Es caso fortuito para los demás, se nos dice. Sí, en el único sentido que esto puede tener, en que es hecho ajeno. Pero hay otra persona en la obligación: el acreedor. Para él no es fortuito ese hecho. Porque no fueron fuerzas naturales inevitables, o circunstancias de imposible previsión, las que determinaron la pérdida. El hecho, por sí mismo, no es fortuito. Se nos ha dicho por los mismos autores de la tesis que venimos examinando — Motive, II, sobre el § 321|2, pág. 155 — que "El objeto práctico y económico

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

de las obligaciones conjuntas, consiste ciertamente, en su esencia, en proporcionar al acreedor la ventaja de una mayor seguridad, y una más fácil y cómoda ejecución de su derecho, y esto vale también para la simple solidaridad. Debe, pues. darse al acreedor conjunto en la solidaridad pasiva, por el significado económico categórico envuelto en ella, la posibilidad de exigir el todo o parte, según lo crea más oportuno para su satisfacción en vista de la solvencia o exigibilidad, de todos sus deudores o solo de uno de ellos, y también de modificar su elección, y continuar de esa manera la ejecución hasta la completa satisfacción del crédito".

En la solidaridad hay, pues, no solamente, una obligación independiente de varios, sino también una relación económica constituída para asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito. Esa seguridad de orden económico, llevaba a Dernburg, según lo hemos visto, a la responsabilidad de la culpa para todos los deudores, aunque reconocía que no derivaba de la naturaleza jurídica de la solidaridad.

Ahora. Cuando el acreedor exige el pago se le contesta con que no hay obligación ninguna porque la cosa ha sido destruída por el hecho de uno. Bien está, podría contestar No pretendo responsabilizar a todos por la culpa de uno. Pero no se invoca la pérdida sino para excusar el cumplimiento mismo de la obligación en sus términos normales. Se pretenden ustedes liberados, pero ¿por qué? ¿Por caso fortuito? ¿Lo es acaso el hecho culpable? No es un hecho fatal ni inevitable. La liberación no puede resultar por consiguiente de él, desde que tengo la **seguridad económica** que impli-

Art. 10. — Se suprime el artículo 716. (Véase artículo 15).

---

ca la solidaridad pasiva, de que será satisfecho mi crédito hasta su cumplimiento total.

Nos parece que el artículo 1205 Código Francés, cuando declara subsistente la obligación normal, y no extensiva a las consecuencias de la culpa y la mora, y el artículo 146 Código Suizo, Obligaciones, cuando resuelve que "uno de los deudores no puede agravar por su hecho personal la posición de los otros", (quedando subsistente siempre la obligación directa, en caso de pérdida por culpa — Rossel, Obligations, pág. 187) —, interpretan más exactamente la relación jurídica y económica de la solidaridad pasiva. Salvan, creemos, de las consecuencias inicuas que los juristas deducen de las construcciones más o menos exactas que establecen como puntos de partida en asuntos que desde hace siglos vienen anarquizando las opiniones. Y si bien se mira, las distinciones de Dumoulin podrán prestarse a observaciones de orden interpretativo de los textos romanos, pero son las más exactas ante las exigencias de los contradictorios intereses que están en juego.

Véase Van Wetter, Obligations, I, § 52, III; Molitor, Obligations, II, números 1176|7, que desarrollan las conclusiones de Mühlenbruch. Si se ha de juzgar por el artículo 133 del proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones, predomina en sus autores una opinión contraria a la de los artículos 1205, Código Napoleón y 1191 Código Italiano, al proponer la solución del alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — La mora de uno de los acreedores solidarios, produce también sus efectos respecto de los demás y a favor de todos los deudores.

Art. 12. — En sustitución del artículo 708:

El acreedor que hubiera cobrado todo o parte de la deuda, o hecho remisión o novación, o aceptado la asunción de ella por otro deudor, o por alguno de los solidarios, con liberación de los demás, o la hubiese extinguido por compensación, queda obligado a abonar la parte que corresponda a cada uno de los acreedores restantes, según el título constitutivo. En caso de duda se reputa que las partes son iguales.

En caso de confusión se procederá de igual manera.

Art. 13. — Cuando uno de los acreedores solidarios, o

Art. 11. — § § 424 y 429, Código Alemán, y sobre ellos, Planck, II, y Saleilles en su nota a la traducción de ese código.

Art. 12. — Es manifiesto que el artículo 708 es incompleto desde que, según el anterior, la novación (y la dación en pago, según el proyecto) la compensación, y la confusión extinguen la obligación. Por lo mismo que ha dispuesto del crédito, compensado, o sucedido a los derechos del deudor, debe a los demás su parte, como en el previsto caso del artículo 708: el de remisión.

Art. 13. — Este artículo salva una deficiencia de redacción y de solución, de los artículos 689 y 717.

de una obligación indivisible, hubiera recibido la prestación de un cuerpo cierto, lo detentará o poseerá por cuenta común de todos los acreedores, según el carácter del derecho adquirido.

Art. 14. — La sentencia dictada en juicio seguido por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 14. — Es este otro de los puntos en que reina la más profunda anarquía en legislación y en doctrina, tan profunda como en la responsabilidad por la culpa. Las legislaciones más recientes, divergen con tanta distancia que no puede deducirse de ellas antecedente firme alguno.

Así: los § 425 y 429, Código Alemán, establecen que en ninguna hipótesis puede extenderse la cosa juzgada, ni en favor, ni en contra, de los deudores o acreedores que estuvieron fuera del litigio.

En cambio las comisiones francesa e italiana que han elaborado el proyecto de Código de las Obligaciones, en su última redación (Noviembre de 1926) disponen, artículo 143, que la sentencia dictada contra un deudor no produce efecto para los demás, y que, a la inversa, la absolutoria puede ser invocada por los otros, a menos, como todos lo admiten en las opiniones más disidentes, que se trate de causas puramente personales.

Pero, artículo 149, la sentencia condenatoria obtenida contra el deudor común, beneficia a los otros acreedores. La absolutoria obtenida por ese deudor perjudica a todos los acreedores.

el acreedor con uno de los deudores solidarios, no produce efectos contra los demás, pero puede ser invocada por es-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Y si se consulta a los más acreditados escritores poco se adelanta. Entre los romanistas prevalece la opinión de que la sentencia absolutoria aprovecha a todos los deudores, contra todos los acreedores. No dicen cual es el valor de la sentencia en el caso contrario, con excepción de Savigny. (Windscheid, Pandekten, II § 295; — Molitor, Obligations, II, número 1179, B; — Maynz, II, § 186 y § 298; — Van Wetter, Obligations, I, § 52, número 7º).

Savigny, en cambio, es categórico: el juicio de absolución puede invocarse por todos los deudores, contra todos los acreedores. El de condenación no puede ser invocado por estos, contra los codeudores no litigantes. Obligations, I, § 19, número 10.

Los escritores modernos se dispersan en tres opiniones bien distintas. No hay cosa juzgada, en caso alguno: Laurent, 17, números 271 y 20, números 120 y 121. Hay cosa juzgada, a favor, y en contra, de todos: Merlin, Questions de droit, Chose jugée, § 18, números 1 y 2; Toullier, X, números 202 y 204; Demolombe, 26, números 191 y 374; Giorgi, Obbligazioni, I, números 107 y 175. — No hay cosa juzgada que pueda oponerse a los acreedores o deudores que no intervinieron en el juicio pero pueden invocarla a su favor: Aubry et Rau, IV, § 298, bis, y § 298, ter, — Massé et Vergé, Zachariæ, III, § 527, nota 11, y § 528, nota 6, — Mourlon, II, número 1630.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tos, a menos que se fundara en una causa personal al deudor litigante.

Semejante dispersión de ideas demuestra que es necesaria una decisión legal para evitar los graves litigios a que el silencio del Código dá lugar.

Si se pregunta a Merlin y a Demolombe, porqué la sentencia dictada en el pleito seguido por un acreedor contra uno de los deudores, constituye cosa juzgada para todos los acreedores y todos los deudores que no intervinieron en él, sin distinción de absolución y de condenación, contestarán que los acreedores y los deudores son representantes unos de otros, y por consiguiente los litigantes obraron tanto por su cuenta, como por la de los representados.

No está declarada en parte alguna del Código Francés esa representación. Al contrario. Pero se la presupone como envuelta en sus disposiciones. Es una construcción jurídica.

También en algunas notas de nuestro Código se invoca esa doctrina. Pero tampoco está establecida en disposición alguna. Al contrario. Es una opinión: se reproduce, sin hacerlo objeto directo de examen, un concepto generalizado entre los escritores franceses.

Pero sí, otra vez, se pregunta a Merlin, porqué son representantes uno de otros los acreedores y los deudores solidarios, nos dirá, discutiendo la opinión de Favre, que el artículo 1026 y el 2249 Código Napoleón así lo imponen necesariamente desde que la interrupción de la prescripción resulta de los actos del acreedor frente a uno de los deudores,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La sentencia dictada en juicio seguido por uno de varios acreedores con el deudor, no produce efectos contra

---

con efecto respecto de todos los demás, acreedores y deudores. (Merlin: Questions de droit, Vº Chose jugée, § XVIII, número 11).

Mala razón es esa. Porque no es un efecto de la representación de todos los deudores, en el interpelado o demandado. Es el efecto de otra cosa, ajena a los deudores. La prescripción se opera por la inacción del acreedor. Cuando este procede antes de haberse efectuado, cuando usa de su derecho de acreedor, que es por el todo de la prestación, y lo reclama de quien se la debe ¿cómo vá a decirse que ha estado inactivo? Y si no lo ha estado, ¿de dónde resulta la prescripción? Por último, si la obligación total ha sido reclamada, ¿por qué estaría extinguida con unos y viva con otros? Es lo que era.

Pero Merlin, no advierte que si los deudores se representan recíprocamente, el Código, lo desautoriza a cada paso. Él lo repite: el deudor no puede invocar las excepciones personales de los demás deudores. La compensación, — en derecho francés, artículo 1294, Código Napoleón — de lo que el acreedor debe a un codeudor, no puede ser opuesta por el demandado. La confusión, tampoco — artículo 1301, Código Napoleón. La mora no produce sus efectos respecto de los demás codeudores, — artículo 1205. Tampoco la suspensión de la prescripción, por lo menos en la opinión que prevalece: la disidencia de Demolombe no ha encontrado adhesiones. (Véase además, nuestro artículo 3981, y su nota,

los otros, pero puede ser invocada por ellos a menos que se fundara en una causa personal al acreedor litigante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

y el artículo 853). Es cierto que según el Código Napoleón la demanda hace correr los intereses contra todos y a beneficio de todos, pero es unánime la opinión de que es una aberración de la ley, que no puede explicarse sino por razones ajenas al sistema.

Pero ¿qué representación es esa que no permite defender al **representado** con los medios personales de este, que no permite compensar con lo que se le debe, que no autoriza a oponer la confusión, la suspensión de la prescripción, que no causa mora?; ¿no se nos estaba diciendo que el representado estaba comprendido en todo pleito seguido con un coacreedor, o un codeudor? De modo que hay representación para la sentencia, ¿y no la hay para la defensa?

No. En la solidaridad hay otra cosa muy distinta que no es la representación. Esta construcción descansa en un análisis erróneo de la relación.

Nadie niega hoy que los romanos no conocían esa idea de la representación. Y sin embargo, toda la organización de la solidaridad ha llegado hasta nosotros, de ellos, y el análisis de la institución no ha sido superado, ni siquiera sustituído, desde que lo fijaron en líneas no alteradas por los modernos. Ya esa simple observación constituye una grave objeción contra la teoría de la representación. ¡Cosa extraña! Los que han hecho la solidaridad, tal como la tenemos en los Códigos modernos, no saben nada del mandato que se dice constituye la esencia de ella.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

¿De dónde sale esta idea de representación? Los autores del Código Alemán la han desalojado totalmente de su concepto. No hay un solo aspecto de la solidaridad activa o pasiva que presuponga la representación, dicen. (Véase, Motive, II, título 5º, página 153 y siguientes). Y esto lo aplican a todas las situaciones. Un acreedor puede demandar el pago. Los demás pueden también hacerlo: no hay derecho de prevención, ni aún en juicio. Cada uno, no obstante los actos de los demás, posee íntegro el derecho de exigir el pago. La demanda no causa mora en favor de los otros acreedores contra los demás deudores, "presunto, dicen los Motivos, (página 160), como de sí se sobreentiende, que el acreedor o el deudor en la interpelación o el anuncio, o la oferta, no haya obrado al mismo tiempo en nombre y representación de los otros acreedores o deudores solidarios".

Y esto que el Código Alemán lleva a todas las consecuencias posibles no lo consideran sus autores una doctrina nueva. No. Declaran expresamente que es el derecho común, esto es, el Derecho Romano.

Hay que conceder, por lo menos, que no es evidente este principio de la representación.

Pero ¿de dónde sale?

La solidaridad, activa, o pasiva, constituye una obligación con unidad de prestación y pluralidad de personas. Cada una puede exigirla por el todo, o a cada una puede serle reclamada por el todo. Porque cada deudor se obligó por sí, debe la prestación. Es su deuda y no por cuenta de otros. Lo es por la suya. ¿Paga un deudor, nova, compensa? La

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

obligación se extinguió, porque solo se debe una vez la prestación. ¿No pagó otro deudor? La obligación existe: cada deudor la debe.

¿Dónde está la representación en tal situación? No lo está en la relación. Cada uno debe **personalmente** lo adeudado. Sus hechos no resultan explicados, — queremos decir condicionados, — en la obligación. Será cualquiera su razón, su móvil, al contraerla: siempre es verdad que es directo deudor. ¿Decís que los deudores confieren mandatos a los demás para pagar? Lo contrario puede ser verdad. El que, como suele decirse entre nosotros, presta su firma, ¿acepta el mandato de su codeudor de pagar por él? Lo opuesto es lo verdadero: vá presupuesto que este no lo colocará en el caso de pagar lo ajeno. ¿Estará el mandato frente al acreedor, al asumir la obligación? Pero el acreedor no lo ha obligado por cuenta, o en representación de nadie. No ha tratado con un mismo deudor, directo y representado. Ni sabe, ni le interesa saber la razón de ser de la conducta de cada uno. Exige dos deudores, directos, personales. Cada uno le debe la misma prestación **aunque esté el otro insolvente.** Y esto no es representación: es lo opuesto: el mandatario no paga lo que su mandante adeuda. Esto es seguridad, total, plena, directa. Esto es solidaridad.

Con razón decía Windscheid, que en ella, en la relación misma, no existe, ni se toman para nada en cuenta las conexiones de los deudores, o los acreedores, entre sí. Sean las que fueran, no influyen en los derechos constituídos por la obligación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La idea de la representación no es, pues, coexistente con la de solidaridad. Por eso no la conocían los romanos. Por eso no la toman en cuenta las legislaciones recientes. En ella existen relaciones directas: hay acreedores, y hay deudores, cada uno por su derecho, y cada uno por su responsabilidad.

La explicación de la representación es espúrea: ha nacido entre algunos romanistas del siglo XVII, en Francia, y los modernos la han adoptado, sin análisis, porque la han creído cómoda para explicar algunas cosas. No todas, ciertamente.

Pero ¿si hay representación hasta dónde vá? Y aquí los mismos escritores que la admiten, se dividen y la entienden con la más exagerada contradicción. Unos, como Laurent, afirman que la representación existe para pagar, no para litigar. Otros como Demolombe, consideran que no tiene límite. Hay representación hasta donde ésta pueda producir efectos.

Así, — y reanudamos la refutación detenida en las razones expuestas por Merlin — dice Demolombe, cada acreedor tiene derecho para reclamar el pago del deudor. Y si lo tiene, no es para quedar paralizado ante la inacción de éste. Es para hacer efectivo el crédito en justicia, para realizar los bienes del deudor. Y si no alcanzan, en los de los codeudores. Por eso la sentencia dictada contra el primero, es sentencia dictada para los últimos.

¡Cómo! Habéis consentido en abonar una deuda, por el todo, aunque hay otro deudor. Parecería que esto quiere

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

decir que el acreedor puede demandaros la prestación. En vez de eso, la demanda a otro; no os pide nada. ¿Y por qué consentísteis en la deuda, habéis admitido que llegado el caso, desaparecéis como deudor, quedáis absorbido por la personalidad jurídica de otro, y que vuestro patrimonio, no os pertenece ya, y no podéis defenderlo en justicia, con vuestras pruebas, con vuestras objeciones? Podríais compensar, alegar la confusión: no se os oye. ¿De modo que eso es constituirse en deudor directo? No es necesaria demanda, — aunque lo contrario es lo que resulta de una obligación: derecho de exigir una prestación. No es necesaria audiencia, prueba, sentencia. Habéis consentido, según Demolombe, en una deuda y por eso sois un apéndice inerte de otro obligado. Lo vuestro es suyo, aunque él solo era el interesado y vos un deudor que se comprometió para "hacerle el favor" de que habla la nota al artículo 708.

Pues bien, no. Demolombe, se ha olvidado de dar la razón de su conclusión. Porque del hecho de que cada deudor pueda ser demandado por el pago, solo puede deducirse una conclusión, y es la del Código Alemán, la de Laurent, la de Savigny: hay que demandar... a cada deudor (1). Y si hay alguna otra razón para proceder como lo quiere aquel escritor, debe exponerse, porque de la alegada resulta precisamente lo contrario de lo que se quiere demostrar.

(1) Véase, artículo 705.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Podríamos, y quizá debiéramos, continuar esta refutación en otros supuestos. Pero nos parece que hemos excedido ya la extensión que una nota consiente. En el derecho moderno, como en el romano, es inadmisible la conexión, la sinonimia, entre solidaridad y representación. Es arbitraria. Las deudas son independientes. La acción de regreso, no es la solidaridad. Al contrario: existe, cuando ella ha desaparecido.

Nuestra conclusión es la de la regla fundamental de la cosa juzgada. Mejor dicho, del derecho primordial en que se funda: la inviolabilidad de la libre defensa de la persona y bienes en juicio. Por eso disentimos de la fórmula de Savigny, y de la comisión franco-italiana en su proyecto de Código de las Obligaciones.

La sentencia nunca produce efectos contra las personas que no fueron parte en el juicio.

Pero puede y debe tenerlos a su favor.

Porque cuando un acreedor, de varios, ha obtenido sentencia condenatoria del deudor, o cuando uno de varios deudores la ha obtenido absolutoria del único acreedor, y aunque no sea absolutoria, cuando la sentencia ha fijado un importe como adeudado, ¿cuál puede ser el motivo para impedir que se invoque la cosa juzgada por el deudor o por el acreedor?

Si hemos resuelto que la sentencia no produce efectos contra el que no fué parte en el litigio, es, porque su derecho de libre defensa le permite recusar su autoridad. Pero cuando el único que podría hablar de falta de audiencia, se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

apoya en la sentencia ¿qué razón hay para que la parte opuesta objete la cosa juzgada con él, con su audiencia, oídas sus excepciones, examinada su prueba, seguidas todas las instancias a que recurrió? ¿Qué vá a alegar que no alegó, qué vá a probar que no probó?

La cosa juzgada existe desde que se ha defendido el que litiga. Interesa a la paz pública, dar fin a los litigios; a la autoridad del Estado, que la de los jueces no sea contradicha por otros jueces. ¿Por qué se reabriría el mismo pleito, por la misma persona, contra otra, por la misma acción, y la misma causa?

Es penoso oír a grandes jurisconsultos desestimar estas fundamentales diferencias, entre el pleito en que una parte no se ha defendido, a quien se le opone la sentencia obtenida con otro, y la situación de quien fué condenado en litigio en que se defendió. Entre la sentencia en que hubo audiencia, y la que se ha dictado sin ella, existe un abismo, que no se llena con la observación irónica de que no se comprende una representación que existe cuando se ganan los pleitos, y no existe cuando se pierden. La ironía solo sirve para revelar la petición de principio del argumento.

Y en nuestro Código, se comprendería menos.

La transacción no puede ser opuesta, — artículo 853, — a los acreedores o los deudores que no la pactaron, pero pueden invocarla. Y es justicia. Porque en el primer caso, su falta de consentimiento es razón sobrada para recusarla, y, en el segundo, solo piden el cumplimiento de lo ajustado,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 15. — En sustitución de los artículos 689, 716 y 717:

Los deudores solidarios, y los de obligación indivisible,

---

precisamente, para extender sus efectos a todos los interesados.

La fianza se rige por la misma regla: artículos 2020 y 2023.

La sentencia que el usufructuario, — artículo 2877 — ha obtenido, tanto en juicio posesorio, como en el petitorio, puede ser invocada por el nudo propietario, pero la contraria al usufructuario, no perjudica al dueño no litigante.

La resolución a favor de uno de varios dueños de la heredad dominante, — artículo 3035, — aprovecha a los otros. No les perjudica cuando no fueron oídos.

Es, pues, la regla de nuestro proyectado artículo, la general del Código.

Art. 15. — Más adelante se resolverá que, en caso de asunción de deuda ajena, — que no extingue la obligación, — procede la acción de regreso y la subrogatoria de los derechos del acreedor, contra el deudor liberado. La acción de regreso se dá en todos los casos, novación, dación en pago, compensación, confusión, pago, dentro del doble límite de la obligación, que no puede ser excedido en los casos que no son de pago, y del valor realmente desembolsado o invertido para la liberación: artículo 771, número 1.

Cuando la remisión es gratuita, no procede. Cuando es onerosa, la acción se dá en la medida de la prestación efec-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

en sus relaciones recíprocas están obligados por partes iguales, a menos que resultase otra cosa del título constitutivo. El que ha desinteresado al acreedor, o en quien se ha operado la confusión, tiene acción para exigir de los demás la contribución de su parte. La de los insolventes, se divide entre los demás deudores originarios, incluyendo a los exonerados de la solidaridad o de la obligación, o de su parte en la deuda, por el acreedor.

Se exceptúa de la acción de regreso la extinción del crédito por remisión gratuita.

NOTA. — Se suprime todo el título "Del reconocimiento de las obligaciones": artículos 718|723.

Se trata de aplicaciones de reglas ya establecidas. Los actos jurídicos de que se trata — artículo 719 — son declaraciones de voluntad, y no se necesita repetir — artículos 718, 719 y 720 — que producen sus efectos propuestos, ni que — artículo 720 — pueden ser expresas y tácitas.

Por lo demás, son inexactas las soluciones de los artículos 722 y 723, y si se establecieran las necesarias distincio-

---

tiva, porque no es, propiamente, sino un pago, una dación en pago, etc. Véase Zachariæ, 3, § 569, nota 12. El artículo 881 cita ese párrafo de Zachariæ, en la nota, lo que probaría que la redacción de él es excesiva, porque el pago dá lugar a la acción de regreso, y la remisión, no. Planck, sobre el § 426, número 4.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

nes, en cuanto se refiriesen a los reconocimientos causales, no se haría sino repetir las reglas generales de interpretación de los actos jurídicos, y de prueba.

Demolombe ha demostrado la grave deficiencia de las disposiciones del Código Francés que inspiran nuestros artículos 722 y 723, — tomo 29, números 704 y siguientes, — y tanto él como Aubry et Rau, — 8º § 760 bis — explican que aunque no contenga el instrumento las declaraciones exigidas por el artículo 722, tienen el valor de confesiones. Han demostrado también que pueden agravar la obligación cuando hay novación, lo que es obvio — "si no hubiese una nueva y lícita causa de deber" dice el artículo 723 — y podríamos agregar, cuando hay transacción, rectificación de saldos, o errores, confirmación de actos anteriores, etcétera. Con todo eso se vuelve a los principios generales.

Tales como están los artículos, son inútiles, por demasiado generales. Baste recordar los artículos 501 y 502.

Pero todo eso es relativo a los reconocimientos causales, únicos de que se ocupa el Código.

Hay, sin embargo, en el derecho moderno, toda una institución, la de las obligaciones abstractas, que, precisamente, son creadas para ser independientes del acto causal. El que firma un pagaré queda obligado por él de tal manera que cualquiera que fuese el vicio causal no podría oponerse a terceros sucesores del acreedor, y, cabalmente, perdería el carácter de obligación abstracta, sí, sea al constituirla, sea al reconocerla, se explicase en el instrumento lo que el artículo 722 exige, y se dieran las consecuencias que deduce el artículo 723.

En un título posterior tratamos de esta clase de obligaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

SECCION I

SEGUNDA PARTE

Extinción de las obligaciones

TITULO IX

Del pago

Art. 1. — Se suprime el artículo 724.

Art. 2. — Se sustituye el artículo 725, por el siguiente:

La obligación se extingue por el cumplimiento de la prestación debida.

Art. 3. — Puede hacer el pago el deudor capaz de administrar sus bienes, y toda persona que tenga interés en el cumplimiento de la obligación.

Art. 4. — También puede hacerlo cualquier tercero no interesado, con asentimiento del deudor o sin él.

Arts. 2 y 3. — Se reproducen las notas de los artículos 725 y 726.

Art. 4. — Resume los artículos 727, 728, 729 y 730. Resuelve, además, el caso omitido por el Código, de oposición al pago de tercero, hecha por el deudor y el acreedor, de acuerdo con la doctrina general. Véase, Demolombe, 27, número 58 y siguientes. Código Alemán, § 267. Mourlon, Rep., II, números 1313 y siguientes, y Traité des subrogations

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El acreedor está obligado a recibir el pago de un tercero, a menos que tenga interés en que sea ejecutado personalmente por el deudor. No está obligado a subrogar al tercero. Puede, sin embargo, rehusar el pago si hay oposición del deudor.

Art. 5. — Los derechos del tercero, interesado o no, que ha efectuado el pago en su nombre, o en el del deudor, se reglarán según las relaciones jurídicas que existan entre ellos.

---

página 175 y siguientes; Proyecto franco-italiano, artículo 169.

El artículo proyectado autoriza al acreedor a rechazarlo en el expresado caso, pero puede aceptarlo, como lo dispone el actual 729.

Este refiere a los casos de que el tercero efectúe, en su nombre o el del deudor, el pago, la facultad del acredor para subrogar o no al que lo verifique. Pero en toda hipótesis tiene ese derecho: jamás está obligado a subrogar. La subrogación es o legal, o convencional. En el primer caso no se necesita **de** acuerdo del acreedor. En el segundo se rige por el principio general de la libertad de convenciones.

Art. 5. — Artículos 689, 727, 728, 1731, 1752, 1949, 1950, 2030, 2037, 2105, 2298, 2306, etc.

Se reproducen las notas de los artículos 727 y 728.

Del hecho del pago verificado por un tercero, interesado o no, — y se entiende por tercero, aun el codeudor, en

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si ninguna existiese, el tercero tendrá derecho a reclamar del deudor el importe de lo que hubiera desembolsado realmente para efectuar el pago.

Si lo hubiera hecho un tercero no interesado no obstante la oposición del deudor, solo tendrá derecho a cobrarle el valor pagado en cuanto le hubiera sido útil.

Art. 6. — Se suprime el artículo 730.

Art. 7. — Se sustituye el artículo 731 y el 732, por el siguiente:

El pago debe hacerse:

1º Al acreedor, o al representante que hubiera consti-

---

cuanto excede su cuota — no se deduce necesariamente que haya derecho a cobrar lo pagado por la deuda a que otro se ha obligado. Puede ser que abone lo que le corresponde pagar personalmente, como el codeudor solidario único interesado, o el adquirente de un bien que tomó a su cargo la hipoteca que lo grava. El artículo 727, es demasiado extenso, y también lo es el 728, porque el fiador, el codeudor, el comprador, tienen interés en pagar el crédito, contra la oposición del deudor.

Tampoco puede precisarse cual es la acción que pertenece al tercero. Puede ser la del mandato, la del fiador, del socio, del gestor, la de compra, o evicción, la de **in rem verso**, etc.

Art. 7. — Se reproduce la nota al artículo 731.

Inciso 1º — Se modifica este inciso, y si bien bastaría decir que el pago debe hacerse al acreedor, para comprender

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tuído para recibir el pago, si tuviese la libre administración de sus bienes.

2º Al que presentase el título de crédito si fuese pagadero al portador o tuviese recibo del acreedor, salvo el caso

---

los casos de representación, se ha creído conveniente el expresarlo por dos razones: 1º para dar la regla no contenida en el título del mandato sino indirectamente, artículo 1888, de que este ha de ser especial o con facultad especial, para recibir pagos, sin perjuicio de las disposiciones del Código de Comercio, al respecto (artículo 151 Código de Comercio); y 2º para dar una base de decisión en los casos, por demás frecuentes, de falsedad de instrumentos no emanados del acreedor. Se omite la parte del inciso actual del Código, sobre representación de los que no tienen la libre administración de sus bienes porque sobre este caso se trata en el artículo siguiente.

Inciso 2º — Conviene prever el caso, de la mayor frecuencia en la práctica, de la presentación de la factura o título de crédito con recibo del acreedor, que necesariamente envuelve autorización para percibir (artículo 148 Código de Comercio).

Podría haberse suprimido la mención del título al portador, que está regido por el Código de Comercio, tanto para el así llamado por serlo desde su constitución, como para los nominales a la orden, endosados en blanco, y otros asimilados. Nos ha parecido conveniente, sin embargo, conservar la regla del actual inciso para abarcar toda clase de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

de graves sospechas de no pertenecer el título al tenedor, o no estar autorizado para el cobro.

3º Al tercero indicado en el título creditorio, o en otro posterior, para recibir el pago, aunque lo resistiese el acreedor, o se hubiera hecho a éste un pago parcial.

Podrá, sin embargo, revocarlo el acreedor en caso de un cambio manifiesto en las condiciones de confianza o solvencia del tercero.

4º A la persona que esté en posesión del crédito. El

———

créditos civiles o no. Se ha suprimido la mención del hurto, en parte por estar comprendida con mayor motivo en el último supuesto del inciso, cuando se conoce o sospecha, como, principalmente, por exigir distinciones y no armonizar con el sistema del Código de Comercio. Véase Freitas, artículo 1041, 9º y artículo 1042, 4º.

Inciso 3º — Es la reproducción del inciso 7º actual, con una variante tomada de Freitas, artículo 1041, inciso 8º. En cuanto al segundo período: Véase Windscheid, Pandekten, II, § 342, número 5, b); Dernburg, Pandette, II, § 55, número 3, b).

Inciso 4º — Constituye el artículo 732, vigente, cuya nota se reproduce.

Los incisos 2º, 3º, 4º y 5º, del artículo 731 se han suprimido porque están incluídos en el 1º: los acreedores solidarios o de crédito indivisible, o divisible, los cesionarios, los subrogados, los herederos, todos son acreedores, y en las diversas secciones del Código está ya preceptuado qué dere-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

pago es válido aunque después fuese vencida en juicio sobre su derecho al crédito.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 733.

Art. 9. — Se modifica el artículo 734, así:

El pago no puede hacerse a persona que no tenga la libre administración de sus bienes. Solo será válido en cuanto se haya convertido en su utilidad.

Art. 10. — Se reproducen los artículos 735, 736, 737 y 738.

Se suprime el artículo 739.

---

cho les compete respecto del deudor. Son repeticiones inútiles. Véase Colmo, Obligaciones, número 569.

Art. 9. — El Código, artículo 731, inciso 1º, dispone que el pago debe hacerse a los representantes legítimos de las personas que no tienen la libre disposición de sus bienes.

Pero en esta situación se hallan diversas categorías de personas: unas tienen representantes necesarios, otras no.

El menor emancipado, por ejemplo. No puede recibir pagos mayores de mil pesos. Necesita de autorización judicial que puede concedérsele y entonces a él se hace el pago, o serle negada, y en ese caso, debe consignarse la suma.

Lo mismo los acreedores de obligaciones embargadas o dadas en prenda.

A su vez los créditos pertenecientes a incapaces generales de hecho, se rigen por las disposiciones de la patria potestad, tutela, curatela, que creemos deficientes, y que proyectamos modificar. De todas maneras esas reglas son las que han de ser aplicadas, y no deben reproducirse en este título.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO I

De lo que se debe pagar

Art. 11. — En sustitución de los artículos 740 y 741:

El deudor debe entregar o ejecutar exactamente la cosa o hecho a que está obligado. No puede sustituirlos ofreciendo los daños e intereses de la inejecución, ni otra cosa o hecho aunque fuesen de igual o mayor valor.

Art. 12. — Se reproducen los artículos 742, 743, 744 y 746.

Se suprime el artículo 745.

CAPITULO II

Del lugar y tiempo en que debe hacerse el pago

Art. 13. — Se modifica el artículo 747, así:

Art. 11. — Artículos 740, 741 y 631.

Art. 13. — La variante en el texto actual del artículo 747 tiene por razón el hacer desaparecer el equívoco que resulta de decir que el pago ha de hacerse en el lugar designado en la obligación, se entiende que para efectuarlo, y no solamente designado en la fecha o lugar de la celebración.

La regla final es la del lugar del domicilio del deudor, y ella comprende todas las obligaciones que no sean de dar

El pago debe ser hecho en el lugar designado para efectuarlo. Si no lo hubiese sido, y se tratase de una cosa cierta, deberá hacerse donde existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, se hará en el domicilio del deudor en el momento de su realización.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

cuerpos ciertos, o de prestar hechos que por su naturaleza implican que lo han de ser en un lugar dado, por ejemplo, una construcción. Incluye, por consiguiente a las prestaciones de sumas de dinero, que el artículo 618, — que hemos proyectado suprimir — declara deben ser pagas en el lugar en que la obligación se contrajo. Tal vez pueda aceptarse para cierto caso del mutuo, a que se refiere Demolombe, 27, número 284, en virtud de una distinción que consideramos contradictoria del principio mismo que fija el domicilio del deudor como regla fundada en la naturaleza misma de la obligación.

Hay excepciones, como la del depósito, artículo 2216.

El pensamiento del artículo 618 es muy difícil de penetrar, porque después de decir que si no estuviera designado el lugar de pago, se ha de hacer en el de la constitución de la deuda, agrega: "En cualquier otro caso.. debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación". Si el caso anterior era el de no haberse designado lugar de cumplimiento, el período final del artículo necesariamente debe referirse al supuesto de estipulación expresa de ese lugar, y si es así ¿cómo puede ser el del domicilio del deudor?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 14. — Se reproduce el artículo 748, al cual se agregará un segundo párrafo.

Si el lugar designado fuese el domicilio del acreedor, y lo hubiera cambiado después, el deudor podrá, a su elección, efectuar el pago en el domicilio actual, o en el anterior.

Art. 15. — Se modifica el artículo 749, así:

Si el pago debiera hacerse de una suma de dinero como precio de una cosa enajenada por el acreedor, y no hubiese lugar designado, se efectuará en el lugar de la tradición de la cosa, salvo si hubiera plazo para realizarlo.

Art. 16. — Se sustituyen los artículos 750 y 751, por el siguiente:

Art. 14. — En cuanto al agregado, Demolombe, 27, número 273.

Art. 16. — Demolombe, 25, número 570; Aubry et Rau, 4º, § 319, número 2; artículo 609, Código de Comercio; § 271, Código Alemán; artículo 1113, Código Español; artículos 75 y 79, Código Suizo de las Obligaciones; artículo 116 del proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones.

Los artículos 576, 618 y 751, disponen que en defecto de plazo designado, el Juez lo determinará, y hasta, — según el primero, — el lugar de la entrega de la cosa cierta debida, lo que ciertamente no armoniza con lo resuelto en los artículos 747 y siguientes.

Todos los Códigos modernos resuelven lo contrario, de acuerdo, por lo demás, con la doctrina general de los escritores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El pago debe hacerse en el día del vencimiento.

Si no hubiera tiempo designado, ni resultare de las circunstancias, puede el acreedor exigirlo, y el deudor efectuarlo, inmediatamente.

De la noción misma de obligación resulta que hay derecho creditorio, y deuda, desde el momento de su constitución. No depende su ejercicio de otra circunstancia, porque no hay término que lo aplace.

Y tampoco hay motivo para particularizarse con las obligaciones de dar dinero. En la venta al contado, por ejemplo, es manifiesto que la voluntad tácita de los contrayentes es la de que el precio ha de ser simultáneo con la entrega de la cosa vendida. Si no ha de abonarse en seguida, no se comprende porqué las partes, que deben vigilar sus intereses, no se aseguran estipulando un término.

Las decisiones de los artículos 516 y 618, son contradichas por otras del Código en los casos más comunes y típicos de una y otra clase de prestaciones: artículos 1409, 1411, 1424, 1427, 1428, etc. El Código de Comercio, artículo 609, también decide como lo proyectamos, para las letras de cambio, los pagarés a la orden, los cheques.

La intervención del Juez es arbitraria, porque no tiene base en que apoyarse para contradecir la consecuencia necesaria de la existencia de una obligación. Si hay controversia sobre la existencia de un término implícito derivado de las circunstancias, es, claro está, asunto de su jurisdicción, pero no por eso está facultado para conceder plazo según

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 17. — Se modifica el artículo 752, así:

Si el título constitutivo de la obligación autorizara al deudor a pagarla cuando pudiera, o tuviera medios para hacerlo, el juez, a instancia de parte, designará el día en que deba efectuar el pago.

Art. 18. — Se modifica el artículo 753, así:

El acreedor puede exigir el pago antes del vencimiento cuando el deudor se hiciese insolvente, o cuando por hecho de éste han disminuído las garantías que había dado por contrato a su acreedor, o no le ha dado las que había prometido.

---

su parecer discrecional. Resolverá cual sea el que las circunstancias hacían imperativo.

Art. 17. — Artículo 620.

Art. 18. — El artículo 572, ya contiene la decisión que el 753 reproduce, si bien solo habla de insolvencia y éste de concurso, pero sin implicar diferencia de concepto, pues al decir "y los que lo representen" se refiere a los representantes del concurso

En cuanto a la formación de concurso, se dispone, en el título respectivo, lo conveniente; no es necesaria la declaración de él, si el acreedor puede probar la insolvencia y se limita a usar de su derecho por acción particular.

Pero ni uno, ni otro, contienen la mención de la disminución o falta de las garantías establecidas por convención, que el artículo 1188 Código Napoleón expresa. El artículo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si la deuda fuese solidaria, no será exigible, en esos casos, para los demás codeudores. Tampoco lo será para los fiadores que gozarán del término prefijado.

Art. 19. — Se modifica el artículo 754, así:

Puede también el acreedor hipotecario, o prendario exigir el pago antes del plazo cuando los bienes afectados fue-

---

3161 autoriza la pérdida del beneficio del término en los casos de los tres que le preceden, apoyado en el citado artículo francés. No hay motivo para limitar la solución al acreedor hipotecario, como se ve por la cita, porque todos los acreedores se encuentran en igual situación: artículo 1188, Código Napoleón. Se trata de un principio general. El proyectado contiene un agregado que los intérpretes del citado consideran implícito en él. Véase Demolombe, 25, números 677, 678 y 692, II; Aubry et Rau, IV, § 303; Código Español, artículo 1129.

Art. 19. — El artículo 754 solo se refiere a determinada clase de acreedores, y podría ser trasladado a los títulos respectivos, si no fuese el inconveniente de hacerlo en dos distintos. Contiene dos inexactitudes. 1ª No es solamente relativo a la venta en caso de que fuese provocada por otros acreedores con hipotecas y prendas sobre los mismos bienes. Todos los acreedores, aunque no las tengan, pueden ejercer sus derechos sobre los bienes del deudor. Por eso los artículos 3196 relativo a la hipoteca, y el 3234 concerniente a la prenda, permiten la venta judicial sin exigir el primero que sea provocada por determinada clase de créditos, y ex-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

sen vendidos en remate por orden judicial decretada con citación de ellos, y a requerimiento de otros acreedores.

Art. 20. — Se reproduce el artículo 755.

Art. 21 — El acreedor está obligado a otorgar documento de recibo del pago efectuado.

Los gastos del recibo son a cargo del deudor el cual deberá adelantar la suma necesaria.

Art. 21 bis. — Si se hubiera otorgado un instrumento de la deuda, el deudor puede exigir su entrega al mismo tiempo que el recibo, a menos que el acreedor tuviese un interés legítimo en conservarlo en su poder.

En este caso el deudor podrá exigir recibo por instrumento público, y se pondrá nota por el notario en el de la deuda, de que ha sido paga.

---

presamente el segundo. La 2ª, es la de requerir que la resolución judicial tenga carácter de cosa juzgada. En el juicio ejecutivo la sentencia de remate no lo tiene, y sin embargo, produce la liquidación del bien afectado.

Arts. 21 y 21 bis. — Artículo 1248 Código Napoleón y sobre él Demolombe, 27, números 288 y siguientes, 294|5. Aubry et Rau, IV, § 320, número 1. No debe olvidarse lo dispuesto por el artículo 1424, Código Civil, último período, que reproduce el 1593, Código Francés. § § 368, 369 y 371, Código Alemán.

No se prevén por esos Códigos medios para obviar los graves peligros que ofrece para el deudor o el tercero, el abuso posible del acreedor que ha conservado el título de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si el acreedor alegara que no se halla en su poder, el deudor podrá pagar por consignación.

Art. 22. — El acreedor queda constituído en mora si rehusa la prestación que le es ofrecida, cuando ésta reune las condiciones de pago.

Art. 23. — También incurre en mora cuando requerido para ello no efectúa los hechos que le incumben a fin de realizar el pago, o cuando no está en condiciones de ejecutar su contraprestación.

Art. 24. — No incurre en mora el acreedor si el deudor que hiciese el requerimiento no se encontrase en condiciones de efectuar el pago en ese momento.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 764, con la supresión de la palabra "judicial" la primera vez que es empleada.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 765.

---

crédito. — Mourlon, Subrogations personnelles, pág. 15, número 3, — Aubry et Rau, IV, § 321, b).

Debe considerarse el caso del último período de nuestro artículo, como muy próximo de los enumerados en los incisos, 4º y 6º, artículo 757.

Nada decimos sobre los gastos de la entrega porque ya se ha dispuesto lo conveniente en el título de las obligaciones de dar, y no es menester preceptuar sobre otra clase de deudas, desde que el obligado debe efectuar la prestación a su cargo.

Arts. 25 y 27. — El Código exige, artículos 764 y 766, intimación judicial. No existe razón para ello, y, al contra-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art 27. — Se modifica el artículo 766, así:

Si se debieran cosas inciertas a elección del acreedor, el deudor le intimará que la verifique Si no se efectuara, el deudor será autorizado por el Juez para hacerla. El deudor

---

rio, puede traer graves inconvenientes. Cuando en un punto dado, en una estación de ferrocarril, en un puerto de descarga, no se presenta el acreedor a recibir la carga remitida en ejecución de lo convenido, es urgente proceder, y puede ser ilusorio o extremadamente difícil, acudir al juez lejano, que por hipótesis, es el juez ordinario. Se ha resuelto que la mora del deudor resulta de interpelación judicial o extrajudicial, y son tan graves las consecuencias de ella que no se vé porqué han de ser distintas las condiciones de la del acreedor.

La cuestión no puede ofrecer dificultades de forma, sino de prueba. Sí, por ejemplo, se presenta carta del acreedor de la que aparece que hubo requerimiento, no existe razón para desconocer que existió.

Por lo demás se ha proyectado por los artículos 9 y 10 del título de los actos jurídicos que las notificaciones hechas por vía notarial, o judicial, producen sus efectos de comunicación de las declaraciones de voluntad, sin que eso excluya la directa por comunicación, literal, telegráfica, telefónica, etc.

Conviene además librar a los jueces y a las partes, en lo posible, de la necesidad de acudir a ellos, por asuntos que todavía no son litigiosos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

intimará al acreedor que reciba la que hubiera elegido, como está prevenido para las cosas ciertas.

Art. 28. — Si la deuda fuera de dinero se hará la consignación depositando la suma a la orden judicial.

Art. 29. — Se reproduce el artículo 757, suprimiendo en el inciso 1º las palabras: "por el deudor".

Art. 30. — Se reproduce el artículo 758.

Art. 31. — Se modifica el artículo 759, así:

La consignación que no fuese impugnada, o lo fuese por no tener las condiciones debidas y la sentencia desestimase la impugnación, surte todos los efectos del pago, desde el día en que se verificó.

Art. 32. — Se reproducen los artículos 760, 761, 762 y 763.

Art. 33. — El deudor, una vez constituído en mora el

Los Códigos Francés y Alemán, no exigen esa condición. Conforme con nuestros artículos, el 198, del proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones.

Art. 31. — Es visible la incorrección del texto actual del artículo 759 que solo admite los efectos de la consignación impugnada a partir de la fecha de la sentencia que la declara procedente. Esa sentencia no es constitutiva: es declarativa. Agregamos, además, al texto actual, "desde el día en que se verificó", y no desde la litispendencia, porque desde ese día hay entrega por cuenta del acreedor.

Art. 33. — § 300, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

acreedor, no responde sino de su hecho intencional, y de su culpa grave.

Si se tratase de una deuda de cosas inciertas, los riesgos no quedan a cargo del acreedor sino después de hecha la intimación al acreedor para que reciba la cosa elegida.

Art. 34. — En las obligaciones de dinero, el curso de los intereses, se suspende desde el día del depósito judicial.

Art. 35. — Cuando el deudor debiese restituir los productos de una cosa, o abonar su valor, su obligación se limita, durante la mora del acreedor, a los percibidos.

Art. 36. — El deudor, en caso de mora del acreedor, podrá pedir una indemnización por el aumento de los gastos que ha debido hacer por razón del requerimiento infructuoso, y por la detención y conservación de la cosa adeudada.

Art. 34. — El § 301 del mismo, dispone lo contrario. Pero es notorio que no basta ofrecer el pago de dinero sin realizarlo, para que el deudor quede privado del beneficio de su goce. O en otros términos, la oferta debe ser seguida del depósito. Véase artículo 1259, 2º, Código Napoleón, y sobre él, Demolombe, 28, número 145. Dernburg, Pandette, II, § 43, número 3, y nota 11.

Art. 35. — § 302, Código Alemán.

Art. 36. — § 304, Código Alemán. Decimos requerimiento, y no ofrecimiento, para comprender el primer supuesto del artículo 27.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO III

De la imputación del pago

Art. 37. — Se reproducen los artículos 773, 774 y 775.

Art. 38. — Se modifica el artículo 776, así:

Si el deudor debiese capital con intereses, o gastos, de una misma obligación, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al capital.

Art. 39. — Se modifica el artículo 777, así:

El pago hecho por cuenta de capital, e intereses y gastos, se imputará primero a los gastos, después a los intereses, y por último al capital, a no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del principal.

Art. 40. — Se reproduce el artículo 778.

Arts. 38 y **39.** — Se reproduce la nota al artículo 776.

En cuanto al agregado "de una misma obligación", artículo 1254, Código Francés, y sobre él, Demolombe, 28, números 26 y 27. En el mismo sentido, Planck, II, sobre el § 367, Código Alemán. En contra Aubry et Rau, IV, § 320, número 1; Laurent, 18, número 608.

En cuanto a los gastos y a su primacía, Demolombe, 28, número 14; § 367, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO IV

Del pago con subrogación

Art. 41. — Se reproducen los artículos 767 y 768.

Art. 42. — Se reproduce el artículo 769 con la supresión del segundo período.

Art. 42. — Mourlon, Traité des subrogations personnelles, pág. 12 y siguientes, y páginas 159|72. — Demolombe, 27, números 323, 318 y 384|5. — Aubry et Rau, IV, § 321, número 1, b) y § 359, bis, número 2. Laurent, 18, números 9|18.

El Código, en el segundo período del artículo 769 que se proyecta suprimir, dice que la subrogación consentida por el acreedor, "será regida por las disposiciones sobre la cesión de créditos".

Esta frase es inexacta. Y no solamente porque la subrogación no es una cesión, ni puede serlo, sino porque no lo es en nuestro Código.

Es un pago. Lo dice el mismo artículo en que se consigna la disposición suprimida. Lo dice el artículo 767 y no solamente por inferencia. Lo dispone el artículo 771 cuyo inciso 1º es incompatible, por su esencia, con la hipótesis de una cesión constituída por acuerdo con el acreedor.

Si es un pago, el que lo hace y el que lo recibe, no entienden otra cosa que extinguir el crédito entre ellos, con reserva de los derechos del acreedor frente al deudor y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se dirá, además, "al recibir" en vez de "recibe" y se suprime "y".

---

otros responsables de la obligación, para hacerlos valer, no en su extensión total, sino en la medida necesaria para cubrir el crédito personal del tercero por razón del desembolso hecho y no más allá. Por eso es que, toda subrogación, "sea legal, sea convencional", como dice el artículo 771, no trasmite los derechos del acreedor "sino hasta la concurrencia de la suma que realmente ha desembolsado para la liberación del deudor". Es, por consiguiente, la subrogación la antítesis misma de la cesión, en la cual el derecho se adquiere en toda su extensión, sin parte alguna que se haya extinguido por el traspaso.

Por esa razón es que el acreedor no responde en la subrogación por la existencia y legitimidad del crédito. No se ha comprometido a nada. Ha recibido un pago de su crédito bueno o malo, sujeto a excepciones perentorias, o no. Está sometido solamente a la condictio indebiti.

Puede existir subrogación entre personas que no pueden pactar cesiones. Los padres, por ejemplo, y como ellos los tutores, maridos, etc., no pueden adquirir los créditos de sus hijos, pupilos, o cónyuges, pero pueden adquirirlos por subrogación legal, dice, el artículo 297, sin que eso sea obstáculo a que la adquieran por subrogación convencional. La subrogación resulta de un hecho, del pago, y la cesión en nuestra hipótesis solo podría resultar de un acuerdo entre vivos. Sin pago, no hay subrogación convencional, aunque se estipulara; habría cesión, sin embargo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Carece de objeto extender estas observaciones. No hay cesión, por la fuerza de las cosas, ni real ni ficticia, como tampoco hay ficción alguna, en la subrogación, no obstante las afirmaciones de algunos escritores que repiten sin examen lo que por tradición viene trasmitiéndose. El pago común es extintivo. El pago con subrogación constituye una especie distinta. Es extintivo para el acreedor, y no lo es para su crédito que el pago no ha extinguido, y al contrario ha trasmitido, vivo y perfecto, dentro de la medida del desembolso respectivo. Argumentar, pues, con el efecto del pago común para inventar una ficción, es cometer una petición de principio en presencia de la disposición legal que precisamente declara que el crédito no se ha extinguido.

Cuando, por consiguiente, el artículo 769, dice que la subrogación consentida por el acreedor será regida por las disposiciones de la cesión de créditos no entiende que lo sea al pie de la letra como lo creían Toullier y Duvergier, definitivamente refutados por Mourlon en sus célebres artículos de la Revue de droit français. Entiende, por razón de la combinación de los artículos 769, 767 y 771, que se aplican **subsidiariamente** las disposiciones de la cesión de créditos, **en cuanto sean compatibles con la naturaleza de pago** de esa clase de subrogación.

Pero así entendida la disposición, y ello es necesario en presencia de los textos, es inútil y peligrosa. Es inútil porque no se aplica a los efectos, ni a las acciones que derivan de los actos (artículos 771, número 3) ni a la capacidad de las partes, ni a las formas (artículo 1184, 1° y artículos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 43. — Se reproduce el artículo 770, modificado así:

---

767 y 769), ni en definitiva, a nada, sino es a la notificación. Y esto mismo, es incomprensible porque ¿qué motivo especial hay para que deba notificarse al deudor el pago hecho con subrogación consentida por el acreedor, y no el hecho con subrogación legal?, (Véase Aubry et Rau, lugares citados).

Y es peligrosa porque abre la puerta a pretensiones del subrogado para sustraerse al límite que establezca el artículo 771, 1º, o a discusiones de mala fe sobre la disposición aplicable en cualquier episodio, con el objeto de forzar a una parte a concesiones indebidas, sobre intereses, por ejemplo.

La doctrina está definitivamente fijada actualmente sobre el carácter de la subrogación, idéntica en todas sus especies, y debe desaparecer la restricción enigmática de la segunda parte del artículo 769. Véase nota al artículo 3189.

Oportunamente se corregirá la disposición del artículo 2155 que somete a la garantía de evicción en caso de subrogación legal. Es incomprensible que en tales supuestos el acreedor esté sometido a otra responsabilidad que la que resulta del pago de lo que no se debe.

En cuanto a la sustitución de la palabra "recibe" por "al recibir", artículo 1250, 1º Código Napoleón, 1252, Código Italiano; 1422, (reformado) Código de Austria; Mourlon, Subrogations, páginas 222|50. Demolombe, 27, número 368 y siguientes.

Art. 43. — Artículos 1250, 2º, Código Napoleón, 1252, 2º, Código Italiano. Son graves los peligros de admitir la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Habrá también subrogación cuando el deudor, o el poseedor de un bien hipotecado, toma en préstamo dinero para pagar la obligación y subrogar al prestamista en los derechos del acreedor.

Para que esta subrogación sea válida es necesario que el préstamo y el recibo de pago al acreedor se hagan por instrumento público, que en el de préstamo se declare que se ha efectuado para hacer el pago, y que en el de recibo, se manifieste que el pago se ha hecho con el dinero facilitado por el prestamista. No es necesaria la mención expresa de la subrogación, ni la conformidad del acreedor que recibe el pago.

---

subrogación en los términos del actual artículo 770, sin exigir las garantías del artículo 1252 Código Francés en cuyo derecho anterior se creó esta especie de subrogación. Véase Mourlon, Subrogations, pág. 257 y siguientes; Laurent, 18, número 43.

Nuestros artículos 3927 y 3932, exigen las precauciones omitidas en el 770, — no obstante la deficiencia de sus redacciones, — y ya se sabe que, tanto uno, como otro, son simples casos de aplicación de la subrogación consentida por el deudor (Aubry et Rau, III, § 263, número 2 — Pont, Priviléges et hipothèques, I, números 221|30; Zachariæ,. V § 793, 2º y nota 10), y por eso mismo se exigen las constancias que para esta impone el Código Francés.

Decimos en el texto proyectado que no es necesaria la declaración expresa de la subrogación, como lo repite el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si este se rehusara a suscribir la escritura de recibo con la declaración expresada, procederá el pago por consignación, y la subrogación quedará hecha por efecto de él.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 771, modificándolo así:

a) se agregarán después de las palabras "como contra los fiadores" (en el primer párrafo) las siguientes: "y terceros poseedores de bienes afectados al crédito, con las modificaciones siguientes":

b) agregar en el inciso 2º en seguida: "y el de la subrogación legal por acuerdo del acreedor, o del deudor, con el tercero".

c) agregar después del inciso 3º, en párrafo separado, el siguiente:

---

artículo 3927, no lo exige el artículo 3932, y es unánime en la doctrina de los escritores franceses.

Sobre esta materia que es difícil, véase Mourlon, Subrogations, página 259 y Aubry et Rau, IV, § 321, 2º; Laurent, 18, desde el número 39; Pont, en el pasaje citado; Demolombe, 27, número 397 y siguientes; Crome, Obligaciones, en derecho francés, § 22, número 2.—Laurent, número 52, reconoce la solución legal de no ser necesaria la declaración, pero piensa que debió establecerse la regla opuesta.

Art. 44. — a) el agregado tiene por objeto evitar la interpretación de que solo se subroga contra los deudores personales directos y subsidiarios, que en otra época se sustentó. Véase la demostración en Mourlon, obra citada, pági-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

4º La subrogación a favor del tercer poseedor de bienes hipotecados por el deudor principal no lo autoriza para perseguir al fiador aunque la hipoteca se hubiera constituído después de la fianza.

El fiador que paga la deuda garantizada con hipoteca constituída por el deudor, queda subrogado contra el tercer poseedor del bien gravado.

d) Agregar después, el siguiente inciso:

5º La subrogación a favor del tercero poseedor de uno de varios inmuebles hipotecados en garantía del crédito pagado, no le autoriza a ejercer los derechos del acreedor contra los otros poseedores sino por la parte proporcional al beneficio que ha producido el pago a cada uno de ellos.

e) agregar:

6º La subrogación a favor del tercer poseedor de un bien hipotecado por uno de varios deudores solidarios, no le autoriza a usar de las acciones del acreedor, sino en la medida en que el deudor constituyente de la hipoteca podría ejercerlos contra sus co-obligados.

7º Cuando uno de los herederos a quien se ha adjudi-

---

nas 65 y siguientes; Aubry et Rau, IV, § 321, 4º; — Demolombe, 27, números 638 y siguientes: Laurent, 18, número 110.

b) Demolombe, 27, número 646.

c) Mourlon, obra citada, desde la pág. 84; Aubry et Rau, IV, § 321, número 4, c); Demolombe, 27, desde el número 649. El primero limita la solución al supuesto de hipo-

cado un bien hipotecado por el causante, se subroga al acreedor, no podrá usar de sus derechos sino por la parte que corresponde a cada uno de los otros en la sucesión.

Art. 45. — Los derechos trasmitidos por subrogación no

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

teca anterior o contemporánea con la fianza. — Laurent, 18, número 123; Giorgi, Obligazioni, 7, número 257.

Se limita la solución proyectada, a la hipoteca constituída por el deudor. Cuando es establecida por un tercero, se aplican las reglas de la fianza, (artículo 3186) constituída por varios fiadores.

Art. 45. — Artículo 1252, Código Napoleón, y todos los Códigos posteriores al nuestro, con excepción del Suizo que guarda silencio; — artículo 1213, Código Español; § § 268, 426, 774, 1150, 1164, 1176, 1225, 1249, 1607 y 1709, Código Alemán; artículo 990 Código Brasileño. En contra, artículo 1254, Código Italiano, en cuanto al pago parcial. El artículo 186 del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones adopta la solución del nuestro y del italiano.

La primera parte del artículo propuesto, establece el principio fundamental de toda la subrogación. Es un pago, hecho a título de tal, y recibido en ese carácter. El cumplimiento de la obligación, es, pues, extintivo de ella para el acreedor, y es forzoso que no pueda oponérsele el crédito en cuanto se refiere al mismo, como lo dice nuestro texto, para significar que esa situación no se extiende a otros créditos que puedan corresponder al mismo acreedor.

pueden ser ejercidos en perjuicio del acreedor, en cuanto se refiere al crédito pagado. En caso de pago parcial, el acree-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En caso de pago parcial, algunos escritores han creído errónea la disposición del artículo 1252 Código Napoleón, que concede preferencia al acreedor sobre el subrogado en cuanto a la parte que se le quedó debiendo. Nuestro artículo evita una incorrección de ese texto, pues, no se trata de conceder un privilegio al acreedor, de modo que el tercero, aun sin invocar la subrogación, y por su acción propia de mandato, gestión, **in rem verso**, de regreso, etc., no puedan concurrir con él para hacerse pagos. El sentido del Código Francés y del Código Alemán, es, solamente, que la acción del acreedor no queda paralizada, o perjudicada, por la concurrencia de la subrogada si esta tiene por sí privilegios conexos.

Ahora. Según la nota a nuestro artículo 772, parece haber determinado esta solución, una crítica de Marcadé al Código Francés, que, como se expresa, "sostiene contra este la solución, de una manera incontestable".

Todo lo que Marcadé dice es, — después de presentar un ejemplo de deuda garantizada con hipoteca, — que lo que califica de ventaja monstruosa concedida al acreedor, constituye una contradicción en los términos, puesto que por un lado se dice que la subrogación trasmite los derechos del acreedor, y por el otro, que en caso de pago parcial, no se le trasmiten esos derechos. "Esa regla es tan extraña como injusta", concluye.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dor usará de los privilegios de su crédito por la parte que se le quedase adeudando con preferencia sobre el subrogado.

De modo, que todo el argumento consiste en una petición de principio. La cuestión que se trata de demostrar, es la demostración de la cuestión misma.

Un breve análisis nos permitirá ver que el punto no es tan evidente como parece a aquel crítico.

El deudor solidario se subroga al acreedor contra sus codeudores. Hace un pago parcial. Marcadé dice: si es subrogado es notorio que está en igualdad de condiciones con el acreedor: para eso es subrogado. Está, pues, en condiciones iguales con él.

Nos parece lo contrario. Porque es deudor y no de una parte de la deuda. Lo es de toda, de la parte que se pagó, y de la que no se pagó.

¿Cómo puede esquivarla? ¿Cómo puede, invocando un pago parcial anterior, impedir que el acreedor cobre de él, o de otro deudor, lo que se le resta debiendo? Y si lo pudiera, el acreedor cobrará de él, eso mismo que ahora le está discutiendo. (§ 426, Código Alemán) (1).

El fiador que hace un pago queda subrogado. Si es parcial, queda pendiente parte de la deuda de que es responsable. ¿Cómo puede estar en igualdad de condiciones con el acreedor? (§ 774, Código Alemán) (1).

El que hace un pago como mandatario del deudor, con su noticia, o ignorándolo, o como gestor de negocios, queda

---

(1) Dolo facit qui petit quod redditurus est.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

subrogado. Si hace un pago parcial, lo hace representando al deudor.

¿Cómo puede, entonces, el acreedor ver otra cosa que un pago hecho por el deudor, en su nombre, por su cuenta, por su encargo? ¿Y el deudor puede concurrir con el acreedor?

El deudor efectúa el pago con el dinero que le han facilitado y subroga al prestamista. Esta convención no altera el carácter del pago. Siempre es el deudor quien lo efectúa. ¿Y el crédito no está extinguido para el acreedor?

Pero Marcadé hablaba del pago parcial de un crédito hipotecario. Y decía: es monstruoso que el acreedor tenga preferencia sobre el autor de ese pago.

Pero, — artículo 2114, Código Napoleón, — artículo 3112, Código Civil, — la hipoteca es indivisible. Quiere decir, entonces, que subsiste íntegra mientras haya obligación. El pago parcial, no la ha afectado. El acreedor que lo recibió la posee total, intacta. ¿Cómo puede, pues, concurrir con él el tercero? Toda la hipoteca sin disminución alguna garantiza la parte de crédito que quedó pendiente. § § 1143, 1145, 1150 y 1176, Código Alemán.

El que paga a un acreedor prendario, queda subrogado. Pero la prenda es indivisible, artículo 2083, Código Napoleón, artículo 3233, Código Civil. El pago parcial no la disminuye, y si es así ¿cómo puede el acreedor ser impedido de cobrar lo que se le queda debiendo con el privilegio que tiene sobre la cosa entera? § 1225, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Como se vé las objeciones al principio del artículo 1252, Código Napoleón, contradicen las reglas fundamentales, orgánicas, de la solidaridad, la fianza, la representación, las bases mismas del crédito real, prendario o hipotecario.

Y contradicen la doctrina fundamental de la subrogación. Porque es un error manifiesto decir que, desde que ella existe, el crédito se ha trasmitido, y el acreedor como cualquier otro debe pasar por las consecuencias de esa trasmisión. No. La subrogación no es una cesión. Y no lo es, porque hay otra cosa que trasmisión de derechos. Subrogación, no es traspaso: es **pago con subrogación.** Tomar una parte de la relación y prescindir de la otra, no es argumentar en derecho: es alterar, descalificar, la relación misma tal como la ley, la evolución secular jurídica, la han hecho, y sobre todo, tal como las relaciones económicas la han modelado por la fuerza de los intereses en juego. Siempre pago, siempre cumplimiento de lo prometido, ejecución de lo que está en la obligación, se trasmite, para amparar al tercero, pero como es, siempre, para él, y para el deudor: **pago** y no otra cosa.

No es, pues, extraño, que esa institución moldeada en Francia, haya pasado a otros países con sus caracteres típicos, y que el nuevo Código Alemán la haya tomado con sus rasgos fisonómicos, en todas cuantas aplicaciones se han ido forjando en el trabajo de los siglos, y entre ellos, con uno de los más conexos con su doble naturaleza de pago, y de trasmisión: "nemo censetur subrogasse contra se".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 46. — El deudor que efectúa el pago al acreedor ignorando el realizado por el subrogado, extingue la obligación. El tercero solo tendrá acción para repetir del acreedor lo que le hubiere entregado.

Y no se diga, como algún escritor lo ha dicho, que el acreedor al aceptar un pago parcial a que no está obligado acepta la situación de quedar igualado con el que lo hace, por resultado de la trasmisión que resulta de su pago.

Porque no es libre de impedirlo cuando se trata de convenciones que lo autorizan, y mucho menos con el sistema de amortizaciones acumulativas que desde los empréstitos de estado, hasta las instituciones bancarias, han generalizado.

Y fuera de esto. La observación es, otra vez, una petición de principio. Porque acepta lo que se le ofrece como pago, extintivo, por que lo es, y retorciendo el argumento podría también decir, que el tercero, — codeudor, fiador, poseedor de bienes gravados, — también sabe, al efectuar el pago parcial, que para el acreedor es pago y no otra cosa. La objeción no prueba, por consiguiente, nada, y deja la cuestión en el mismo estado.

Art. 46. — Así lo dispone el artículo 2033, para un caso de aplicación del principio general.

La subrogación trasmite el crédito sin necesidad de notificación al deudor (véase artículos 2029, 2036, etc.). No es una cesión. Pero el subrogado debe cuidar que el deudor no ignore el pago que ha efectuado, pues sería válido el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO V

De la dación en pago

Art. 47. — Se sustituyen el artículo 779 y el 780, por el siguiente:

---

que por su parte hiciera al acreedor que está en posesión del crédito aparentemente, y no debe ser perjudicado por la negligencia del tercero subrogado. También debe este cuidar de renovar las inscripciones hipotecarias so pena de no poder usar de sus derechos contra terceros de buena fe. Véase Aubry et Rau, IV, § 321, número 1, b) y nota 22, y Demolombe, 27, números 329 y 644.

Art. 47. — El artículo 779 limita su solución a la dación en pago de cosas que no sean dinero. Pero si el acreedor que no está obligado a recibir prestaciones distintas conviene en ello y acepta dinero no hay razón para que la obligación no se extinga. El dinero constituye el pago por excelencia, y aunque fuese aceptado a título de indemnización, la deuda desaparece. "La dación en pago, decía Demolombe (27, número 230) implica, entre las partes, una novación expresa o tácita, sea bajo la forma de una venta, si es un precio que se paga en vez de una cosa, **pretium pro re,** sea bajo forma de permuta si es una cosa que se paga en vez de otra... **res pro re**".

Tampoco es exacto que hayan de ser cosas lo que se dé en pago. Pueden ser derechos, de usufructo, por ejemplo,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La obligación se extingue cuando el acreedor acepta en pago otra prestación que la debida.

Si lo entregado en pago fuese un crédito contra tercero se aplicarán las reglas de la cesión de créditos.

Art. 48. — Cuando el acreedor ha aceptado como ejecución de la obligación una prestación que se le ha ofrecido

---

de crédito, hechos, abstenciones, en una palabra todo cuanto puede constituir una prestación. En el artículo 779, la palabra cosa está tomada en sentido mucho más extenso que lo que después dirá el artículo 2311. En todo el libro de las obligaciones, el Código le dá la acepción de "todo lo que puede ser parte de un patrimonio, cosas corporales o derechos", como lo dice la nota del artículo 1327, y el artículo 780.

Según este puede darse en pago un crédito pero ha de ser "a favor del deudor". La solución es más general: todo crédito, siempre que sea contra tercero, esto es que no sea contra el deudor mismo, sea a su favor sea en el de tercero, y esto aun sin cesión a su favor, sí, por ejemplo, la dación en pago fuese hecha por otra persona que el deudor.

También el artículo 781 habla de "cosa dada en pago, si se determinase el precio por la cual la recibe el acreedor", lo que no es probable por innecesario desde que, con él y sin él, se entrega para extinguir una obligación. Y que es innecesaria esa determinación, lo prueban los artículos 783 y 1489|92.

Art. 48. — § 363, Código Alemán y sobre él, Planck, II. El deudor debe probar el pago. Cuando el acreedor ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

en tal carácter, le corresponde la prueba, si pretende que esa prestación no vale como ejecución, porque es de cosa distinta de la debida, o porque ha sido incompleta.

Art. 49. — Se modifica el artículo 782, así:

Los representantes del acreedor no están autorizados para aceptar daciones en pago, si no tuvieran poder especial, o, en caso de ser representantes de incapaces, sin autorización judicial.

Art. 50. — Se sustituyen los artículos 781 y 783, por el siguiente:

Cuando hay dación en pago, de una cosa, un crédito contra tercero, o de otro derecho, se aplicarán, respectivamente, las disposiciones sobre garantía de evicción, o de los vicios de las cosas, que rigen para la venta, o la cesión.

Art. 51. — El solo acuerdo de efectuar una dación en pago no extingue de pleno derecho la obligación, pero da una excepción al deudor contra la acción de cumplimiento de la prestación originaria.

---

recibido, por ejemplo, las mercaderías enviadas en ejecución de un contrato, se invierte la carga de la prueba, si alega que no eran de la clase o condición convenida. La aceptación, dice Planck, es un acto jurídico sometido a las reglas generales sobre error, dolo o violencia.

La disposición se aplica en toda hipótesis, entre ellas en las de **exceptio non adimpleti contractus, y non rite adimpleti contractus.**

Art. 50. — § 365, Código Alemán. Artículos 1325, 2155 y 2158, Código Civil.

Art. 51.—Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 1, § 119, IV. — Planck, II, sobre el § 364, Código Alemán, dice: "La

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO VI

De la novación *

Art. 52. — La obligación se extingue cuando el acreedor acepta una nueva en pago de su crédito.

* Los artículos del título correspondiente del Código, quedan sustituídos por los proyectados.

---

dación en pago es un contrato real por el cual, como por el pago, se extingue la deuda **ipso jure.** El contrato puede ser celebrado tanto con el deudor, como con un tercero. Si es nulo, o es anulable y se anula, la deuda subsiste. Debe distinguirse de la dación en pago, el contrato por el que se conviene que una obligación puede ser cumplida por la prestación de otro objeto que el debido. Es este un contrato obligatorio por el cual la deuda misma permanece aún intacta".

Art. 52. — La evolución que ha venido experimentando el concepto de la obligación bajo la presión de las necesidades económicas, ha modificado profundamente las doctrinas referentes a su subsistencia. No se extinguen porque haya sustitución de acreedor: la cesión de créditos, y más que ella, el pago con subrogación, trasmiten el crédito con todos sus accesorios respecto de todos los interesados, deudor, fiadores, poseedores de bienes gravados, y esto aunque

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción.

---

el acreedor haya recibido a título de pago la prestación debida. La obligación no se extingue ni aun cuando se haya pactado expresamente la novación, si el nuevo deudor está legalmente subrogado (artículo 815, y sobre él, Freitas, nota a su artículo 1152) por efecto de esa misma asunción de la deuda de otro.

En el derecho vigente es frecuente esta asunción sin que la obligación se extinga en los casos de aval, pago por intervención, aceptación, asignación. Los nuevos deudores se constituyen en responsables como lo prevé el segundo párrafo del artículo que proyectamos, sin que por eso se haya liberado al deudor primitivo.

La vida contemporánea ha multiplicado los casos de trasmisión de la deuda no solo a nuevos acreedores, sino también a nuevos deudores. En las sociedades, se trasmite el activo y pasivo, al socio o socios que se hacen cargo de él (artículo 433 Código de Comercio). En la venta de comercios y manufacturas, es, puede decirse, la regla. Las necesidades del régimen hipotecario han conducido a establecer como constante la asunción de la deuda de su vendedor por el comprador del bien gravado. La trasmisión con sustitución de la persona no es ya excepcional: es el fenómeno constante que las costumbres imponen al legislador y que este debe aceptar. Se cambian las personas, y la deuda, individualmente la misma, subsiste.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No es, pues, necesaria la novación para obtener el resultado de traspasar la obligación a las personas que no estaban en ella. Y tampoco es necesario extinguirla para constituirla en cabeza ajena. La subrogación puede obtenerse sin extinción.

Y esto es exacto aun en el supuesto de que las modificaciones de la obligación se refieran a sus modalidades, y a su prestación. Su identidad, — aun en caso de lo que se llamaba novación objetiva, — puede subsistir sin inconveniente. Y esto, no ya en las condiciones, más que tímidas de nuestro artículo 812: aun en las modificaciones que "hacen al objeto principal".Puede modificarse en más o en menos, el precio sin que deje de ser la misma la venta de un bien dado; alterarse el número, o las proporciones, en las distintas que a opción, por ejemplo, de una parte, pueden requerirse entre los objetos de fabricación, o suministro, sin que por eso deje de ser el mismo el contrato; establecerse una cláusula penal, pactar intereses, convertir la obligación en facultativa, en simple la solidaria, etc.

"La obligación, dice Enneccerus (I, 2, § 265, nota 4), es, pues, solamente, una nueva, cuando las partes así lo quieren, o cuando aparece económicamente como una deuda absolutamente diversa. El aumento o disminución del precio de compra, el convenio de que en vez del trigo vendido (quizá con elevación del precio) se venderá otra clase mejor, se considerarán, pues, en la duda, como simples modificaciones de la obligación existente (con que los fiadores de la compra no se liberan); y lo mismo cuando en vez del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

primer piso de una casa se sustituye en el arriendo el segundo. Pero la sustitución de la locación de una cosa por compra de la misma, o la venta de un caballo, por la de un coche, constituye un nuevo contrato".

Ya, sin duda, existía el principio de que es evolución el concepto moderno. La novación no se presume. Debe resultar de la voluntad de los contratantes, expresa en la convención (artículos 814, 815 y 817) o claramente manifestado en ella. Por lo menos, habrá de resultar de la incompatibilidad de la subsistencia de la obligación anterior, con lo convenido: artículo 812.

Pero la interpretación, dominada por las ideas tradicionales de derecho romano, detenía la aplicación del principio, y cualquier alteración en la prestación se consideraba como constituyendo incompatibilidad. No debía referirse "al objeto principal de ella" (artículo 812).

Otro orden de ideas confirma las soluciones que nuestro proyectado artículo contiene.

Del hecho de que se acuerden pactos para el cumplimiento de la obligación existente nada se puede deducir sobre su carácter. Terceros a la deuda, pueden convenir en tomarla a su cargo. Pero puede ser de muchas maneras: como fiadores, como codeudores, como únicos deudores. En un caso hay idea de liberación del antiguo, pero puede ser solamente frente al acreedor, desde que el tercero se subroga en el crédito mismo, si está en los casos de subrogación legal, tan extendida por nuestro inciso 3º, artículo 768. En los demás el crédito subsiste en toda su extensión. Y lo mismo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

pasa con las indicaciones de terceros a quienes puede abonarse, o de los que se requerirá el pago, de los créditos.

Todo eso demuestra que las convenciones que introducen nuevas personas, o modificaciones en su situación respecto de la obligación, — dispensa de la solidaridad, renuncia a responsabilidades accesorias, etc. — o que hacen a la prestación, no pueden, ni deben, ser consideradas como extintivas de ellas, aunque estén destinadas a exonerar al acreedor o al deudor de su derecho o carga, como pasa en el caso de la subrogación en el crédito o en la deuda.

Pero de ahí no ha de deducirse que haya de proscribirse la novación extintiva. Lo que se deduce es:

1º La ley permite traspasar los derechos y las deudas, y modificar profundamente las prestaciones, sin imponer como el derecho romano, y el anterior inspirado por su tradición, la novación extintiva. Se llega a ese resultado directamente, conservando la relación jurídica en su integridad económica y de derecho. Así como en el pago se conserva por la subrogación, así la nueva convención deja subsistente la obligación trasmitida.

Se obtiene de esa manera una organización vigorosa del crédito personal y real, que multiplica su poder y facilita singularmente las relaciones fabriles, bancarias y de toda índole, por poderosas o por modestas que sean, sin peligro ni daño de ningún interés.

2º La ley no interpreta los actos en el sentido de su extinción. Deja a las partes que los ajusten como los entiendan. Si quieren extinguir la obligación con el estable-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cimiento de la nueva, son libres de hacerlo. Si no lo quieren no viene la ley a sustituir su voluntad a la de las partes, interpretando en sentido distinto los actos que celebran, so color de que los cambios, en las personas o en las prestaciones son contrarios a la esencia de la obligación.

La novación no se presume. Es facultativa.

3º Pero el sentido de esta declaración es mucho más extenso que el que resulta de nuestro artículo 812. Diríamos más. Partiendo del mismo concepto, la regla ha sido invertida.

Lo dice el texto proyectado. Lo que se presume es que las nuevas convenciones no extinguen la obligación. De ellas mismas debe resultar lo contrario. Si las partes ajustaron que se **daban en pago** del crédito, pagado quedó, con todas las consecuencias del pago: extintivo, o con subrogación. Y si no, no.

4º La presunción de subsistencia cesa delante la prueba de lo contrario. Si las partes se expresaron en sentido distinto, o si la modificación es de tal suerte que sea incompatible con la identidad de la obligación, queda entonces establecido que hay dación en pago. Pero esta incompatibilidad no resulta como lo quiere el artículo 812, de las modificaciones al "objeto principal, o a su causa" (de la obligación). No. Resulta solamente de la imposibilidad de mantener la identidad de la obligación, en presencia de los cambios. Sí, como nos lo decía Enneccerus, es económicamente la misma, se considera que lo es jurídicamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No es materia de orden legislativo decir donde empieza y donde concluye la identidad. Es materia de interpretación en presencia de los hechos. El juez resolverá si la presunción cesa en razón de la prueba que deriva de la convención misma. Pero se le dá un criterio: la ley no entiende que hay pago, por el solo hecho de establecerse una obligación nueva, para cumplir, con, o sin modificaciones, la anterior. Es el criterio opuesto al del artículo 812. Son las partes las que deciden.

5º Nuestro artículo es directamente inspirado por el § 364, Código Alemán. Y como se ha visto, no lo es por imitación servil. Es porque en nuestro comercio, en nuestros Bancos hipotecarios y de descuentos, ha muerto la novación extintiva.

Pero en aquel se menciona en su segundo período, solamente a la convención celebrada con el deudor. El nuestro comprende a las ajustadas con él, o con terceros.

No hay diferencia de doctrina, ni de solución. Se menciona en aquel Código al deudor, porque es obvio, dicen sus intérpretes, que las convenciones celebradas con tercero quedan libradas a las reglas generales de interpretación. No existe, como en el caso del deudor, motivo (tradicional-histórico) de dudar. No se presumen las obligaciones. Lo que el tercero ha pactado resultará de su estipulación. Nunca se ha presumido la novación subjetiva.

Como el § 364, citado, nuestro artículo habla de "aceptación **en pago**".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

La novación no es otro cosa. Es una de sus distintas formas. Se rige por sus reglas, hasta para el pago con subrogación, la repetición de lo indebido, la capacidad, etc. El punto no presenta dificultad, especialmente en presencia de la solución de nuestro artículo 783, que despeja la única que se levantaba en doctrina entre los post-glosadores sobre la identidad. (Puede verse en Huc, una rápida demostración del punto, tomo 8, número 103 y siguientes. Motive del Código Alemán, II, páginas 78 y 82. Planck, II, sobre el § 364, número 3).

El Código Alemán, no la menciona como instituto especial de liberación. Pero eso no quiere decir que la proscriba. Al contrario. Entiende que la libertad de contratar deja a las partes la elección del medio preferible para ajustar sus intereses. El principio general de las convenciones determina el efecto de la novación si prefirieron extinguir el crédito. La ley nada tiene que preceptuar como efecto particular de ese contrato.

Sus intérpretes tienen capítulos sobre ella en que se aplican las reglas generales del pago, y de las convenciones.

El Código Suizo de las obligaciones, que ha adoptado el instituto de la subrogación en las deudas, tiene un solo artículo según el cual la novación no se presume (artículo 116). No establece disposición ninguna reglando sus efectos. Se rige pues, por los principios generales.

El proyecto de 1926 de la comisión franco-italiana, conserva la novación, pero con una profunda modificación (artículo 199, inciso 1º) a los artículos 1271, Código Napoleón,

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 53. — En el caso de que la convención tenga por objeto la extinción de la deuda, podrán trasladarse a la nueva, por reserva expresa en el acuerdo, los privilegios y garantías reales de la anterior, constituídas por el deudor

---

y 1267, Código Italiano, en cuanto a la novación objetiva que la acerca de la solución que adoptamos en vista de las ideas expuestas.

Suprimimos, en consecuencia, todas las disposiciones inútiles del título actual, sobre obligaciones naturales, validez de las respectivas anterior y posterior, capacidad, etc. Solo conservamos una declaración relativa al traspaso de los privilegios y garantías, porque sin ella no podrían trasladarse a la nueva, desde que los privilegios son, en nuestro derecho, calidades de las obligaciones, efectos orgánicos constitutivos de ellas.

Sobre todo este asunto, véase además de los autores citados, Dernburg-Engelmann, Das bürgerliche Recht, II, 1, § § 119, 120 y 121; Enneccerus, I, 2, § 188; Giorgi, Obbligazioni, 7, número 339 y siguientes; Baudry et Barde, Obligations, 3, número 1689; Colin et Capitant, II, páginas 104|5; Saleilles, sobre el § 364, traducción del Código Alemán; artículos 1404|10 Código Austriaco, (reformado).

Arts. 53 y 54. — El efecto del pago es extintivo para la obligación. No hay por qué declarar entonces, que los privilegios, hipotecas, y fianzas desaparecen por razón de él.

Es tradicional que, con la reserva expresa del acreedor, se conserven los privilegios y garantías que pasan a la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

sobre sus bienes, aunque estos hubieran pasado a poder de terceros adquirentes. En este caso nunca excederán de la cantidad por que estaban originariamente afectados.

Los fiadores, y terceros que hubieran constituído garantías reales sobre sus bienes, quedan libres, a menos que convinieran expresamente en la subsistencia de sus garantías.

Art. 54. — Cuando se trata de novación extintiva con-

---

nueva obligación. Pero hay disidencias graves sobre las condiciones y efectos de esas reservas, y nuestro artículo 53 las resuelve en sentido que muchos autores no parecen aceptar, sin duda por no hacer las distinciones necesarias.

Así. El artículo 804, solo contempla el caso de pertenecer los bienes gravados a terceros "que no hubieran tenido parte en la novación". Hay en ello un error.

Cuando la constitución originaria de las garantías reales es sobre bienes pertenecientes a tercero, es claro que la situación es distinta de la constitución inicial sobre los bienes del deudor. En el primer caso, se aplican las reglas sobre la fianza, y por consiguiente la novación las extingue si no se obtiene la adhesión del tercero a la convención, (artículo 3186).

Pero cuando los bienes eran del deudor han pasado afectados al adquirente. Si es por título oneroso ha retenido la parte de precio necesario para pagar el crédito, y se ha obligado a ello. Si es por título lucrativo, la donación solo es del excedente de valor. Asume la obligación por la deuda hipotecaria.

venida con terceros que se hallan en las condiciones enumeradas en el artículo 768, subsistirán todas las garantías y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si ocurre la novación, muy probablemente redundará en beneficio del adquirente, porque impide la acción del acreedor en momentos en que podría ser ruinosa por la depreciación de los bienes, y, en toda hipótesis, porque aleja la liquidación. Si la hipoteca se extinguiera por el solo hecho de la falta de accesión a la novación quedaría sin pagar el precio de venta, o la donación sería mayor que la concedida por el donante. Se le liberaría gratuitamente y sin motivos, de las obligaciones aceptadas, en daño de su antecesor.

Es claro que la novación podría extender la cantidad originaria de la deuda. Podría, también, disminuirla. En todo caso los terceros poseedores de los bienes afectados no responden sino dentro del límite inicial aceptado. Y nuestro sistema hipotecario exige la determinación de una suma de dinero para cualquier clase de obligación, como límite del gravamen: artículo 3109. No hay, pues, inconveniente, y al contrario, existen muchos motivos para declarar la subsistencia de las hipotecas. Esos motivos son, precisamente, los que han hecho admitir en todas las legislaciones la subrogación en el crédito extinguido por el pago. Debe extenderse la solución al caso estudiado. En este sentido, artículo 178. Código Suizo de las obligaciones, para la asunción de deuda, y 1407, Código Austriaco reformado.

Algo más debemos decir sobre el proyectado artículo 54. Freitas por sus artículos 1150, 2º y 1151, proyectaba que en los casos de sustitución de acreedor, o de deudor,

fianzas con los efectos declarados en el artículo 771, sin necesidad de reserva o convención expresa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

la novación no se produciría cuando los terceros se hallaran en alguno de los supuestos de subrogación legal. Nuestro artículo 815 reproduce la idea en cuanto a la sustitución de deudor, si bien creemos que sin medir claramente el alcance de ella.

Cuando al acreedor se sustituye otro, con, o sin, acuerdo del deudor, es manifiestamente, porque recibe lo que se le adeuda en todo o en parte, o porque hace donación de su crédito. En todo caso, se halla desinteresado frente al deudor, y su operación es en realidad o una cesión de derechos, o un pago con subrogación. El acuerdo del deudor no puede alterar el carácter efectivo de la operación, como no lo cambia en la subrogación consentida por el deudor, o en la legal, del mandatario o del tercero que hace el pago con noticia de él: artículo 768, 2º y 3º Hay extinción con trasmisión de la deuda misma.

Y si es la sustitución del deudor, también es la obligación que asume el tercero la que liberta al primitivo, por medio del desembolso que se compromete a hacer el constituyente. Hay desembolso futuro, y pago presente que causa liberación del primer obligado. La solución del pago con subrogación se impone con claridad indiscutible. El crédito, los privilegios, las hipotecas, las fianzas subsisten, como subsisten en el pago. Enneccerus, I, 2, § 309, nota 1, decide para la asunción de deuda, que debe tenerse en cuenta la

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 55. — En los casos del segundo párrafo del artículo 52, las fianzas y garantías reales sobre los bienes afectados, subsisten en toda su integridad y dentro de su límite originario. Se necesita del acuerdo de los terceros para, extender dichos accesorios a mayor responsabilidad.

---

convención causal entre el deudor y el tercero, o entre este y el acreedor para juzgar de sus relaciones: mandato, venta, donación, etc.

Si es así, es claro que no es exacta la solución de los artículos 810 y 811, sino en cuanto se refieren al acreedor, porque debe subsistir el crédito, frente a los otros deudores solidarios, a los otros fiadores, a los poseedores de bienes afectados, y al deudor en su caso, en la medida que la subrogación lo permite según los preceptos generales.

Art. 55. — Enneccerus, I, 2, § 365, número 3.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO X

De la asunción de deuda

Art. 1. — Un tercero puede tomar a su cargo el cumplimiento de una deuda, por contrato con el acreedor, de manera que entre en lugar del precedente deudor liberado.

Se considera, en caso de duda, que el convenio con el tercero no causa sustitución del deudor.

Art. 1. — § 414, Código Alemán; 176, Suizo, de las Obligaciones; Austriaco, artículo 140.

El primer párrafo del artículo constituye la asunción privativa de deuda, extintiva de obligación para el deudor sustituído, con el consentimiento del acreedor. El segundo, la asunción cumulativa, o de accesión a la deuda, que constituye al tercero en deudor junto con el antiguo. Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 1, § 156, I; Enneccerus, I, 2, § 368 III; Planck, II, Observaciones preliminares, 5ª sección.

La palabra cesión, aplicada a las deudas, no es apropiada, aunque se va generalizando su uso en Francia. Desde que puede convenirse con el acreedor y sin intervención del deudor, la sustitución de él, no se vé de que cesión de deuda puede hablarse. El acreedor no puede ceder ninguna deuda sino su crédito y es lo opuesto lo que se conviene. El tercero asume la obligación de otro, y nada más. Saleilles, que había usado de la expresión, la abandonó. Véase

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — El que conviene con un deudor liberarlo de la prestación debida queda obligado a efectuarlo. Esa convención no da derecho alguno directo al acreedor.

El deudor no puede exigir la ejecución del convenio por el tercero antes de haber llenado por su parte las obligaciones que el contrato le impone.

Puede exigir garantías de que el tercero lo liberará de la deuda.

Art. 3. — La convención de sustitución y liberación del deudor celebrada con él, no produce sus efectos sin la apro-

---

nota al § 414, Código Alemán, número VII, de su traducción .

Es asunto de interpretación del contrato establecer si en la asunción cumulativa hay fianza, u obligación solidaria; en la duda se presume la solidaridad. Endemann, I, § 156, nota 3; Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 1, § 156, 1.

Art. 2. — § 329, Código Alemán; artículo 1404, Código Austriaco, reformado; artículo 175, Código Suizo, de las Obligaciones; Planck, II, sobre el § 415.

Se trata de un contrato perfecto entre el deudor y el tercero, pero no de una estipulación a favor del acreedor. Permanece ageno a ella. Puede ser revocada. — Windscheid, Pandekten, II, 1, § 338. En contra, artículo 3497, sobre el derecho del acreedor.

Art. 3. — § 415, Código Alemán; artículo 1405, Código Austriaco; artículos 175 y 176, Código Suizo de las Obligaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bación del acreedor. Esta no puede prestarse sino cuando se ha comunicado el convenio por el deudor o el tercero al acreedor.

Hasta la aprobación, las partes pueden revocar o modificar el contrato.

Si se niega la aprobación, quedará sin efecto la sustitución del deudor. Si se fijó un plazo dentro del cual debía manifestar el acreedor su asentimiento se considerará negado si se dejase transcurrir en silencio.

Pero difieren profundamente los dos primeros del último, por el carácter jurídico de la operación. Para los Códigos alemán y austriaco, la convención entre deudor y tercero está ya concluída desde su acuerdo, y como se dispone de un derecho ageno, queda sometida a la aprobación o confirmación del acreedor — artículos 1329 y 1330 de nuestro Código. Si la presta, todos sus efectos se siguen desde el momento de la convención. Se la ha confirmado tal como era, y por consiguiente, desde que era. Para el Código Suizo, constituye solo una oferta al acreedor, y el contrato es siempre con él. Es una aceptación, y no una confirmación. La convención no produce efectos sino desde que el acreedor acepta la oferta.

Nuestro texto sigue la primera solución que presenta ventajas indiscutibles. Constituye la construcción de Windscheid (Pandekten, II, 1, § 338, nota 6) de donde ha salido la doctrina moderna sobre asunción de deuda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Mientras está pendiente de la aprobación del acreedor, o cuando esta ha sido rehusada, se entenderá, en caso de duda, que el contrato obliga al tercero a cumplir la deuda.

Art. 5. — En caso de enagenación de un inmueble si el adquirente toma a su cargo la hipoteca que lo grava, se presume que asume la deuda en sustitución del deudor. El acreedor no puede prestar su aprobación sino en virtud de comunicación escrita hecha por el enajenante, después de inscripto el título en el Registro de la propiedad. Si transcurriesen seis meses de la recepción de esa comunicación, sin respuesta negativa del acreedor, se entenderá que presta su asentimiento.

La comunicación contendrá la indicación de que se entenderá efectuada la sustitución del deudor, si el acreedor no rehusa su aceptación dentro de los seis meses.

El enajenante debe hacer la comunicación a pedido del adquirente, y comunicarle la respuesta.

Véase Planck, II, sobre el § 415 Código Alemán, y la nota de Saleilles en la traducción de ese Código — Gallaix, La reforme du C. Civil Autrichien, pág. 259.

Art. 4. — § 415 Código Alemán, y artículo 1405 Austriaco, reformado.

Art. 5. — § 416, Código Alemán; artículo 1408, Código Austriaco, reformado. Véase Planck, II, sobre el primero, y la nota de Saleilles al mismo. Gallaix, obra citada, página 263.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 6. — Las obligaciones del que asume la deuda ajena, son las del deudor liberado. Puede oponer las excepciones nacidas de la relación jurídica existente entre el acreedor y el precedente deudor. No puede oponer las que nacen del convenio que ha celebrado con el antiguo deudor.

Los derechos accesorios y garantías del crédito continúan sin modificación por el cambio de deudor. Las fianzas, las obligaciones de los codeudores solidarios, y las garantías reales, constituídas originariamente por terceros, no subsistirán, sino cuando los que las establecieron prestasen por escrito su asentimiento al cambio de deudor.

Art. 7. — Cuando el que ha asumido la deuda de otro, tiene en virtud de sus relaciones jurídicas con el deudor, o del pago efectuado, o a que se ha obligado, una acción para ser reembolsado, se aplicarán en cuanto procedan las disposiciones sobre pago con subrogación.

Art. 6. — Artículo 1407 Código Austriaco, y 178 y 179, Código Suizo, Obligations; § 417 Código Alemán.

Adoptamos la solución de los dos primeros, en cuanto a la subsistencia de las garantías reales constituídas por el deudor originario no obstante la aparente disidencia del § 418 Código Alemán, pues el § 1164 del mismo, deja subsistentes las hipotecas constituídas por el deudor.

Art. 7. — El que libera al deudor por sustitución en la deuda, tiene, o puede tener, acciones recursorias contra él por efecto del pago, — o sus sustitutos, compensación, etc., — que se obliga a hacer, o ha hecho. La asunción de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — Si el deudor originario que ha enajenado un bien hipotecado en garantía de la obligación cuyo pago quedó a cargo del adquirente, la hubiera abonado por sí mismo, quedará subrogado en los derechos del acreedor.

Art. 9. — Si alguien adquiere, por contrato, un patrimonio, o una empresa, queda directamente obligado, a par-

---

deuda es un contrato abstracto. El contrato causal, mandato, fianza, sociedad, etc., o simplemente la acción de enriquecimiento, se guían por sus propias reglas. Cuando se dan las condiciones generales de la subrogación la deuda originaria subsiste no obstante la sustitución, tanto contra el deudor primitivo, como contra los obligados con él, o por él, o poseedores de bienes gravados. Véase Planck, II, sobre el § 414, número 4; Enneccerus, I, § 309, nota 1; Endemann, I, § 153, texto y nota 33.

Art. 8. — § § 1164 y 1167, Código Alemán. Tanto en el caso de negar el acreedor su aprobación de la convención liberatoria ajustada, como en el del artículo. Si estaba liberado por asentimiento del acreedor, es un tercero a la deuda, y se encuentra en las condiciones generales del que paga sin estar obligado a ello.

Art. 9. — Artículo 1409, Código Austriaco y § 419, Código Alemán. El artículo 181, Código Suizo, hace depender la responsabilidad, de la publicación del contrato.

El artículo austriaco y el alemán no exigen ninguna publicación. El primero fué adoptado después de una vasta

Corte Suprema de Justicia de la Nación Biblioteca Digital

tir de la entrega, por todas las deudas del patrimonio o empresa. El antiguo deudor continúa solidariamente obligado con el nuevo.

La responsabilidad del adquirente cesa desde que ha pagado deudas por un valor igual al del patrimonio o empresa de que se ha hecho cargo.

Cuando invoca esta restricción de su responsabilidad, se aplicarán, según el caso, las disposiciones de los artículos 3379 y 3382. Deberá ser considerado en cuanto a sus actos anteriores como si hubiera administrado por cuenta de los acreedores.

No puede pactarse entre adquirente y enajenante, la limitación o la exclusión de la responsabilidad declarada por la presente disposición.

---

encuesta, en que fué unánime la opinión, adoptada por el Código Alemán, de que la responsabilidad debía ser imperativa, por el hecho solo de la adquisición de la empresa, civil o comercial, — porque es el patrimonio de ella lo que especialmente tienen en mira los acreedores, como garantía de sus créditos, y porque se prestaría a graves abusos, si la responsabilidad del adquirente, había de depender de la voluntad del enajenante en hacer público su retiro de la explotación. Por eso los Códigos alemán y austriaco, hacen responsables al adquirente desde el momento del contrato, el primero, y desde la entrega el segundo. Seguimos a este.

En cuanto a la responsabilidad queda limitada por razón del motivo mismo de la disposición. Determinada por el hecho de la adquisición de bienes, e impuesta por la ley, se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO XI

De la compensación

En sustitución de los artículos 818, 819 y 820:

Art. 1. — Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, por título propio, de prestaciones de la misma especie y calidad, puede, cada una de ellas, compensar su deuda con su crédito, si las dos deudas son exigibles.

Puede el deudor invocar la compensación aunque se impugne su crédito.

Art. 2. — La compensación se efectúa por la declara-

---

limita a ellos, según el principio general. Se aplican por analogía, en cuanto procedan, las reglas de la gestión del heredero beneficiario, y en cuanto a la gestión anterior, de acuerdo con los § § 1990, 1991 y 1978, Código Alemán.

Gallaix, op. citada, página 265|6.

Es, entre nosotros, frecuente leer anuncios, en que se declara que los acreedores deben presentarse dentro de breves plazos — a veces, de pocos días, — a cobrar su créditos so pena de perder su derecho contra el deudor, y hasta contra el nuevo. Nuestro artículo concluye con semejante pretensión.

Arts. 1 y 2. — Artículos 120 y 124, Código Suizo; § § 387, 388 y 389, Código Alemán; artículos 214 y 215, proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones; Freitas, ar-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ción del deudor comunicada a su acreedor. Esta declaración es nula si se hace bajo condición o término.

---

tículos 1170|2. La misma solución en el derecho austriaco: Hasenhörl, Obligationenrecht, II, § 97; Krasnopolsky, Obligationen § § 61|2. Nuestro Código, siguiendo al Francés, adoptó, por el artículo 818, el principio de que la compensación extingue las obligaciones desde el momento de su coexistencia. La ley produce ese efecto independientemente de la voluntad de los interesados, y por su propia autoridad, **ipso jure.**

Tan grave decisión se había establecido sin motivo directo alguno. Se había creído en Francia, desde Cujas, que era esta la solución del derecho romano, y, a través de Pothier, pasó al Código Napoleón. Hoy nadie discute que había error. La opuesta, la de Azo, adoptada por Doneau y Vinnio que prevaleció en Alemania, se considera ahora la única exacta. (Duranton, De la nature et effects de la compensation, Revue de droit français et étranger, 1846).

La compensación deriva de un doble motivo:

1º Si no es un pago (Windscheid, Pandekten, II, § 349, notas 3 y 14; — Dernburg, Pandette, II, § 62) es un sustitutivo del pago, una datio in solutum, que permite, como él, la plena satisfacción del crédito. Se obliga al acreedor a cubrirse con lo que se le debe, porque **dolo facit qui petit quod redditurus est.** Evita gastos, y traslados de valores. Es económicamente ventajosa.

2º Pero no es esa la única razón. El acreedor tiene en la deuda suya una garantía, una seguridad, que le ha deter-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se consideran extinguidas las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el momento en que co-existieron como susceptibles de compensación.

---

minado a conceder crédito. Cuenta con que podrá cubrirse con lo que debe. Esta consideración es de grave importancia y determina varias soluciones de las proyectadas.

Ninguna de esas dos razones conduce a la extinción ipso jure, si por tal debe entenderse la extinción independiente de la voluntad del interesado. Al contrario. Puede no necesitar de la garantía. Puede no tener inconveniente en que su crédito continúe. Nadie está obligado a cobrar lo que el deudor no le paga. La ley no se entromete en el cumplimiento de los créditos que no se reclaman. El pago es libre. ¿Por qué no lo es la compensación?

Son, esas, cuestiones que solo interesan a las partes. La ley no tiene motivo para abandonar el principio de la libertad de gestión. El orden público no está en juego. Los terceros interesados ya sabrán usar de sus derechos si les conviene.

Con ese sistema de la extinción forzosa se perjudican graves y respetables relaciones económicas. En la industria fabril, en el comercio, principalmente en el bancario, las mismas personas tienen cuentas diversas, depósitos a la vista, en cuenta corriente, a término. Coexisten con independencia. ¿Por qué declararlos extinguidos desde el día que el accidente modifica los saldos en cada rubro?

Pero ya Duranton, en su célebre artículo antes citado (que la nota al artículo 824, recuerda), había observado que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

el Código Francés, no conservaba su principio: los artículos 1295 y 1299, de ese Código, son evidentemente contradictorios de él.

El artículo 1295 — y como él (con defectuosa redacción) nuestro 1474, — no permite invocar la compensación al deudor cedido que aceptó la cesión, y el 1299, permite al deudor que pagó al acreedor, usar de su crédito, y hasta contra terceros, si tenía justo motivo de ignorar su existencia.

Pero si la compensación se ha operado por la sola coexistencia, y aún sin saberlo las partes, (artículo 1290, Código Napoleón) no se vé como puede existir el crédito cuando el deudor ha pagado lo que no existía, y como su ignorancia puede alterar el resultado. Y tampoco, como la aceptación de la cesión puede hacer revivir lo extinguido.

No basta decir, como algunos escritores, que la ley misma establece excepciones cuando su principio conduciría a aplicaciones inconvenientes, porque esa no es siquiera una explicación verbal. El deudor cedido, puede oponer la excepción de pago, de remisión, de novación, a pesar de su aceptación: no es, por consiguiente, efecto de su aprobación hacer revivir la obligación extinguida. No es efecto, tampoco, de la cesión. ¿Por qué se exceptúa la compensación?...

Y en el supuesto del artículo 1299, Código Napoleón, menos se comprende. Todo lo que prevé es un pago de lo que debió ser extinguido. Y declara, no que hay caso de **condictio indebiti**, sino que puede ejercerse la acción del crédito, y hasta, si existió ignorancia disculpable, con efecto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

contra terceros por los privilegios e hipotecas: même a leur insu, dice, sin embargo, el artículo 1290.

Es evidente, de toda claridad, que lo que hay ahí es falta de ejercicio de la compensación. Es, pues, facultativa. No es imperativa. Y si son los casos en que ocurre, casos de excepción, habría que explicar porqué ocurren con la compensación y no ocurren con los demás modos de extinción.

Y menos se comprende todavía que pueda renunciarse a la compensación, como lo admiten todos los escritores, aun los que sienten la inconsecuencia de la doctrina (véase Demolombe, 28, desde el número 603; Aubry et Rau, 4, § 329; Laurent, 18 número 461 y siguientes; Baudry et Barde, Obligations, 3, número 1866; Huc, 8, números 169|70, etc.) y esto, hasta tácitamente, no solo en los casos que se dicen de excepción, sino en toda hipótesis. Parécenos que la tesis de la extinción por el simple hecho de la coexistencia de las dos deudas, e independientemente de la invocación de parte, queda convencida de contradicción **in terminis,** según los textos legales, y según la opinión misma de sus más ardientes defensores.

La ley, decimos pues, debe limitarse a reconocer la compensación como causa de extinción de los créditos. Los deudores verán si deben, o no, invocarla. No hay aquí derechos de tercero que tener en consideración, desde que ninguno debió contar con que se produciría el hecho accidental de la constitución de una deuda posterior, o de vencimiento anterior, recíproca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero, la compensación invocada, produce sus efectos desde la coexistencia de los créditos con los caracteres que determinan la compensación: prestaciones de cosas que pueden constituir pago recíproco, exigible, etc. Pueden no tenerlos desde el principio (por ejemplo, liquidación de daños y perjuicios, prestaciones alternativas, etc.). Desde que los adquieren, son compensables.

Esa extinción no es la consecuencia de una ficción, ni de un efecto retroactivo. Es el resultado perfectamente natural del estado efectivo de las cosas. Desde que las deudas son susceptibles de compensación, cada acreedor tiene en su poder lo que su crédito debía proporcionarle. Y si lo tiene ¿cómo hablar de intereses, de mora, de crédito no satisfecho? Hay una situación real, no ficticia, y contemporánea. Si se invoca la compensación, se invoca un estado de hecho, verdadero, y no hipotético. El heredero que acepta la herencia se considera que ha sucedido inmediatamente, porque su derecho existe por razón de la muerte del causante. El heredero que renuncia se considera que nunca fué heredero, porque no hay herencias por fuerza. Su voluntad es la determinante de una situación ya abierta y precisa. Lo mismo pasa con la compensación. Véase Enneccerus, I, 2, § 294, II.

Los artículos 818, 819 y 820, contienen varias declaraciones y exigencias que suprimimos porque no son de orden legislativo. Así, dice, el primero, no es necesario que las causas de las obligaciones sean las mismas. Del hecho de no exigirlo, del silencio, ya resulta. El segundo, declara que las deudas han de ser civilmente subsistentes, exigibles, de pla-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

zo vencido, y sí condicionales, que la condición esté cumplida. Pero si han de ser exigibles ya va envuelto que no sean nulae, que esté vencido el plazo, que no sean naturales, y, si están sometidas a condición suspensiva, que la condición se haya realizado. Si en cambio la condición es resolutoria la compensación se produce precisamente porque la condición no se ha realizado. Habrá compensación dependiente del no acaecimiento, que se desvanecerá dejando expedita la otra obligación, en caso de realizarse.

Por último, "si la cosa debida por una de las partes, ha de poder ser dada en pago" de la otra, como lo quiere el artículo 819, es inútil decir, después, (artículo 820) cuando ocurre, desde que es, esa, materia tratada en otros títulos.

Pero hay una condición exigida por el artículo 819, que se suprime, más que eso, que explícitamente se declara no ser requerida para la compensación. Aquel artículo requiere que las deudas sean líquidas.

La deuda es líquida **cum certum est an et quantum debeatur,** decía Pothier.

"La explicación de esa exigencia, no es quizá fácil" reconocía Demolombe (28, número 511).

Basta una oposición cualquiera al crédito, o a su monto, para que se considere ilíquido. Una impugnación basta, pues, para impedir la compensación. Ha dejado de ser esta una causa legítima de oposición a la exigencia de pago de una acreedor. No es cierto ya que **dolo facit qui petit quod redditurus est.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Nunca se ha construído una teoría con más frágiles fundamentos.

Porque todo lo que se dice es que no puede admitirse que una persona vea su derecho paralizado por la alegación injusta o mentirosa de un crédito imaginario, o no acreditado, dependiente de litigios complicados sobre su causa, o su cuantía.

Y comprendiendo lo excesivo de semejante objeción, se ha llegado a desarrollar una singular doctrina. Si la impugnación puede ser fácilmente resuelta, en breve plazo, el juez queda autorizado para admitir la compensación. Si no lo puede "fácilmente", la desestimará. Ese "fácilmente", lo tasaba nuestro antiguo Código de Comercio, artículo 962, en 10 días, y lo mismo Freitas, artículo 1167. El derecho francés no va tan lejos: deja que el Juez lo aprecie. Y como él, el artículo 216 del proyecto de Código franco-italiano, de las Obligaciones.

Con razón decía Huc (8, número 152): "la distinción entre las contestaciones que son serias, y las que no lo son, no tiene siquiera un valor teórico; es una fórmula destinada a cubrir la arbitrariedad de los tribunales". ¡Y Huc, era magistrado!

Que una persona tenga derecho para cubrirse de lo que se le debe con lo que ella haya de pagar a su acreedor, que la ley le asegure que no correrá riesgo de la insolvencia de su deudor ni de su falta de probidad, permitiéndole compensar sus deudas y que luego se le obligue a pagar lo que adeuda, porque su acreedor le ha opuesto dificultades que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

no pueden ser "fácilmente" resueltas, en... diez días, o en pocos más, es cosa de no comprenderse. Y si los derechos de las personas no tienen más consistencia que la que estas doctrinas les conceden, bien puede decirse que nuestra ciencia jurídica es un conjunto de fórmulas verbales, y vacías.

Felizmente, todas estas dificultades que se encierran en la condición de que las deudas han de ser líquidas, son imaginarias. Porque esos mismísimos escritores que nos explican el inconveniente que resulta de la mala fe en la deducción de la compensación, agregan que hay una de sus especies, la compensación por reconvención, que produce los mismos efectos que la legal, — los mismos sin distinción, hasta con efecto retroactivo, — la cual no exige la condición de la deuda líquida. Al contrario, precisamente, se da la compensación por reconvención, a los que tienen créditos ilíquidos, por litigiosos, o por no determinados en su importe. (Demolombe, 28, número 677; artículo 464, Código Francés de Procedimientos, y sobre él, Boitard, II, número 707).

Basta esa observación para convencer de errónea a toda la doctrina de la liquidación. Si puede compensarse por demanda reconvencional, cuando las deudas sean controvertidas, o su cuota no esté precisada, y si esa compensación produce los efectos de la legislada por el Código francés, ¿en qué queda la exigencia de que se nos viene hablando?

Examinemos, directamente, la teoría. Se dice: no puede librarse a la mala fe de un deudor la posibilidad de usar de un crédito contra él. Pero, aquí se presupone una hipó-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tesis sola. Hay otra. La del acreedor de mala fe. Si una controversia causa la pérdida de la calidad de líquida en la deuda, tanto puede levantarse por el acreedor que cobra, como por el demandado. Con discutir el crédito por este, ya ha quedado dependiente de sentencia su efectividad; y, a su vez, con discutir el demandante el crédito opuesto en compensación, ha paralizado el crédito del demandado. ¿Quién tiene razón? La sentencia **declarativa** lo dirá. Y resultará de ella que la compensación procede o no procede.

Se advierte, seguramente, de donde proviene toda esta dificultad: **de una confusión.**

Se confunde título, acción ejecutiva, con crédito, acción ordinaria.

Que un crédito líquido, exigible, de dinero, comprobado por cierto instrumento, permita al acreedor obtener satisfacción rápida que no debe tropezar por vía de una oposición fundada en compensación, que exija el desarrollo de un litigio ordinario, se comprende. Esa compensación deberá justificarse de tal manera, que dentro del término de prueba del juicio ejecutivo, quede comprobada. De ahí, los diez días del antiguo Código de Comercio, y de Freitas. De ahí lo de la "fácil" justificación de la Corte de Casación de Francia, y del proyecto franco-italiano.

Pero se trata de créditos ejecutivos. Y no todos los créditos lo son. Sin embargo, se exige como condición la de que han de ser líquidos, **todos** los que se oponen en compensación. Si no lo son, o uno que se demanda, u otro que se le opone, créditos son. Y no porque se impugnen deja de ser

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

exacto que existen, que comete dolo el que reclama lo que debe devolver, que la impugnación puede no ser fundada. El Juez debe oír y resolver. Si dentro del mismo juicio ordinario, por excepción, o demanda reconvencional, se ha levantado una controversia, no puede excusarse de resolverla, y su sentencia **declarará** que había crédito de tal importe, y la compensación procederá por efecto de esa **declaración**; o resolverá lo contrario, y por consiguiente que no hubo compensación.

Según esto, el efecto **declarativo** de la sentencia conduce rectamente a la conclusión que entreveían los escritores que como Demolombe, admiten la compensación por reconvención: puede producirse la extinción por compensación, aun cuando las deudas no sean líquidas, **cum incertum est an et quantum debeatur.**

La cuestión, es, pues, de ley de procedimientos, y no es, ni puede, ni debe ser de derecho de fondo. Tienen razón los Códigos Suizo y Alemán: la compensación no exige la condición de ser líquidas las deudas. Aunque sean impugnadas, como lo dice, el primero, procede la compensación. Esto en general. El juicio ejecutivo obedecerá a las propias reglas que su naturaleza impone. El ordinario, a las exigencias fundamentales de la libertad de la defensa de la persona y los bienes en juicio. Un crédito podrá ser líquido y, sin embargo, ser discutido porque hubo nulidad, pago, transacción, prescripción. Si hay controversia, el Juez no puede desestimarla sino por sentencia. Lo de rechazarla por no ser

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 3. — Se modifica el artículo 821, así:

Pueden compensarse las obligaciones que han de cumplirse en lugares diferentes. Se abonarán los gastos del pago en el sitio que corresponde y las diferencias de cambio.

Art. 4. — Cuando existen varias deudas compensables de una misma persona, se aplican las disposiciones sobre imputación de pago.

Art. 5. — La prescripción no impide la compensación cuando no se había operado en el momento en que las deudas eran compensables.

Se sustituye el artículo 822, por el siguiente:

"seria", "fácil", es denegación de justicia. ¿Qué más dá que se discuta con ocasión de una compensación?

Por eso es que el Código Alemán no ha considerado necesario decir como su predecesor, el primer Código Suizo de las Obligaciones, que no es inconveniente para la compensación, la contestación sobre el crédito en cualquiera de sus fases. Basta que coexistan las deudas exigibles. La sentencia declarará si concurren en el caso.

Art. 3. — Sobre las modificaciones de redacción véase Demolombe, 28, números 530|34, y Freitas, artículo 1168.

Art. 4. — Artículo 1297, Código Napoleón § 396, Código Alemán.

Art. 5. — § 390, Código Alemán; artículo 120, Código Suizo de las obligaciones.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 6. — El embargo de un crédito no impide la compensación con el del deudor, sino, en relación con el embargante, cuando ha sido adquirido el crédito del deudor después del embargo, o cuando se ha hecho exigible después de la exigibilidad del embargado.

Art. 7. — En sustitución del artículo 826:

El deudor puede invocar contra el cesionario la compensación con el crédito cedido, a menos que ya noti-

---

Todos los Códigos están conformes porque en los que admiten la compensación **ipso jure,** es su consecuencia necesaria. Del hecho de que la compensación requiera una declaración solo resulta que la parte invoca una causa de extinción que existía desde un momento dado. En ese instante no había prescripción.

En cuanto a otras excepciones perentorias o dilatorias, ya se deduce del texto del artículo 1, que impiden la compensación porque afectan la existencia o la exigibilidad de las deudas. Las excepciones que, como la non adimpleti contractus, las que derivan de los artículos 1412|13, y otras semejantes como la réplica de resolución del contrato, etc., se oponen a la exigibilidad o subsistencia del crédito, impiden la compensación. Véase Demolombe, 28, números 544|5.

Arts. 6 y **7.** — El artículo 822, que, según la nota, es inspirado por el artículo 1298, Código Napoleón, generaliza en sus amplios términos un principio de excepción, al grado de constituir una regla peligrosa e inexacta. Para despejar una de las hipótesis que Marcadé, a quien la nota nos remi-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ficado de la cesión hubiera adquirido su propio crédito, o que este se hiciera exigible después de la notificación y de la exigibilidad del crédito cedido.

---

te, y con él otros escritores, (Aubry et Rau, IV, § 326 in fine; Demolombe, 28, número 629 y siguientes) nos dicen sometidas a la regla, la de la compensación entre el comprador y el vendedor de un bien hipotecado, diremos que es equivocada, como lo ha demostrado Laurent, 18, números 441|2, y resulta de nuestros artículos 3162 y siguientes. Tampoco podría presentarse en la hipótesis prevista por este proyecto, de asunción de la deuda hipotecaria, porque el adquirente es deudor directo del acreedor y no hay compensación sino entre deudores recíprocos.

Decíamos que la generalidad de los términos del artículos 822, lo convierte en un principio equivocado. No nos dice cuales distinciones necesarias hay que hacer. Solo habla de créditos y deudas expeditos. ¿Expeditos cuando? ¿En la época de la constitución? ¿En la de la exigibilidad? ¿Posteriormente a la de uno de los créditos, o a la de los dos?

El artículo 822, suprime todo el segundo período del artículo 1298 Código Napoleón, que ya limitaba la disposición en una de sus más importantes aplicaciones. "Así, dice, el que siendo deudor **se ha hecho acreedor después del embargo** por un tercero, no puede en perjuicio del embargante, oponer la compensación".

Es una de las excepciones previstas por el artículo que proyectamos — § 392, Código Alemán. — Cuando el deudor a quien se ha comunicado el embargo, se constituyó acree-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dor, a su vez, ya sabía que no podría contar con su propia deuda como garantía del pago del nuevo crédito. Cuando se embargaba, ninguna de las condiciones de la compensación existía, y sabemos que uno de los fundamentos de la institución es la garantía contra la falta de pago que resulta de tener en el propio poder el medio de cubrirse.

Pero no basta. No prevé el Código Francés, ni sus escritores lo mencionan, otro caso más importante y grave.

Puede no ser anterior el embargo a la constitución de los créditos. Puede ser posterior. Si siguiéramos al pié de la letra a nuestro artículo 822, podríamos equivocarnos gravemente. No están expeditos los créditos. Uno está embargado. Hay un tercero que pretende impedir el pago: alega derechos. ¿Quedará por eso impedida la compensación? Sería una grave denegación de justicia. Y esto, aunque los dos créditos no fueran exigibles en el momento del embargo.

Si lo fuesen, es evidente la solución. Coexistían ya como compensables. El tercero no tiene derecho para arrebatar al deudor el medio que ya está expedito, dependiente de su declaración, pero dependiente solo de ella. El embargo llega tarde. La compensación procede. La invocación de ella por el deudor es **declarativa.** No es constitutiva.

Pero no lo son: o ninguno es exigible, o uno solo lo es.

Hemos dicho varias veces, que la compensación no es solamente un modo de cubrirse. Mientras llega el instante de hacerlo, es una garantía. Se tiene en la mano una a ma-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

nera de prenda. (Arg. artículo 3218). Porque no se hubiera concedido el crédito, o no se hubiera entrado en el negocio, sino se hubiera tenido. Y si es dolo pedir lo que ha de restituirse, dolo es pedirlo cuando no se ha de restituir.

La buena fe impide denegar la compensación por efecto de un embargo, porque este no puede realizarse contra el derecho de mucho más que retención del deudor, derecho de impedir el cobro.

La compensación procede, por consiguiente, aunque el crédito no esté expedito, ni sea exigible.

El primer proyecto de Código Alemán reproducía el período del artículo 1298, Código Napoleón, que nuestro 822 ha suprimido, y le daba la inteligencia de que solo era obstáculo para la compensación la adquisición de un crédito después del embargo de la deuda.

Pero en la segunda Comisión se creyó deber moderar la solución. Se dijo: es cierto que el deudor ha debido ver una garantía de su crédito, en su propia deuda. Pero eso solo ocurre donde esta es de vencimiento posterior. En el caso contrario debía abonarla antes de la exigibilidad de su crédito. Y se introdujo la distinción que contiene el § 392, y que reproduce el § 406, para la cesión. (Protokolle, I, páginas 373 y 391).

Oportunamente se modificará el artículo 1474.

Dentro de la fórmula general del artículo 822, se comprenden además de los casos ya estudiados, según la cita de Marcadé, el de quiebra que más abajo se considera, y el

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — Se reproduce el artículo 823, con las siguientes modificaciones:

a) En el primer período, donde dice "y el Estado", debe decir: "y la Nación, las provincias o los municipios", etcétera.

b) En el inciso 1º, donde dice "del Estado", debe decir: "de los Estados o municipios"...

c) En el inciso 3º: suprimir: "de los créditos contra el Estado" y la coma que sigue.

Art. 9. — Se sustituyen los artículos 824 y 825, por el siguiente:

---

de sucesión bajo beneficio de inventario, tratado, por el Código en el título respectivo.

Art. 8. — El artículo 823, solo menciona al Estado. No comprende a los municipios. Pero estos desempeñan servicios públicos que pueden sufrir por consecuencia de la paralización en la percepción de los impuestos. § 395, Código Alemán y artículo 125, 3º Código Suizo de las obligaciones. — Huc, 8, número 162. — Desjardins, De la compensation, número 146.

Art. 9. — El artículo 824, dispone que no es compensable la obligación de indemnización por no restituir la cosa que ha sido despojada, ni la de devolver un depósito irregular.

Pero si la primera es aplicación del principio spoliatus ante omnia restituendus, la misma razón se extiende a todos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No son compensables contra la voluntad del acreedor:

1º Las deudas nacidas de los actos ilícitos deliberados;

2º Los créditos que no pueden ser embargados.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 827.

---

los casos de hecho ilícito deliberado. Se trata de impedir la comisión de hechos perjudiciales y la solución debe aplicarse en toda hipótesis de atropello, engaño, o violencia. Véase Demolombe, 28, número 589 — § 393, Código Alemán.

En cuanto a la devolución de un depósito irregular, no se comprende en presencia de las disposiciones de nuestro artículo 2189. Los depósitos bancarios demuestran la incorrección de esa excepción. (Véase Huc, 8, número 160; y Demolombe, 28, número 599).

El artículo 825, a su vez, limita a las deudas por alimentos la excepción a la regla general de la compensación. También es obvio que ha de extenderse a todas las que no autorizan embargo, o procedimiento de apremio.

En cuanto a que haya imposibilidad de compensar obligaciones de hacer, eso depende de la naturaleza de los hechos. Cuando son de tal suerte que la persona del deudor no entra en consideración, y por su naturaleza cualquiera puede ejecutarlos, en pago de una y otra obligación, son compensables. No lo son sí, como lo dice nuestro artículo 1, constituyen prestaciones de distinta especie y calidad. Desjardins, op. citada, número 115; Larombière, sobre el artículo 1291, número 14; Demolombe, 28, número 492.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — Se sustituye el artículo 828, por el siguiente: Los acreedores pueden compensar sus créditos en caso

---

Quedan, pues, dentro de la regla general.

Pero nuestro artículo agrega, como el 125, Código Suizo, que las obligaciones enumeradas no son compensables contra la voluntad del acreedor. Si en ello no ve inconveniente, la extinción se produce, pues, la restricción es introducida en su beneficio. Puede, además, serle perjudicial, si el deudor es insolvente. Es unánime en los escritores la opinión de que la compensación es facultativa en el acreedor a quien se trata de favorecer con las restricciones de la legal. Demolombe, 28, número 661.

Art. 11. — Artículos 123 Código Suizo de las Obligaciones, y 136 del primero, de 1883. — Artículo 243, de la Ley federal suiza de cobro de deudas, y quiebras, y sobre él, Brustlein y Rambert, Comentaire, pág. 313, y Martín, Loi fédérale, etc., pág. 203 y siguientes. — § § 53, 54 y 55, Ley Alemana sobre concursos. — Artículo 446 del Proyecto preliminar de nuevo Código de Comercio Italiano, y pág. 352 de los Motivos. — Para el derecho Austriaco, Hasenhörl, Oblig. II, § 97, d); Krasnopolsky, Obligationenrecht, § 61; § 20 de la Ley Austriaca sobre concursos. En cuanto a la opinión en Francia, véase Huc, 8º, números 156|7, y Percerou, Traité des faillites, II, números 858, y siguientes, 863|872.

Siguiendo el Código las doctrinas francesas sobre la compensación y los efectos de la declaración de quiebra, ha dispuesto que no se produce aquella cuando no existían las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

de concurso del deudor, con los que el concursado tiene contra ellos aunque ni unos ni otros sean exigibles en el momento de la declaración. No procede la compensación cuando

---

condiciones de exigibilidad y liquidación antes de esa declaración.

Pero esa decisión del derecho francés ni es justificada, ni considera exactamente la naturaleza misma de la compensación, aun prescindiendo de que sus efectos se producen por resolución de la ley.

En la compensación hay coexistencia de dos créditos, y porque la hay las partes han podido y debido ver en ella una garantía de cumplimiento. Hay más que un derecho de retención, desde que este por sí, solo dá un medio de impedir que, sin el pago, se fuerze a la restitución de un bien dado, pero sin poder disponer de él, mientras que en la coexistencia de créditos va envuelta la seguridad de que se cubrirá el acreedor con lo que, a él se adeuda.

La doctrina francesa, partiendo de interpretaciones equivocadas de textos romanos, según los modernos lo reconocen, no ve en la compensación sino un hecho de pago. Mientras no se ha producido, nada existe y nada hay que considerar. La falencia del deudor impide que se efectúe, y deduce de ahí el derecho francés, que el deudor del fallido debe pagarle íntegramente su crédito, y pasar, a su vez, por las consecuencias de la insolvencia. La profunda iniquidad que envuelve esa solución, se considera, sin embargo, como manifestación de justicia: debe pasar el deudor-

el acreedor del concursado se ha hecho deudor después de la declaración de concurso, ni cuando un deudor se ha hecho acreedor con posterioridad a ella. Tampoco procede

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

acreedor, por la ley del pago con moneda de quiebra: es la ley de la igualdad.

Y sin embargo, de ello, sin textos que lo autoricen, por lo que Percerou, llama "procedimientos más pretorianos que legales" se ha tratado de escapar a las consecuencias que unos defensores del sistema francés — Lyon-Caen et Renault, VII, número 217 — califican de inicuas, y se ha formado la doctrina de la compensación cuando hay conexidad en los créditos. Y admitida, se ha visto conexión en las cuentas corrientes bancarias, entre marido y mujer en caso de separación de bienes, en las sucesiones para la colación y pago de deudas, en el seguro.

Se ha admitido además que las reglas de la quiebra no se aplican a la insolvencia, ni en general, según muchos, a la prenda, a la retención, etc.

Pero esa misma doctrina pretorial, antilegal, ya demuestra que se siente la profunda "iniquidad" de la regla. Dolo es pedir el pago, sin abonar lo que se debe. Y dolo es prescindir de la situación jurídica creada, para desnaturalizarla.

Si se admite que cuando las deudas son conexas, ya no está sometido el acreedor a pasar por la regla de la igualdad en el desastre, ¿por qué es? Porque los créditos y las deudas han sido aceptadas, consentidas, en vista de la contraprestación. En la cuenta corriente, porque los valo-

cuando el reclamo del acreedor se apoya en un título al portador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

res que ingresaban a ella servían para cubrir o asegurar el cobro de las salidas.

Es ese, exactamente, el caso del que siendo deudor aceptó conceder crédito a su acreedor. Si no pagaba se cubriría con la propia deuda. Y la insolvencia, la quiebra, ni pueden, ni deben alterar la situación, porque **se realiza la hipótesis prevista.** Si solo se paga con dividendo, y tal vez ni siquiera con eso, se ha cometido una expoliación.

La regla de la igualdad es la consecuencia necesaria de la relación jurídica misma. ¿Con qué se vá a cubrir un acreedor, sino con los bienes de su deudor? Pero en las deudas recíprocas, hay otra cosa con que cubrirse: hay lo que los demás acreedores no tienen, y lo que este particular, tiene. Un valor en su poder, con el cual la ley le permitiría cubrirse. ¿Por qué se le impide ahora? ¿Por la insolvencia? Es contradictorio que la quiebra le prive de lo que si el deudor no hubiera incurrido en ella, sería indiferente para él

"El derecho de compensación es para el acreedor un medio de cubrirse como el derecho de retención, y el de prenda: los tres, son para el que concede crédito, un modo de asegurarse, una garantía; es común a los tres el concepto de no ser justo que un acreedor haya de restituir a la masa lo que cubre su crédito, y haya de hacerlo valer como crédito común de concurso. Al derecho del acreedor de cobrarse, separadamente de los otros acreedores, con una cosa del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si el deudor que adquirió el crédito contra el concursado después de la declaración de concurso lo hizo por

---

deudor común que detiene, corresponde el derecho del acreedor de no pagar a la masa del concurso, para que vaya a poder de todos la suma que a su vez debe al deudor común, sino de emplear esta su deuda para satisfacer su crédito separadamente de los demás acreedores. El derecho de retención aparece como el medio más débil de seguro, la compensación como el más efectivo; el derecho de retención proporciona solamente una garantía, el de prenda el modo de satisfacerse con la deuda de otro, el de compensación, el de ser satisfecho con la propia deuda. Bien pueden el derecho de retención y el de prenda, cuando tienen por objeto una cosa, que se considera económicamente como un "valor moneda", ser elevados a derecho de compensación; pero siempre resultará que, por sí, el derecho de compensación comprende la sustancia, el contenido de los otros derechos". Motivos de la ley alemana de concursos, pág. 229.

Es la consecuencia de ese orden de ideas, que la compensación se produce aunque las deudas no estén vencidas, porque la declaración de concurso civil o comercial, produce la exigibilidad de todas las sometidas a término.

Y no se diga, como lo dice Thaller, que esa exigibilidad solo es a favor del concurso porque, además de no constituir un argumento de fondo contra las consideraciones aducidas, es inexacto por sí mismo: artículo 1188, Código Napoleón, y 572, Código Civil. El término desaparece por razón de la

subrogación legal en virtud de estar obligado como codendor, garante, o poseedor de bienes hipotecados, por actos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

falencia o la insolvencia, en beneficio del acreedor que no tiene porque esperar en presencia de ellas.

No es, pues, extraño que se vaya formando la doctrina pretorial de la Corte de Casación, contraria a la ley francesa, bajo la presión de las fuerzas inmanentes, y que, tanto en Francia, como en Italia, se vaya fijando el concepto de que hay que reformar el derecho vigente. En el segundo país ya se propone por el artículo 446 del proyecto de nuevo Código de Comercio, por los primeros jurisconsultos italianos, la solución opuesta a la vigente, de acuerdo con las ideas que dejamos esbozadas.

En cuanto a la última parte del artículo, § 55, Ley alemana; Brustlein et Rambert, sobre el artículo 213 de la Ley federal suiza, números 7 y 8. Decimos, garantes y no fiadores, para comprender a los deudores sucesivos, como los endosantes. La Ley alemana habla de obligaciones constituídas después de la declaración de concurso, o con conocimiento de la cesación de pago. Proponemos otra fórmula, "de buena fe", en virtud de las razones expuestas en una sentencia de 1888 del Tribunal federal suizo que trae Brustlein, (sobre el artículo 214, número 3). La ley, dice, entiende penar las maniobras desleales a que ciertos deudores y acreedores de un insolvente pueden recurrir para perjudicar la masa... En cambio la compensación de la deuda con un crédito aun adquirido con conocimiento de la insolvencia del fallido, no podría ser impugnada cuando el deudor al adquirir el cré-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

anteriores a esa declaración, celebrados de buena fe, será admisible la compensación.

Art. 12. — Si el crédito contra el deudor concursado estuviese pendiente de término, se descontarán los intereses contractuales, y en defecto de ellos los legales, correspondientes al tiempo no transcurrido.

Si estuviese subordinado a una condición suspensiva uno de los créditos, el acreedor podrá pedir las garantías

---

dito no era guiado por ninguna intención fraudulenta. En semejante caso el deudor no entiende obtener para sí o para un tercero por un abuso del derecho de compensación una ventaja en daño de la masa, sino solamente crear en ejecución de una obligación contraída por él, un estado de hecho conforme a derecho, y correspondiente a lo que podría exigir aun en el caso de quiebra".

Y si se piensa que un fiador, un codeudor solidario, un aceptante, han podido contraer obligaciones para ayudar a una persona cuyo crédito empieza a vacilar, que esa intervención debe ser favorecida, para evitar las consecuencias ruinosas de la insolvencia temida, se convendrá en que es inconveniente la regla de desconfianza que trae aparejada amenazas contra la subrogación eventual de los terceros que asumen responsabilidades para ayudar al deudor. Lo fundamental es hacerlo de buena fe.

Art. 12. — En cuanto a los intereses, artículo 81 Ley de quiebras. Sobre la condición suspensiva, el acreedor, sea concursado, o no, el deudor, puede pedir las medidas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

necesarias para asegurarse de la restitución de lo que hubiera debido abonar por su parte pendiente la condición.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 827.

Art. 14. — Se reproduce el artículo 829, con supresión de las palabras "o el pago de la obligación".

Art. 15. — Se sustituye el artículo 530, por el siguiente:

El deudor solidario no puede compensar su deuda con el crédito de otro de los co-deudores, ni con la deuda de otro de los acreedores, sino presenta autorización expresa escrita de ellos.

Art. 16. — Se suprime el artículo 531.

———.

conservatorias de su derecho, en este caso, derecho a la compensación. Artículo 54, Ley alemana.

Art. 15. — La nota al artículo 530 nos explica la adopción de la regla contraria a la proyectada. Se trata de una crítica al Código Francés, que por su artículo 1294, excluía la compensación con lo adeudado a otro de los deudores solidarios invocada por el demandado.

Las razones que Marcadé, exponía y que se consideran tan sólidas, no examinaban la disposición misma. Apenas consistían en expresar la falta de lógica jurídica, porque, como es ya general en los escritores franceses la opinión, si la compensación se produce de derecho, y aun ignorándolo los interesados, no es deducción de esa premisa la subsistencia de un crédito extinguido por su coexistencia con uno cualquiera de los deudores, o acreedores. Todo lo que de ahí

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

se deduce, es que la disposición del Código Napoleón no es consecuencia de su concepto general sobre la compensación.

Con ello no queda demostrada la incorrección de la criticada decisión. La lógica jurídica no cierra la discusión. Puede haber razones que la justifican y Marcadé, no ha examinado en sí misma la disposición.

Y la prueba de que no depende de la manera de encarar la compensación por punto general, se halla en que los Códigos Francés y Alemán, con conceptos diametralmente opuestos, consignan la misma decisión: no puede un deudor solidario compensar con lo que no se le debe a él.

El instinto, más que las no muy buenas razones con que en el Tribunado se explicó el artículo francés, condujo a una solución que es exacta por si misma. Lo que de ella aparece es, no como lo pensaba Marcadé, que por ser consecuencia inexacta, era errónea, sino al revés, que su adopción demostraba el error del principio general.

Ya el Derecho Romano había establecido esa decisión. Solo se exceptuaba a los codeudores socios, de ella. Y se comprende. Existía entre ellos una relación interna que no derivaba de la solidaridad, sino de la sociedad, que conducía a cierta unidad patrimonial. Pero fuera de ese caso, se mantenía la independencia entre los codeudores. La solidaridad vincula, pero con el acreedor. Se acepta frente a él la obligación de prestar lo debido. Y nada más. Cada deudor es y sigue siendo dueño de sus bienes.

Cuando el acreedor persigue al deudor, y le reclama el pago, debe este hacerlo con lo que le pertenece. No puede

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

tomar el dinero, los ganados, los inmuebles ajenos. De ellos no dispone, y no conviene que disponga porque sería insoportable la situación jurídica de los obligados con esta intromisión de un tercero en la administración de sus bienes. Sería una capitis diminutio máxima; una tutela salida de un favor prestado, tal vez. Dernburg, decía, con ironía, que admitir la compensación con lo ajeno, es exactamente como pagar con el bolsillo de los otros. Dernburg, Pandette, II, § 73. (Véase Motivos del Código Alemán, II, sobre el § 330).

Y tan decisiva es esa razón que se considera innecesaria otra demostración. Ninguna ley permite que el deudor solidario se apodere de bienes ajenos o dé a embargo lo que no es suyo, so pretexto de solidaridad. No conocemos artículo de Código alguno que lo permita. Y ¿qué tiene de peculiar la compensación para abandonar el principio general de que no se pierde la Administración de los propios bienes por el hecho de aceptar la obligación de pagar íntegra una deuda, en que otros se han constituído deudores? Reflexiónese en las perturbaciones de toda índole que causaría a un comerciante encontrarse con sus cuentas corrientes agotadas o disminuídas por las partidas compensadoras de otros obligados, y ya se comprenderá que aunque la regla del Código Napoleón no fuera lógica, era exacta. Cada deudor dispone, gobierna lo suyo, y compensar es tomar lo que nos pertenece y aplicarlo para abonar lo que debemos. Si los codeudores pueden compensar, en buena lógica deberán poder dar en pago, — y la compensación es una dación, — los bienes... de otro, sin consultarle, darlos a embargo en sus eje-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

cuciones. ¿Y por qué no, novar, transigir... por cuenta ajena, y a costa de otros?

Queda otra solución. Es la del Código Italiano, artículo 1290; la de autorizar la compensación con lo que se debe a otro deudor pero solo por la parte que este tiene en la obligación. En otras palabras: hasta lo que debería por la acción de regreso. Parece que esta solución ha sido aceptada por los juristas franceses de la comisión franco-italiana, pues, es la de los artículos 137 y 151 del proyecto de Código de las Obligaciones. Es la solución que, por extensión, deriva del derecho romano. (L. 10, 45, 2, D.) según algunos. Windscheid la aceptaba pero con una significativa restricción: "el demandado dará garantía de que el codeudor aprobará la compensación". § 350, nota 19. Dernburg, entendía de manera distinta al texto de Papiniano: "¿Puede el deudor correal compensar con un crédito del otro? Eso sería, como se dice vulgarmente, pagar con el bolsillo ajeno. Puede admitirse **solo cuando por consecuencia de una sociedad** con el deudor correal, o **por otro contrato, hubiera sido autorizado** a hacer tal empleo del contracrédito de su socio". Pandette, II, § 73, b).

Como se vé la posibilidad de la compensación parcial depende de la autorización del codeudor que, según Dernburg, debe ser previa, y según Windscheid, exige la ratificación. Sin ella no es posible.

Pero todas las razones que se oponen a la compensación total se aplican a la parcial, y aun agravadas. Porque ¿qué

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

sabe el acreedor de las relaciones internas entre los codeudores? ¿Qué, estos, de las de los acreedores entre sí? ¿Habrá acción de regreso? ¿Por partes iguales? ¿No habrá pactos interiores modificativos, o excluyentes?

Si la compensación ha de ser parcial y los codeudores no están conformes entre sí sobre sus partes respectivas, si uno pretende que no tiene ninguna, en la obligación, y otro que la tiene por el todo, no se vé como la ley puede detener al acreedor de cobrar lo que se le debe, por el todo, en seguida, sin esperar liquidaciones de los negocios de sus deudores. Y es detenerlo autorizar la compensación por la parte que le corresponda a cada deudor. La comisión redactora del Código Alemán, decía:

"La obligación de regreso de los codeudores, o coacreedores, no toca de manera alguna la relación entre el acreedor y cada uno de los deudores o entre el deudor y cada acreedor. Cada deudor está obligado por el todo en virtud de la obligación existente entre él y el acreedor, y cada acreedor... autorizado sobre el todo, y así como no puede un deudor pretender arrojar, frente al acreedor, una parte del pago, sobre otro codeudor, en virtud de la obligación de regreso determinada por sus relaciones, tampoco puede permitirle una acción de regreso, en vez del pago que se le exige, enviar al acreedor a una compensación con el crédito de otro codeudor... El objeto esencial de la relación de la solidaridad, de permitir al acreedor la ventaja de mayor seguridad, y el más fácil y cómodo ejercicio de su derecho, quedaría esencialmente perjudicado por la intro-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

ducción de las relaciones existentes entre codeudores, o coacreedores, y la excluída excepción de división entraría por otra vía por la puerta parcialmente abierta". Motive, II, sobre el § 330.

Pero, sí, como Windscheid y Dernburg, lo creían establecido en el derecho romano, el codeudor, o coacreedor, a quien afecta la compensación de su crédito, con la deuda reclamada a otro, o por otro, quiere prestar su conformidad, puede ser ventajoso para todos, permitir que sea invocada, y sacar de la indecisión este punto. Al fin, se trata de deudores, y acreedores: no son terceros, y con su acuerdo no puede existir dificultades. Para que no se desdoble esta facultad en un medio de dilación, exigimos que quien invoque la compensación presente la autorización expresa escrita.

Artículo 1294, Código Napoleón; § § 422 y 429, Código Alemán.

Artículo 1141 Código Austriaco.

NOTA. — Se traslada a la sección de este libro que trata de los contratos, el título de la transacción. Es esta algo más que una causa de extinción de las obligaciones. Puede tener por objeto la modificación y extinción de derechos reales y su acción se extiende a las sucesiones, y al derecho de familia aplicado (artículo 846).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO XII

De la confusión

Art. 1. — Se sustituye el artículo 862, y el 864, por el siguiente:

La reunión en la misma persona de la calidad de acreedor y de deudor, causa la extinción de la obligación. Si solo se tratase de una parte del crédito o de la deuda, la extinción será hasta concurrencia de esa parte.

Art. 2. — Se suprime el artículo 863 y el 866.

Se reproduce el artículo 865.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 867, al cual se agregará como segundo párrafo:

Si se tratase de derechos cuya extinción se hubiera inscrito en el Registro de inmuebles, la reintegración no se producirá sino después de la nueva anotación, y sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros durante el intervalo.

Art. 2. — Se suprime el artículo 863, por ser reproducción del artículo 3371. El artículo 866, en virtud de lo proyectado, y por las consideraciones expuestas en el título de la solidaridad.

Art. 3. — El agregado es indispensable en virtud de las bases fundamentales del sistema de publicidad adoptado por este proyecto. La hipoteca cancelada, por ejemplo, no renacería por efecto de la desaparición de los efectos de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO XIII

De la remisión de la deuda

Art. 1. — Se sustituyen todos los artículos del título De la renuncia de los derechos del acreedor, artículos 868 a 875, y además el artículo 876, por el siguiente:

———

confusión, sino se reinscribiera, y esto, si fuese posible por la existencia de derechos constituídos en el tiempo medio.

Art. 1. — Contiene dos títulos el Código sobre renuncia de los derechos del acreedor, y sobre remisión de la deuda. Pero la remisión, es la renuncia del crédito, y la renuncia es la remisión, siempre que las palabras se empleen en su sentido recto. Porque, decir como algunas escritores, que la novación es una renuncia, y la dación en pago, o el pago parcial (artículo 869) o la transacción (artículo 871) son renuncias, es manifestar simplemente que esas renuncias tienen su nombre distinto, y son regidas por reglas que no son las de la remisión.

La remisión es siempre gratuita. El que renuncia por precio o por equivalentes, hace y acepta un pago parcial, — en este caso, con remisión gratuita del excedente, — o una dación en pago. Cuando se hace por testamento es, nos dice el artículo 870, un legado, disposición que suprimimos porque los artículos 3782 y siguientes se ocupan de él. Cuando se efectúa para producir efecto en vida del acreedor, es

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La obligación se extingue cuando el acreedor, por contrato, remite la deuda al deudor. Constituye una donación.

Puede ser expresa o tácita. Puede ser total, o parcial.

---

siempre un contrato, pues es un acto de su voluntad, — artículo 868 — que solo se hace obligatorio por la aceptación del interesado — artículo 875.

Es, pues, un contrato de liberalidad: una donación.

Actualmente la doctrina está definitivamente fijada, sobre esa calificación, hasta por los que todavía creen que se puede hablar de remisión onerosa, pues, convienen en que lleva la relación otro nombre, exige otras condiciones, y se rige por otras reglas. Equivale esto a reconocer que la remisión es en todo caso gratuita.

La remisión es siempre voluntaria. La quita impuesta por concordato se rige por otras disposiciones. No está comprendida en las de la remisión. Queda bien destacada esta distinción en nuestro artículo, por la declaración de que la remisión contractual constituye una donación sujeta a todas sus reglas, con excepción de las de forma. Con ese objeto se contiene esa calificación por la ley misma, que podría, sin él, dejarse librado a la doctrina, como lo hace el § 397, Código Alemán. Véase artículo 1187, Código Español, que somete la remisión aún a las formas de la donación; artículo 626, Código Suizo; artículo 1652, Código de Chile; Demolombe, 28, número 370 y siguientes; Laurent, 18, números 333|9.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — La remisión no está sujeta a forma dada. Cuando la obligación remitida, o los derechos accesorios remitidos se hubieran constituído por escritura pública, la remisión se hará, pena de nulidad, en la misma forma. Si estuvieran inscritos en el Registro de inmuebles, la remisión no producirá efectos respecto de terceros, sino a partir de su inscripción.

Art. 3. — La remisión de los derechos accesorios no implica remisión de la obligación principal.

Se suprime el artículo 872, porque es la repetición del artículo 19, y el artículo 874, porque los contratos no se presumen, y la remisión está dentro de la regla.

Art. 2. — Artículos 873 y 885; artículo 115, Código Suizo de las obligaciones. Se exigirá la inscripción no solamente de los instrumentos de constitución de derechos reales de garantía, sino también de derechos personales, por ejemplo, de locación. La remisión debe, pues, publicarse, lo que exigirá para ella misma las condiciones de forma que en su lugar respectivo se establecerán.

Art. 3. — Este artículo tiene dos efectos. 1º Establece que la remisión puede hacerse aunque no se refiera a la deuda, como lo dice el artículo 1º. Puede, por consiguiente, remitirse la fianza, la prenda, la hipoteca; 2º, declara que de esa renuncia no se sigue efecto respecto de la obligación principal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se suprimen los artículos 880, 881, 882, 883, 884 y 885.

Se suprime el artículo 880, por consecuencia del proyectado y de lo dispuesto por los 2042|9. El 881, por ser repetición del 707, y porque su redacción es particularmente deficiente.

No es cierto que la remisión produzca los efectos del pago respecto de los herederos. Extingue la deuda y, por consiguiente, no existe frente a los herederos. Pero el pago no autoriza ni la colación, ni la reducción de la donación, y la remisión lo es. Tampoco es exacto que produzca los efectos del pago en relación de los codeudores solidarios, por la misma razón. Si es una liberalidad, nada ha costado al codeudor y no tiene por consecuencia la acción de regreso. Se entiende además, en defecto de estipulación expresa, que la remisión es a favor de todos los deudores, aunque se pacte con uno. En caso de limitarse la donación al donatario que la ajustó, y si todavía, no lo fuera a su parte, habría acción contra los demás, pero por sucesión en el crédito y por consiguiente por confusión.

Zachariæ, 3, § 569, nota 12.

El artículo 882, es repetición del 2024, que solo exige un ligero retoque respecto de los cofiadores solidarios, para hacer inútil el primero. El artículo 884, es redundante. La supresión del 883 responde a las razones unánimemente expuestas por los escritores franceses que consideran equivocada la disposición del artículo 1288, Código Napoleón. Uno de ellos advierte que en virtud de él el acreedor está inte-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — En reemplazo del artículo 877, el siguiente, al cual se agregará como segundo párrafo el artículo 879.

---

resado en no conceder jamás la exoneración del fiador, y que no se conoce caso de que se haya obtenido. Demolombe, 28, números 469|75; Laurent, 18, número 374; Huc, 8, sobre el artículo 1288; Baudry et Barde. Obligations, 3, número 1789; Giorgi, Obbligazioni, 7, número 329.

Art. 4. — La entrega del instrumento original que acredita la obligación, es un hecho que no puede tener sino un sentido cuando es el acreedor el que lo ejecuta y el deudor el que lo recibe. Desprenderse del título demostrativo de la deuda devolviéndolo al que lo ha suscrito y entregado para constituir una prueba contra sí mismo, es desarmarse voluntariamente para poder gestionar el pago. No puede tener otro sentido el hecho que el de la liberación. Y para no volver sobre este punto, digamos que cuando se dice deudor, se dice cualquiera de ellos, si son varios, y tanto los directos, como los fiadores.

Pero si se explica la liberación, no se precisa de cual clase es. Porque en las costumbres más constantes, en el alto comercio, en el bancario, está la devolución del documento creditorio en caso de pago, y de novación. Parecería en consecuencia, que debiera significar presunción de pago.

Puede ser, sin embargo, una remisión, es decir, una donación.

Si es lo primero, autoriza recursos contra los codeudores. Si la entrega se hizo al fiador, éste puede invocar la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La entrega del instrumento privado original que justifica el crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, constituye prueba de la liberación.

---

presunción de pago, y ejercer su recurso contra los deudores, en virtud de él.

Si a la inversa, como lo hacen algunas legislaciones, — Código Español, artículo 1188, — Chileno, artículo 1654, — se presume que hay remisión, el deudor que ha efectuado realmente un pago, se encuentra desarmado frente a todas las consecuencias eventuales de esa presunción: colación, acción de reducción, revocación por causa de ingratitud, negativa de los codeudores a reintegrarle de lo pagado.

El mismo hecho es, pues, de doble interpretación. Y la más simple consideración de él deja comprender que cualquiera de las dos posibles no está más justificada que la otra. Habrá casos en que no es verosímil la donación — los bancos no donan los créditos de su cartera. La presunción sería de pago. En otros, el parentesco, la amistad, las relaciones de toda suerte, dejan como más probable la remisión. Los Códigos francés e italiano, se han abstenido juiciosamente de inclinarse a una cualquiera de las interpretaciones. En lo que están firmes es en declarar que la entrega del documento creditorio es prueba de liberación. Si es por pago, o por remisión, se guardan bien de decirlo.

De ahí que sus intérpretes se hayan dividido. Algunos piensan que decide la elección del deudor. Demolombe, 28, número 431 y siguientes, distingue. Frente al acreedor pue-

Siempre que el instrumento original de donde resulta la deuda se hallare en poder del deudor, se presumirá que

---

de elegir libremente, sin demostrar su pretensión. Frente a terceros, debe justificarla. Otros, como Laurent, 18, números 352|4, piensan que tanto el acreedor, como el deudor, y los terceros deben demostrar su afirmación: la ley nada presume ni debe presumir.

Veamos nuestro Código. Nos dice, — artículo 877 — que la entrega del documento causa remisión "si el deudor no alegara que la ha pagado". Si lo alega, por lo que se infiere, no hay remisión desde que ésta aparece subordinada a la no alegación. Si se alega, ¿qué hay? El artículo no lo dice. Pero el artículo 879 inmediato, nos habla dos veces de pago o remisión. Y agrega que "será de cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remisión de la deuda". ¿Y si no lo prueba? ¿Importa pago? ¿No importa liberación alguna? Tampoco lo dice el artículo. ¿Es un hecho indiferente la entrega de la copia de un documento protocolizado?

Nótese que en el artículo 877 hay remisión tácita, siempre que no se alegue pago. En el 879, no la hay sino se prueba.

Parecería que el artículo 877 ha adoptado la opinión de Demolombe. Si el deudor no alega que hubo pago, hay remisión. Si lo alega, no la hay. Es, pues, el árbitro. Cuando se le exige que colacione, o reduzca la donación, o preste alimentos al donante, escapa a las consecuencias. Alega que hay pago.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

el acreedor lo entregó voluntariamente a no ser que se pruebe lo contrario.

Se suprime el artículo 879.

Pero en el acto, — y sin desarrollar las graves dificultades que el artículo presenta, sobre si por la sola alegación hay presunción de pago, o no hay nada, si esa alegación basta, o hay que probarla, si se admite contra ella prueba, o si es constitutiva, etc., — se advierte, decimos, en el acto, que la teoría del artículo 877 no es la de Demolombe, porque éste distingue entre presunción frente al acreedor, y presunción frente a terceros codeudores, cofiadores, deudor principal, herederos legitimarios, y nuestro artículo, no. En toda hipótesis hay remisión, y en toda hipótesis desaparece esa interpretación si se alega que hubo pago. No puede ser más grave la solución para el acreedor, y para los coobligados.

Y todavía se agrava si se recurre a Freitas, de quien se toma, o mejor, se inspira el artículo. Según él — artículo 1226 — "Habrá remisión tácita en los casos de los artículos 1111 y 1113, si el deudor no alegara que la deuda fué extinguida por pago".

Pero en el artículo 1111 se dice que "La restitución **sin recibo** del título creditorio, si el título no fuese instrumento público **inducirá presunción** del pago o remisión de la deuda, hasta que el acreedor pruebe que... lo entregó sin haber recibido nada y sin intención de remitir".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En el artículo 1113 se ocupa del documento privado rasgado, o destrozado, en poder del acreedor, y resuelve que hará presumir el pago o la remisión de la deuda.

En definitiva, la entrega constituye presunción de pago o de remisión, si el deudor no alega que hubo pago. Si lo alega una de las hipótesis desaparece y queda otra. No hay remisión, hay pago.

En nuestro Código faltan las disposiciones que permiten llegar a esa conclusión, porque no hay ninguna que consagre la doble presunción.

Pero no debe ser corregido en esa dirección.

Nadie puede aprobar la tesis de que el deudor por su arbitraria opción cree o suprima relaciones de derecho en su favor y en daño de otros.

No hay motivo para optar por una u otra solución. Basta crear frente al acreedor la presunción juris et de jure, de la liberación del deudor cuando concurren las condiciones exigidas por el artículo propuesto. Pero declarar sobre la base de un hecho que por sí no lo decide, que hubo pago, el cual crea acciones de regreso, y dispensa de obligaciones frente al acreedor y sus herederos, o que hubo donación que autoriza relaciones jurídicas nuevas y reclamos eventuales, es arbitrario. La ley no puede tomar posición en esas cuestiones. Las partes probarán si lo pueden, lo que convenga a su derecho. El que pretenda tenerlo se encontrará en el caso de todo el que intenta una acción. Las circunstancias concurrentes acreditarán una situación más bien que otra. Un banco, no es donante. Un pago, se demues-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tra con el movimiento de fondos, y así, en muchas hipótesis, se acumularán las presunciones y las pruebas de toda suerte. Lo demás es arbitrario, y solo sirve para amparar simulaciones. Laurent, tiene razón: hay que dejar las cosas dentro de los principios generales.

Se ha dicho por Planiol, que no ha debido el Código Francés, consagrar presunción alguna. Pero nos parece que la de liberación es necesaria, para amparar al deudor. En cuanto a lo demás, es, lo repetimos, exacto que ninguna presunción es justificada, ni evita cuestiones complicadas de prueba y contraprueba que alimentan litigios y nada deciden.

Véase Código Brasileño, artículo 1053 que parece de acuerdo con los Códigos Francés e Italiano, pero por el artículo 945 declara que la entrega constituye presunción de pago salva la prueba contraria.

——————Supresión del artículo 879.

El Código francés permite invocar la presunción de pago, o de remisión, cuando se ha entregado la primera copia de una escritura pública, salva la prueba contraria. El Código Italiano no ha reproducido esa disposición de su constante modelo.

Nuestro artículo 879 parece seguir — de lejos — ese antecedente. Pero, en todo caso, la solución es exactamente la opuesta: toca al deudor probar que el acreedor entregó la copia por remisión de la deuda. No hay presunción. Tampoco la declara de pago, no obstante venir hablando en el texto de anotaciones de pago o remisión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Tampoco hay, aquí, que aclarar la disposición. Porque es contraria al sistema mismo del Código sobre prueba del pago. Aunque hubiera anotaciones, en la matriz, o en la copia, no constituiría demostración de él.

Pero hay que aclarar antes el caso del artículo 879.

Habla de documento protocolizado. Esta expresión puede concebirse de dos maneras. Toda escritura pública debe hacerse en el libro de protocolos. Documento protocolizado, es, por consiguiente cualquier escritura notarial. También se protocolizan documentos privados. Pero esa protocolización es, a su vez, escritura pública. La expresión, puede dar lugar a duda sobre su extensión, pero se refiere siempre a una escritura notarial.

Ahora. El artículo 879, viene hablando de pago o remisión. No se decide por ninguno de los dos modos de extinción. Si se pretende que es remisión, hay que probarlo. Eso es todo. **Pero no puede ser pago:** artículo 1184, número 11, a excepción de pagos parciales, de intereses o alquileres. Es **nulo** cualquier documento que consigne el pago, sino se hace por escritura pública, si la obligación resulta de cualquier instrumento de esta clase. Y la entrega del documento mismo de que viene hablando el artículo 879, ya se comprende, no puede tener significado sino se refiere a la obligación misma.

Quedaría, pues, eliminada la presunción de pago. Sería posible la de remisión.

Pero no conviene efectuar una corrección ni en este, ni en otro sentido. En el de pago, porque el sistema del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 5. — Se sustituyen los artículos 886 y 887, por el siguiente:

Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallase en poder del deudor, salva la prueba contraria.

NOTA. — Se suprimen los artículos 888 a 895, por inútiles. Contienen repeticiones de los artículos 578 a 587, 506, 511 a 514, 604, 608, 610|5, 627|8, y de otros proyectados en diversos títulos.

---

artículo 1184, debe ser mantenido, sobre todo en vista de las exigencias del Registro de inmuebles.

Tampoco conviene eliminar el pago, y limitar a la remisión la disposición; —acabamos de explicar por que la ley no debe declararse por ninguna hipótesis.

Debe suprimirse el artículo, como lo ha hecho el Código Italiano, como ya resultaba de Freitas — artículos 1111 y 1113, — y como lo hace el Código Brasileño, artículo 1053.

La remisión será, así, siempre expresa, y nada se perderá con ello, — en el caso de que la obligación conste por escritura pública.

Art. 5. — Artículo 1191, Código Español, con el agregado final de nuestro artículo 887.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO XIV

Del concurso de acreedores *

* El Código en muchas de sus disposiciones habla de concurso de acreedores, y hasta distingue el concurso general, del especial (artículos 3879, 3937|8). Autoriza la separación de bienes de la esposa y la liquidación de la sociedad conyugal, en caso de concurso del marido. Habla de la preferencia de los gastos judiciales del concurso, de administración de él, de conservación de los bienes afectados: hay, pues, un procedimiento ante los tribunales en que se liquidan los bienes del deudor.

En otras disposiciones se ocupa de la cesión de bienes que hace el deudor (artículo 800, 6°) sin decir cuando ocurre, y con que efectos. Menciona repetidamente la insolvencia, sin precisar que resultados generales se siguen de ella, ni qué la constituye. En un caso — artículo 752, — se expresa de una manera que parece calificar la insolvencia por la formación de concurso de acreedores. Por último, en repetidas ocasiones habla de falencia, sin explicarnos qué significado tiene ese término, y de fallido, que refiere a la quiebra, artículo 828, y al "concurso general del fallido".

Sin procurar, por el momento, precisar los conceptos expresados, es lo exacto que cuando se trata de concurso, de cesión de bienes, y de insolvencia, no limita el Código las soluciones que deduce de esas situaciones, a las personas de cierta categoría. Todas, por consiguiente. Cualquier deudor, civil o no, puede hacer cesión de bienes, ser insolvente, y objeto de concurso.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero, un concurso, produce muy graves modificaciones del estado jurídico. El deudor, por punto general, administra libremente su patrimonio. El concursado, por la fuerza de las cosas, es desapoderado de esa administración. Se pierden los beneficios del término, se liquidan forzosamente los bienes, los acreedores quedan paralizados en el ejercicio de su derecho, y obligados a recibir cuotas parciales e iguales en la distribución. Por otro lado, los acreedores deben ser protegidos contra los actos de su deudor de disposición de sus bienes en beneficio de unos, y daño de los demás. Deben ser impedidos, unos, de cobrar todo su crédito, y ser amparados los otros para realizar la garantía general de las obligaciones contraídas, que es la misma, común a todas.

Por último, interesa a la sociedad entera proteger al deudor honesto y desgraciado buscando soluciones que le permitan volver a la plenitud de la vida civil y económica, y no dejarlo indefinidamente en su situación de insolvente, desapoderado de gobernar su actividad y los bienes que pueda adquirir.

El estado en que nuestro Código deja la insolvencia, es inaceptable. La persecución individual es la única situación legal efectiva, desde que no ha legislado sobre esos concursos, esa cesión, y esa insolvencia de que viene hablando.

Las leyes de procedimiento de las provincias, con el acuerdo de la Nación, que ha seguido igual sistema, se han apoderado del asunto, como suyo, y legislan sobre la ocupación de los bienes del deudor, lo hacen intervenir por sus acreedores, lo expulsan de ellos, lo sustituyen por síndicos y administradores, como si los Estados particulares tuvieran atribución constitucional de legislar sobre semejantes situaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Ya por el hecho de ser asuntos excluyentes del derecho del deudor para disponer y administrar, y de modificar los derechos del acreedor, correspondería al Código Civil legislar exclusivamente.

Pero existe otro motivo igualmente decisivo. Las provincias no pueden intervenir en semejantes materias.

El artículo 67, 11º, de la Constitución, atribuye al Congreso "especialmente", dictar, "leyes generales para toda la Nación... sobre bancarrotas".

Y el artículo 108 agrega que las provincias "no pueden... dictar, especialmente, leyes sobre... bancarrotas".

Nótese que este artículo no dispone, como lo hace para los Códigos civil y otros, que ellas no pueden legislar sobre las materias propias de esos cuerpos de leyes, "después que el Congreso los haya sancionado". No pueden dictar, en ninguna hipótesis, "especialmente", leyes sobre bancarrotas. Su incapacidad constitucional es absoluta.

El texto expreso resolvió la cuestión que se había presentado en los Estados Unidos, sobre si los estados conservaban la facultad de legislar sobre bancarrotas en defecto del Congreso. Y nuestra Constitución optó por la prohibición expresa del artículo 108.

La reproducción del texto literal de la cláusula de la Constitución de los Estados Unidos, — "To establish an uniform Rule of Naturalization and uniform Laws on the subject of bankruptcies throughout the United States", — por nuestro artículo 67, ya nos dá el exacto alcance del concepto "ley sobre bancarrotas". Porque ese punto estaba fijado en el momento en que nuestra Constituición se dictaba, y en el que se establecía la de los Estados Unidos; bancarrota o insolvencia, se consideraban términos sinónimos aplicables a todos, civiles, y comerciantes. — Watson,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

On constitution, I, pág. 628 — Story, id., II, números 1105|15; Ccoley, Const. law, páginas 89|90; Black, Const. law, páginas 210|1.

La ley federal vigente, sobre bancarrotas, de 1898, establece, artículo 4, a) y b), que toda persona que "debe deudas" puede ser declarada en "bancarrota".

Y la Corte Suprema de los Estados Unidos ante la cual se pidió la declaración de ser inconstitucional esa cláusula, resolvió, al contrario, que la ley era perfectamente armónica con la Constitución, y que el término bancarrota era sinónimo de insolvencia, y no había distinción que hacer entre comerciantes y no comerciantes. Supreme Court, Reports, Junio 2|1902, pág. 1113, tomo 46, Lawyers edition. Esta doctrina ha sido reproducida por nuestra Suprema Corte Nacional de Justicia, en su sentencia de 23 de Septiembre de 1921, fallos, tomo 135, pág. 125.

Corresponde, pues, privativamente, a la Nación, según el artículo 67 de la Constitución, y le es prohibido a las provincias, artículo 108, legislar sobre bancarrotas, para todos los que "deben deudas", como dice la ley de los Estados Unidos, sean comerciantes o no. (Ley federal de 1º Julio 1898, Sec., 4, a).

La poderosa corriente legislativa y científica contemporánea que ha conducido en varios países a la unidad de los procedimientos de liquidación de los bienes de los insolventes, e impulsa a muchos otros a modificar su sistema, había ya llevado a nuestro país a adoptarla por su ley fundamental. En presencia de ella, es incomprensible que la Nación haya limitado a los comerciantes su ley de liquidación judicial, y dejado a cada estado arreglase como lo entendiera conveniente, la insolvencia de los deudores no comerciantes.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Los Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Austria, han establecido leyes de liquidación comunes a todos los deudores. Suiza y España, por una misma ley, si bien con detalles diversos, también organizan los procedimientos de realización del patrimonio de comerciantes y no comerciantes. La doctrina en Francia, está de acuerdo, en que es vicioso el sistema de concurso limitado a los negociantes. (Lyon-Caen, et Renault, D. Com. VII, número 3617; Thaller, Droit commercial, número 1709; Percerou, Des faillites, I, números 123|42).

En Italia, la unificación, más o menos completa, está en vías de realización. La Comisión encargada por el Gobierno de la revisión del Código de Comercio, ha considerado el punto, y según lo dice su presidente, Vivante, (pág. 201 del proyecto preliminar de 1922) resolvió suprimir de ese Código el Libro sobre las quiebras, en virtud de pensar que debía hacerse la unidad del concurso civil y el comercial.

Cuando entre nosotros se adoptó en el Código de Comercio sancionado por la provincia de Buenos Aires, el sistema de concurso separado para los comerciantes, las doctrinas francesas prevalecían, y quizá sin mayor examen del asunto, se adoptó el procedimiento de quiebra, no obstante existir en los Estados Unidos la ley federal, y en España el concurso civil. Abandonada por el Congreso su prerrogativa, las provincias han ido reproduciendo de la ley española de enjuiciamiento el concurso para la liquidacion de los negocios de los no comerciantes, y así, de hecho, se ha establecido en la República.

Es, decimos, un estado de hecho, que debe ser regularizado. La ley, emanada de la única autoridad constitucional que puede dictarla, el Congreso, debe proveer a las situaciones de que habla el Código civil: insolvencia, concur-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 1. — El deudor que se encuentra en la imposibilidad de cumplir puntualmente con sus obligaciones, debe, antes de suspender sus pagos, o hasta tres días después de haberlo efectuado, solicitar del Juez la reunión de sus acreedores.

El ejercicio de ese derecho no producirá efectos jurídicos sino en los casos y en la forma previstos por la ley de quiebras.

---

so, cesión de bienes. El sistema será único, o con las distinciones que las legislaciones suiza y española establecen, y sobre las cuales reservamos opinión, pero siempre será lo exacto que la ley de bancarrotas debe establecer las condiciones generales y el procedimiento para la liquidación, por la vía del concurso, que es el sistema racional y, diremos, necesario.

El Código Civil, debe, entretanto, salir de su obstinado silencio en lo que es característico y privativo de él. Proyectamos, en consecuencia, las disposiciones fundamentales, cualquiera que sea el sistema que después se adopte, las cuales se refieren a los derechos mismos del deudor y a los de sus acreedores.

Art. 1. — Ley de quiebras, artículo 6. Código Español, artículo 1912. Bajo ese aspecto, efectos jurídicos, y condiciones de procedimiento, queda unificada la situación de los deudores, civiles, y comerciantes. Artículo 1130, Ley Española de enjuiciamiento. La ley federal suiza, que, sin embargo, no autoriza el concurso sino para los deudores inscritos

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — Procede la declaración de concurso cuando la solicita el deudor, o cede sus bienes, judicialmente, a sus acreedores.

Art. 3. — Procede, igualmente, a pedido de un acree-

---

en el Reg. de comercio, permite solicitar concordato preventivo, artículo 293, a los deudores civiles y a los comerciantes, por un procedimiento y condiciones comunes. Véase Brustlein et Rambert, sobre el artículo 293, número 2.

Art. 2. — La cesión de bienes de que habla el artículo 800, 6º, no ha sido legislada en sus condiciones y efectos.

No nos ocupamos de la voluntaria, o extrajudicial. Es una convención como todas, regida por las reglas generales, y cuyos efectos pueden ser varios. Puede constituir una dación en pago, con o sin remisión parcial. Puede constituir un mandato en interés común de deudor y acreedores, y en este caso se siguen muchos de los efectos de un concurso. No tiene la ley motivo para establecer reglas particulares. (Demolombe, 28, números 192|211).

La cesión judicial de bienes, no es, ni puede ser otra cosa, que la apertura de un concurso, desde que se hace para que los bienes se liquiden con la intervención judicial y de los acreedores. — Artículo 1269 Código Napoleón, y sobre él Demolombe, 28, números 228|9. — Artículo 1156 Ley española de enjuiciamiento. — Artículo 1º, f) Ley inglesa de 1914.

Art. 3. — La ley de quiebras, para determinar en qué caso procede concurso, obedece al sistema francés de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dor, cuando el deudor se encuentra en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando ha solicitado la reunión judicial de sus acreedores, y en ella se han desestimado sus propuestas;

---

cesación de pagos. Es un hecho único el determinante, revelador de un estado de insolvencia.

La mayor parte de las leyes modernas consideran las cosas bajo otro punto de vista, y especialmente las que adoptan las mismas reglas para los deudores civiles y comerciantes.

Aún cuando hay debajo de las formas externas de pensamiento, la unidad que la fuerza de las cosas impone, existe mucha diversidad en su realización legislativa, y hasta en el lenguaje empleado.

Así, con el concepto de insolvencia. Los escritores franceses lo consideran, en su mayor parte, equivalente de "deconfiture", (insuficiencia) esto es de la situación en que el pasivo de una persona es mayor que su activo. Es un estado. Es una imposibilidad latente, futura, no conexa con el pago. Existe aunque no se haya revelado por acto alguno del deudor.

Pero, aunque en el Código se emplee alguna vez la palabra "insolvencia" en ese sentido — artículo 962, — nos abstenemos de usarla para caracterizar la situación que autoriza la declaración de concurso.

Porque una cosa es la posesión de medios patrimoniales suficientes para atender el conjunto de las responsabilidades asumidas, si se dispone del tiempo, de la capacidad, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

2º Cuando ha manifestado por escrito a cualquiera de sus acreedores que ha suspendido, o está a punto de suspender, el pago de sus deudas;

3º Cuando ha convocado privadamente a sus acreedores para examinar el estado de sus negocios, o cuando ha

---

prudencia, necesarios para realizarlos, y aún hasta si depende de hechos ajenos al deudor, — precios de mercado, cobro de créditos, alzas eventuales, o bajas posibles, interés por los artículos, etc., que permiten la realización, — y otra, la posibilidad de pagar, efectivamente, en el momento exacto del vencimiento. Insolvencia (In-solvere) es cosa distinta de insuficiencia: es no pagar.

Por eso está todo el mundo de acuerdo en que la cesación de pagos es la manifestación externa de la insolvencia. No es la única, ciertamente. Pero es lo exacto que el deudor que no paga, que es perseguido, ejecutado, se coloca en tal situación que no permite otra explicación racional que la de que no posee medios para hacer frente a esos compromisos. Y si los posee latentes, no puede realizarlos. Está, pues, forzado a concesiones ruinosas, a daciones en pago, a constituciones de prenda, o hipoteca, para garantizar créditos constituídos sin ellas, en una palabra, a sacrificios en perjuicio de todos, que pueden y deben autorizar la intervención de los acreedores para evitar las consecuencias que favorecen a los más exigentes en daño de los más moderados, o ignorantes del estado de las cosas.

No es, pues, exacto que la insolvencia, es decir, la falta de pago, sea una circunstancia indiferente, y que lo que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

celebrado con todos, o varios de ellos, arreglos extrajudiciales de quita, espera, o cesión de bienes, y el solicitante no haya asentido a esos acuerdos;

---

importa es la igualdad o excedente del activo, con el pasivo.

Y esta noción de la insolvencia, es la que está en el concepto fundamental de las leyes de quiebra en Francia, y los países que como el nuestro, la imitan. La cesación de pagos, basta para abrir los procedimientos. Si detrás de ella hay una situación favorable para la liquidación, mejor. La ley debe favorecer los concordatos preventivos. Pero no hay razón alguna para concluir que lo que es una regla para un comerciante deja de serlo para el que no lo es. Porque para los acreedores en uno y otro supuesto, no existe sino una misma situación, y no se comprende porqué a unos se concede lo que se niega a otros.

No es, decimos, insolvencia sinónimo de insuficiencia de bienes, de balance con saldo deudor.

El artículo 102 de la ley alemana de concursos emplea esa palabra al declarar que "la apertura del procedimiento de concurso presupone la insolvencia". Y agrega:

"La insolvencia, debe, particularmente, tenerse por establecida, si se ha verificado la cesación de los pagos".

"La insuficiencia del patrimonio, decía el Tribunal del Imperio, y la insolvencia, son conceptos jurídicos diversos. Aunque caiga el deudor en estado de insuficiencia patrimonial, continúa siendo solvente mientras permanezca en situación de satisfacer, y efectivamente satisface, a sus acreedo-

4º Cuando haya efectuado en fraude de sus acreedores uno de los actos que pueden ser anulados según las disposiciones de este Código;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

res, sea que lo haga con medios propios, o con medios que haya obtenido por el uso del crédito de que todavía goza. Y a la inversa, puede una persona encontrarse en estado de insolvencia, aún siendo su patrimonio suficiente, y hasta ampliamente suficiente, para cubrir todas sus deudas, si este su patrimonio no puede hacerse efectivo de modo de obtener los medios de abonar los créditos vencidos".

Lo grave de cualquier sistema que tome por base la superioridad del pasivo sobre el activo, es que conduce a procedimientos inquisitivos, insoportables e ilegales, sobre el estado de los negocios de una persona, so color de sospechas más o menos arbitrarias, cuando ningún hecho del deudor ha violado el derecho de su acreedor; y todavía, porque conduce a la simulación de los balances, cosa que desgraciadamente es frecuente en la vida comercial.

La base de la "deconfiture" conduce rectamente a la investigación inquisitorial.

"El estado de insolvencia latente, dicen los Motivos de la ley alemana, debe ser establecido por la prueba de los indicios exteriores, como serían, por ejemplo, la confesión que el deudor habría hecho de su insolvencia, el haber retirado, o vendido a precio vil, objetos patrimoniales, el haberse ausentado sin dejar quien lo represente, el haberse procedido infructuosamente contra él por vía de ejecución forzosa."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

5º Cuando vende a vil precio, oculta o traslada bienes, con el objeto de defraudar a sus acreedores, o de impedir o dificultar su acción;

6º Cuando con ánimo de frustrar o aplazar la acción de sus acreedores se ausenta, u oculta;

Hemos tomado de las leyes inglesas y de E. Unidos, sobre bancarrotas, los casos en que existen manifestaciones indudables de la insolvencia, deducidas de los hechos exteriores del deudor. Podrá notarse por ellos, cuán uniformes son esos sistemas con el alemán del § 102, según nos lo han explicado los Motivos de la ley. No porque se emplée en ésta una fórmula general, existe divergencia de ideas. Por razones evidentes hemos preferido el sistema inglés de enumeración: impide procedimientos atentatorios contra el deudor.

Nótese, sin embargo, que es inexacto que la ley inglesa no contiene un precepto general, como los escritores franceses acostumbran decirlo. Lo constituye el disponer que la cesación de pagos, por su solo acaecimiento, no es suficiente como lo quiere nuestra ley de quiebras. Porque aquélla, como la suiza, exige que se haya seguido instancia en que se ha ordenado pagar, y haya que proceder, o se ha procedido, a la realización de bienes. No es, pues, cualquier hecho de negligencia, de insuficiencia accidental de bienes, o de sorpresa, que constituye la cesación. Hay reclamo judicial, defensa si proceden excepciones, tiempo para prepararse. Especialmente para los civiles, ese sistema calificativo de la insolvencia, es muy superior al francés, de la simple cesación. Es equiva-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

7º Cuando se ha ejecutado o ejecuta una sentencia dictada contra él, en juicio ordinario, o ejecutivo, por vía de apremio, en sus bienes;

8º Cuando el solicitante ha obtenido una sentencia inapelable por la cual el deudor es condenado, en juicio ordi-

---

lente al alemán de la insolvencia, que no es constituída, sino revelada por la cesación de pagos, pero con mayor protección que éste para el deudor. Es el de la ley española de Enjuiciamiento para el concurso civil, la cual extrema — artículo 1158 — la exigencia, pues no lo autoriza sino existen dos ejecuciones en que no se hayan encontrado bienes, lo que desarma peligrosamente al acreedor.

La ley inglesa, además de ese principio general, autoriza en casos que no son de cesación de pagos, por consiguiente, allí donde el texto francés no lo permite, la declaración de concurso, cuando es manifiesto por hechos indiscutibles que hay insolvencia. La jurisprudencia francesa ha debido recurrir a interpretaciones más que latas, para llegar a las mismas soluciones. Y, como se ha visto, las admiten los Motivos del § 102 de la Ley alemana, y la ley suiza — artículo 190 — en disposiciones especiales.

Véase: Ley inglesa de 1914 que ha modificado la de bancarrotas de 1883; Dernburg, Pandette II, § 56; Seuffert, Konkursrecht, § 21; Kohler, Konkursrecht, número 31; Muir Mackensie, Vº Bankruptcy, en Halsbury, Laws of England, II; Mackinney and Moore, The federal statutes annotated, I, páginas 525 y siguientes; Williams, Bankruptcy practice, páginas 1 y siguientes .

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

nario o ejecutivo, al pago de una suma, y no ha sido satisfecha en el término legal, o, si ha opuesto excepciones al cumplimiento de la sentencia, han sido declaradas improcedentes.

El Juez podrá desestimar la solicitud de concurso en ese caso, si a su juicio el deudor acredita de una manera verosímil que tiene crédito reconvencional contra el acree-

———

———inciso 1.º Ley inglesa, artículo 18. E. U., ley federal, artículo 3, números 4 y 5; Ley suiza, artículo 309.

Nuestra ley de quiebras, exige además, — artículo 43 — que haya ocurrido la efectiva cesación de pagos. Pero cuando el deudor se ha presentado pidiendo reunión de acreedores ha debido fundarla — artículo 6 — en su "imposibilidad de cumplir sus obligaciones", y, a menos de justificar que han ocurrido hechos modificativos de su estado, lo que puede demostrar cuando el acreedor pide la declaración de concurso, no se ve por qué han de necesitarse otras demostraciones de su situación confesada. Ciertamente, no la ha declarado sino en el último extremo, y es evidente que si el cambio se ha producido, los acreedores no se hubieran pronunciado contra el arreglo.

———inciso 2.º Ley de E. U., artículo 3, número 5; ley inglesa, artículo 1, h). Exigimos, como la primera, que la manifestación sea por escrito, de acuerdo con el principio general de la confesión extrajudicial.

———inciso 3º (Ley inglesa, artículo 1, a) y c); Ley E.U., artículo 3, números 2º y 4º. Según el texto proyectado, la in-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dor por un valor igual o superior al de la condenación, que no pudo hacer valer por la naturaleza del juicio en que la sentencia fué dictada o no reunir las condiciones de la compensación.

Art. 4. — El acreedor que solicite la declaración debe

---

solvencia no es revelada por la dación en pago, la quita, o la espera, sino cuando comprende a varios acreedores. En otro caso, por sí solas, no bastan, a menos que se unan con otra circunstancia.

————inciso 4º. Ley E.U., artículo 3, números 1, 2 y 3. Inglesa, artículo 1, b) y c); artículos 961 y 962, Código Civil; Demolombe, 25, números 225 y 226.

————incisos 5º y 6º. Ley E.U., artículo 3, número 1; Inglesa, artículo 1, b); Suiza, artículo 190, número 1 y 271.

————incisos 7º y 8º. Ley inglesa, artículo 1, e) y g); Suiza, artículos 159 y 166, para el concurso de los comerciantes.

Art. 4. — La ley inglesa, artículo 4, exige que la deuda sea de suma líquida y pagadera actualmente o a término. Creemos deber exigir la comprobación por medio de instrumento, o título que, si el crédito estuviera vencido, traería aparejada ejecución. El que no lo tiene, ni puede acreditar su derecho sino por vía de juicio, ni debe recurrir a otro medio que el que se le ofrece por nuestro inciso 8, artículo 3. La Ley suiza, artículos 159 y 166, requiere una orden judicial equivalente a nuestra sentencia de remate.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

serlo por suma líquida y pagadera, sea inmediatamente, sea a la expiración del término. Debe apoyarse en título o instrumento que trae, o traería, aparejada ejecución.

Art. 5. — La declaración de concurso no puede hacerse sino a instancia del deudor o de un acreedor.

El § 105 de la ley alemana de concursos permite la instancia de un acreedor para la apertura del procedimiento de concurso "si el crédito del acreedor y la insolvencia del deudor común, son dignos de credibilidad", esto es que se pueden demostrar por todo género de prueba, con excepción del juramento: § 294 Código de procedimientos civiles.

El término no impide la acción del acreedor porque la insolvencia causa la exigibilidad del crédito — artículos 572 y 753, Código Civil, — y habría contradicción en impedir la demostración de ella al solicitar que fuera declarada por el auto de concurso. La sentencia del juez que abre ese procedimiento es declarativa en cuanto al estado de insolvencia, y constitutiva respecto de sus consecuencias. No es, pues, exacto lo que Lyon-Caen y Renault, dicen (7º, número 94) que es poner el efecto antes de la causa, declarar caduco el término por la insolvencia que la sentencia reconoce existente. Conforme con nuestro artículo, § 65, ley alemana.

Art. 5. — Ley inglesa, artículo 3; Alemana, § 103; Suiza, artículos 159, 190 y 191; Española de Enjuiciamiento, artículos 1156, 1158 y 1323.

En cuanto a los acreedores garantizados, Ley inglesa, artículo 4, número 2; alemana, § 64; la ley francesa, según

Cuando este tiene prenda o hipoteca constituída en seguridad de su crédito, o goza de privilegio sobre bienes

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

sus intérpretes más calificados, no distingue de acreedores. Los que tienen privilegio especial pueden pedir la declaración (Lyon-Caen, 7, número 93; Thaller, número 1747; Percerou, I, número 303 bis). Pero hay mucha vacilación sobre las razones de decidir. Tan pronto es, porque "La quiebra es **esencialmente** un medio de ejecución (Percerou, número 300) y comprende a todo acreedor", como (número 304) "Siendo la declaración de quiebra una medida **conservatoria**, puede ser provocada hasta por un acreedor condicional". Se reconoce que: "la quiebra no ha sido instituída en favor de los que tienen garantías especiales. La objeción no es sin réplica: la seguridad puede ser insuficiente, y de ahí un déficit por el que es quirografario el acreedor: de donde (deriva) para él un interés en la quiebra" (Thaller, lugar citado).

La ley suiza, en cambio, está en el otro extremo. No permite a los que tienen garantía real, otro procedimiento que el de su realización por la vía ejecutiva. Se ha considerado que, bajo un régimen que forzosamente llevaría a la quiebra, no era equitativo admitir que un acreedor pudiera provocar la liquidación de todo el patrimonio antes de haber agotado los bienes afectados especialmente, o por privilegio a la extinción de un crédito. Los comentadores de la ley suiza se preguntan si es satisfactorio el régimen actual. "Supongamos, dicen Brustlein et Rambert, páginas 207|8, que terceros acreedores embarguen los bienes del deudor, ¿cuál será

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

determinados, no puede pedir la declaración de concurso, a menos que renuncie a esas causas de preferencia, o que presente una estimación de los bienes afectados y de los crédi-

---

la situación del acreedor prendario o hipotecario? Obligado a requerir previamente la venta de la prenda y esperar el resultado, corre riesgo de no llegar a tiempo para embargar a su vez en caso de insuficiencia del bien. El proyecto del Consejo Federal trataba de remediar a ese inconveniente por medio de su artículo 129 (semejante al que proyectamos). Fué rechazado por la comisión del Consejo de los Estados..."

"Sea de ello lo que fuere, el garantizado por garantías reales se encuentra hoy en tal situación, que habrá de renunciar, llegado el caso, a su derecho real, para poder participar en un embargo dirigido contra el deudor", concluyen Brustlein y Rambert, y, con igual desaprobación, Martin, Loi fédérale sur la poursuite et la faillite, páginas 139 y 140.

La doctrina francesa admite, decíamos, el derecho recto para solicitar la declaración en ese caso, y la italiana, también, aunque con disidencias (Cuzzeri y Cicu, Del fallimento, número 55, y nota 1).

Es, pues, nos parece, muy exacta la solución de la ley inglesa. No hay para que autorizar el concurso por pedido del que, ciertamente, puede cubrirse sin él. No hay por qué negarlo al que puede demostrar, **prima facie**, que, en virtud de hipotecas preferentes, o por los precios corrientes de los títulos o cosas dadas en prenda, o por cualquier otra circunstancia, quedará su crédito en descubierto total o parcial. El juez resolverá.

tos anteriores al suyo. En este caso, podrá el Juez admitirle como acreedor quirografario por el excedente de crédito que no quedase garantizado con los objetos afectados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Suprimimos de acuerdo con las leyes más recientes, española, inglesa, de los E.U., alemana, suiza, la declaración de concurso, de oficio por el Juez, o a pedido del ministerio público. Se trata de procedimientos de cobro y de seguridad de créditos, de relaciones privadas patrimoniales. Sólo las partes gestionan sus derechos. Si hay delitos se perseguirán ante quien corresponda. Pero entrometerse en el patrimonio de un deudor, sin gestión de los únicos que tienen título para cobrarse con él, es fundamentalmente contrario a todo principio civil. "El procedimiento de concurso, dice Kohler, § 12, es un hecho de ejecución".

La ley inglesa, artículo 5, número 3, autoriza al juez a rechazar la demanda de declaración de concurso pedida por un acreedor, cuando "el deudor prueba que se halla en estado de pagar sus deudas", pero es porque admite el secuestro preventivo, y no conoce procedimiento especial iniciado por el deudor para pedir la convocatoria de sus acreedores y examinar su situación. De ahí, que el Juez, pueda negarse a declarar la quiebra. Pero, artículo 18, § 1, si después de haber dictado una ordenanza de secuestro de los bienes, y convocado a los acreedores, estos se han negado a admitir arreglos y resuelto que debe procederse al concurso, el Juez lo declarará.

Se ve, que, en definitiva, el sistema de este proyecto, conduce al mismo resultado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 6. — La declaración de concurso produce los efectos siguientes:

1º El deudor pierde el poder de administrar y de disponer de sus bienes;

2º El procedimiento de concurso comprende todos los bienes que pertenecen al deudor, con exclusión de los que

---

Art. 6, número 2. — Artículos 44, 60, 71, 73 y 76, Ley de quiebras; artículo 197, Ley Suiza; § 1, Ley Alemana; Ley Inglesa, artículo 38.

La ley alemana ha limitado a los bienes del fallido en el momento de la declaración de su concurso, el derecho de sus acreedores. Los que adquiere posteriormente, sea por herencia, legados, donaciones y otras causas semejantes, sea por su trabajo o industria, no se comprenden en la masa.

La razón que ha tenido es digna de examen. No es, ciertamente, como lo dicen algunos escritores adversos a la idea, un motivo de lógica, solamente, esto es, el de no poder comprender el embargo a los bienes futuros. Es, lo dicen los Motivos de la ley, que se ha querido animar al deudor a reconstruir su situación, permitiéndole conservar el patrimonio que por su trabajo o por otro medio adquiera. El Estado, dicen, tiene interés en que salga el deudor de una situación en que no exista esperanza de mejorar su condición por mucho que se esfuerce.

Las otras legislaciones no han establecido la exención de los bienes adquiridos posteriormente a la declaración. Sin embargo, la ley inglesa, autoriza al Tribunal a resolver, aún contra la voluntad de los acreedores, la liberación del deu-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

no pueden ser ejecutados, según las disposiciones de este Código. Comprende, además, los adquiridos después de la declaración, con excepción de los que provengan del trabajo o industria personal del deudor durante la existencia del estado de concurso;

---

dor de toda responsabilidad por las deudas no cubiertas por el activo del concurso. Esa dispensa puede ser total, parcial o subordinada a condiciones que el Tribunal impone. La exención para lo futuro, es en Inglaterra, judicial, y en Alemania, legal.

La ley suiza comprende en la masa todos los bienes adquiridos antes y después de la declaración. Pero de los antecedentes y los trabajos legislativos, resulta que están comprendidas las herencias, donaciónes, y otras adquisiciones a título lucrativo, como por lotería, tesoro, etc. Está exceptuado, en cambio, el producto del trabajo. "No debe entenderse por tal, solamente, la retribución que proviene de empleo o servicios, salariados, sino toda ganancia realizada por el deudor en el ejercicio de su profesión o industria, toda adquisición que sea fruto de su trabajo, como los provechos obtenidos por un descubrimiento, una obra artística o literaria, o provengan de una asociación, y hasta de una especulación financiera". Brustlein y Rambert, sobre el artículo 197, número 5, b); Martín, Título VI, § 1.

Nos parece excesivo que, como resulta de la ley alemana, los bienes que no provienen del trabajo del deudor sean sustraídos al pago de sus obligaciones, pero creemos que el motivo que la ha llevado a establecer su sistema es exacto, y

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

3º Todos los créditos pendientes de plazo se hacen exigibles. Los sometidos a condición suspensiva autorizan al acreedor a pedir el depósito judicial del dividendo que eventualmente le corresponda. Los dependientes de condición resolutoria participarán en el dividendo prestando el acreedor fianza de restitución eventual;

4º Queda paralizado el derecho individual de los acreedores para ejercitar sus acciones.

---

aconseja conceder al concursado la libre disposición de su ahorro y provechos de su trabajo.

El artículo 73 de la ley de quiebras, exceptúa de la masa los bienes donados o legados bajo condición de no quedar sujetos al desapropio.

Pero antes de mencionar esa excepción debió empezarse por verificar si en nuestro derecho es posible efectuar donaciones y legados bajo la condición de que no podrán hacerse efectivas en esos bienes las acciones de los acreedores. Ese artículo viene reproduciéndose desde que el 1537 del primitivo Código de Comercio de la provincia de Buenos Aires adoptó el principio, repitiendo sin mayor examen una opinión que algunos escritores — se dice que Massé y Renouard — de la época, expresaban. No existía entonces el Código civil que no reproduce semejante solución.

Massé abandonó más tarde su opinión en la nota a Zachariae que luego se cita.

Se repite sin mayor examen lo que en Francia opinan algunos autores, y no los más calificados, sin advertir que hay allí un texto del Código de Ptos. — artículos 581

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Todas las que competen contra el deudor, o la masa, y las pendientes de resolución o ejecución judicial, quedan sometidas a la jurisdicción exclusiva del Juez del concurso;

5º Los acreedores que tuviesen garantía real, o privilegio especial, sobre bienes dados, podrán ejercer, o continuar, sus acciones, por vía de concurso separado particular, ante el Juez del concurso general;

---

y 582, — que, lejos de establecer la excepción con la extensión de nuestra ley, permiten el embargo en la medida que el Juez autorice. Es muy controvertido si se extiende la excepción a toda clase de bienes, o se limita a los muebles. V. Demolombe, 18, número 310; Laurent, II, número 472; Massé et Vergé, nota 12, al § 464 de Zachariæ, tomo III; Baudry et Colin, número 63; consideran que se trata de una condición ilícita. Aubry et Rau, 7º, § 692, creen, sin demostración del punto, que puede oponerse la excepción a los acreedores anteriores, pero no a los posteriores. Los comercialistas dan por establecidas las distinciones que nuestra ley no hace, en virtud de lo dispuesto por el artículo 582, Código francés de Procedimientos civiles; Demangeat, sobre Bravard, 5º, páginas 73 y 74; Lyon-Caen, 7º, 244; Thaller et Percerou, I, número 554.

Es claro que no se trata de donaciones o legados que tengan carácter de alimentos, los cuales ya están exceptuados por su naturaleza. (Argumento artículo 2076).

Oportunamente proyectaremos lo que convenga para evitar interpretaciones inconvenientes.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

6º El representante del concurso, ejerce la representación del deudor y de la masa, en todas las gestiones, y litigios, que interesen a dichos representados. El deudor puede usar de las acciones conservatorias de sus derechos, y de las que sean extrañas al concurso;

7º Los intereses convencionales o penales no pueden hacerse valer contra el concurso, sino en cuanto al período anterior a su declaración.

La cláusula penal no puede hacerse efectiva si no hubiera caído en ella el deudor antes de la declaración del concurso.

———

————inciso 3º. Artículo 753, Código Civil. Para los créditos bajo condición suspensiva, ley suiza, artículo 210; § 67, ley alemana. Para los sujetos a condición resolutoria, § 66 de esta última, pero sin exigir garantía. En nuestro sentido, Thaller et Percerou, I, número 770.

————inciso 4º. Artículos 58 y 80, ley de quiebras.

————inciso 5º. Artículos 3937 y 3938, Código Civil, que sólo hablan de hipoteca. El derecho del acreedor prendario resulta de los artículos 3224 y 3899. Los privilegios especiales sobre bienes determinados, separan a estos de la masa común. En este sentido artículos 89, 115 y 127, ley de quiebras.

————Inciso 6º. Artículo 1534, primitivo Código de Comercio.

————inciso 7º. Artículo 82, ley de quiebras; § 63, números 1 y 3, ley alemana.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando el crédito tuviera privilegio especial, o prenda, o hipoteca, sobre bienes determinados, los intereses y penas pueden hacerse efectivos dentro del valor de esos bienes;

8º Si se verificase el pago de un crédito que no devenga interés, antes del término prefijado, se hará con descuento del interés legal que corresponda al tiempo del adelanto.

Art. 7. — Son nulos, en cuanto a los acreedores, los actos jurídicos obrados por el deudor después de la de-

---

——————inciso 8º. El artículo 81 de la ley de quiebras dispone el descuento de los intereses desde la declaración. En el mismo sentido, artículo 208 ley suiza; § 65, ley alemana. No se comprende por qué se ha de descontar el interés desde el día del concurso, desde que nada se paga. Si hay razón para la rebaja es por el adelanto, y por consiguiente, debe contarse desde el día del pago. En el sentido del nuestro, artículo 883, Código español de comercio, y 768 Código italiano de comercio.

Art. 7. — Artículo 443, Código francés de comercio; artículo 707, Código italiano de comercio; § 7, ley alemana; artículo 204, ley suiza. V. Lyon-Caen et Renault, 7º, números 198 y 208; Thaller, número 1176; Thaller et Percerou, I, números 488 y 490.

Nuestra ley de quiebras, — artículo 75, — dispone que el punto de partida para decidir la nulidad "**absoluta**" de los actos del deudor, es la fecha de la presentación, y la de

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

claración del concurso, y en todo el día en que se ha dictado, respecto de los bienes que corresponden a la masa.

Art. 8. — El pago hecho al deudor después de la declaración, no libera, en cuanto a los acreedores, sino en la medida que la prestación ha ingresado a la masa.

Sin embargo, el deudor del concursado que ha efectuado el pago antes de la publicación de la declaración queda liberado, a menos que haya conocido la solicitud de declaración de concurso.

---

la efectiva cesación de pagos que la sentencia debe fijar. Es el sistema del viejo código francés de 1807 que fué cambiado en 1838 en virtud de los graves inconvenientes que esa resolución producía. "Hacía nacer el desapoderamiento de una manera, por decirlo así, oculta, y sacrificaba los intereses legítimos de los terceros que trataban de buena fe con el deudor después de haber cesado de hacer frente a sus vencimientos". Percerou, I, número 488.

La doctrina es unánime sobre ese punto así como sobre la inclusión del día entero de la declaración en el término inicial del desapoderamiento. De acuerdo con ella, § 7, ley alemana, y artículo 46, ley inglesa.

La ley de quiebras habla, además de "nulidad absoluta". No lo es. Sólo puede invocarla la masa. Los actos son válidos para el deudor y el tercero, que no pueden objetarlos. En el lenguaje del Código, es una nulidad manifiesta, relativa: artículos 1038, 1041 y 1048.

Art. 8. — Artículo 205, ley suiza; § 8, ley alemana. Percerou, I, número 499, nota 3 y número 482.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 9. — Son nulos, en relación de la masa, los actos siguientes, realizados antes de la declaración, y después de pedida por el deudor la convocación de sus acreedores, o posteriores a cualquiera de los hechos enumerados en los artículos 2 y 3, a saber:

1º Toda donación o disposición a título gratuito. Se asimilan a las donaciones:

a) los actos por los cuales el deudor ha aceptado una prestación notablemente inferior al valor de la suya;

b) los actos en cuya virtud el deudor ha constituído a su favor, o en favor de terceros, una renta vitalicia, o temporaria, o un usufructo.

2º El cumplimiento de deudas no vencidas, hecho por el deudor y por cualquier medio, aunque haya buena fe de su parte y de la del acreedor.

3º Los pagos de deudas vencidas que se verifiquen

———

Art. 9. — Artículo 76, ley de quiebras. Artículo 286, ley suiza; § 29 y siguientes, ley alemana; todas ellas derivan del sistema establecido por la ley francesa de 1838, con variantes de detalles, a veces, importantes. La dote queda incluída entre las donaciones, sin distinguir como lo hacen los escritores franceses, de casos y personas: artículo 1248. ——————inciso 2º. Decimos cumplimiento efectuado por el deudor para excluir el efectuado por tercero. Por cualquier medio realizado por él, para incluir la compensación de deuda no vencida, la asunción onerosa de deuda y excluir la confusión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

de otro modo que por entrega de la prestación convenida, dinero, o papeles de comercio por sumas de dinero.

4º Los derechos reales constituídos sobre bienes del deudor en garantía de obligaciones de fecha anterior contraídas sin ella.

Art. 10. — Pueden ser anulados por el Juez en cuanto a los acreedores, los actos siguientes, realizados durante el mismo período expresado en el artículo anterior:

a) Todos los pagos o actos de extinción de obligaciones vencidas, no comprendidos en el artículo precedente;

b) Todos los actos realizados con personas que tenían

———inciso 3º. La ley actual dice papeles de comercio. Pero esta expresión comprende a los warrants, a los conocimientos, a la orden, y hay que limitarla a los papeles que tengan por objeto sumas de dinero.

Art. 10. — Artículo 78, ley de quiebras. Como en él, no mencionamos la condición de que los actos de que habla el párrafo b) hayan de ser a título oneroso, como lo exige el artículo 447, Código de Comercio francés, porque, por un lado, los actos a título gratuito son mencionados en el artículo anterior, lo que ya deslinda los del presente, y porque se trata de dar a la disposición un carácter general, para comprender actos de dudosa calificación.

El último párrafo reproduce el concepto del artículo 289, ley suiza. El juez procede libremente, tomando en consideración todos los intereses, el perjuicio que el acto haya po-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

conocimiento de encontrarse el deudor en alguno de los casos prevenidos en los artículos 1, 2 y 3.

El Juez podrá anular o no, los actos expresados, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Art. 11. — En los casos de los dos artículos precedentes, no procede la nulidad cuando ha pasado más de un año desde la realización de los hechos a la declaración de concurso.

---

dido causar, los móviles del tercero que pueden ser perfectamente honorables, las seguridades que se le han podido dar de que desaparecieron las dificultades del deudor, etcétera. Véase Brustlein et Rambert, sobre el artículo 289.

Art. 11. — Las legislaciones recientes han tenido presente los inconvenientes que trae la inseguridad en la subsistencia de las transacciones y han limitado el período sospechoso como se llama al estado anterior a la declaración de concurso, que el Código Francés, deja sin término. El artículo 304, Código de Comercio Italiano, lo limita a tres años. La ley inglesa, artículo 44, a tres meses, y para las donaciones a 2 años, artículo 42, y hasta 10. La ley alemana, §§ 32 y 33, seis meses para los actos que pueden impugnarse por conocimiento de la insolvencia, un año para las liberalidades, y para los actos onerosos hechos con el cónyuge o sus parientes, § 31, y dos años para las disposiciones a título gratuito a favor del consorte. La ley suiza seis meses para todos los casos, y sin limitación — artículo 288 — para el de actos hechos por el deudor de concierto con el acree-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se restituirá, en caso de impugnación, por la masa a los terceros lo que estos hayan entregado, si se encuentra en especie, o el valor en cuanto ella se hubiera enriquecido. El excedente, si lo hay, constituye crédito en el concurso.

---

dor, con intención de favorecerle en detrimento de otros.

Adoptamos el plazo de un año que es mayor o igual al de varias legislaciones, y fué adoptado por el proyecto francés de reformas al Código de Comercio: V. Percerou, I, número 567 bis, y nota 2.

Decimos "en los casos de los dos artículos anteriores", porque la limitación no se aplica a los de la acción pauliana común, que se guía por otras reglas.

La ley de quiebras, repitiendo lo que desde la formación del Código de Comercio se ha dispuesto (artículo 1541), dispone que "los terceros de buena fe tienen derecho para reclamar las sumas de su pertenencia que hubiesen entrado en la masa".

Dejando de lado la mayor generalidad de nuestra redacción — § 38, ley alemana; artículo 291, ley suiza, — ha de notarse que aquélla limita su decisión a los casos del artículo 78. Pero es claro que nadie puede enriquecerse a costa de tercero, y si el acto es nulo o anulable solamente, es inícuo que el tercero pierda lo que entregó, de modo que el concurso no solamente evite todo daño, sino que aún adquiera lucro.

Ha de notarse, además, que por la ley de quiebras, son únicamente los terceros de buena fé los que pueden pedir la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando el tercero ha restituído lo que hubiera recibido por el acto impugnado, renace su crédito.

El donatario de buena fe solo está obligado a restituir el valor en que se ha enriquecido.

Art. 12. — En los mismos casos, si los bienes hubieran pasado a poder de sucesores a título particular del que realizó el acto impugnado, podrá intentarse contra ellos la acción únicamente cuando efectuaron su adquisición con conocimiento de las causas que la invalidaban, o cuando fué hecha a título gratuito.

---

restitución por regla general, puesto que los actos impugnados son casi siempre, actos realizados para evitar las consecuencias de la insolvencia temida o conocida, y también actos obrados por el deudor para evitar las eventualidades que le traerían su ruina. Al fin, todo lo que han hecho los terceros es procurar salvarse de perder lo que les pertenece.

Si los actos son nulos o anulables, es indiferente. Todos deben restituir lo que por tal concepto se entregó. Las legislaciones citadas no distinguen porque no deben distinguir, y cabalmente, muchas de ellas exigen por principio general de la impugnación, el conocimiento del estado del deudor, lo que es — según las reglas generales, — exclusivo de la buena fé. V. Percerou, I, números 682 y 685. § § 31 y 39, ley alemana; artículo 291, ley suiza.

Art. 12. — Artículo 970, Código Civil, que exige, la complicidad del tercero, lo que no procede en estos casos: basta el conocimiento. Por esa causa no puede prescindirse de nues-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 13. — El concurso puede pedir, en su beneficio, la revocación de los actos del deudor, en los casos en que este Código lo autoriza a los acreedores.

Art. 14. — El concurso puede aceptar o repudiar con autorización judicial las herencias o legados que después de la declaración sobrevengan al deudor, no obstante la declaración contraria de éste. La manifestación hecha por el concurso solo produce efectos en cuanto a los acreedores, y no los modifica respecto del deudor. En defecto de

---

tro proyectado artículo. § 40, ley alemana, y 290, ley suiza. Esta última habla de terceros de mala fé, sin distinguir de modos de adquisición.

Art. 13. — Algunos escritores creen que este artículo es innecesario, porque va sub-entendido. Olvidan que la acción pauliana es individual, y no beneficia a los demás acreedores. Si el concurso puede intentarla, y todos están de acuerdo en ello, es en beneficio común.

Art. 14. — La ley de quiebras, artículo 75, repitiendo el 1539 del primitivo Código de Comercio, sólo menciona la renuncia de la herencia hecha por el deudor, para autorizar su revocación a favor de la masa. La aceptación, puede también perjudicar al concurso: artículo 3437, Código Civil.

Del texto resulta que el deudor puede aceptar o repudiar, por su cuenta. No queda en esa materia representado por el concurso, que procede con independencia de él. Resulta, además, que al deudor corresponde usar del derecho

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

ella, la declaración del concursado produce todas sus consecuencias legales.

La aceptación por el concursado se entenderá, siempre, hecha bajo beneficio de inventario.

Art. 15. — Si el deudor se encuentra con terceros en relación de copropiedad, sociedad, u otra comunión, la división y liquidación, se efectuarán fuera del procedimiento de concurso.

Los terceros que se encuentren en esas relaciones, pueden exigir el pago preferente de los créditos fundados en ellas sobre la parte que correspondiese al deudor.

Art. 16. — Si un contrato bilateral no está cumplido en todo o en parte, en el momento de la declaración, por ninguno de los contratantes, puede el concurso cumplirlo por cuenta de la masa, y exigir el cumplimiento.

---

de aceptar o repudiar, con su efecto normal, aún respecto del concurso, mientras éste no manifieste una voluntad distinta.

Debe tenerse presente el artículo 3364, Código Civil.

Art. 15. — Artículo 1756, Código Civil; § § 16 y 51, ley alemana; § 756, Código Civil Alemán.

Art. 16. — § § 17 y 59, número 2, ley alemana, y nuestro artículo proyectado, 46 del título de los contratos. Percerou, II, números 884 y 885; Lyon-Caen, et Renault, 8, números 833, 859 y 860. En cuanto a la última parte, artículo 83 Código Suizo de las obligaciones. Nuestro Código, artículos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El representante del concurso, aunque el tiempo de la ejecución no haya llegado, debe declarar a pedido del otro contratante, sin demora, si quiere el cumplimiento. Si no lo hace, no podrá exigirlo después.

Se aplicará en esos casos, lo prevenido en el artículo 49, título de los contratos.

Art. 17.—Si el contratante no concursado no optara por la resolución en caso de proceder, deberá cumplir el contrato, y solo tendrá derecho a entrar como acreedor en el concurso.

Art. 18. — En la locación de cosas, optándose por la resolución, gozará la masa del plazo legal para el desalojo.

1418 y 1419, sólo se ocupa de la venta, y autoriza únicamente la resistencia del vendedor impago a la entrega. Indirectamente autoriza, por consiguiente, a exigir el cumplimiento por el concurso.

En cuanto a las indemnizaciones que correspondan se aplica el principio general del artículo.

Art. 17. — La declaración de concurso no causa ipso jure, la resolución de los contratos. A las partes toca ver lo que les conviene. Se les pagará, en el caso del artículo, con moneda de dividendo, si no gozan de privilegio. Jaeger, Kommentar, sobre el § 17; Percerou, II, número 884.

Art. 18. — La locación queda dentro de la regla general. Si el locador opta por la resolución, debe garantizarse al concurso, que no será expulsado inmediatamente, antes de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Los alquileres o arrendamientos, por el tiempo posterior a la declaración, serán de cargo de la masa.

Art. 19. — Cuando el concursado ha dado en locación un objeto, el contrato subsiste respecto de la masa. Si se ha pagado arrendamiento por adelantado, solo será eficaz, en cuanto a ella, el correspondiente al año siguiente.

Art. 20. — Cuando por la declaración de concurso no se ejecute la obligación del deudor concursado, o sea re-

---

liquidados los valores. En este sentido, § 19, ley alemana. Nos apartamos de la solución de ese párrafo, en virtud de las razones expuestas por Percerou, II, número 915 bis, y también de la establecida por la ley francesa.

Art. 19. — § 21, ley alemana. El artículo 1575, Código Civil, sigue otro orden de ideas — inciso 3º — pues presume la mala fé en los pagos "hechos después de publicada la falencia", por error, pues son nulos por el desapoderamiento del deudor. Fuera de ese caso, se exige — artículo 1574, — la prueba de la mala fé, lo que es favorecer manifiestamente la acción del deudor en daño de sus acreedores, porque, en defecto de ella, deben respetar los pagos por extraordinarios que sean. Basta la tolerancia equitativa que nuestro artículo autoriza, y que es tan amplia como las circunstancias permiten explicar de manera plausible los adelantos efectuados.

Art. 20. — Artículo 98, ley de quiebras. § 26, ley alemana. La primera fija como punto de partida la presentación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

suelta la relación jurídica, no puede la otra parte exigir de la masa la restitución de lo que entregó y ha pasado a ser propiedad del concursado antes de la declaración de concurso, o, si la hubo, de la presentación del deudor.

En todos los casos, sin perjuicio del privilegio que pueda corresponderle, solo tendrá derecho, como acreedor en el concurso, a indemnización por la falta de cumplimiento, o por la resolución.

---

del deudor. Pero puede haberse hecho la declaración sin que esa presentación haya tenido lugar. La ley alemana calla sobre ese punto, pero sus intérpretes aplican la regla general de que los efectos del concurso se producen desde la declaración. (Jaeger, Konkursordnung, sobre el § 26, número 2). Para la doctrina francesa, Percerou, II, números 992, 1020, 1025, d); Lyon-Caen et Renault, 8, números 833, 836 y 840. Thaller, número 1037.

La segunda parte del artículo se refiere al derecho del tercero a entrar en el concurso por el importe de la indemnización a que le da derecho la inejecución del contrato. Consideramos esa cuestión fuera de debate. § 26, ley alemana, y sobre él y el § 17, Jaeger; Crome, Obligaciones en derecho francés. § 16, X; Lyon-Caen et Renault, 8, números 861 y 862; Thaller, número 1957; Percerou, II, número 900 y siguientes; Demangeat, nota sobre Bravard, 5º, página 587. Artículos 30 y 38, ley inglesa, y sobre ellos Williams, On Bankruptcy.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 21. — No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigírse la restitución de los objetos muebles

---

Art. 21. — Artículo 98, ley de quiebras, y las citas al artículo anterior. Véase sobre los artículos siguientes de la ley de quiebras, la observación de Percerou, II, nota 1, al número 986. § 44, ley alemana.

El artículo se aplica en todo caso, se hayan enviado los objetos por cuenta del vendedor, o comisionista, o por cuenta del comprador, o comitente. Jaeger, sobre el § 44, número III, 2º, pero no cuando se remitan directamente a tercero, **en virtud del contrato,** a cuyo tercero las ha vendido el comprador o comitente: id, III, número 2, observación 12.

El artículo 104, ley de quiebras, obedece a otro orden de ideas. Reproduce el artículo 1675 del primer Código de Comercio (1) según el que no procede la resolución, "si han sido vendidos (los efectos) a un tercero por la factura, el conocimiento o la carta de porte."

Habría, entonces, que ver las condiciones de estos documentos y si, en virtud de ellos, ha podido adquirir el tercero de buena fé. (Percerou, II, números 1049 y 1052). El conocimiento remitido, por ejemplo, a un banco, para ser entregado previo pago, el enviado a la orden de un corresponsal, etc., no autorizan la excepción expresada, aunque se haya hecho ver al tercero.

---

(1) En la publicación oficial de la ley vigente hecha por el Senado, hay un error de imprenta que cambia totalmente el sentido del artículo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

enviados al concursado, siempre que no hayan entrado en su posesión efectiva antes de la declaración o presentación del deudor.

Pero es el sistema mismo del artículo 104 de la ley de quiebras el que es erróneo. No se ajusta al régimen general de trasmisión de las cosas muebles. Porque no se trata de "reivindicar" lo vendido, del concursado, sino de una acción de "resolución" contra éste, con efecto respecto de tercero, y la ley, dispone que (artículo 106, artículo 1675, anterior Código de Comercio) "si se ha estipulado que el riesgo de la cosa vendida sea de cuenta del vendedor hasta el momento de la entrega, la nueva venta celebrada antes que aquella se verifique no obsta a la reivindicación."

No es, pues, la presencia del conocimiento, o carta de porte, y la buena fé del tercero, lo que decide la situación. Son las convenciones internas de vendedor y comprador, — y pueden existir muchas otras reservas, — clandestinas, no constantes en los documentos que se exhiben, las determinantes de los respectivos derechos. El sistema es contradictorio. Tan pronto es el documento lo que ampara al tercero, como es indiferente ese mismo documento. La buena fé existe, sin embargo, en los dos casos. Y en uno, aunque no haya entrega, hay pérdida del derecho de resolución con efecto respecto del sucesor, mientras que en otro, la causa la entrega efectiva de la mercadería: la línea de demarcación es constituída por una reserva oculta. Es manifiesto, que el sistema general del Código Civil no armoniza con esa solución. La posesión de cosas muebles vale por título, y la posibilidad de

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 22. — Las acciones para separar de la masa los bienes que no pertenecen al deudor, fundadas en derechos reales o personales, así como los privilegios para ser pagados con preferencia los acreedores, se regirán por las disposiciones de este Código.

Art. 23. — No pueden hacerse valer en el concurso los

---

detener las cosas enviadas **in transitu** debe depender de la **naturaleza** del documento de envío, del poder que de sus constancias resulte para disponer de lo enviado, y para retirarlo de quien transporta, por virtud de aquel, y no de su existencia genérica e indeterminada, y de las reservas ajenas a él, que lo desnaturalicen.

En otros términos, se rige el punto por las reglas generales.

Art. 22. — § 43, ley alemana. Por este artículo tratamos de llegar a la unidad de procedimientos en los concursos civiles y comerciales, según se determinará por una disposición posterior, deslindando con cuidado la parte de la ley de quiebras que no juzgamos aplicable a las relaciones civiles, o con cuyas soluciones disentimos.

Art. 23. — § 63, número 4, ley alemana; § 519, Código Civil alemán. Savigny, Droit romain, IV, § 157, V, 2; Windscheid, Pandekten, II, § 366, número 3 y § 268, y nota 2; Dernburg, Pandekten, § 57, y nota 15, § 107, y nota 3; Molitor, Obligations, II, números 905 y 909; Van Wetter, Obligations, I, § 6, II.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

créditos que provienen de una liberalidad, ni, en el de la herencia, los legados.

Es principio tradicional de las disposiciones a título gratuito, que nadie puede ser liberal con lo que adeuda, y que su patrimonio, que es la garantía de sus acreedores, no existe sino previa deducción de sus obligaciones. Bona intelligitur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt, (L. 39, § 1, 50, 16, D.). De ahí que: Is quoque qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur; et quidem is solus deducto aere alieno. (L. 19, § 1, 42, 1, D.).

Los acreedores no pueden ser, por consiguiente, burlados por las liberalidades de su deudor, y así lo resuelve el Código, — artículos 3400 y 3797, — para los legatarios.

Los artículos 1840 y 967, son aplicaciones de la misma idea. Por último, el artículo 800, inciso 5º, deduce del principio general superior, que no puede perseguirse la ejecución de la donación, sino dejando al deudor, — como lo decía la ley romana, — lo indispensable para una modesta subsistencia: in quantum facere potest, et quidem is solus deducto aere alieno.

No hay, según esto, donación sino existen bienes libres, y los romanistas, y con ellos, el Código Alemán, § 519, y la ley de concursos, § 63, han dispuesto que cuando el deudor se halla en estado de liquidación por causa de insolvencia, los acreedores por liberalidades no están en la misma línea que los demás. Hay donación después de pagado lo que se debe, y si queda algo, después de conservar lo necesario para una modesta subsistencia: aere alieno deducto.

Art. 24. — En cuanto no está prevenido en este Código, se aplicarán subsidiariamente a los concursos civiles, las disposiciones de la ley de quiebras, que sean compati-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

E importa poco saber si las deudas son anteriores, o son posteriores a la donación. Por lo mismo que no ha sido cumplida, hay que dejar al donante lo necesario para su sustento, previo pago de sus acreedores por otros títulos. Sólo así se sabrá si le queda ese necesario. Los donatarios o beneficiados no entran en el concurso.

Cuando las liberalidades han sido ya ejecutadas se resolverán o no, aplicando las reglas arriba establecidas, según que se hayan efectuado en época o bajo condiciones dadas.

En el presente artículo se trata de donaciones no cumplidas. Y no es solamente por razones de orden constructivo que los donatarios no entran en el concurso. Lo es por una consideración elemental. Mientras el deudor estuvo en la libre administración de sus bienes, la donación no se ha ejecutado. Ahora que está concursado, se viene a pedir la entrega de lo que antes no se reclamó. Bien podría decirse que se pide a los acreedores, que se priven de lo que les corresponda en los bienes de su deudor, para que el donatario reciba lo que se le prometió. La donación, se hace a su costa. Son ellos los que donan por cuenta del promitente.

Art. 24. — Procuramos por este artículo, de acuerdo con los artículos 67 y 104, de la Constitución, unificar los procedimientos, y en la medida de lo prudente, la materia de los concursos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bles con él, sobre verificación de créditos, administración y liquidación de los bienes, concordato y adjudicación del patrimonio del deudor, así como a las otras maneras de terminar el concurso, y a la rehabilitación.

Se aplicarán, asimismo, las que reglan los procedimientos del concurso.

Creemos deficiente la ley de quiebras y hemos tratado de rectificar las disposiciones para los concursos civiles, que no nos han parecido convenientes. Por eso nuestro artículo, cuida de circunscribir cuáles son las disposiciones de aquella que se ajustan a las del Código Civil, disponiendo la precedencia de éstas, y además, que sólo se aplicarán en cuanto sean compatibles con ellas. Muchas han sido ya comparadas, y muchas otras, resultan de disposiciones particulares que sería muy largo enumerar.

Por más que pensemos que la ley de quiebras exige una seria revisión, es mayor el beneficio de la unificación que por el artículo propuesto, procuramos realizar, y el de la reivindicación para la legislación general de la Nación de atribuciones privativas, cuyo abandono ha conducido a una pluralidad de sistemas de liquidación en materia en que debe existir unidad.

Siempre será de desear la unificación completa por la corrección de la ley vigente, en vez de continuar en la corriente actual de separación de los concursos civiles, de los comerciales. La ley número 11.077, por ejemplo, especial para los primeros, dispone la rehabilitación en las mismas condiciones que las requeridas para los comerciantes. Nuestro artículo, la unifica con la general de quiebras.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO XV

Del derecho de retención*

* El Código, después de tratar de los derechos reales, y de las sucesiones, consagra una sección especial del Libro 4º a la "concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común".

Es eso decir que ha tenido dificultad en determinar, dentro del sistema general, el lugar que ha de ocupar la materia de los derechos que asisten a los acreedores contra su deudor para retener las prestaciones que, a su vez, deben efectuar, o para cobrarse con preferencia a otros, en caso de insuficiencia de bienes.

Se trata de una página del derecho de las obligaciones. Si se han constituído garantías especiales en seguridad del crédito, si se han afectado bienes especiales en hipoteca o prenda, o si la ley misma concede prelación sobre cosas dadas, o indeterminadamente sobre los bienes del deudor, siempre se trata de acciones personales de crédito y deuda, de ejercicio de las facultades derivadas de la obligación. Cuando hay derechos reales constituídos, son accesorios del crédito. Cuando hay privilegio, es éste una calidad de él, conexa constitutivamente con él. Si el derecho real se ejerce contra tercero, no es éste un deudor: queda excluída toda noción que permita reclamarle el cumplimiento de la deuda. Tolera, padece, únicamente, el ejercicio del derecho en el bien afectado. No se trata, pues, como lo dice el epígrafe ya recordado, de concurrencia de derechos reales y personales en bienes del deudor común.

El derecho de las obligaciones trata necesariamente de la colisión de los derechos cuando hay insuficiencia de los

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bienes para ejercerlos independientemente. La materia de los concursos es un capítulo normal de aquél. Donde no hay privilegio se cobra por concurrencia. Donde lo hay se cobra por preferencia.

Y, a su vez, el derecho de retención, constituye una excepción que permite detener la prestación requerida, hasta tanto se satisfaga la deuda contraída por causa conexa con la prestación misma exigida.

Cualquiera que sea el hecho generador, es una facultad concedida por la existencia de un crédito, para ampararlo. Es una protección de que sólo gozan los acreedores, como el privilegio es una calidad que no se concibe sino en relación de una deuda dada.

No se comprende, entonces, por qué se interrumpe la unidad natural de la materia de las obligaciones, para relegar al fin del Código, las causas, y los efectos de la preferencia, y los del derecho de retención. Siempre se trata de efectos de los créditos, de obstáculos que se oponen, o favorecen su ejercicio. Siempre es el derecho del acreedor en actividad. Más lógico es el Código Alemán, al tratar de la retención entre los efectos generales de las obligaciones, y al excluir absolutamente la materia de los privilegios para entregarla a la ley especial de concursos, y a la, también especial, de liquidación forzosa de los inmuebles, en lo relativo a los privilegios sobre estos. En ellas se conserva siempre la unidad exigida por las razones orgánicas de los privilegios, según se trate de cosas muebles, o de inmuebles.

Y como el derecho alemán, la ley suiza de persecución por deudas y quiebras, y la austriaca de concursos.

Con eso no quiere decirse que no se trate de asuntos de codificación federal. Se ha dicho ya que el derecho alemán y suizo unifican los concursos civiles y comerciales, y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 1. — Se sustituyen los artículos 3939 y 3940, por el siguiente:

---

por eso se ha dejado para la ley federal general que gobierna esa materia, la de los privilegios. Y, a su vez, la unidad exigida por el sistema de publicidad y de régimen hipotecario con el de los privilegios especiales sobre inmuebles, ha aconsejado reglar la materia por la ley federal de ejecución forzosa.

Sin detenernos por el momento sobre este punto, pasamos a tratar del derecho de retención.

Art. 1. — § 273, Código Alemán, y § 471, austriaco reformado. El derecho de retención se basa en el mismo orden de ideas que el principio fundamental del artículo 1201. Una parte no está más obligada que otra, en los contratos sinalagmáticos, a cumplirlos. La prestación debida por ella, es determinada por la prestación que ha de entregársele: deben, pues, efectuarse contemporáneamente, o mejor dicho, recíprocamente. La excepción, non adimpleti contractus, paraliza la acción del contratante, no porque se desconozca su derecho, sino porque se le niega su ejercicio, si no es acompañado del cumplimiento de su deuda. Es, por su naturaleza, una excepción dilatoria, y por su efecto, un medio de asegurar la contraprestación.

La misma razón ocurre en los contratos sinalagmáticos imperfectos, en los unilaterales, y en general, en todas las relaciones jurídicas que engendran, por razón de ellas, un derecho a prestaciones eventuales. El que tiene derecho a que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El deudor que tiene contra su acreedor un crédito exigible fundado en la misma relación jurídica de que resulta su obligación, puede, a menos que resulte lo contra-

---

se le abonen mejoras por razón de su posesión, no está más obligado a la entrega de la cosa, que a su pago el propietario que las adeuda.

Pero esa situación recíproca, determinada por la misma relación jurídica, no es exclusiva de la única que el artículo 3939, considera. No es solamente en el caso de tener una cosa ajena, que se puede retener. También pueden ser cosas propias, como en el caso de los artículos 2846 y 2852, y pueden ser derechos, créditos, y prestaciones de todo género que no sean cosas: el que tiene derecho a exigir una constancia de pago por escritura pública, por ejemplo, puede retener el importe hasta la firma de ese instrumento.

Tampoco es exacta la segunda condición del artículo 3939: aunque no se trate de un pago lo que se pueda exigir, procede, o debe proceder, el derecho de retención; los ejemplos citados, lo demuestran.

El artículo 3940, parece conceder alguna mayor latitud al derecho de retención, pero ha de notarse que está subordinado al precepto definido, y circunscripto, por consiguiente, en el anterior. Sería arbitrario interpretarlo como aplicable a relación que no reune las condiciones del artículo 3939, que, precisamente, por constituir una excepción a la regla general del cumplimiento de las obligaciones, no consiente semejante ampliación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

rio de la relación, rehusar su prestación hasta que se efectúe la que se le adeuda.

El que debe restituir un objeto goza de igual derecho,

Nótese que, en el texto proyectado, no se incluyen los contratos sinalagmáticos perfectos. Están regidos por su regla peculiar, que hemos proyectado en su lugar oportuno, corrigiendo la actual disposición del artículo 1201.

El que determina la presente nota no los comprende. Y esto por razones evidentes. Cuando se vende, un contratante entiende adquirir el objeto vendido mediante la entrega del precio, y el otro, adquirir el precio, mediante la entrega. No es cuestión, por consiguiente, de sustituir las prestaciones por garantías, si la venta es al contado. Admitirlas, bajo cualquier supuesto, sería convertirlo en otro contrato: sería venta a término, y eso no lo quisieron las partes. Económicamente, es una convención violada.

Pero en esos contratos las partes se han pronunciado. Han determinado sus obligaciones. Hay precio y hay cosa, precisos.

En los contratos de otra índole, las convenciones sólo se han ajustado en cuanto a una faz. Las obligaciones pueden resultar fuera de ellas, por circunstancias eventuales, sobre las que no hay precisión, ni acuerdo que las circunscribe. Es un depositario que pretende haber hecho gastos, cuyo importe reclama. Será exacto, o no lo será. Es justo que se le abonen, si se han hecho. Pero, puede también ser que abuse de su posición. El derecho de retención puede constituirse en un medio de expoliación. Se busca por él una presión pa-

si tiene un crédito exijible por gastos que ha hecho en él, o por daños que le ha causado, a menos que hubiera obtenido el objeto por un acto ilícito voluntario.

El acreedor puede impedir la retención constituyendo

---

ra obtener el pago. Esa garantía puede ser reemplazada por otra. Pero era garantía real: no debe sustituirse por una personal.

Nuestro Código organiza el derecho de retención de manera harto peligrosa. Y todos los días se producen verdaderos escándalos en que por la retención se desespera a los acreedores que reclaman lo suyo. Nuestro artículo, tomado del Código Alemán, corrige tan grave imprevisión.

En la nota al artículo 3939, se habla de que el derecho de retención es un derecho real sobre la cosa detenida. Es la reproducción de la opinión de Mourlon, discutible y discutida, en derecho francés.

No nos interesa entrar en esa controversia, porque se trata de una opinión didáctica, que no influye en la solución de ninguna cuestión legislativa sobre el derecho de retención.

Este no produce otro efecto que el de autorizar una excepción dilatoria. Es una exceptio doli. Y así como no es un derecho real el del contratante que en los contratos sinalagmáticos se niega a cumplirlos, si no se le efectúa la contraprestación, así tampoco se ve donde está el derecho real en el caso de contratos de otra índole. No constituye afectación de la cosa al pago del crédito: no confiere privilegio sobre su valor. ¿Qué nueva categoría de derechos reales es ésta, que no atribuye derecho alguno de uso o goce, que no es usu-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

una garantía real suficiente. No se admitirá una garantía personal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

fructo, ni propiedad, y que no es afectación en seguridad de una deuda?

Mucho tememos que sean estas confusiones entre lo que es derecho real, y lo que no lo es, resultado de la regla de derecho francés en cuya virtud las convenciones producen por sí solas constitución de derechos reales, y no se limitan a engendrar relaciones de crédito.

Pero, nos detenemos. No es, este, asunto de interés legislativo. El único efecto que se pretende conexo con su condición de derecho real es el de que la retención puede invocarse contra acreedores, y terceros adquirentes. Pero cuando unos y otros proceden, sólo lo hacen como representantes de los derechos del acreedor, los primeros, porque buscan en sus bienes hacer efectivos sus créditos, los segundos porque le suceden en aquellos. Usan de los derechos de su deudor y nada más. Se trata siempre de crédito, y deuda, de acción, y excepción dilatoria. Si son cosas muebles, la tradición llana no ha podido efectuarse, por no estar la posesión vacua; en cuanto a los inmuebles, más adelante se tratará del punto.

Véase sobre todo este asunto a Aubry et Rau, III, § 256 bis; Laurent, 29, números 284 y 292; Baudry et Loynes, Du nantissement, números 220 y siguientes; Motive, II, páginas 40 y 44, y 202 y 204; Dernburg, B. Recht, II, 1, § 57; Planck, II, sobre los § 273 y § 320, Código Alemán; Endemann, I, § 125 y 126.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — El derecho de retención, invocado en caso de acción del acreedor, solo produce el efecto de que el deudor será condenado a efectuar su prestación contra la prestación recíproca.

En virtud de esa condenación, el acreedor puede proceder a la ejecución forzada de la sentencia, sin efectuar su contraprestación, cuando el deudor ha sido constituído en mora de recibir.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3941. Se le agregará en párrafos separados, lo siguiente:

El derecho de retención, en caso de declaración de concurso, se ejercita, aun cuando no fuera exigible la prestación en cuya virtud se opone.

El derecho de retención puede ejercerse respecto de las cosas muebles, que no sean robadas o perdidas, recibidas de buena fe, aunque no pertenecieran al deudor de la contraprestación que lo funda.

Art. 2. — § 274, C. Alemán, y sobre él, Planck; § 471, Código Austriaco, ref.

Art. 3. — Artículos 895 y 897, Códizo Suizo, en cuanto al agregado. Es aplicación de la regla general en cuanto a las obligaciones pendientes de término, o liquidaciones, y del principio que excluye las acciones reipersecutorias de cosas muebles, no robadas o perdidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3942. Se agregará por separado:

Si se trata de inmuebles no puede oponerse la retención a los terceros que hubieran adquirido derechos reales,

---

Art. 4. — El artículo 3942, literalmente entendido, es incompatible con el sistema hipotecario del Código, y, principalmente, con un régimen sano de constitución de derechos reales.

Si la retención puede ejercitarse contra los que han adquirido derechos en virtud de las constancias de los registros públicos, no hay crédito real posible. Se ha vuelto al régimen de las cargas ocultas.

Por eso, aún en los países que no han adoptado en pleno el sistema de la publicidad con sus consecuencias naturales, ya no se discute la primera parte de nuestro agregado. El deudor retinente, no tiene mejores y más extensos derechos que su acreedor. Aubry et Rau, III, § 257 bis, y IV, § 439, y nota 9. Baudry et Loynes, Nantissement, número 249, y con mayor razón, en general, los escritores que ven en la retención un derecho real, admiten que no puede openerse a los acredores hipotecarios anteriores, aunque hay dispersión de opiniones respecto de los adquirentes, como puede verse en nuestro artículo 3754, que, si admite lo primero, niega lo último, obedeciendo a aquella insostenible doctrina. Laurent, 29, números 292 y 302, es más radical: nunca puede oponerse la retención a los adquirentes y acreedores hipotecarios, anteriores y posteriores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

sobre ellos, inscritos antes de la constitución del crédito del oponente.

En cuanto a los inscritos después, no podrá hacerse valer la retención, si no se hubiera anotado preventivamente,

---

Carece de objeto, para nosotros, demostrar esta rara inconsecuencia de que los adquirentes y los acreedores hipotecarios sean colocados en condiciones diversas. Y tampoco hoy puede ponerse en duda que la fé en la verdad de las constancias de los Registros públicos, no debe ser sacrificada, sin daño grave de la cosa pública, a la garantía de cargas ocultas con que se sorprende a los que contrataron creyendo en la libertad del bien.

Los privilegios sobre inmuebles no producen efectos, si no se registran los créditos, y la retención que ni siquiera es un privilegio, no debe colocarse en una situación distinta. La anotación preventiva debe ser exigida para garantizar todos los intereses en juego, y evitar graves abusos colusivos entre supuestos acreedores y deudor, para burlar a terceros, constructores, compradores, hipotecarios, a quienes nada hay que reprochar, pues los Registros públicos les afirmaron que había libertad del inmueble.

El Código Suizo, artículo 895, no permite retención sino de cosas muebles, para evitar los inconvenientes de ella, en presencia del sistema de publicidad inmobiliaria. (1).

---

(1) Sin embargo, autoriza por excepción, — artículo 930 — la retención a favor del poseedor de buena fe, evicto, por las impensas necesarias y útiles, pero sujeto todo a los preceptos de los artículos 937 y 973.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

con anterioridad, el crédito y su monto, efectivo o eventual, en el Registro de inmuebles.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3943, al que se pondrá como segundo párrafo, el 3944.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 3945.

Art. 7. — Se sustituye el artículo 3946, por el siguiente:

No vemos inconveniente en permitir la anotación preventiva. Con ella, todas las dificultades quedan allanadas. Si no se realiza por cualquier motivo, no es, esa, razón para que se perjudiquen los terceros: nuestro sistema equivaldrá al suizo. No hay derecho de retención de los inmuebles en cuanto a los que adquirieron sus derechos sobre ellos en vista de las constancias de los Registros públicos.

Nuestro artículo habla de derechos reales, lo que, según nuestro proyecto, comprende los privilegios especiales sobre inmuebles.

Art. 7. — El artículo que proyectamos es exactamente lo opuesto de la disposición vigente. Se ha agravado todavía el error de esta, por la declaración de varios escritores nacionales que la extienden a todo privilegio aunque sea particular, allí donde el Código sólo permite invocar los generales en perjuicio del retentor. Hubiera sido necesaria una excepción expresa para ello, desde que el artículo 3942, se opone a semejante interpretación.

No se discute hoy ya la opinión que el Código reprodujo de Troplong. Ni tampoco que la retención de cosas muebles debe ser separada de la de inmuebles.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Los privilegios no pueden hacerse efectivos en perjuicio del derecho de retención sobre cosas muebles.

Para la refutación decisiva de nuestro artículo vigente: Mourlon, Examen critique, números 219, — el mismo que se cita para justificar la solución incompatible del artículo 3942, — 220 y 221; Aubry et Rau, 3, § 256 bis, página 120; Baudry et Loynes, I, número 249· Guillouard, Du droit de rétention, números 114 a 118.

Las soluciones que proyectamos en el título siguiente, y en el de las hipotecas, nos dispensan de mayores explicaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO XVI

De las causas de preferencia en el pago de los créditos *

---

* La materia de los privilegios es una de las que ha experimentado mayores modificaciones en las legislaciones recientes, y en la doctrina. Por un lado, las exigencias de los sistemas de publicidad en materia de inmuebles, incompatibles con la admisión de preferencias determinadas por causas ocultas, y por otro las exigencias del crédito bancario y particular, han causado una transformación fundamental. Ya la ley belga, que nuestro Código tuvo presente en algún punto, había reformado el Código Napoleón en muchos particulares. El Código Italiano también se apartó, principalmente en relación de los privilegios sobre inmuebles, de su modelo, siguiendo la corriente doctrinaria. Las leyes especiales de concursos de Alemania, Suiza y Austria, los Códigos español y brasileño, todas las legislaciones más modernas, en una palabra, se han alejado con mayor o menor decisión, de las doctrinas francesas que informan las resoluciones de nuestro Código. Hasta se ha llegado, por la Comisión redactora de la ley alemana, a hablar de la supresión de los privilegios, con excepción de los fundados en la pignoración expresa o presunta. Y el Consejo federal suizo en su mensaje de 6 de Abril de 1886, en que remitía el proyecto de ley de ejecuciones y quiebras, decía: "Deseamos no conservar, en materia de privilegios, sino aquellos en favor de los cuales militan intereses urgentes y al mismo tiempo razo-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION · BIBLIOTECA DIGITAL

nes de orden social y económicas... Menos podemos reconocer como correcta y deseable en nuestras condiciones políticas y económicas la supresión de todo privilegio, que la exposición de los motivos de la ley alemana sobre concursos designa como constituyendo su objetivo. Si, por otra parte, el Código Alemán ha acogido un número de privilegios **mucho más considerable que nuestra ley, es por una singular contradicción** con los principios que proclama la exposición de los motivos''. Brustlein et Rambert. La poursuite pour dettes et la faillite, página 340. La ley suiza queda, pues, definida: todavía reconoce menos privilegios que la alemana caracterizada por el propósito de su supresión.

En Francia fué instituída una Comisión extraparlamentaria del Catastro, compuesta de las personalidades más eminentes bajo todo aspecto. Si no modificó los privilegios sobre cosas muebles fué, — lo declaró expresamente, — porque esas reformas al Código no encuadraban dentro de su cometido. En cambio transformó profundamente las causas de prioridad sobre los inmuebles y los independizó de los privilegios del Código sobre los bienes en general. Actas de la Comisión, tomo 1, página 216 y siguientes, tomo 3, informe de Challamel, página 173, y 7º, página 62. El proyecto sancionado, está en este tomo, página 393.

Las mismas ideas aparecen en Italia. A pesar de haber el Código de ese país, alterado el carácter de los privilegios sobre inmuebles transformándolos en hipotecas legales, autores tan importantes como Bianchi, (Ipoteche, I, número 45), piensan que no deben existir. Ha de dejarse a las partes que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 1. — Ningún crédito tiene preferencia en el pago, sino en los casos en que expresamente lo declare la ley.

---

ajusten por convención expresa las garantías que pretendan en salvaguarda de sus intereses: los conocen mejor que la ley.

En las notas que siguen se explican las reformas propuestas, y creemos que se apoyan en razones firmes. Las caracterizamos, en general, diciendo que los privilegios particulares sobre inmuebles, y sobre muebles, quedan independizados de toda sujeción a privilegios generales, incompatibles con una buena organización de crédito. Son dañosos para el deudor, que no puede obtener los medios necesarios para desenvolver o desembarazar sus negocios, porque alejan la cooperación de los que pudieran auxiliarle. La supuesta protección de que se pretendía rodearle, se constituye en la abstención efectiva de toda ayuda.

El título que proyectamos sustituye el respectivo del Libro 4º, sobre privilegios.

Art. 1. — Artículos 3875, 3876 y 3877.

Los artículos actuales contienen reminiscencias de la distinción del Código Francés entre privilegios e hipotecas. Para evitar reproches sobre la reincorporación de la palabra privilegio proscrita por la Revolución, se dijo que era una calidad de los créditos declarada por la ley en vista de ella. Según esto, la convención no podía engendrarlos — artículo 3876 — lo que es inexacto, aún en el Código francés, puesto que su artículo 2102, considera la prenda como un privile-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — Serán pagos con preferencia en el valor de los inmuebles, los créditos hipotecarios, y los declarados

---

gio, y nuestros artículos 3889, 3913, 3916, 3918 y 3934, califican como privilegios la prenda y la hipoteca. No podría, pues, decirse ya — artículo 3876, — que el deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores, sin dar a ese concepto una acepción muy convencional, y distinta de la que le da la doctrina francesa de que se ha tomado. La prenda y la hipoteca son "creadas" por los contratos, y hasta sólo pueden crearse por mutuo consentimiento. Todo lo que debe decirse es que hay privilegios declarados por la ley, sin estipulación que les concierne, y privilegios que no existen sino por convención. La ley los reconoce cuando, en uno y otro caso, se han observado las condiciones para el nacimiento de la relación jurídica a los cuales, ella, la ley, les declara anexo, o mejor, constitutivo, un derecho de preferencia. La convención, por sí sola, en defecto de prescripción legal expresa, no engendra privilegio, pues, entonces, desaparecería la noción misma, desde que todo acreedor pactaría su preferencia.

De ese concepto deriva la inutilidad del artículo 3877. Si un crédito puede ser cobrado con preferencia, es claro, que su cesión lo trasmite como es, salvo convención contraria limitativa.

Art. 2. — Los privilegios que nacen de la hipoteca, o de otras relaciones jurídicas sobre los inmuebles, no pueden constituir sino afectaciones que, so pena de la destrucción

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

con privilegio especial en los casos y los términos expresados en el título de los privilegios e hipotecas del Libro 3º.

Art. 3. — Los créditos privilegiados sobre ciertos muebles, son:

1º Los gastos de justicia hechos para la realización de la cosa y la distribución del precio;

2º Los impuestos y tributos nacionales, provinciales

---

de todo el sistema orgánico de los derechos reales, deben ser sometidos al régimen de publicidad y el orden de prelación que de éste necesariamente surge. No puede admitirse que existan cargas ocultas, ni a favor de incapaces, ni de vendedores, u otros acreedores privilegiados.

La unidad del asunto exige considerarlo en el título en que se organiza la hipoteca, esto es, la principal afectación de los inmuebles. En esa oportunidad desarrollaremos estas ideas.

Artículo 47, Ley alemana de concursos; Proyecto de la Comisión extraparlamentaria francesa, artículos 7, 9 y 10; Código español, artículos 1922, 1923, 1924, 1926 y 1927; Código brasileño, artículo 1565.

Art. 3: inciso 1º — Artículo 3900, Código Civil. Los gastos de realización de la cosa, comprenden todos cuantos sean necesarios para la ocupación, separación, guarda, etc., que, evidentemente, van presupuestos, y sin los cuales no es posible la realización.

————inciso 2º. Artículo 49, inciso 1º y párrafo final, Ley alemana de concursos. Artículo 48, inciso 1º, Ley aus-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

y municipales, sobre los objetos existentes, retenidos o secuestrados, en las aduanas, o establecimientos del Estado o municipio, o autorizados y

---

triaca de concursos, que comprende a todos los acreedores con prenda, convencional o legal. Entre estos, los créditos fiscales por impuestos de la clase expresada en el texto. (Jacob y Weiser, Ley de concursos, página 128, letra C.).

Artículo 1958, Código italiano, que no limita el privilegio, como lo hace nuestro texto y el alemán, a los objetos existentes en poder del Estado o Municipio, o bajo su autoridad.

Artículo 18, Ley de Aduanas, número 11281; artículo 5, Ley 11274; artículo 19, Ley 3764; artículo 9, Ley 3761; artículos 1. 7, 10, 32, 33, 34 y 35, Ley de Warrants.

Sobre la última parte del proyectado, artículos 3889 y 3890, Código Civil.

El Código no ha reglado la materia de los privilegios por impuestos y otros tributos, de una manera satisfactoria. No ha imitado al Código Francés que ha abandonado el asunto a la legislación fiscal, si bien con limitaciones que expresa el artículo 2098.

Y creemos que, bajo este aspecto, nuestro Código está en lo exacto. Es cierto que las leyes especiales que el Congreso dicte pueden modificar en todo momento, las que el Código adopte. Pero no por eso debe abandonarse la sistematización, porque es indispensable reglar el orden de prelación con los otros privilegios emanados de relaciones jurídicas distintas.

vigilados por ellos, en cuanto a cosas sujetas a derechos de introducción, extracción, o consumo. El privilegio no subsiste cuando las cosas han sa-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Y si se observa que las provincias y los municipios, pueden, en extensión mayor o menor, establecer impuestos, se advierte al punto la imposibilidad de dejar librada a la legislación fiscal la existencia y extensión de los privilegios que ella disponga en relación de su prelación relativa a los créditos de otro origen. No solamente está en juego la eficacia jurídica del sistema hipotecario y del prendario, que corresponde exclusivamente al Código Civil, establecer y definir, sino que todo el sistema de crédito real y personal del país, queda económicamente entregado a la anarquía y arbitrio de las legislaciones locales, movidas por un interés puramente fiscal. No hay sistema bancario posible en tales condiciones.

La legislación nacional padece de un exceso de fiscalismo poco meditado. Así, para presentar un ejemplo de varios, el artículo 19 de la ley de impuestos internos, dispone que gozarán de privilegio especial no sólo sobre "los productos en existencia", lo que es correcto, sino "sobre todas las maquinarias, enseres y edificios de la fabricación", es decir que ni el vendedor del inmueble, el acreedor hipotecario, el locador, el constructor, el prendario por prenda registrada, los obreros, etc., tienen derecho alguno en presencia del fisco, si se tomara a la letra aquella disposición.

Con esto, creemos dejar demostrado que el Código Civil debe reglar la existencia y precedencia de los privilegios

lido de poder del acreedor. Si fuese desapoderado sin su voluntad, se procederá como en el caso de prenda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

fiscales, y que toda legislación particular, por libre que sea para fijar el asiento del impuesto y sus condiciones, debe ser subordinada a un régimen sistemático y orgánico de coordinación que toca exclusivamente establecer al Código Civil. Bajo esta faz, constituye la ley suprema del país: artículo 31, Constitución Nacional, y 22, Código Civil.

Esta doctrina es la adoptada por los artículos 3879, 2º, y 3880, 5º, en cuanto asignan asiento y orden de prelación, para toda clase de impuestos del Fisco y las municipalidades.

Cual sea exactamente la situación de ese privilegio, es punto muy confuso en el Código. Y más que confuso, deficiente.

La asimilación de todos los impuestos es, desde luego, inadmisible. Es claro que uno de aduana, o uno de contribución territorial, por ejemplo, no están en la misma situación que la contribución de patentes comerciales. Los primeros tienen cosas directamente sometidas a la acción fiscal. Hay prenda, en un caso, y una afectación real en el otro, con las modalidades naturales de la situación que en su lugar se establecerán.

Y si todavía se nota que por el artículo 3879, se declara un privilegio general, sobre muebles e inmuebles, y por el artículo 3880, uno sobre la generalidad de los muebles, en los mismos y precisos términos, se verá cuán grave es la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

situación para fijarles exacta posición, desde que se hallan sometidos a las reglas de los artículos 3898, 3899, 3918, 3919, etc. Y como, a excepción del caso de los gastos de conservación, — artículo 3901 — se calla en el Código el orden de prelación de los impuestos en relación de los privilegios especiales sobre cosas dadas, es dificilísimo disipar las obscuridades en presencia de las diversas situaciones que los artículos 3899, 3918 y 3919 contemplan.

Así. La contribución territorial, no puede estar sometida a la disposición de los artículos 3918 y 3919. El acreedor hipotecario no puede ser siempre preferido al Estado: son muchas las distinciones que deben hacerse. Las propiedades hipotecadas están también sometidas al impuesto. Y aunque hubieran tributos anteriores adeudados, no se harían efectivos en daño de los acreedores hipotecarios que constituyeron su derecho en vista de los certificados de la administración que, por error u otra causa, declararon la inexistencia de atrasos, o impuestos pendientes. Y por este estilo, hay otras distinciones que hacer.

Y lo mismo decimos de los impuestos de aduanas. No ceden al privilegio del acarreador, en los términos del artículo 3910, ni al del vendedor, en los del 3908, ni al del acreedor prendario, en los del 3913. Lo prueba, en cuanto a éste, el artículo 22, de la ley de Warrants, que constituye — artículo 10 — un caso de prenda, y en cuanto a los otros, la ley de Aduana.

Es lo exacto, que el Código, se ha olvidado de los impuestos que recaen sobre cosas dadas inmuebles, y sobre co-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

sas muebles particulares, en poder del Estado, o retenidas por él. El impuesto municipal sobre los animales sacrificados para el consumo de las poblaciones, se encuentra en ese caso, desde que sólo pueden serlo en los establecimientos que para ello destinan los municipios.

No creemos conveniente extendernos en una demostración mayor de los inconvenientes del sistema del Código, que establece una regla común para todos los impuestos. Nos parece evidente, ante la legislación fiscal misma, que los impuestos sobre cosas dadas, muebles o inmuebles, se rigen por disposiciones profundamente diversas de las que se refieren a impuestos de otro carácter.

En el artículo que proyectamos nos separamos aparentemente del artículo 49, 1º, de la ley de concursos alemana, que nos sirve de modelo.

El sistema de ella es el siguiente: Artículo 48 "Los acreedores que poseen un derecho de prenda derivado de un acto jurídico sobre un objeto perteneciente a la masa pueden reclamar en razón de su calidad de acreedores prendarios, sobre las cosas afectadas, el pago separado, etc." Artículo 49. "Son asimilados a los acreedores prendarios designados en el artículo 48: 1º Los créditos del Imperio, estados y municipios, por razón de impuestos sobre objetos retenidos o secuestrados y sometidos a derechos de aduanas, o a contribuciones."

El artículo equipara igualmente otros supuestos, como el del locador sobre los objetos que existen en los inmuebles arrendados, los sometidos a derecho de retención por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

el Código de Comercio, los que han mejorado por su trabajo o dineros, las cosas que retienen en su poder.

Declara la preferencia de los impuestos sobre los demás enumerados. Nada dice sobre las cosas prendadas del artículo 48.

Se ve que para la ley alemana, los impuestos sobre cosas dadas retenidas o secuestradas, constituyen caso asimilado a la prenda contractual.

Nosotros hemos proyectado dos números separados para los impuestos con retención, y para la prenda, por las razones siguientes que, como se verá, no importan la mínima divergencia con la doctrina alemana: son su perfecta aplicación.

La prenda puede ser constituída sobre las cosas, no solamente por la tradición efectiva en poder del prendario, sino además, por la entrega del instrumento por el cual pueda exigirse la de las cosas o acreditar su afectación: conocimientos, warrants, etc.

Cuando se trata de cosas que han de abonar impuestos para disponerse su entrega, el Estado puede exigir el pago previo de ellos, y así lo dispone la ley de Warrants. Es, pues, preferente el impuesto sobre la prenda, porque el Estado tiene bajo su poder efectivo las cosas. Y a la inversa, si por cualquier razón hubiera permitido la extracción de ellas, habría hecho crédito, como lo hace el prendario en tales supuestos, y con la pérdida de su poder sobre ellas, pierde, o debe perder, la preferencia que no se apoya en la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tenencia, o apoderamiento de los objetos, que los ha separado de la acción autónoma del deudor.

Si el desapoderamiento es clandestino o delictuoso, se halla en el caso general de todos los prendarios: puede reivindicar los objetos, si esta reivindicación procede.

La regla general de la prenda, la del poder directo sobre las cosas **mientras están en poder** del acreedor, se aplica al Fisco y municipalidades. Y los prendarios sobre documentos, se someten a esa regla general.

La ley alemana se ajusta a ese principio, puesto que no solamente el Fisco conserva su privilegio sobre las cosas mientras están retenidas o secuestradas, sino que todavía lo tiene sobre las cosas que, según el Código de Comercio, están sujetas a derecho de retención: inciso 4º, artículo 49, o al derecho prendario del locador, inciso 2º, del mismo, solamente, cuando están secuestradas: inciso 1º.

Como se advierte, nuestras redacciones, incisos 2º y 3º, se ajustan a la doctrina alemana, y si distinguimos de casos es, para dejar claro el pensamiento, pero sin apartarnos de la doctrina: es siempre la detención prendaria de las cosas la causa determinante de los privilegios especiales sobre las cosas muebles.

Nuestro artículo exige la detención o el secuestro de las cosas sometidas a contribución. Cuando este último se efectúa — como en el caso del artículo 19, ley de impuestos internos, — estando las cosas impuestas en poder del deudor, deben respetarse los derechos legítimos existentes, que no se refieran a cosas impuestas, como máquinas, enseres, edi-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

ficios, que, sin embargo, esa disposición declara comprendidos en el mismo privilegio. Si el inmueble no pertenece al fabricante, tiene el dueño el privilegio del locador, que, según el Código — artículo 3883, — comprende hasta las cosas ajenas. Si el fabricante es su dueño y debe el precio, el vendedor tiene privilegio sobre el inmueble, diga lo que diga la ley especial, porque el Estado no puede apoderarse de los bienes de tercero, como no puede desconocer la hipoteca constituída antes del secuestro: artículo 3918, Código Civil. Y por este tenor, otros casos expresos en este Código. Hasta en el derecho fiscal francés que — por ser más antiguo, — es el más exigente frente a los privilegios no fiscales, de todos los modernos, se reconocen tales limitaciones y restricciones en la extensión de los concernientes a impuestos. Por ejemplo, la ley exceptúa del privilegio por impuestos de aduana, a los "otros privilegios" que existen sobre las cosas, al del locador "por seis meses" de alquileres. etc. Esa ley se aplica a las contribuciones indirectas. Pont, I, números 30 y 33; Huc, 13, números 127 y siguientes; Baudry et Loynes, I, números 651 y siguientes; Aubry et Rau, 3º, § 263 bis, I, a), b), c).

No tenemos motivo para examinar ciertas opiniones respecto de algunos puntos en el derecho francés, porque los artículos 3018 y 3019 Código Civil, resuelven el caso. Esto, en cuanto al derecho existente.

Pero seguimos principalmente en este proyecto, la solución de las leyes más recientes: alemana, artículos 48 y 49; austriaca, artículo 48, que comprende, por leyes especiales,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

3º El crédito garantizado con prenda, es preferido a todos los demás, sobre el precio de las cosas pig-

---

los impuestos y tributos; y 219, ley suiza; la prenda confiere preferencia en los bienes muebles. El Estado no puede, ni debe, ser constituído en situación diversa de los particulares. No hay privilegios personales: la organización social económica, no lo consiente. Es, en general, y con desviaciones no justificadas, la doctrina de nuestro Código Civil.

————inciso 3.º El crédito real asume dos formas principales: la hipoteca y la prenda. En el mundo industrial y comercial, es mucho mayor la importancia de la prenda. Las materias primas para las manufacturas de toda suerte, almacenadas y clasificadas en establecimientos especiales, los embarques o transportes de otra clase, la transformación gradual preparatoria de la fabricación final, hecha por empresas distintas, absorben sumas colosales, que los banqueros suministran garantizándose con los certificados de depósitos, conocimientos, warrants, etc., nacidos de las adquisiciones que sus adelantos permitieron. Y manufacturado el producto se inicia de nuevo otra serie semejante, hasta ser colocado en el consumidor, habiendo pasado por múltiples etapas, en cada una de las cuales se han producido adelantos, creado instrumentos y constituído prendas con ellos.

A su vez el crédito agrícola se desenvuelve de igual manera, descendiendo de los altos comerciantes, a los modestos agricultores, que por los adelantos adquieren los medios necesarios de trabajo, pago de salarios, etc. Los bancos de toda

noradas, mientras se encuentren en el poder efectivo del acreedor. No subsiste el privilegio cuando han salido de ese poder. Si ha sido desposeído sin

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

suerte son los instrumentos de esa circulación, y el crédito personal no la alimenta sino en parte mínima. El crédito real, prendario (reservada la cuestión de la prenda por registro), es el gran medio que mueve el comercio, la manufactura, la agricultura, modernos.

No es, pues, la prenda un instrumento de la usura sórdida. Al contrario, es el de su destrucción, porque desde los potentados de la industria, a los humildes artesanos y agricultores, encuentran en los Bancos, agrícolas, prendarios, en los institutos de montes de piedad organizados por los gobiernos, el medio de emancipación y de trabajo.

La existencia de los privilegios es, cada día más, considerada como un grave mal, y una grave injusticia. Más se reconocen, más se usurpa del patrimonio que es la garantía común de todos los acreedores. Las legislaciones contemporáneas van restringiéndolos, y muchos que la tradición mantenía, van desapareciendo.

En cambio, los medios de crédito real, la hipoteca y la prenda, van fortificándose y depurando de los obstáculos que las perjudicaban. En las hipotecas, las cargas ocultas o han desaparecido o están condenadas aún en los países que admiten las hipotecas generales o no públicas. En la prenda que es, sin comparación posible, mucho más importante que la hipoteca, que es la fuerza más poderosa que mueve todo el mundo económico, también se ve un instituto cada vez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

su consentimiento, puede reivindicarlas durante tres años en las condiciones prescritas para los poseedores.

---

más indispensable, y que hay que limpiar, como la hipoteca, de cargas, de privilegios ocultos, para, con la disminución de los riesgos, abaratar el crédito.

Esa es la dirección en que marcha el derecho moderno. La prenda, es el primero de los privilegios: hasta el derecho fiscal se doblega ante él, y se encierra en su fórmula. Y por eso la emancipa como a la hipoteca, de los privilegios generales, y refiere a su modelo prendario, los demás privilegios que conserva: del locador, del transportador, el depositario, el constructor o reparador de las cosas. Los tienen, mientras poseen las cosas, y sólo autorizan en ciertos casos una corta prolongación de término en virtud de razones suficientes.

Fuera de esos privilegios, quedan pocos, determinados por razones de otra índole, pero jamás reaccionan sobre los privilegios particulares. El crédito no admite sino la claridad: lo oculto, lo imprevisto, no es compatible con su ejercicio.

Esto por un lado. Por otro, la prenda, fundada en la entrega de la cosa que es objeto de ella, ha sacado de poder del deudor, ese bien. No dispone de él. No puede afectarlo, directa, ni indirectamente, a sus acreedores. Es contradictorio declarar que la prenda se pierde, si se deja en poder del deudor, y sin embargo, declararla pospuesta, a las obligaciones de cierta índole, contraídas por el deudor, ante

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si existen varios acreedores garantizados con la misma prenda constituída en época distinta, tienen prioridad los más antiguos según el orden de su constitución. En caso de ser constituída la prenda en la misma fecha, se dividen el precio proporcionalmente.

---

acreedores, que, después de ese desapoderamiento, no podían constituir garantía en ese patrimonio disminuído.

El miembro informante de la Comisión redactora de la extraparlamentaria de Catastro, en Francia, en nombre de sus colegas, profesores eminentes de sus universidades, y Consejeros de su Corte de Casación, decía, que se escudaban ciertos privilegios en la modicidad de los créditos, y repitiendo a Laurent (tomo 29, número 319) oponía que por su multiplicación sumaban crecidas cantidades proporcionadas a la fortuna, que constituían grave obstáculo para el crédito agrícola e hipotecario, sobre todo en los pequeños propietarios. (1).

La hipoteca, — artículos 3918 y 3919, — ha sido exonerada por nuestro Código de toda contribución a los privilegios generales. Y con razón. ¿Por qué la prenda, cien veces más importante, está sometida a condición distinta? Si hay alguna razón para establecer diferencias, milita a favor

---

(1) Actas de la Comisión extraparlamentaria: tomo 1, páginas 216 y siguientes, y 3º páginas 173. En el primero está la discusión del punto de los privilegios generales en relación de la hipoteca.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando la prenda se ha establecido por la entrega de los instrumentos que confieren el derecho de dominio, o de prenda, (Warrants), sobre las cosas que se encuentran en poder de terceros con

---

de la prenda. La hipoteca deja el bien bajo la administración del deudor; sus acreedores han creído que podían prestarle ciertos servicios, porque la renta de aquél, o el tren de vida que ostentaba, permitían suponerle medios bastantes de pago. La prenda, al contrario, ha segregado los bienes de su administración: no aparecen en su patrimonio. ¿Porqué no se pospone el crédito en un caso? ¿Porqué se sufre una preferencia en otro?

Laurent, justificando la ley belga, que no ha reconocido las preferencias declaradas por nuestro Código — artículo 3913, — decía que "la razón es que la prenda expresa o tácita sobre la cual descansan estos privilegios, debe asegurarles una garantía completa, sino los acreedores serían engañados porque han tratado con un deudor sobre la fé de esa garantía especial" — Laurent, 29, número 527—. Y podía agregar: no han seguido el crédito de su deudor; no han confiado en él. Han exigido garantías. Si no las hubieran obtenido no habrían concedido el crédito, con cuyo producto se han pagado mercaderías, salarios, suministros de todo género, y tal vez, otros créditos más privilegiados que los que se les oponen. La ley viola su contrato, y se apodera de lo suyo, para entregarlo a otros acreedores. Con una legislación semejante, no hay crédito agrícola, ni real, en condiciones favorables: la prima del riesgo es demasiado elevada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

privilegios especiales sobre ellas, el acreedor prendiario es pospuesto a esos privilegios.

4º Los créditos por gastos de conservación, fabrica-

Por eso es que todas las legislaciones modernas proceden como la belga: artículos 1958, 6º, y 1959, Código italiano; artículos 1922, 2º, y 1926, Código español; 759 y 1563, Código brasileño; artículos 48 y 61, ley alemana de concursos; artículos 219, ley suiza; 48, 50 y 51, ley austriaca.

En cuanto a la desposesión de la prenda, artículos 3227 y 3890 Código Civil. Este exige que la desposesión se haya realizado contra la voluntad del acreedor. "Sin o contra la voluntad", dicen Baudry y Loynes, con más exactitud.

Es claro que la reivindicación está sometida a las reglas generales de la acción respecto de cosas muebles. — Planiol, Rippert et Becqué, Sûretés réelles, número 237.

————inciso 4º. Artículos 3891 y 3892, Código Civil. Este último en contra, en lo referente a la condición de existir la cosa en poder del acreedor.

De acuerdo con el artículo 1958, 7º, Código italiano; 1922, 1º, Código español; 49, 3º, Ley alemana de concursos; 895, Código Suizo, y 219, ley federal suiza de concursos, exigimos para todos los supuestos que el Código, en los artículos recordados, somete a condiciones diversas, el mismo requisito, de la posesión, o retención, actual.

Las malas razones que los escritores franceses exponen para distinguir no tocan el asunto mismo: apenas son consi-

ción, o mejora de cosas muebles, siempre que se encuentren en poder del acreedor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

deraciones apoyadas en la letra de la ley. Porque ésta distingue, es asunto omiso fundarla.

Así: según nuestro artículo 3891, cuando hay reparación o fabricación de la cosa, no hay privilegio si no está en poder del acreedor. Pero cuando se trata de conservación de una cosa que sin los gastos "hubiera perecido en todo o en parte", importa poco que el objeto esté, o haya salido, de ese poder: artículo 3892. De modo que el que fabrica con materiales del deudor — lo que es mucho más que conservar, que es crear el valor que está en la masa, — el que "repara", — que es más que conservar, que es restaurar, devolver a la cosa su condición de plenitud económica o de utilización, — se trata más duramente que al que se limita a mantener; se le exige la posesión actual, y se le niega privilegio sino la tiene, al revés del conservador.

Sin embargo, los escritores franceses consideran la reparación como un caso de conservación. Baudry et Loynes, I, número 476.

Se da como razón del privilegio la de que "gracias a los trabajos hechos para conservar la cosa, ésta se encuentra todavía en el patrimonio del deudor, y los otros acreedores aprovechan de ella." Laurent, 29, número 455.

Pobre razón es esa para establecer que subsiste el privilegio en caso de desapoderamiento del objeto. Porque, — como lo diremos dentro de un momento — no existe crédito

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

alguno del cual no podría decirse otro tanto; siempre se ha traído el valor correspondiente al patrimonio del deudor.

Pero, volviendo a nuestro Código, si la solución del artículo 3891 es justificada, no lo es la del siguiente. Se ha traído, se ha fabricado, reparado, un objeto a la masa patrimonial. Y no se tiene privilegio si no se posee el bien. Es, pues, inexacto, que haya privilegio sin posesión, por la razón de que se ha acrecido el patrimonio del deudor, por hecho del acreedor.

Y lo que nadie podrá explicar jamás, es por qué el acreedor prendario, que tiene un derecho real que envuelve la cosa misma, que la afecta, pierde su privilegio, si no conserva la retención. Y esto, allí donde no concedió lo que entregaba sino bajo la convención exigida y aceptada de que tendría privilegio sobre el precio. ¿No entraba valor por ese contrato al patrimonio del deudor? ¿No se invirtió en algo su producto, sea para adquirir cosas, sea para pagar deudas, abonar salarios, materiales, créditos preferentes? Y ahora, so pretexto de que los acreedores restantes benefician de los gastos de conservación, ¿se reconoce al que nada pactó, al imprevisor, lo que se niega al que contrató expresamente, las condiciones de sus adelantos?; se rompe el contrato en este caso, en aquel se le supone tácito.

Se admiten, — siempre por la razón expuesta — cosas incomprensibles, si esa razón es exacta.

El artesano que ha dado forma al objeto y aumentado su valor, no beneficia del privilegio del artículo 2102, 3º, (francés).

El que ha prestado sus dineros, "aun cuando el préstamo ha salvado, de esa manera, de la ruina un establecimien-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

5º Los créditos por hospedaje, sobre los muebles del viajero introducidos en la posada, mientras permanezcan en ella.

Concurren proporcionalmente con ellos los de asistencia médica, y los de sepultura, cuando la enfermedad, o el fallecimiento del viajero, hubieran ocurrido en la posada.

6º Los créditos por transportes terrestres y fluviales,

---

to comercial o industrial'', no goza de privilegio: Planiol, Rippert et Becqué, Sûretés, réelles, número 186, 1º y 2º.

Así lo dicen los textos, la letra. ¿No se nos explicaba, sin embargo, que la razón del privilegio estaba en el acrecentamiento del patrimonio del deudor, o mejor, en el beneficio que los demás acreedores obtenían por el hecho del que hizo los adelantos?

Con esto hemos llegado a la teoría general de los privilegios especiales, que dentro de un momento vamos a examinar.

————incisos 5º y 6º. Ya se ha establecido en la parte general que en el caso de sustracción clandestina, o no, de los efectos, y hasta en el de la desaparición del huésped, existe derecho de propia justicia para detenerlo y reintegrarse en los efectos. También se ha resuelto que el que tiene derecho de retención, puede en aquellos casos, exigir la restitución de los objetos.

El Código — artículo 3887 — concede el privilegio al acarreador sobre los efectos transportados, y hasta quince días después de la entrega. El artículo 200, Código de Comercio, concede un plazo de treinta.

sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos, y derechos de conducción y conser-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El Código Civil redujo este plazo excesivo que desde la sanción del Código de Comercio por la provincia de Buenos Aires, se había establecido, y que no obstante la modificación posterior del Código Civil, se ha conservado en las distintas transformaciones que aquél ha sufrido.

Conservamos en este proyecto el privilegio del crédito por transporte, no obstante lo establecido por los artículos 8, 11 y 7, Código de Comercio, por la razón que ha hecho adoptar en el Civil, el artículo 3887, como en el francés, el artículo 2102, 6º; en el italiano, el artículo 1957, 9º; y en el español, el artículo 1922, 4º. El contrato de transporte es legislado por aquel Código. Pero el orden y condiciones en que es pago con preferencia frente a otros acreedores por relaciones jurídicas no comerciales, o, en otros términos, la determinación de cuáles de estos créditos serán pagos con lo que quede antes o después de sufrir privilegios preferentes, es asunto de legislación civil y mayormente, cuando se considera, como en el artículo 3887, deber reformar disposiciones perjudiciales para los acreedores restantes. La autoridad del Congreso para legislar es siempre la misma (1).

---

(1) Mourlon, Examen Critique, número 145, in fine. El artículo 2120, Código Francés, ha declarado expresamente que no innova, en materia de privilegios sobre ciertos muebles, las disposiciones especiales de las leyes marítimas, lo que subraya el principio general.

vación hasta la entrega, y durante tres días después de realizada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Reducimos el plazo a tres días, por las razones siguientes:

La nota al artículo 3887, expone los motivos que considera como fundamento del privilegio del acarreador. Son tomados al pie de la letra del número 145 de Mourlon (Examen critique, página 453), sin advertir que este escritor las precede de las palabras siguientes: "Es, pues, necesaria y únicamente, sobre una prenda tácita que descansa". Y Mourlon continúa refutando el supuesto motivo que la nota reproduce como fundamento del artículo. Pregunta si los acarreadores prestan más servicios que los propietarios que arriendan sus casas, y proporcionan habitación, o los posaderos que reciben viajeros; y, sin embargo, unos y otros, están obligados a tratar habitualmente con personas que les son desconocidas. La responsabilidad de los posaderos no es menos pesada que la de los porteadores. La ley, eso no obstante, les concede un privilegio subordinado al **hecho de la posesión**. ¿Por qué, pues, concluye, resolver de otro modo para el acarreador?

No. No son aquellas las razones de ser del privilegio. Los bancos son también útiles y benéficos, y sus créditos no gozan de privilegio.

Depende de la posesión de las cosas, porque se trata de una garantía que el que efectúa el servicio, tiene, de hecho, en los bienes transportados, y su derecho de retención le permite considerarlos como asegurando su crédito. Es el fundamento general del privilegio del prendario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Y, sin embargo, existe una razón grave para prolongar la subsistencia del privilegio. Es ésta: hay que efectuar la entrega de los muebles transportados, en las mismas condiciones de cantidad y estado en que se recibieron. Hay, pues, que verificarlo, y esto en el acto de la entrega, que causa la desposesión. Se comprende, además, que no se reclame el pago instantáneo: las consideraciones más elementales explican cierta tolerancia.

¿Pero es motivo para apartarse fundamentalmente del principio-base del privilegio, el de la prenda? ¿Es necesario 30 días como en el Código de Comercio? El Código Francés no fija término, y Mourlon, declaraba que no quedaba otro recurso que reconocer 30 años a su duración, lo que ya demuestra que, si la ley no fijaba término, la conclusión era errónea. ¡Una prenda que subsiste 30 años fuera del poder del acreedor!

Comprendiéndolo así, sin duda, aquel escritor recordaba el término de 15 días concedido por el Código Francés de Comercio, para el privilegio del transporte marítimo, y decía que era sensible que un plazo semejante no se hubiera puesto para los transportes terrestres. Concluía que la ley, sin embargo, establecía el privilegio por 30 años. De esa observación de Mourlon ha nacido el término de quince días fijado por el artículo 3887.

Las ideas de Mourlon no han prevalecido en el derecho francés. Está hoy uniforme la doctrina: el privilegio del acarreador descansa en el derecho de retención prendaria. No subsiste después de la entrega. Valette, Privilèges, núme-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ro 73; Aubry et Rau, § 261, y nota 81; Pont, Privilèges, I, número 169; Baudry et Loynes, I, números 555|6; Guillouard, Privilèges, I, números 439|40; Planiol, Rippert et Becqué, I, número 239; Colin et Capitant, II, página 827; Planiol, II, número 2588; Josserand, Transports, número 522; Huc, 13, número 106; Lyon-Caen et Renault, 3, número 698; Thaller, D. Commercial, número 1182.

Sin embargo, Valette y Guillouard, expresaban la opinión de que se hubiera debido establecer por la ley, un corto plazo para la conservación del privilegio después de la entrega: el primero hablaba de 8 días.

La entrega siempre causa la necesidad de verificaciones, que tal vez no quedan concluídas en un acto o por un examen exterior. Por eso el Código de Comercio francés ha sido reformado y se ha concedido tres días al recibidor para presentar sus observaciones.

No caduca su derecho, pues, por aquel acto, y parece que lo mismo debe decirse del porteador, puesto que puede no ser pago por razón de ese término que autoriza la reserva del recibidor.

Por eso, sin duda, la ley belga, concede 24 horas para la subsistencia del privilegio (Laurent, 29, números 512 y 515). El Código Italiano, 3 días: artículo 1958, 9º. El Código de Comercio alemán, reconoce al portador un derecho de prenda — artículo 439 — que subsiste aun después de la entrega, si la acción se deduce dentro de los 3 días siguientes.

Nótese la persistencia de ese plazo de 3 días. Es también el adoptado por la reforma francesa para presentar las re-

7º Las sumas debidas por las semillas, y los gastos de cultivo y recolección de la cosecha del año así

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

clamaciones del recibidor, que, por fuerza, influyen en el pago de lo adeudado por el transporte.

Si en grandes naciones manufactureras y comerciales, se juzga suficiente y necesario para acelerar el examen de las cosas, no vemos por qué ha de dejarse un plazo mayor para exigir el pago de un crédito que se funda en la prenda, como hoy nadie lo discute.

Es unánime la opinión de la doctrina y la legislación, que el artículo se refiere solamente a los transportes por tierra y por agua, pero no a los marítimos que se rigen por la disposición particular del Código de Comercio.

El artículo propuesto habla de "entrega". La sustracción, por consiguiente, se rige por el principio general de la prenda y del derecho de retención.

————inciso 7º. Artículos 3888, 3911 y 3912, Código Civil. Aclaramos la redacción de esos artículos, que sólo hablan de semillas, y gastos de la cosecha, lo que, en nuestro idioma, se limitaría a los de recolección. De acuerdo con la interpretación de los escritores franceses comprende además otros gastos de cultivo, si bien hay graves disidencias sobre cuales sean.

El artículo 1858, 5º, y el 1960, Código italiano, mencionan los gastos de cultivo, pero sólo a los de labor. Lo que ha dado también márgen a graves disidencias. Chironi, piensa—Privilegi e ipoteche, I, número 136—que, además de los gas-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

como por las primas de seguro de la misma, sobre los frutos de esa cosecha mientras estén en poder del deudor, o se le debiese su precio.

---

tos de trabajo, la expresión comprende toda clase de gastos de preparación, abono y cultivo, así como los de irrigación, envases, utensilios, máquinas y animales. Bianchi, — Privilegi, números 308 y siguientes, 319 — piensa que sólo tiene preferencia el gasto de trabajo. Critica, sin embargo, las disposiciones así entendidas, y piensa que debieron extenderse a toda clase de gastos de cultivo y recolección.

Es la efectiva resolución del artículo 1922, 6º, Código español. Más explícito aún es el 1566, V, Código brasileño.

El artículo 2102, Código francés, comprende lo debido por utensilios, pero los separa de los otros gastos que tienen privilegio sobre los frutos, y lo limita al precio de aquellos.

Nuestro Código, que ha tomado la primera parte de ese párrafo del artículo francés, no ha reproducido lo relativo a utensilios.

¿Qué resolver?

Dice Bianchi, — número 308, nota 3, — que el Código italiano, ha suprimido la mención de los utensilios hecha por el francés, en virtud de no reconocer privilegio al vendedor. Nosotros, proponemos más adelante la supresión de este último.

Pero diferimos en la solución en cuanto a los utensilios que, por otra parte, según se ha visto, el Código francés coloca en una situación muy restringida.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Partimos de la idea fundamental que legitima el privilegio del artículo proyectado. Se trata de favorecer el crédito agrícola. Pero no hay respecto del labrador que carece de medios para sembrar, cultivar y cosechar, otro modo de obtenerlo que el favor legal del privilegio. No hay la posibilidad de uno fundado en la prenda común o en el derecho de retención.

Ahora. Si los instrumentos, y máquinas, se encontrasen en igualdad de categoría, es evidente que se destruiría el sistema que informa la decisión. Porque no se trata de cualquier gasto de semillas, y cultivos, sino de los empleados y hechos para obtener la cosecha **del año,** y sobre los frutos de ella. Las máquinas e implementos, adquiridos antes, aunque se debiesen, no entran en ese concepto. Y si fuesen adquiridos para obtenerla, siempre sería exacto, que su duración los haría servir para otras cosechas, y no estaría justificado imputarlos a los frutos de la presente solamente.

En cambio: si se necesitasen reparaciones por desgaste o daños sufridos durante el trabajo, o instrumentos o ganados que hubieran de alquilarse temporariamente, en esos y otros casos semejantes, serían "gastos de cultivo o recolección" como los demás, que el texto español y el nuestro comprenden en una redacción suficientemente amplia, para ejercitarse libremente el criterio judicial según las circunstancias.

Mayor extensión del privilegio sería una grave violación del derecho del locador: suministra el principal elemento de la producción, y sin el cual es imposible: el suelo.

Suprema de Justicia de la Nación Biblioteca Digital

8º Los créditos por arrendamientos de inmuebles urbanos, o rurales, por un año vencido, si se trata de casas, y por dos, si de heredades en explotación rural, y, en ambos casos, por el año corriente y mientras no se efectúe el desalojo. Este privilegio

---

En cuanto a las primas del seguro de la cosecha, ley número 3863.

Inciso 8º. — Artículos 3883, 3884 y 3885, Código Civil. Como se advertirá por su lectura, el inciso 8º, sigue la redacción de las disposiciones vigentes, pero con graves modificaciones.

Se ha observado por respetables escritores franceses que la antigua redacción del Código Napoleón, era excesivamente perjudicial para los demás acreedores del locatario. De ahí las modificaciones hechas por dos leyes posteriores de 1872 y 1889.

Una de ellas se refiere a los alquileres.

Nuesto Código, establece un término de dos años para los alquileres atrasados de las casas, y tres para los de las propiedades rurales.

Es excesivo. El Código Español, artículo 1922, 7º; establece un plazo único de un año, para todo supuesto, y sin distinguir de vencidos y corrientes. El Italiano, artículo 1958, 3º, establece un año vencido, el corriente, y los vencimientos sucesivos, para los arrendamientos que tienen fecha cierta, y solo del año en curso y el subsiguiente para los otros. No distingue de locaciones rurales, o urbanas.

se ejerce sobre los frutos del año, y todos los muebles que se encuentran en el inmueble o que sirven para explotación de él, aunque no pertenezcan

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El Código Alemán, — artículo 559 — concede privilegio por un año vencido, y por el año en curso. Pero si se está frente a otro acreedor embargante — artículo 563 — solo puede oponerse a este el alquiler debido por el año anterior al embargo. En cambio, artículo 585 — cuando se trata de explotación rural, esas limitaciones desaparecen, y el privilegio se extiende a todos los arrendamientos adeudados, y futuros, y a los objetos inembargables.

El Código Suizo de las obligaciones, — artículos 272 y 280 — concede derecho de retención por el alquiler de un año vencido y el semestre corriente. El brasileño, artículo 1566, V, por el del año presente, y el anterior.

Se vé que predomina el plazo de un año para los alquileres vencidos, y, además, el corriente. El Código alemán, y el francés modificado por la ley de 1889, distinguen para los predios rurales. El primero, sin limitación; el segundo, por dos años vencidos, el corriente, y el subsiguiente.

Nos hemos decidido por la restricción de los plazos concedidos por el Código. No debe garantizarse por la vía del privilegio, la incuria del que hace fácil crédito sabiéndose asegurado contra la insolvencia del deudor. Porque hay que amparar a los acreedores restantes a los cuales se cercena la parte de bienes en que podrán cobrarse de lo que se les debe.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

al locatario, introducidos por éste de una manera permanente o para ser vendidos o consumidos.

No comprende el dinero, los créditos y títulos, ni las cosas muebles que solo están allí acci-

---

En las fincas urbanas los alquileres se estilan mensuales. Un año es ya un plazo bien suficiente de tolerancia. Excederlo, en lo que refiere a los alquileres vencidos, no es razonable. El de dos años del Código, es injusto para el resto de los acreedores.

Pero creemos justificado el plazo de dos años del Código Francés, para los arrendamientos rurales. La cosecha puede ser deficiente, o perderse. Solo se restablecerá la situación del locatario por otra posterior. Si se niega la subsistencia del privilegio por otro año más, se causaría un perjuicio cierto, obligando al locador a ejecutar los instrumentos de trabajo del locatario, sin beneficio para los otros acreedores, porque ¿qué puede quedar al deudor, si la cosecha le ha fallado? La acumulación de un año más no les es, por consiguiente, onerosa, y les salva de los resultados de un estado de insolvencia desastrosa. El privilegio permite el aplazamiento: es un medio de obtener crédito, como en la prenda por préstamo.

Por eso no podemos admitir que se exceda el plazo discreto del Código Francés tal como se ha modificado, en lo que se refiere a los años vencidos y al corriente. El privilegio concedido por el § 588, Código Alemán es por demás excesivo. No existía en el primer proyecto; fué establecido en el Reichstag, y vivamente combatido por los

dentalmente y deben ser sacadas, si el locador ha sido instruído de su destino, o éste le era conocido por la profesión del locatario, la naturaleza de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

diputados socialistas. Fué volver a lo que la ley de 1886 había derogado del Código Francés, al privilegio ilimitado a favor del locador, acumulando sumas sobre sumas, en perjuicio de los acreedores pospuestos.

Si se admiten los plazos expresados, la consecuencia necesaria es la de que también se comprende el año en curso, puesto que en otro caso habría de iniciarse la ejecución antes de expirados los términos de uno o de dos años según que se trate de fincas urbanas o de explotación rural.

Nos queda por justificar nuestras soluciones sobre el año corriente, y los posteriores que el contrato fijaba como término.

Decimos, por una parte, que los alquileres del año corriente y mientras no se efectúa el desalojo, son preferidos; y, por otra, que el privilegio no comprende los alquileres de las propiedades urbanas después del desalojo.

La cuestión se liga con la de los arrendamientos posteriores a la desocupación de la heredad.

Pero distinguimos, según que se trate de una u otra clase de predios. Que continúe el privilegio mientras está pendiente de acción, o del concurso, la ocupación, es obvio. Pero desalojado el bien urbano el locador tiene la posibilidad de efectuar otros contratos desde que se le ha entregado la cosa. Si por consiguiente, esto se ha verificado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

la cosa, o cualquiera otra circunstancia. Tampoco comprende las cosas robadas o perdidas, ni las que el locador sabía que no pertenecían al deudor.

---

después del año, hasta ahí irá el alquiler. Si se le ha devuelto antes de ese tiempo, no puede cobrarlo por el restante.

En cambio, en los predios rurales, la cuestión se presenta de manera muy distinta. Según la época del año en que se realice el desalojo, se podrá o no, sembrar, y efectuar las operaciones de cultivo, trasladar los ganados, etc. Por eso todas las legislaciones, con excepción de la española, conceden el año corriente, y no los meses transcurridos de él. Algunas van más lejos, como la francesa, pues extiende el plazo al año subsiguiente, lo que no admitimos.

Pero nos queda por examinar lo relativo a los años que faltarían para llenar el término fijado por contrato, que según el artículo 2102, Código Francés antiguo, quedaban incluídos en el privilegio, y que, según nuestro 3884, están comprendidas en él.

Si solo se tratase de la situación jurídica relativa a los contratantes, es claro que tanto se adeudan los alquileres transcurridos como los futuros.

Pero se trata de privilegios, es decir de cobros por concurrencia, entre acreedores. Más lleva uno, menos queda para los otros.

Hemos establecido en el título de los concursos, artículos 16, 17 y 18, lo que procede en diversas hipótesis.

La locación convenida puede constituír un valor importante en el activo del concurso. Si la masa opta por

El privilegio existe respecto de las otras obligaciones del locatario que derivan de su contrato, pero no comprende los alquileres de las propieda-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

continuarla, puede conservarla, ejecutando íntegramente sus obligaciones. No es cuestión de dividendo. Puede subarrendar, o ceder el contrato, según oportunamente se establecerá en el título de la locación.

Pero, puede el concurso optar por la resolución, y el locador negarse a concederla y pretender indemnizaciones por la falta de los pagos de alquileres fundadas en el privilegio.

Se ha visto que todas las legislaciones lo limitan con excepción del caso especial del § 585, Código Alemán, o lo niegan, al no reconocerlo sino a los arrendamientos anteriores.

Esa unánimidad, o poco menos, explica ya que hay motivos para la resolución.

Que lo ya adeudado por arrendamientos pasados, o actuales durante el año, sean privilegiados se comprende. Ha existido uso de la cosa, y no puede desconocerse la necesidad de respetar el contrato garantizado por la prenda.

Pero los alquileres del futuro, que no corresponden a prestaciones recíprocas, desde que la masa no está en condiciones de usar de la cosa, constituye una situación nueva y particular. Puede el locador disponer libremente de su cosa, efectuar nuevos arrendamientos. Es el único acreedor que salva otra cosa que un dividendo; recibe, además, un nuevo valor. Los demás solo experimentan pérdidas. El

des urbanas posteriores al desalojo, ni las indemnizaciones por la resolución anticipada del contrato por las cuales el locador entrará en el concurso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

concurso es una desgracia común, de que son víctimas, y, en rigor, serían los acreedores restantes los que indemnizarían al locador privilegiado. Ya es un privilegio sobre ellos retirar la cosa arrendada y obtener nuevos alquileres.

Por eso, las legislaciones contemporáneas modifican el duro derecho anterior. No todo ha de recaer sobre los que no tienen prenda tácita. El crédito por diferencias de arrendamientos, si las hay, constituye crédito en el concurso: no tiene privilegio.

Los escritores franceses admiten la necesidad de reformar su legislación — aún después de las modificaciones hechas por las leyes citadas — en el sentido de restringir el privilegio del locador: Planiol, Rippert, et Becqué, I, números 119 y 115; Baudry et Loynes, I, números 411 y siguientes; Guillouard, I, número 326, I, y número 328, in fine. Ya se ha dicho que el Código Suizo de las obligaciones, artículo 272, no admite garantías por más tiempo que un año vencido, y un semestre en curso. Pero hay que tener muy presentes, las diferencias de explotación en los diversos países. En Suiza los cultivos son múltiples y es posible atenuar las pérdidas. Entre nosotros la explotación es generalmente limitada a pocos rubros.

El Código solo se ocupa de la prenda tácita en la locación, que, según su definición, supone precio en dinero.

Si las cosas afectadas al privilegio fuesen sustraídas del inmueble, el locador puede, dentro del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero entre nosotros, se ha extendido en vastas proporciones la explotación rural, agrícola, o ganadera, con el sistema de arrendamiento por aparcería: artículo 1579, Código Español; 1917, 1924 y 1983, Código de Chile; artículo 275, Código Suizo de las obligaciones. Queda comprendido en la disposición de nuestro proyectado artículo. Art. 10, ley francesa de 18 de Julio de 1889: el privilegio es por el saldo de la cuenta. V. Baudry et Loynes, I, número 396.

El artículo 3885, dispone que puede perseguir el propietario las cosas sustraídas de la finca, para embargarlas aunque se encuentran en poder de poseedores de buena fe.

Esa era, en efecto, la inteligencia dada por los escritores franceses a la prescripción del artículo 2102, Código Napoleón, que no distinguía de casos. Se entendía que constituía excepción del principio general: "en fait de meubles possession vaut titre".

Todos ellos reconocen que es derogación a ese principio capital del derecho moderno universal. Si es excepción, debe existir algún motivo para establecerla. De otro modo, el gran principio herido la desautoriza.

Solo se dá como motivo la tradición. Laurent, sin embargo, demuestra que son equivocadas todas las razones expuestas para justificar semejante desvío de las disposiciones generales. No es — como Valette (Privilèges, número 67) lo había dicho, — la sustracción de los muebles "una especie de robo de la posesión que el locador tiene a título

término de treinta días, hacerlas embargar para ejercitar su derecho de preferencia, sin perjuicio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

de prenda". "Es eso demasiado absoluto dice Laurent; no se puede asimilar a un robo la venta de un objeto que guarnece los lugares alquilados aunque el locatario fuese de mala fe; solo el legislador podría hacer esa asimilación y nada prueba que tal ha sido el pensamiento de los autores del Código Civil... En definitiva, no conocemos otra razón de la diferencia que la ley pone entre el privilegio del locador y los otros privilegios, sino el favor singular de que ha gozado siempre el crédito del "señor de vivienda, y del señor de granja" como Pothier no deja nunca de decirlo hablando del locador. ¿No es exagerado ese favor? ....." Laurent, 29, número 439.

Tan exagerado es, que una ley de 1892, tuvo que modificar el artículo 2880 Código Francés, ampliándolo a favor del adquirente de buena fe de cosas sustraídas del predio arrendado. Ese artículo es nuestro artículo 2768. La exagerada protección del locador había sido contraproducente, porque nadie quería comprar en las ferias y mercados, los ganados ofrecidos por los criadores: no se sabía si los habían sustraído de sus predios en daño de los locadores.

Pero para llegar a esa solución, si había de devolverse el precio pagado, tanto valía haber dejado el caso dentro de los principios generales, ya que nadie sabe justificar la excepción.

de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, según las disposiciones de este Código.

Estas reglas se aplican al contrato de aparcería, respecto de las prestaciones que el colono debe efectuar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si se han entregado los muebles a un segundo locador, ¿por qué no queda éste amparado por la regla del artículo 3883? ¿No es que aunque las cosas sean ajenas, tiene privilegio sobre ellas? ¿O es que el derecho de un arrendador es más o menos poderoso que el de un propietario para reiperseguir?

Si se han entregado en prenda ¿no es que el artículo 3213, ampara al prendario?

El artículo 2767, desestima la reivindicación contra el que adquirió la cosa de persona a quien "el demandante la había confiado **para servirse de ella, para guardarla, o para cualquier otro objeto**". ¿No está en esas condiciones el locatario?

No es, pues, extraño que nadie sepa por qué se ha ido forjando la excepción. Es injustificada. La regla protectora de la posesión de las cosas muebles está fundada en razones todas existentes en el caso de terceros que, de buena fe, constituyen derechos emanados, nada menos, que del verdadero propietario.

En derecho alemán se considera el caso dentro de la regla general. Planck, sobre el § 561, 2, a). En igual sentido el Código Italiano, artículo 1958, 3º, que salva los derechos adquiridos por terceros, después de la extracción

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

9º El dueño de la cosa depositada tiene privilegio sobre el precio que debiese el comprador, cuando ha sido vendida por el depositario o su heredero, aunque fuese de buena fe.

10º En el caso de seguro contra las consecuencias de la responsabilidad civil, los terceros damnificados tienen, hasta concurrencia de la indemnización que se les debe, un derecho de prenda sobre la suma asegurada. El asegurador puede abonarles directamente esa indemnización.

---

del fundo. V. Bianchi, Privilegi, números 295|8. Artículo 284, ley suiza de liquidación. Para el derecho francés véase la importante nota de Valery sobre Warrants agrícolas (prenda agraria) en Dalloz, 1910, 2, páginas 305 y siguientes.

Inciso 9º — Artículo 3897, Código Civil. El depositante no ha cedido la cosa depositada, ni hecho crédito por su valor. El texto vigente es equívoco sobre "el precio que se debiese". El que se debe por el comprador, es el único que confiere privilegio. El debido por el depositario, es un crédito común.

Inciso 10º — Artículo 60 Ley Federal Suiza de 1908. Artículo 157, ley alemana de 1908. Véase Colin et Capitant, II, páginas 832|3; Planiol, Rippert et Becqué, obra citada, número 203, y nota. Informe de Mr. Darras, sobre el proyecto de seguros, Bulletin de la societé d'études legislatives, 1905, páginas 393|4 y página 479; Capitant,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3882.

Art. 5. — El valor excedente de las cosas muebles, o inmuebles que no hubiera sido absorbido por los privilegios especiales sobre ellos, formará parte de la masa.

Estudio comparado de los proyectos sobre seguros, Idem 1906, página 577. Artículo 2102, 7°, Código Francés, modificado por la ley de 1913.

Hemos suprimido el privilegio del vendedor de cosas muebles que las ha entregado al comprador, de acuerdo con el artículo 466, Código de Comercio, el 550 de Comercio Francés, y el Civil Italiano, así como las leyes alemana, austriaca y suiza.

No se comprende como pueden adoptarse disposiciones opuestas según que se trate de los mismos hechos de venta en el mismo país, solo resultantes de ser legislados en Códigos distintos. Se dice para justificar el privilegio del vendedor que por su hecho ha ingresado al patrimonio del deudor común un valor que no estaría sin él, y que habría enriquecimiento indebido de los demás acreedores, si no se le asegura el pago por preferencia. Pero en ese caso están todos ellos: ninguno ha dejado de traer un valor al patrimonio, y de enriquecerlo por el aporte de trabajo o bienes; por algo es acreedor.

En cambio, se desprendió el vendedor de la posesión de la cosa que era su garantía. Hizo confianza en el deudor. Como todos, por consiguiente. Esa cosa podía enagenarse, pignorarse, sin la posibilidad de evitarlo. No llevaba

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando no alcanzara para cubrir los privilegiados impagos, entrarán estos por el déficit, como acreedores del concurso, a participar del dividendo.

Art. 6. — La indemnización por seguro de las cosas

---

en sí, — como en el inmueble vendido por la escritura, — indicación alguna de que el precio se debía, y la falta de garantía, induce la situación común de su crédito, en la masa fallida.

Si esto es verdad para el derecho comercial, verdad es para el derecho civil. Cuando se trata de un impuesto de aduana, o de extracción o de consumo, el privilegio se pierde si se permite que el deudor se posesione del objeto. Se pierde la prenda, si se abandona la posesión, y esto que se trata de un derecho real. Se pierde el privilegio del transportador, el fabricante o reparador del objeto, del locador, si se consiente en el abandono de la retención. ¿Qué razón hay para decidir lo contrario para el vendedor imprudente?

La regla capital, es la de que el privilegio especial solo existe sobre cosas muebles cuando ellas se encuentran bajo el poder del acreedor, prendadas o en situación semejante. Es la condición, o exigencia del crédito real. Fuera de esa base, no existe: solo hay crédito personal, en que todos los acreedores se encuentran en igualdad de condiciones. Se cobran con moneda de dividendo. Favorecer a uno, es perjudicar a los otros, despojarlos de lo que es su derecho.

Art. 6. — El texto de este artículo es el del 3° del proyecto de la Comisión francesa extraparlamentaria de

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

muebles queda atribuída sin necesidad de delegación expresa, a los acreedores con privilegio especial sobre ellas, para ejercerlo según el orden de su prelación. Cualquier otra indemnización por daño causado queda sometida a esta disposición.

Sin embargo, los pagos hechos de buena fe antes de una oposición, son válidos, siempre que hayan sido hechos después de los quince días del siniestro.

Constituye oposición al pago, cualquier aviso escrito, sea cual fuere la forma, por el cual el acreedor hace saber al deudor de la indemnización la existencia de su crédito privilegiado, antes, o después, del siniestro.

En todos los casos el dueño de la cosa puede emplear la indemnización en la reconstitución de ella.

Catastro, que dió lugar a extensas discusiones, por razón de las dificultades que la materia presenta sobre hipotecas de inmuebles. Finalmente, se resolvió dejar como base la redacción del artículo 2, de la ley de 19 de Febrero de 1889 con algunas variantes, rechazándose otras modificaciones más profundas para las hipotecas. Por esto limitamos el nuestro a la indemnización respecto de cosas muebles, para volver sobre el asunto en el Libro 3º.

El artículo 1951, Código Italiano, consigna una disposición general para muebles e inmuebles, que, naturalmente, en la aplicación, conduce a distinciones. En cambio los § § 1127 a 1129, Código Alemán, tratan de las cosas garantizadas con hipoteca, o prenda, con disposiciones particulares a ellas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 7. — Los gastos, y deudas de la masa son pagos por preferencia sobre los bienes que la constituyen.

Art. 8. — Son gastos de la masa:

1º Los gastos de justicia causados por el procedimiento común;

2º Los gastos de administración, realización y repartición de la masa.

Art. 9. — Son deudas de la masa:

1º Las obligaciones contraídas legítimamente por el Síndico, o derivadas de sus actos autorizados;

2º Las que resultan de los contratos que han de ser ejecutados por la masa;

3º Las nacidas del enriquecimiento indebido de ésta.

Las deudas de la masa tienen prelación sobre los gastos de ella.

Sobre la discusión en la Comisión extraparlamentaria, véase el informe de Challamel, Actas, volúmen 7, páginas 65 y siguientes, — y la discusión, — Id. páginas 52 y 197. El proyecto definitivo, en la página 393. Véase, además, artículo 3110, Código Civil.

Art. 7. — Art. 57, ley alemana de concursos; Brustlein y Rambert, sobre el artículo 219 de la ley suiza, número 2; § 50, ley austriaca de concursos.

Arts. 8 y 9. — Artículos 58, 59 y 60, ley alemana, § 46, ley austriaca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 10. — Los acreedores del concurso que no tuviesen prelación según las disposiciones precedentes, serán pagos por preferencia en el orden siguiente:

Primera Categoría:

1º Los gastos de sepultura del deudor, su cónyuge, e hijos que viven con él, hechos con toda modestia.

2º Los salarios o sueldos de la gente de servicio doméstico, por un año, de los dependientes, por seis meses, y de los trabajadores a jornal, o semana, o quincena, por tres meses. Estos plazos son los que preceden inmediatamente a la muerte del deudor, o suspensión de sus pagos, o, en su caso, a la declaración de concurso.

Art. 10. — Primera categoría: número 1. Reducimos los gastos funerarios del artículo 3880, inciso 1º, a los de sepultura, hechos con modestia. Todos los demás han sido criticados con razón; son gastos de ostentación. El artículo 61 de la ley alemana de concurso, ni siquiera menciona con preferencia alguna a los gastos de sepultura. La ley suiza, y el Código Italiano, solo hablan de gastos funerarios, sin incluir otros que los del deudor. El artículo 51, ley austriaca, solo reconoce los gastos de sepultura en caso de muerte posterior a la apertura del concurso.

Id.; número 2: En cuanto a los salarios de las personas de servicio doméstico, extendemos el plazo del artículo 3880, número 3, a un año, porque es usual en ellas, por adhesión, o compasión a su principal, el dejar acrecer sus créditos. Seguimos a las leyes alemana, austriaca y suiza.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Segunda Categoría:

1ª Los gastos de la última enfermedad del deudor, o su cónyuge e hijos, si viven con él, durante seis meses.

2ª Los alimentos suministrados al deudor y su familia en los términos expresados en el número anterior.

Tercera Categoría:

Los créditos del Estado, y municipalidades por impuestos y tributos, del año en curso, y el antecedente.

Cuarta Categoría:

Todos los demás créditos.

Art. 11. — Los créditos que se encuentren en una misma categoría serán pagos proporcionalmente.

2ª Categoría. Dejamos en ella los mismos créditos que están en el artículo 3880, incisos 2º y 4º. Solo alteramos ligeramente la precedencia del número 2, que las leyes modernas, posponen aún más, Ley alemana, artículo 61, suiza, artículo 219. La primera concede prelación al fisco sobre ellos.

3ª Categoría. Dejamos a los créditos del Estado y municipios, por impuestos y tributos de toda suerte — sin perjuicio de lo que en el Libro 3º, se dispondrá sobre inmuebles, — en el puesto que les asigna el artículo 3880, número 5; artículo 3882.

Pero los limitamos a los del año corriente y el anterior, como el artículo 1957, Código Italiano, y 1569, Código Brasileño. Aún más limitado es el artículo 61, número 2, de la ley alemana. La austriaca, artículo 52, los admite por tres años.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 12. — El que tiene un mismo privilegio particular sobre diversos muebles, puede ejercerlo por el total de su crédito, sobre todos o algunos de ellos.

Los demás privilegiados posteriores sobre alguna de las cosas en que el primero hubiera realizado su crédito, pueden pedir se distribuya este proporcionalmente sobre todos los

---

Art. 12. — Cuando un derecho de preferencia existe sobre varios objetos, por lo mismo que es un derecho, puede ejercerse libremente, en toda su extensión objetiva, o solo respecto de alguno de los bienes. Y en vez de privar al acreedor de ese libre arbitrio, conviene favorecerlo, pues limita el perjuicio que causa a su deudor, allí donde le basta ejercer su acción sobre la menor extensión posible.

Pero de esa situación surjen, a veces, inconvenientes graves. Nos hemos ocupado ya de una de ellas relativa a la subrogación. Habremos de encontrar otra, singularmente importante, con relación a la hipoteca. Aquí tratamos de la que deriva de la indivisilidad de la prenda, el derecho de retención, y, en general, de todos los casos en que un tercero acreedor privilegiado sobre una cosa, vé perdida su prelación subordinada, en todo o parte, por el uso limitado a ella del privilegio preferente. Si se hubiera ejercido sobre todas las cosas sometidas a este, se habría evitado toda la pérdida o parte de ella, por el acreedor privilegiado posterior.

No puede ser premio del acaso, ni de la carrera, hasta tal vez, de la colusión interesada, que las personas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bienes afectados como si el privilegio se hubiese ejercido sobre todos ellos; y les será reconocida la parte que les habría correspondido sin esa circunstancia, sobre los demás bienes, aunque en ellos no tuvieran privilegio.

---

padezcan pérdidas o se salven de ellas según que los derechos se ejerciten de un modo o de otro. Es ciertamente, un error, hablar como algunos escritores (Planiol, Rippert, y Becqué, obra citada, número 340) de abuso de derecho. Mejor será buscar el medio legal de remediar el inconveniente sin obligar a las gentes a litigar para justificar por qué no hacen lo que no están obligadas a hacer.

Reservando el exámen completo de la solución que proyectamos, para cuando tratemos de la hipoteca, decimos que, respetado el derecho del acreedor, digno, en general, de aplauso por no causar daño indebido a su deudor, realizando sin necesidad bienes para cobrarse cuando el valor de uno basta, la solución propuesta satisface todos los intereses: se verifica el reparto como si todos los bienes se hubieran realizado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

LIBRO II

SECCION II

DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

PARTE I

TITULO I

De los contratos

Art. 1. — Reproduce el artículo 1137.

Art. 2. — Se suprimen los artículos 1138 y 1139.

En cambio, se sustituyen por el siguiente:

Art. 2. — Los artículos 1138 y 1139 contienen definiciones de orden exclusivamente didáctico, desde que se limitan a reproducir las corrientes en la doctrina, sin modificarlas y sin establecer precepto alguno legislativo. Es, además, inútil decir que un contrato es unilateral cuando sólo engendra obligaciones para una de las partes, puesto que eso resulta de su contenido, y desde que no puede referirse la idea a la existencia de dos contratantes, porque también eso resulta del hecho de ser contrato.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No habrá constitución o modificación de obligaciones por actos jurídicos entre vivos, sino por efecto de un contrato, salvo el caso en que la ley dispusiera lo contrario.

Art. 3. — Reproduce el artículo 1140, con la supresión del primer período: "Los contratos son consensuales o reales".

Lo mismo debe decirse del artículo 1139. Cualquiera comprende lo que es gratuito, y lo que es oneroso, sin que la ley lo resuelva. No pasa lo mismo con los artículos 1140 y 1141, porque son preceptivos, y por eso se conservan.

El artículo propuesto es fundamental. Constituye el § 305 del Código Alemán. Difiere de él, porque éste habla de actos jurídicos, comprendiendo, por consiguiente, a los de última voluntad, que se rigen por disposiciones propias. Un legatario puede constituirse acreedor del heredero por su aceptación, pero está sujeto a la acción de reducción, al beneficio de inventario, y a muchas otras reglas que no son las de los contratos. Hemos creído preferible limitar la disposición a su terreno verdadero: el de los actos entre vivos. (Motive, I, página 175).

El artículo proyectado tiene por objeto evitar un peligro importante. Existen obligaciones que derivan de manifestaciones unilaterales de voluntad. Admitido este principio se daría la necesidad de fijar la línea divisoria entre actos que existen por el sólo efecto de una declaración, y actos que no existen sin la aceptación. Se generalizaría, en daño de la seguridad de las transacciones, como regla, lo que sólo se autoriza en vista de casos e intereses particulares.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 4. — Reproduce en un solo artículo, el 1141, y como segundo párrafo separado, el 1142.

Art. 5. — Se sustituye el artículo 1143, por el siguiente:

Las reglas del presente título se aplican a todos los contratos. Las particulares a cierta clase se aplican subsidiariamente a los innominados con los cuales tuviesen mayor analogía.

Bastaría que una persona hiciera una declaración para que la mala fe se apoyara en ella y se pretendieran derechos creditorios, o por lo menos indemnizaciones. Es demasiado grave el hecho de obligarse para que aquel a quien se refiere adquiera el derecho, sin manifestar siquiera que le interesa, y lo acepta. El contrato es, por la fuerza de las cosas, el medio fundamental de comprometerse, y adquirir, por actos lícitos. Los unilaterales deben ser considerados como excepciones, que no se amplían a otros supuestos por vía de generalización.

Art. 5. — Se sustituye el artículo 1143, que también contiene una definición innecesaria, y no preceptiva, salvando un vacío del Código.

Los contratos no especialmente legislados, son, no sólo posibles, sino perfectamente válidos. Se sub-entiende, de acuerdo con los principios generales de la analogía, que los más próximos les sirven de regla subsidiaria. Es lo que dispone el artículo proyectado. Aubry et Rau, 4, § 341, número 5; Freitas, artículo 1898.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO I

Del consentimiento

Art. 6. — Se reproduce el artículo 1144.

Art. 7. — Supresión del artículo 1145.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 1146, con la supresió de la palabra "tácito".

Art. 9. — Se reproduce el artículo 1147, al cual se agregará: "o telegráfica".

Art. 10. — Cuando la oferta comprenda varias personas, o sea hecha a varios interesados, no habrá contrato alguno sin el consentimiento de todos los que sean partes prin-

---

Arts. 7 y 8. — Se suprime el artículo 1145, por estar ya resuelto el punto en los artículos 917, 918 y 919.

Se conserva el 1146, porque conviene expresar el alcance de los hechos previstos en él que son comunes en el comercio.

Art. 9. — Artículo 13, Código Suizo de las obligaciones. El agregado se explica por sí mismo. Se han proyectado ya reglas para el caso de la trasmisión equivocada, y para la apreciación de la prueba que resulta de los despachos telegráficos.

Art. 10. — Este artículo es aplicación de ideas que casi lo hacen inútil. Pero conviene precisar que no hay contrato

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cipales o subsidiarias, a menos que lo contrario resultase de las circunstancias.

Art. 11. — Reproduce el artículo 1148.

Art. 12. — Modificar el artículo 1149, así:

La oferta quedará sin efecto alguno si antes de la aceptación una de las partes falleciese, o perdiese su capacidad para contratar.

---

para los promitentes o aceptantes, si alguno de los interesados excusa su asentimiento, como deudor, fiador, etc., aplicando el principio del artículo 988. Aubry et Rau, 4, § 343, número 2; Demolombe, 24, número 48.

Art. 12. — La redacción actual de este artículo no armoniza con el sistema del Código, sobre la conclusión de los contratos, según resulta de los artículos 1150, 1154 y 1156, como lo ha hecho notar Segovia (1).

La muerte, o incapacidad del proponente, posterior a la aceptación no puede dejar sin efecto un contrato ya perfecto según el artículo 1154. La aceptación ha cerrado la convención. Y si el artículo 1155 permite su retractación antes de que haya llegado a conocimiento del proponente, mientras no ocurra, éste queda ligado, artículos 1150, 1154 y 1156.

El artículo no corresponde a las opiniones de los escritores que se citan en su nota. Todos ellos son expresos: des-

---

(1) La misma opinión expresó el Dr. D. Benjamín Paz, Presidente de la Corte Suprema, al autor de esta nota.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 13. — Reproduce el artículo 1150, al cual se agregará en período seguido, lo siguiente: "El hecho solo del establecimiento de un plazo para efectuar la aceptación, no importará renuncia."

---

pués de la aceptación la muerte o la incapacidad son inoperantes; "aunque la aceptación no haya sido conocida por la otra parte", dice Toullier.

Es, al contrario, reproducción literal del de Freitas, artículo 1844. Pero para éste, la aceptación hecha por medio de agentes o de correspondencia **no** concluyen los contratos "sin que la carta de aceptación haya sido recibida por la otra parte". Es lo contrario de lo que dispone nuestro artículo 1154.

En cuanto a la idea general del artículo es conexa con el principio fundamental de nuestro Código, respecto de la oferta. No es obligatoria, salvo manifestación contraria. Hasta la aceptación, constituye un proyecto dependiente de la voluntad del proponente. El Código Alemán, que parte del principio opuesto, adopta por su § 153 una regla distinta de la de nuestro artículo 1149.

En el sentido de nuestra corrección, von Jhering, Culpa in contrahendo, número 38 (Œuvres choisies, II, página 83) y artículo 1156; Demolombe, 24, número 63.

Art. 13. — El texto vigente ya dispone que no hay renuncia sino cuando en la oferta se establece la **obligación de permanecer en ella** durante un plazo. El agregado que es de Windscheid, Pand., II, § 307, tiene por objeto evi-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se le agregará, además, en párrafo separado:

Si mediase renuncia, quedará sin efecto la oferta si llegase su retiro a poder de la persona a quien se ha he-

---

tar que se interprete como estableciéndola, la fijación de un plazo, porque, dice, "el sentido de tal presupuesto puede muy bien ser también el de que sólo pueda aceptarse la propuesta dentro del término fijado."

No resuelve el Código cuál es la consecuencia de la revocación de la propuesta, cuando se ha renunciado efectivamente, y se produce la aceptación dentro del término o las condiciones fijadas.

La mayor parte de los escritores callan sobre el punto. Caben dos soluciones: o el contrato se entiende cerrado por la aceptación, no obstante la retractación, o, a la inversa, la aceptación es inoperante, porque no hay acuerdo de voluntades, sin perjuicio de la obligación de indemnizar los daños e intereses negativos.

Es, desde luego, evidente que si propuesta y retractación llegan a poder del interesado al mismo tiempo, no hay base alguna para la duda. Todo está retirado, propuesta de contrato y promesa de permanecer en ella.

Los escritores están divididos en cuanto a la consecuencia de la retractación posterior a la llegada de la oferta. Se considera por algunos que es un caso de **culpa in contrahendo**. von Jhering, que lo ha venido considerando en su número 36 (del estudio ya citado), no lo distingue del supuesto general del retiro de la oferta, y, sus argumentos para justificar sus conclusiones no lo permitirían. Allí donde la ofer-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cho, antes, o al mismo tiempo que ella. En el caso contrario, la aceptación concluirá el contrato propuesto.

Art. 14. — Modificar el artículo 1151, así:

La oferta hecha verbalmente a una persona presente ca-

---

ta por sí misma no puede ser retirada, lo mismo da que esto provenga de la ley o de la voluntad del proponente. Para von Jhering, se debe el interés negativo. Larombière, había expresado igual sentir.

Pero la opinión contraria ha sido adoptada por Demolombe (24, número 65). Windscheid, Pandekten, II, § 307). Buffnoir (Propriété et contrat, página 479) y es hoy la regla de todas las legislaciones que han adoptado el principio de las ofertas obligatorias.

Se justifica por la existencia de un contrato preliminar de permanecer en la oferta durante un tiempo dado, contenido en ella, y tácitamente aceptado, pues es a favor del que la recibe, y de que deriva el derecho de considerarla irrevocable.

En todo caso, es lo que resulta de nuestro texto. Si la oferta no puede ser retirada en los casos que el artículo 1150 prevé, la inferencia natural es que existe en el momento de la aceptación expresada en tiempo útil, y la formación del contrato es el efecto más conforme con la voluntad expresada, y aceptada, del proponente, desde que se declaró obligado a no retirarla.

Art. 14. — No basta resolver que la oferta no se juzga aceptada cuando no lo fuese inmediatamente. No se la debe

duca si no fuese inmediatamente aceptada, o, si se hubiese hecho por medio de un agente, éste volviese sin una aceptación expresa.

Lo mismo se decidirá en caso de oferta hecha de persona a persona por medio de teléfono.

Art. 15. — La oferta hecha a persona ausente no puede ser aceptada sino hasta el momento en que, según las condiciones ordinarias, el que la hizo debió esperar una respuesta.

Puede calcular los plazos en el supuesto que la oferta llegó sin retardo a poder de la otra parte.

---

dejar en pie, porque es entendida para no subsistir si no se acepta en el acto. Si se pide plazo para contestar, hay nueva propuesta.

La comunicación telefónica es unánimemente considerada como entre presentes, cuando son las partes, — o sus apoderados, — las que se han hablado, habiendo desaparecido algunas disidencias que al principio del establecimiento de ese medio se manifestaron. Artículo 4, Código Suizo de las obligaciones; § 147, Código Alemán; artículo 1081, Código Brasileño, y toda la doctrina francesa.

Art. 15. — Artículo 319 del antiguo Código de Comercio Alemán; Halsbury, Laws of England, tomo 7, número 717; § 147, Código Civil Alemán y nota de Saleilles a la traducción francesa; artículo 5, Código Suizo de las obligaciones.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 16. — La oferta caduca cuando no es aceptada, o no lo es en tiempo útil, o dentro del plazo fijado.

Art. 17. — Reproduce el artículo 1152.

Art. 18. — Reproduce el artículo 1153.

Art. 19. — Reproduce el artículo 1154, al cual se agregará en párrafo separado:

No es necesario que se mande la aceptación cuando según los antecedentes de la oferta, o los usos admitidos en las relaciones de negocios, o en los casos del artículo 1146, el autor de la oferta no debía esperar la comunicación sino en caso de ser desestimada.

Art. 20. — Sustituir el artículo 1155, por el siguiente:

El aceptante de la oferta puede retractar su aceptación

Art. 16. — Artículos 3 y 5 Código Suizo, y § 146 Código Alemán.

Art. 19. — Es la aplicación del principio del artículo 1146 desde que la aceptación puede ser tácita en ciertos casos. Artículo 6 Código Suizo, y § 151 Código Alemán. Halsbury, 7, número 719.

Pero en todas esas hipótesis, si la oferta es rechazada, debe ser informado el proponente, pues el silencio, en los casos del agregado, importa aceptación. (Artículos 1874 a 1878, Código Civil).

Art. 20. — Se proponen dos modificaciones al artículo 1155.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

con tal que su anuncio llegue a poder del proponente conjuntamente con el aviso de aceptación, o antes de él.

1º El artículo actual permite la retractación de la aceptación antes de que llegue a **conocimiento** del proponente. El contrato está cerrado (artículo 1154) pero se permite volver sobre la aceptación que todavía no conoce la otra parte, y, por consiguiente, el retiro de ella no puede causar daño, quedando intactas las cosas, como si la aceptación no se hubiera producido.

Pero es claro que esto sólo ocurre cuando la revocación ha llegado antes, o al mismo tiempo, que la aceptación. Entre el momento en que la retractación se hace y el de la noticia de la aprobación, puede mediar un tiempo considerable, y el proponente haber preparado o efectuado la fabricación, o el envío de los efectos contratados, desestimado otros contratos, etc.

La retractación si no es conocida contemporáneamente, aunque se haya efectuado antes, no puede ser admitida con justicia.

Es cierto que no se exige esa simultaneidad para la oferta. Pero por ella sola no hay contrato, como con la aceptación, y además el artículo 1156 obliga en caso de ser retirada a indemnizar los daños causados, lo que el artículo 1155 no autoriza sino para la retractación posterior de la aceptación que se ha efectuado después de llegada la noticia de la aprobación de la propuesta.

Se sustituye además el "conocimiento" de que habla el artículo por la recepción de la comunicación, lo que, por cierto, es muy distinto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La carta, el telegrama, que contiene un anuncio, pueden estar en poder del interesado, y no tener conocimiento de su contenido, por ausencia, enfermedad, o incuria. En el mundo de los negocios la correspondencia se entiende conocida desde su entrega en la casa o escritorio del destinatario. La desidia no puede autorizar el que ella no produzca sus efectos: alguno debe encargarse de examinar las comunicaciones. Por otra parte, el conocimiento no puede justificarse por medios seguros: depende de la prueba testimonial, sospechosa en este caso, de empleados o gentes de servicio. La recepción, en cambio, la entrega hecha por el Correo, o el Telégrafo, puede ser demostrada por medios más seguros. Por eso, las legislaciones modernas prescinden de la noción del conocimiento, y se atienen a la más firme, de la recepción.

2º La supresión de toda la parte del artículo que se refiere a la retractación posterior, y a la responsabilidad del caso, se impone por ser inútil y peligrosa. Se ha resuelto que la aceptación concluye el contrato. Se agrega que puede ser retractada antes de que llegue a conocimiento del proponente. No se ve, entonces, por qué hay que decir que si se hace después, se incurre en daños e intereses, "si el contrato no pudiera cumplirse de otra manera". Es peligroso este sistema de repeticiones de las reglas generales, porque por ligeras que sean las variantes engendran dificultades de interpretación. Si no hay retractación en los términos en que se admite, hay contrato que cumplir, y si no se cumple, se aplican los principios que corresponden.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 21. — Sustituir el artículo 1156, así:

El que hubiese aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gas-

---

Art. 21. — Pothier, Venta, número 32, y la nota de Bugnet sobre él; Duvergier, Venta, I, número 67; Demolombe, 24, número 71; Aubry et Rau, 4, § 343, número 2; Larombière, I, artículo 1101, números 14 y 24; von Jhering, Culpa in contrahendo, números 36 y siguientes; Windscheid, Pandekten, II, § 307; Dernburg, Pandette, II, § 10, 3°, y notas 10 y 11; Troplong, Venta, I, número 27.

El artículo 1156 constituye por su contenido uno de los más importantes del Código.

Establece la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el aceptante, que ha ignorado el retiro de la oferta, la muerte, o la incapacidad del proponente. No habría, pues, contrato. La responsabilidad, es, por consiguiente, extracontractual.

Von Jhering, en su célebre artículo sobre la culpa in contrahendo, considera que ambos supuestos constituyen caracterizados casos de ella. Y cabalmente, uno, el de la muerte, es el que le hizo declarar que constituiría para su teoría una piedra que no podía hacerla sobrepasar. La muerte no constituye caso de culpa.

Pero dejando de lado la cuestión de la explicación de la responsabilidad, es lo exacto que nuestro Código la esta-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tos o sufrido pérdidas, o cualquier otro perjuicio, que no habría padecido si la oferta no se hubiera efectuado, tendrá derecho a reclamar la indemnización de ellos.

---

blece fuera de contrato, y fuera de todo supuesto de acto ilícito, porque no lo es el retiro de la oferta, y menos la muerte, o incapacidad del que la hizo. Hay que admitir que es un caso de obligación **ex lege**, como lo quería Windscheid.

Esa responsabilidad no está, por consiguiente, sometida a las reglas de responsabilidad por inejecución de los contratos, ni a las determinadas por los actos ilícitos.

Pothier, repitiendo la opinión de los glosadores, decía que la responsabilidad derivaba no de una violación de un contrato, sino de la equidad. Concluía que debía indemnizarse todo daño sufrido. Bugnet, en sus anotaciones, Duvergier, Larombière y Troplong, expresaron la misma opinión que von Jhering y Windscheid: la indemnización no es la que correspondería a la falta de ejecución del contrato, sino a los gastos y pérdidas causadas por la oferta misma y en la creencia de que sería mantenida. Aubry et Rau, adoptaron ese criterio y de ellos se tomó nuestro artículo 1156.

Nótese que de acuerdo con esas opiniones, no es la simple oferta retractada la que autoriza el reclamo: es la oferta aceptada en la ignorancia de su caducidad. Los daños que podían haberse causado antes de la aceptación son imputables al aceptante que no tenía motivo de arriesgarse antes de ella, desde que la oferta podía ser retirada en todo instan-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Esta, sin embargo, no podrá exceder del interés que el aceptante habría tenido si la oferta se hubiera realizado.

Art. 22. — Supresión de los artículos 1157, 1158 y 1159.

---

te. (Von Jhering, número 36: "la acción presupone la conclusión aparente del contrato").

Estas explicaciones — que exceden, ciertamente, el límite de una nota, — se han considerado necesarias para justificar en una materia poco conocida entre nosotros, las modificaciones del texto vigente. Precisan el concepto del interés negativo, y además le fijan un límite: el del interés positivo o de ejecución (von Jhering, número 9).

Art. 22. — Se suprimen los artículos por estar ya resueltos esos puntos en el título de las nulidades, y en el de la confirmación de los actos inválidos.

La supresión de los artículos 1160, 1164, 1165 y 1166, obedece al mismo motivo: todo eso está ya dispuesto en el título de las nulidades, y en las múltiples disposiciones del Código sobre capacidad, patria potestad, tutela, curatela y las que prohiben a personas dadas la celebración de ciertos actos.

En cuanto a los religiosos profesos no son incapaces según el Código, — artículo 103 — (V., además, nota al artículo 3733). Y si lo fueran, la disposición sería inconstitucional, porque todos los habitantes de la nación, gozan de la plenitud de los derechos civiles, y son iguales ante la ley.

Se suprimen los artículos 1160, 1164, 1165 y 1166. Se suprimen, asimismo, los artículos 1161 y 1162, así como el artículo 1163.

Art. 23. — En las subastas, no queda concluído el contrato sino por la adjudicación. La propuesta desaparece si es cubierta por otra, o la subasta termina sin adjudicación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La incapacidad del comerciante fallido es de prescripción expresa del Código de Comercio, y no hay porqué revalidarla en el civil.

Se ha tratado de la representación en la parte general, y los artículos 1161 y 1162 carecen de razón de ser.

La supresión del artículo 1163 obedece al propósito de tratar de la materia en otro título.

Art. 23. — Código de Comercio, artículo 117. § 156, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO II

Del objeto de los contratos

Art. 24. — Se suprimen los artículos 1167, 1168 y 1169.

Art. 24. — Las disposiciones de los artículos 1167 y 1168, son inútiles. Reproducen lo prescrito en muchos otros, especialmente en la regla general del artículo 953, y la de los 1044|5.

La supresión proyectada del 1169, exige una explicación más detenida. Constituye, una reforma importante.

Nos dice que la prestación objeto del contrato ha de consistir en la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un hecho susceptible de apreciación pecuniaria.

En la nota se explica que la prestación — en general — además de ser susceptible de apreciación pecuniaria, ha de presentar para el acreedor una ventaja también apreciable en dinero, sin lo cual no tendría acción para pedir la ejecución de la promesa hecha.

Pero, agrega, "un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral".

El texto del artículo exige una condición: el objeto del acto ha de ser un valor patrimonial. La nota le agrega otra: ha de proporcionar al acreedor, — y no a tercero, — una ventaja pecuniaria. Y le pone una excepción: a menos que se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

trate de un interés afectivo determinado por el cumplimiento de un deber moral; aún en este caso el objeto ha de ser siempre susceptible de valor estimado en dinero.

Si las notas sirvieran para interpretar la ley, y crearle condiciones, ésta destruiría el principio mismo que el artículo 1169 establece (1).

Prescindiremos, por el momento, de estas cuestiones de texto. Examinemos la doctrina.

El artículo 939, nos da otro principio mucho más amplio. Nos dice que el objeto de los actos jurídicos puede ser libremente establecido en ellos. Basta que no sea ilegal, contrario a las buenas costumbres, o al derecho de tercero. La idea del interés pecuniario está excluída de esa disposición.

Hay, según eso, libertad perfecta para ajustar los actos jurídicos. Todos los intereses, morales, científicos, de beneficencia, pecuniarios, pueden engendrar relaciones de derecho, es decir, relaciones que producen efectos jurídicos.

Los dos principios no pueden coexistir. Son las ideas mismas las que están en oposición. No es cosa de buscar el fácil ajuste entre un principio especial de los contratos, y

(1) El artículo reproduce, a la letra, un texto de Aubry - Rau, del principio de su § 344, tomo 4. La nota es también transcripción de otro texto de los mismos, del fin del §, pero siete páginas más adelante. No ha sido concebido para explicar el primero. Por eso aparecen nuevas condiciones, y excepciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

otro general de los actos jurídicos. Con ese solo se subrayaría el error de una de las dos disposiciones. No podéis contratar sino tenéis interés pecuniario en el objeto. Pero podéis legar. ¿Por qué?

Queréis proteger a un anciano servidor. Podéis imponer a vuestro heredero la carga de un legado de alimentos. ¿Y no podéis contratar que una persona se hará cargo del sostenimiento de vuestro protegido, a vuestra costa. ¿Por qué?

Prescindamos por un momento de la nota. Sigamos con la doctrina misma del artículo: el objeto ha de ser susceptible de apreciación pecuniaria. **¡Ea enim in obligatione consistere quoe pecunia lui proestarique possunt!**

Lo extraordinario es que semejante doctrina limitativa haya podido ser concebida. Porque en la vida social estamos rodeados por todas partes, de contratos, e instituciones que constituyen un desmentido a semejante exigencia de la ventaja pecuniaria. La educación de los hijos, el sostenimiento de hospitales, de escuelas, de Universidades, de bibliotecas, las cien formas en que las necesidades científicas, artísticas, de esparcimiento o recreo se manifiestan, multiplican los contratos en que se persiguen objetos morales, y en que no se buscan prestaciones pecuniarias, sino los más nobles fines que el espíritu humano puede concebir. La realidad de la vida, demuestra que hay error en el concepto de que no existe convención jurídica si no produce dinero para los contrayentes.

Aubry - Rau, decían, explicando nuestro artículo 1169, que "los actos dependientes de una profesión literaria, cien-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

tífica o artística, no podrían por sí mismos y directamente, constituir el objeto de un contrato en el sentido de que el que los ha prometido no puede ser civilmente obligado a ejecutar su promesa. Así, el compromiso de un médico de asistir a un enfermo... no engendra contra él ninguna acción contractual".

Pero esto es notoriamente inexacto. Un hospital contrata con un médico la dirección de él, el cuidado de una sala, la atención de un laboratorio, ¿y puede abandonar impunemente su cargo, desatender sus enfermos y burlar sus deberes contractuales? Si esto fuese cierto, habría que abolir las reglas que permitieran semejantes acciones, y establecer las contrarias.

Se advierte de donde viene el error de Aubry et Rau, o mejor, el de su doctrina. Han cambiado los términos de la cuestión. Ya no se trata de que el contrato no es válido porque no tiene en él un interés pecuniario una de las partes. No. Lo es porque no es posible el cumplimiento compulsorio.

Eso es cosa completamente distinta. Es el caso de todas las obligaciones de hacer. Pero de ahí no puede deducirse regla alguna. Puede estipularse una cláusula penal para el caso de inejecución. Pero si se erige en principio que el contrato no es válido porque su objeto no constituye un valor en dinero, la obligación accesoria será nula — artículo 663.

La demostración de la petición de principio que envuelve toda la doctrina, es, por consiguiente, perfecta. Porque no se puede contratar el servicio moral, o profesional, la pena

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

estipulada es nula. Y porque no es posible establecer la cláusula accesoria de la pena, el contrato es nulo, puesto que no se puede asegurar el cumplimiento.

Pero, esto mismo es, también, inexacto. Una reunión de vecinos contrata la construcción de un puente, un hospicio, una escuela. Un particular, la de un sepulcro para su hijo, su esposa, muertos.

¿Y el constructor puede faltar a su compromiso? Sí, dice la doctrina que examinamos, porque los vecinos no van a tener provecho patrimonial con el asilo, y el particular no va a ganar dinero con el sepulcro de su hijo.

Pero, pueden hacer ejecutar la obra a costa del constructor y el contrato será cumplido por tercero. Artículo 630.

¿Por qué, entonces, erigir en regla lo que puede ocurrir, o no ocurrir, según la particularidad del caso?

Von Jhering en el célebre artículo en que estudió esta cuestión, ha demostrado que hay daño pecuniario en la mayor parte de los casos, porque generalmente se trata de hechos por los cuales se abona un precio, o se deja de percibir una suma. Y también ha hecho ver que por el sistema de las multas, estipuladas por cláusula accesoria, o judiciales (y cita la jurisprudencia francesa) se asegura el cumplimiento de convenciones, que, desinteresadas para una de las partes, son útiles para los desvalidos a quienes se trata de beneficiar, o para la comunidad, cuyo progreso y bienestar se favorecen. Precisamente, podemos concluir, porque no ofrecen ventajas pecuniarias, deben ser amparadas jurídicamente esas convenciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

¿Deberemos, después de esto explicar por qué la nota del artículo es la mejor demostración de su error? ¡Cómo! Un contrato debe tener un objeto de interés pecuniario. Y si no lo tiene no es válido. No confiere acción para perseguir su cumplimiento... a no ser, se nos explica en la nota, que se tenga un interés afectivo perseguido en cumplimiento de un deber moral. ¿Deber moral, interés afectivo? Pero, ¿no se nos estaba diciendo que eso no basta, y que el acreedor debe tener otra clase de interés?...

Esta es ya una cuestión juzgada. Desde que Windscheid la planteó, y después del brillante estudio de von Jhering, la concienciа jurídica se ha formado. Los códigos modernos — artículo 19, Código Suizo de las obligaciones; § § 134 y 138, Código Alemán, — han adoptado como regla exclusiva la de nuestro artículo 953. Hay libertad de convenciones. Donde un interés serio, respetable, y no solamente determinado por el afecto, apoyado en un deber moral, sino por los más elevados estímulos de la mentalidad humana, por la caridad, el culto de las ciencias y las artes, impulse a celebrar contratos que tiendan a realizarlos, allí debe estar la ley para ampararlos y asegurar su cumplimiento.

V. Windscheid, Pandekten, II, §250, texto y nota 3; von Jhering, Œuvres choisies, 2, página 145 y siguientes: Dernburg, Pandette, II, § 17, número 2, y Das bürgerliche Recht, II, § 84, el cual piensa que la prestación debe tener valor pecuniario, o ser de tal naturaleza que pueda obtenerse, regularmente, por dinero; Planck, II, página 5; Saleilles, Obligations, I, página 7; Demolombe, 24, número 233; Baudry et

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 25. — Reproduce el artículo 1170, con la siguiente redacción:

Las cosas que han de prestarse en los contratos deben ser ciertas o determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, si la convención suministra los elementos necesarios para determinarla. En caso contrario, el contrato no valdrá.

Art. 26. — Se modifica el artículo 1171, así:

Barde, Obligations, I, número 151; Van Wetter, Obligations, t. 2, § 89; Staudinger, II, página 11; Enneccerus, I, 2, § 225. En contra, como Dernburg, Endemann, I, § 109.

Art. 25. — Las bases de la determinación deben resultar del contrato mismo, porque no hay elemento alguno de él que no deba ser acordado por las partes. Cuando un fabricante contrata el suministro del carbón que necesita por todo el año, con fijación del precio, o no, el contrato da los elementos para precisar la entrega, y si no hay precio, será el corriente de la plaza. Dernburg, Pandette, II, § 15, b); Van Wetter, Obligations II, § 90, II; Buffnoir, Propriété et contrat, página 517; Código Español, artículo 1273.

Art. 26. — El artículo 1171 dispone que el Juez sustituirá, en todos los casos, al tercero nombrado por las partes para fijar la cantidad que dejaron indeterminada. Es sugestivo que, tomado, palabra por palabra, del 1882 de Freitas, cambiara su solución: para éste, si el tercero no ejecuta el encargo, el contrato queda sin efecto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La cantidad se reputa determinable cuando su fijación se deja al arbitrio de un tercero.

Si el tercero no quisiera, o no pudiera, determinarla dentro de un término prudencial, la convención quedará sin

---

Pero en la venta, nuestro artículo 1350 dispone, precisamente, que si el tercero encargado de fijar el precio no lo hiciera, la venta quedará sin efecto. También este artículo se toma del 2003 de Freitas ("si el tercero o terceros, no pudiesen o no quisiesen, o no llegasen a determinarlo, la venta será nula") que remite a su artículo 1882.

Hay, por consiguiente, dos soluciones opuestas para un mismo asunto. Se trata siempre de contratos en que la cantidad se ha remitido a la determinación de un tercero: en un caso, si no la efectúa, el juez sustituye al tercero; en el otro, no, y la convención queda sin efectos. La venta, lejos de ofrecer una peculiaridad que aconseje una excepción, es el contrato más frecuente en que aquella estipulación se ajusta, y los escritores, cuando hablan de cosas cuya cantidad no se ha precisado y se deja a la resolución de tercero, se refieren, siempre, a casos de venta.

Todo descansa en una confusión de especies. Ya desde el derecho romano se distingue de casos. "Hay dos clases de árbitros. O se trata de una decisión personal, y entonces el contrato es condicionado a ella, y queda nulo si los árbitros no quieren emitirla, o por muerte, enfermedad, o ausencia, no pueden efectuarla, dentro de un término conveniente. O bien el contrato apela a los árbitros como peritos, y entonces no es condicional. Aun en este caso se deberá buscar en

efecto, a menos que estableciera las bases para precisarla. En este caso, la determinará el Juez.

También la determinará cuando una de las partes hu-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

lo posible, la decisión de los árbitros designados, pero, dado que no pueda obtenerse, el Juez oído, si es necesario, el parecer de peritos, deberá proceder a la determinación de la obligación". Dernburg, Pandette, II, § 15 y nota 6.

Es claro que si las partes han pactado que tal persona fije la cantidad, es otro contrato que no han convenido, el que la designe el Juez, o los peritos que éste nombre.

Pero si lo ajustado es que, con las bases convenidas, un árbitro decida según ellas (lo que se pagó en tal época, lo que pagó tal persona, lo que se pagó por tal cosa, teniendo en vista la distinta condición o las mejoras, etc.) la cuestión es otra. Hay que decidir lo que se da por establecido, y el tercero, no pone lo que a él le parece, sino lo que valía en tal ocasión o lo que se pagó, por tal persona, etc. El Juez tiene bases contractuales para proceder. En caso contrario no tiene sobre qué decidir. Se le pediría que ajuste el precio que los interesados no acertaron a convenir. Los Jueces no hacen los contratos por cuenta de las partes. Deciden controversias, y nada más.

Ahora. Si una de las partes hubiese cumplido el contrato, sin que existiera determinación de la contraprestación, fuese el que fuese el carácter del arbitrio, no valdrá, digamos, como venta, pero valdrá como contrato innominado en que una parte efectuó una prestación con la obligación por la otra, de entregar una cantidad que sería posteriormente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

biera cumplido el contrato, sin que se fijase la cantidad de la contraprestación.

Art. 27. — La determinación de la cantidad, hecha por el tercero, no puede ser impugnada, a menos que se demostrase que procedió por dolo, violencia, o error esencial.

Art. 28. — Sustituir el artículo 1172, por el siguiente:

El que, al concluir un contrato cuyo objeto es una prestación imposible, según las reglas de este Código, hubiera co-

---

precisada. Hay, ahí, caso de función judicial. Los romanos concedían la actio in factum, o la proescriptis verbis, y no la de venta, locación, etc. V. Código Francés, artículo 1592; Alemán, § 319; Molitor, Obligations I, número 397; Van Wetter, Obligations II, § 90, II; Windscheid, Pandekten, II, § 254, notas 5 y 6; Duvergier, Vente, I, números 150 y siguientes; Troplong, Vente, I, número 156; Freitas, artículos 1882, 2000, 2003 y 2004.

Art. 27. — Artículo 1351. En cuanto a las causas de impugnación, Código Alemán, § 318; Dernburg, Pandette, II, § 15; Aubry et Rau, § 349, número 1.

Art. 28. — El artículo 1172, sólo se refiere al caso de entrega de cosas como existentes que, o no existen, o dejaron de existir.

Es uno de los varios casos comprendidos en el artículo 953, y ya allí se resolvió que los actos que tuviesen por objeto prestaciones física o legalmente, imposibles, eran nulos. La disposición no es, pues, sino una repetición parcial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

nocido, o debido conocer, la imposibilidad, está obligado a indemnizar el perjuicio sufrido por la otra parte por haber

---

Pero el artículo 1172, contiene, además, otra solución notable. El que hubiese prometido tales cosas, dice, indemnizará el daño que causase a la otra parte. Así expresado, limitado a las cosas no existentes, ¿es un principio de excepción, o constituye una regla más general, extensiva a los hechos, por ejemplo?

Ha de notarse que determina la indemnización por la sola circunstancia de haberse prometido cosas existentes. Hay, según la letra, responsabilidad objetiva, independiente de toda causa relativa al promitente.

Y es tanto más sugestiva la redacción, cuanto que el modelo que se viene siguiendo en todo este capítulo, Freitas, cuyo artículo 1883, se reproduce casi íntegro, dice: "El que de **mala fé** prometiese entregar, etc." Es, pues, deliberada la supresión.

La nota cita a Goyena, pero es inútil recurrir a él, porque no dice palabra sobre el asunto.

Estudiemos la cuestión, que es de grave importancia.

Savigny, — Obligations, II, § 81 —, había dicho que "la regla para toda obligación imposible debe ser **considerarla** como inexistente..., sin tener en cuenta el conocimiento de las partes".

Pero, después, ocupándose de la venta, cuyo principio dice ser general a todas las convenciones de igual naturaleza, establece que hay que distinguir.

creído en la validez del contrato. La indemnización no podrá exceder del interés que ésta tenía en su ejecución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

"Cuando el acreedor ignora la imposibilidad, el contrato es **válido** (el subrayado es de Savigny) y el vendedor (la traducción francesa dice, por error, el comprador) debe una indemnización por la cosa que no puede entregar directamente. En cuanto al conocimiento del vendedor, es completamente indiferente; poco importa que esté informado, o no, de la imposibilidad".

El contrato es válido, dice Savigny. El contrato es nulo, dice el Código. La diferencia es fundamental.

La opinión de Savigny, en cuanto a la validez del acto, no ha sido aceptada por los romanistas más eminentes. Windscheid, — que, como se ha dicho en una nota anterior, inició el reexamen de todas estas cuestiones, — decide expresamente que el contrato es nulo, como lo dice nuestro Código. Y así como Savigny deducía de la validez que la indemnización debía suplir la cosa, Windscheid, deduce de la nulidad, que no se debe el interés positivo, de ejecución, sino el negativo, por haber hecho gastos o padecido perjuicios en la creencia de la validez del acto. Von Jhering, estudia ese caso como uno de los varios de **culpa in contrahendo**, y lo declara sometido a su principio general del interés negativo.

Es, para nosotros, punto fuera de discusión que un contrato nulo, no engendra relaciones válidas. Nada hay como relación convencional. Las consecuencias no pueden ser las mismas en el caso de validez que en el de nulidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No hay derecho a indemnización cuando el perjudicado conocía, o debía conocer, la imposibilidad.

Pero, también, es claro que no debe ser indiferente la situación del que, creyendo en el contrato, hizo gastos, rechazó propuestas, o sufrió daños, por esa causa. De ellos debe ser indemnizado. Pero no de lo que no va a recibir por ejecución del contrato, que no existe, y no puede ser cumplido porque la prestación es imposible.

El que se comprometía a efectuarla, debía informarse del estado de las cosas o hechos que ofrecía prestar. Si lo sabia, debe indemnizar. Y si no lo sabía, debía saberlo; su negligencia no es disculpable. Hay despreocupación, falta de diligencia, que ha perjudicado. Debe indemnización.

Pero cuando la ignorancia es justificada, cuando es invencible, desaparece la razón de ser de la responsabilidad. El que ajusta fletamentos antes de la llegada del buque al puerto, hace lo que toda persona prudente, advertida, efectúa. No es cosa de buscar flete cuando el buque haya llegado. Si ha perecido, y lo ignoraba, hay para él, como para el cargador, caso fortuito. Si el hecho hubiera ocurrido después de celebrado el contrato, éste quedaría sin efecto, sin cargo alguno para las partes, artículos 627 y 888, Código Civil. Ningún raciocinio podrá autorizar una solución distinta cuando la imposibilidad es determinada por caso fortuito, o ignorado, a pesar de toda diligencia, en el momento de celebrarlo. Si el contrato realizado y válido, cesa en tales casos, con mayor razón debe aplicarse la solución cuando es nulo por imposibilidad de la prestación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si la imposibilidad es parcial, y el contrato fuese válido en parte, se aplicará lo dispuesto en cuanto a la que es nula.

Es esa la regla del artículo propuesto, y es la del § 307 Código Alemán, para toda hipótesis de imposibilidad, extendida por el § 309, a la derivada de prohibición legal.

Dice Planck — II, sobre el § 309, — y lo repite Saleilles en la nota a ese artículo — que no se comprende en la regla el caso de imposibilidad causado por ser contraria la prestación a las buenas costumbres, o a la moral, porque, nadie puede ignorar esa imposibilidad. Es cierto. Pero eso también ocurre en toda prohibición legal, y no obstante el § 309 establece expresamente que se aplica el § 307. La regla es general a toda imposibilidad física, legal o moral. Y también es excepción para todos los casos, el que no pueda reclamarse indemnización cuando se ha sabido, o debido saber, por el perjudicado, la causa de la imposibilidad.

El artículo proyectado habla de imposibilidad existente en el momento de concluir el contrato. La imposibilidad posterior está fuera de su contenido. Es regida por los artículos 888 y siguientes.

Se trata de una disposición general a los casos que su texto expresa. Quedan, por consiguiente, en pleno vigor las disposiciones del Código relativas a la evicción, a la venta de cosa ajena, y otras particulares. Aunque esto va de sí, puesto que la ley las establece, se ha considerado útil decirlo, para expresar la verdadera economía del artículo proyectado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 29. — La imposibilidad de la prestación no perjudica la validez del contrato cuando esa imposibilidad puede ser levantada, y el contrato se ha concluído para el caso de que la prestación llegara a ser posible.

En el caso de que la prestación imposible ha sido prometida bajo otra condición suspensiva, o a término suspensivo, el contrato será válido si la imposibilidad ha desaparecido antes del acaecimiento de la condición, o del vencimiento del término.

Son muchas las disposiciones que admiten la subsistencia de una parte del acto no obstante la nulidad por imposibilidad de la prestación en otra parte, por ejemplo, artículos 1176, 1328, etc.

Nuestro artículo provee al caso, de acuerdo, en lo principal, con ellos y con el artículo 20 Código Suizo de las obligaciones, nuestro artículo 1039 (reformado), y con el § 307, Código Alemán.

Sobre las distintas soluciones que se han propuesto en el caso general del artículo proyectado, véase: Savigny, Obligations, II, § 81; Windscheid, Pandekten, II, § 315, texto y notas 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10; von Jhering, culpa in contrahendo, número 24 y siguientes, número 9 y siguientes; Dernburg, Pandette, II, § 16, b); Freitas, artículos 1883 y 1894; Saleilles, Obligations, números 145 y siguientes; Demolombe, 24, número 321.

Art. 29. — Código Alemán, § 308, y la nota de Seleilles sobre él, en la traducción francesa.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 30. — Sustituir el artículo 1173 por el siguiente:

La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos. Cuando su existencia dependa de la industria del promitente, la obligación se considerará pura y simple. Cuando dependa de fuerzas naturales, en todo, o en parte, se considerará subordinado el contrato al hecho de si llegasen a existir, a menos que la convención fuese aleatoria.

Art. 30. — El artículo 1173, no distingue las hipótesis y generaliza, según su texto literal, una particular. Es palmario que los contratos en que un fabricante se obliga a entregar en un plazo dado, objetos de su manufactura, buques, armas, etc., son contratos firmes, y no dependientes del hecho de si llegasen a existir, pues se ha obligado a que existan. Sólo es condicional la entrega de cosas futuras dependientes de fuerzas que el contratante no gobierna. Esta solución debe extenderse a los hechos mixtos, porque la negligencia influye, es cierto, en ellos, pero de ahí no se deduciría, que empleando la actividad necesaria se habrían asegurado los resultados. Un labrador puede ser negligente en sus cultivos, pero no se infiere necesariamente que la cosecha se habría logrado en el caso opuesto. No habría, pues, bases para calcular indemnizaciones, y lo mejor es cortar de antemano cuestiones que no admiten soluciones firmes. Deben considerarse tales contratos, como de riesgos comunes. En la generalidad de los casos son contratos que no merecen favor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 31. — Sustituir los artículos 1174 y 1179, por el siguiente:

Son anulables los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas litigiosas, dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, cuando se hubiera ocultado su condición al adquirente. Se aplicará en tal caso lo dispuesto por los artículos 28 y 29, si el contrato no se hubiera cumplido, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código.

En el caso de que se hubiera pactado la entrega de dichas cosas manifestando su condición, el contrato será válido, pe-

---

Art. 31. — Resulta el artículo proyectado de la combinación de los dos sustituídos, y se ajusta la responsabilidad al principio establecido como general para estos casos de cumplimiento imposible. Se dice que es sin perjuicio de las disposiciones especiales, aunque bien pudo omitirse la salvedad, porque las hay para ciertos casos. Así el artículo 1433 establece que el comprador no puede oponerse a cumplir el contrato cuando el bien aparezca hipotecado "siempre que la hipoteca pueda ser redimida inmediatamente por él o por el vendedor". No dice que se hará en el caso opuesto. Nuestro artículo lo resuelve.

Es excusado decir que si el contrato se hubiera cumplido, y aparecieran las afectaciones ignoradas, son las reglas generales para tales casos las que reciben su especial aplicación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ro pasarán al acreedor en la misma situación en que se hallaban al efectuarse el convenio.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 1175, al cual se agregará en párrafo separado:

Dice el artículo 1174, que en caso de haberse pactado la entrega de las cosas afectadas, el contrato será efectivo, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros. Pero el efecto es mucho más extenso, porque las cosas siguen en la misma condición en que se encontraban, y el que las adquirió, o constituyó derechos, a sabiendas, quedará sometido a las consecuencias de la sentencia, del embargo, de los derechos reales. Si se causan perjuicios las reglas generales se aplicarán al que les sean imputables.

Art. 32. — El agregado tiende a presentar como regla un principio que el Código establece en varias disposiciones particulares.

Los artículos 1333 y 1334, no permiten la venta de los bienes futuros. El 1651, la sociedad. El 1800, la donación. Es por consiguiente una regla invariable desde que existe para los tres contratos más importantes y frecuentes. En el § 310 Código Alemán se ha establecido como precepto general, en virtud de constituir tales contratos la pérdida de la libertad económica del promitente, e importan una convención contraria a las buenas costumbres, que está excluída de la disposición del § 309, sobre indemnización del interés negativo. V. Planck, II, sobre el § 310, Código Alemán. Está in-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Es nulo el contrato por el cual una persona se obligue a trasmitir o afectar, en el todo o en parte, los bienes que adquiera en lo futuro.

Art. 33. — Se reproduce el artículo 1176, al cual se agregará después de "y sobre bienes", las palabras: "que adquiera en lo futuro, o".

Art. 34. — Se suprime de esta sección el artículo 1177.

Se suprimen los artículos 1178 y 1179.

---

cluída la prohibición entre las que enumera nuestro artículo 953.

Art. 34. — Se proyecta el traslado a otro título, del artículo 1177, porque se refiere a contratos que tienen por objeto prestaciones de terceros, y se tratará en capítulo especial de las reglas peculiares a las convenciones que se refieren a ellos.

La supresión del artículo 1178, porque está particularmente tratado el asunto en los artículos 1329 y siguientes con detalles que no es posible condensar en esta parte general de los contratos, y en muchas otras disposiciones especiales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO III

De las formas de los contratos

Art. 34 bis. — Se reproduce el artículo 1180.

Art. 35. — Se reproduce el artículo 1181.

Se suprime el artículo 1182.

Se suprime el artículo 1183.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 1184, con las variantes siguientes:

1º Los contratos que tuviesen por objeto la constitución, modificación, trasmisión, o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

2º Las particiones extrajudiciales de bienes cuyo im-

Art. 35. — Se suprime el artículo 1182 por inútil. Y el artículo 1183, porque reproduce lo que está dispuesto por los artículos 975 y 976.

Art. 36. — Inciso 1º. La redacción propuesta es más comprensiva y exacta que la del actual.

————inciso 2º. El vigente habla solamente de herencias. Pero hay otros supuestos, — división de bienes sociales, o en condominio, — por ejemplo, que se hallan en el mismo caso. Se extiende a dos mil pesos, el importe, tanto en este inciso como en los siguientes, porque el Código habla de pesos fuertes que eran los que regían en lo nacional en la época de su sanción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

porte conjunto exceda de dos mil pesos, o si comprendiesen inmuebles cuyo valor sea inferior a esa cantidad.

3º En el inciso 3º, se suprime "y la prórroga de ellos"; se modifica: "alguno", en vez de "algunos", "sea inmueble", en vez de "sean inmuebles".

Se sustituye "mil pesos", por "dos mil pesos".

4º En el 4º, "dos mil", en vez de "mil".

5º y 6º, se reproducen, sin otra variante, en el 6º, que la supresión de "repudiación", y la sustitución de "mil", por "dos mil".

7º Agregar al fin: "los poderes para contraer matrimonio, o reconocer hijos".

8º Se reproduce el actual, agregando "y los compromisos arbitrales sobre ellos".

9º Se suprime el vigente.

————inciso 7º. Véase artículo 1881, incisos 5º y 6º. y 42, número 10, Ley de matrimonio. Se dice reconocer "hijos" sin distinguir, tanto porque puede tratarse de los legítimos, como de toda clase de ilegítimos.

————inciso 8º. Se conserva, no obstante la nueva redacción del inciso 1º, porque la transacción que tenga por objeto un inmueble, puede no contener sino un desistimiento, o reconocimiento, que no es modificación o extinción de derechos reales, desconocidos por la otra parte. Se agrega el compromiso arbitral: artículo 3988.

————incisos 9º y 10º. Se resumen en uno los dos actuales. La nueva redacción es más comprensiva que la presente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

10º Se modifica el actual, así:

Todos los contratos que tienen por objeto la modificación, trasmisión o extinción, de los redactados en escritura pública, o de los derechos que procedan de ellos.

11º Se reproduce el actual.

Art. 37. — Se reproduce el artículo 1185, con la siguiente modificación:

Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, o verbalmente, o cuando, por ellos, las partes se hubiesen obligado a reducirlos a escritura pública, no quedan concluídos como tales mientras la escritura no se firme; pero quedarán concluídos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

Quedan sometidos a las disposiciones de este Código sobre inejecución de esa clase de obligaciones.

Art. 38. — Sustituir el artículo 1187, así:

En el caso del artículo anterior, la parte que resistie-

Art. 37. — La variante tiene por objeto comprender lo dispuesto por el artículo 1188.

Art. 38. — La redacción actual del artículo 1187, ha dado lugar a una interpretación que la propuesta trata de impedir. Se ha considerado que su letra establecía una obligación alternativa a favor del condenado a otorgar escritura pública, dejando a su elección cumplir la sentencia, o abonar daños e intereses.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

se cumplir la obligación podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública.

No es esa la regla general de las obligaciones de hacer: artículo 629. Son obligaciones jurídicas como las otras, y deben cumplirse por ejecución de la prestación. Es esa la regla legal. No hay otra excepción que la resultante de ser el hecho necesariamente prestado por el deudor. Pero la obligación de otorgar una escritura no tiene ese carácter. Todos los días otorgan los Jueces las escrituras necesarias para la trasmisión de los inmuebles que han sido objeto de las ejecuciones forzadas, sea en juicio ejecutivo, sea en concurso civil o comercial. Esto demuestra definitivamente que estamos en el caso de los artículos 629 y 630. El hecho puede ser cumplido sin emplear violencia en el deudor.

Esas son las disposiciones del Código para las obligaciones de hacer.

¿Cuáles podrían ser los motivos que establecerían una excepción en nuestro caso? No los vemos, y los procedimientos judiciales ya citados demuestran que no los hay.

Agréguese que el mismo artículo 1187, lo deja comprender. Dispone que en caso de negarse el deudor a otorgar la escritura, podrá ser demandado para que lo efectúe, so pena de resolverse la obligación en daños e intereses. Si no hubiera otra consecuencia posible que la última solución, sería incomprensible. ¿A qué viene entonces la demanda? Ya se sabe que hay negativa a otorgar el instrumento. Sería la única acción posible la de indemnización, si sólo ésta procede en caso de negativa y toda la demanda se funda en que

Si el condenado no ejecutara lo ordenado, el acreedor puede exigir la ejecución forzada, y el Juez otorgará la es-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

esa negativa se ha producido. No hay acción sin ella. La ley debería decir, entonces, que en tal caso la parte sólo puede demandar daños e intereses. Entretanto, lo que dispone es que puede demandarse el otorgamiento de la escritura. Si quedan dudas ¿por qué no resolverlas por aplicación de la disposición expresa de la ley? El artículo 629 queda violado en otra hipótesis.

Hay que pedir la ejecución forzada y no la indemnización cuando el hecho no se ha cumplido. Sólo cuando ha de emplearse la violencia es que se sustituye la acción por la de daños. "En el último caso", dice. No en el primero.

Nuestro artículo habla de procedimiento de apremio en el juicio ejecutivo. En los compromisos de venta se establece frecuentemente que se abonará el precio, en todo o en parte, en el acto de firmar la escritura, que los títulos serán perfectos, sin gravamen, etc. A todo eso provee el procedimiento indicado. Se depositará el precio a la orden del Juez, se examinarán los títulos, se levantarán los gravámenes por impuestos, etc. Y si por resultar obstáculos insuperables no puede otorgarse la escritura, entonces quedará expedita la acción de indemnización por incumplimiento de la obligación.

Lo grave de la solución a que se objeta, y se procura sustituir, es que no permite la extinción y modificación contractual de los derechos reales, so pena de inconsecuencia. Los daños e intereses no sustituyen la falta de cumplimiento. Los gravámenes, servidumbres, y derechos de uso y goce, o

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

critura, siguiéndose el procedimiento establecido para el apremio en el juicio ejecutivo, y en el cumplimiento de las sentencias.

Art. 39. — Se reproduce el artículo 1186.

Art. 40. — Se suprime el artículo 1188.

Art. 41. — Se suprime el artículo 1189.

---

habitación continúan. Los daños se suceden y nada más. Tal vez nunca se indemnizarán. ¿Será verdad que las sentencias no se podrán ejecutar, de modo que se anoten en el Registro de inmuebles, las modificaciones sobrevinientes en su condición?

Por último. Las hipotecas y censos, que se extinguen por pago, o redención, deben ser objeto de cancelaciones por vía de escrituras cuya anotación se verifica en el Registro. La opción del acreedor no puede ser obstáculo para su levantamiento. ¿Se traducirá, también, la resistencia, en la impotencia judicial, para hacer respetar las sentencias? ¿Sólo habrá una acción de daños? Un anotador ha observado que en tal caso no se trata de contratos. Si se ha querido decir que por eso pueden ser cumplidas forzadamente las sentencias, mientras que en los contratos no procede, queda, por lo mismo, demostrado lo erróneo de la teoría que se supone ser la del Código.

Para proveer a estos casos es que el artículo habla de procedimientos de apremio en el cumplimiento de las sentencias. V. Colmo, Obligaciones, número 360.

Arts. 40 y 41. — Se suprime el artículo 1188 por haber quedado comprendido en el artículo 37. El 1189, por repetir

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO IV

Del efecto de los contratos

Art. 42. — Se reproduce el artículo 1195.

Art. 43. — Se suprime el artículo 1196.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 1197 al cual se agregará, en párrafo separado:

Deben ser cumplidos de buena fe.

Art. 45. — Se reproduce el artículo 1198, con la supresión de las palabras: "que hubiesen sido" y "formalmente". Se agregará: "teniendo en cuenta los usos".

---

lo que está dispuesto en los artículos 652 y siguientes, y 1202.

Arts. 44 y 45. — Artículo 1134 Código Francés, y § 242, Código Alemán. El agregado contiene un precepto tradicional que debe ser expreso en la ley, porque constituye la base fundamental para el arbitrio judicial, y suministra el medio necesario para resolver las mayores dificultades que la astucia, la usura, y la falta de probidad, se ingenian en acumular en la redacción de los instrumentos, y se traducen en exigencias inaceptables. Sorprende ver en los mayores escritores el uso que hacen de la regla, para resolver dificultades de grave entidad. Es un precepto de alto valor moral, y de inapreciable valor jurídico. No se comprende cómo ha podido nuestro artículo 1197 tomar el primer período del artículo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 46. — Se reproduce el artículo 1199, con la supresión de las palabras: "sino en los casos de los artículos 1161 y 1162".

Art. 47. — Se reproduce el artículo 1200, con la supresión de las palabras: "por mutuo consentimiento revocar", y sustituir esta última, por "resolver".

1134 Código Francés y suprimir el último que constituye uno de los principios cardinales de la legislación, y es secular en el derecho.

El precepto de que el cumplimiento de los contratos ha de ser de buena fé, presupone necesariamente su interpretación con el mismo criterio, y también que las prestaciones han de ser ejecutadas de igual manera desde que ellas son la ejecución de la convención.

Con motivo de las perturbaciones económicas de la última guerra europea, ha tomado importancia fundamental el principio, en presencia de la desvalorización extraordinaria de las distintas monedas. La así llamada cláusula, o inteligencia de los contratos, **rebus sic stantibus**, tan peligrosa como regla general, y en lo normal, falsa, ha dado ocasión a los escritores alemanes, y al más alto tribunal del país, a examinar la cuestión. Los unos, han encontrado en el principio de los § § 242 y 157, Código Alemán, la solución de la dificultad: el contrato debe ser cumplido de buena fé, y no la hay en entregar un valor que no guarda relación con el que tenía en la época del ajuste. Otros, han encontrado en la teoría del enriquecimiento indebido, el medio de fundar sus conclusiones. El Superior Tribunal del Reich, ha aceptado la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 48. — Reproduce el artículo 1201, sustituyendo la última frase "o que su obligación, etc.," por la siguiente: "a menos que la otra parte debiera efectuar antes su prestación".

---

primera en sus sentencias. V. Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 231 a).

Por esas razones, introducida en nuestro Código por el artículo proyectado, la regla de la buena fé, y desarrollada como lo será más adelante, la teoría del enriquecimiento indebido, se tendrán los principios fundamentales para resolver todas esas graves cuestiones, que en nuestro sentir, no necesitan de preceptos especiales.

En el texto del artículo 1198, agregamos lo que los § § 157 y 242, Código Alemán han tomado del artículo 1135, Código Napoleón. Al mismo tiempo que la base cardinal de la buena fé que el primero repite en dos partes distintas, se ha reproducido del segundo el de la ejecución e interpretación con arreglo a los usos, que nuestro artículo 1198 presupone implícitos, pero que debe expresarse sin reticencias como lo hace con tanto acierto el Código Napoleón, y su imitador. En la fabricación, el transporte, etc., de mercaderías, es capital la observancia de los usos para plazos, lugar y otras condiciones de la entrega. Lo mismo pasa en la entrega de ganados.

Art. 48. — El artículo 1201 exceptúa el caso de que haya término estipulado. Pero sin él puede haberse establecido expresa o implícitamente que una parte debiera cumplir pri-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando el pago deba hacerse a varias personas puede rehusarse la entrega de la parte que les corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra.

Si un contratante ha efectuado prestaciones parciales puede negarse la contraprestación, a menos que, según las circunstancias, deba juzgarse que es contrario a la buena fe resistir la entrega, por la modicidad relativa de la parte adeudada.

Art. 49. — Si, en un contrato bilateral, los derechos de la parte que debe cumplirlo primero, estuviesen en peligro

---

mero sus obligaciones. La variante es tomada del § 320, Código Alemán.

De acuerdo con él se proyecta que, aunque se trate de prestaciones divisibles y haya pluralidad de personas, puede exigirse el cumplimiento total del contrato en los términos en que fué constituído. Véase nota al artículo 63 de este proyecto.

En cuanto a la entrega parcial, el principio del recíproco cumplimiento permanece íntegro, salva la excepción que el artículo consigna, unánimemente admitido por la doctrina francesa en cuanto a la condición resolutoria tácita, y por el citado § 320, Código Alemán. Demolombe, 25, números 498 y 499; Planiol, 2, número 1321; Aubry et Rau, 4º, § 302; Saleilles, Obligations, número 169.

Art. 49. — El artículo 1419, lo dispone así, pero sólo para el caso de que el vendedor sea quien corra el peligro. La regla es general para todos los contratos y todos los contra-

por la insolvencia, quiebra, o disminución notable del patrimonio de la otra, puede rehusar su prestación hasta que haya recibido la contraprestación, o se le haya afianzado su entrega.

Puede resolver el contrato si esta garantía no le fuese otorgada a su pedido, dentro de un término razonable.

Art. 50. — En caso de ser imposible la prestación por un hecho, posterior a la celebración de un contrato bilateral, de que ninguna de las partes es responsable, las obligaciones de ambos contratantes quedan extinguidas.

---

tantes, por la fuerza de las cosas, porque en los bilaterales, una de las partes no se obliga sino por razón de la obligación que asume la otra. Artículo 83, Código Suizo de las obligaciones; § 321, Código Alemán; artículo 1092, Código Brasileño.

Art. 50 — Se ha proyectado en artículos anteriores lo concerniente a la imposibilidad existente en el momento de celebrar la convención.

El actual se refiere al caso de que las obligaciones nacieron efectivamente, y su cumplimiento se hizo imposible después, esto es a la hipótesis de los artículos 627 y 888. La solución es la del 895.

Esta disposición no considera la imposibilidad parcial, ni tampoco las situaciones previstas por los artículos 889 y siguientes.

En cuanto a la parcial nos hemos apartado de la solución del § 323, Código Alemán, que extiende al caso sus prin-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si la imposibilidad es parcial el acreedor puede optar entre la reducción proporcional de su contraprestación y la resolución del contrato.

Habiéndose efectuado la contraprestación, en todo o en parte, se restituirá lo entregado según las reglas generales de este Código.

---

cipios especiales de la venta, según los cuales no hay opción sino reducción proporcional en todos los supuestos.

No parece justificada, y hemos preferido conservar la del artículo 1601, Código Francés, reproducida por nuestro 1328 para la venta. Es cierto que uno y otro se refieren a la imposibilidad existente en el momento del contrato. Pero no vemos motivo para una solución distinta cuando esa imposibilidad es posterior.

No existe dificultad cuando se trata de cosas fungibles o que constan de peso o medida. Pero cuando son cosas ciertas, la destrucción parcial las desnaturaliza. La casa destruída por un incendio, no es la casa comprada. Queda el terreno, es cierto, pero no es un terreno lo contratado. Probablemente el artículo alemán subentiende lo primero, pues bien puede decirse que, en nuestro supuesto, hay destrucción total y no parcial, porque el objeto ha sido desnaturalizado.

Conviene advertir con Aubry et Rau, IV, § 349, nota 20, que una destrucción o perjuicio de poca importancia, no constituye imposibilidad de prestar. Debe ser un menoscabo de bastante entidad para que, de buena fé, se considere inejecutable la prestación.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 51. — Cuando la imposibilidad, total o parcial, de cumplir la prestación, posterior al contrato, fuese de cargo de uno de los contratantes, según lo prevenido en los artículos 506, 511 y 513, el otro podrá optar entre cumplir el contrato o resolverlo, con derecho a indemnización por los daños e intereses de la inejecución, en ambos casos.

Art. 51. — Artículo 889 Código Civil. En cuanto a la opción, el § 325, Código Alemán, la autoriza pero sólo entre la demanda de indemnización por inejecución del contrato, y la resolución de él. El primer término presupone el cumplimiento, considerándose la indemnización como el sustitutivo de la prestación imposible. El segundo, es exclusivo de indemnización. Se da como razón de esta limitación la de que si se debe la indemnización, es porque equivale al cumplimiento, y mal puede concebirse en la resolución.

Consideramos más jurídica la solución del artículo 1184, Código Francés. La resolución, en el caso del proyectado, es la consecuencia de la inejecución por hecho imputable a la parte, por mora, culpa o garantía asumida. No es suficiente compensación de esta responsabilidad. Si dispensa de entregar, y por consecuencia disminuye en el tanto el daño, quedan aún otros intereses por satisfacer que se hubieran obtenido por el leal cumplimiento de la convención. La obligación de indemnizar no es un sustitutivo que constituye en alternativa una prestación, se debe por no haberla efectuado, y compensa los daños que por tal causa se han padecido. Deben, pues, coexistir con cualquier solución, siempre que haya perjuicio no satisfecho.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 52. — Siempre que la prestación de una de las partes, en un contrato bilateral, no pueda cumplirse por una circunstancia de que es responsable la otra, el derecho de la primera a la contraprestación subsiste. De ésta se deducirá lo que la parte ha economizado por consecuencia de la liberación de su prestación, o lo que ha ganado por otra ocupación o empleo, o lo que por malevolencia dejó de adquirir.

Lo mismo se resolverá si la prestación de una parte se ha hecho imposible por una circunstancia de que no es responsable, estando el otro contratante en mora de aceptar.

Art. 53. — Se reproduce el artículo 1202.

Art. 54. — Se reproduce el artículo 1203.

Se sustituye el artículo 1204, por el siguiente, que constituirá un segundo párrafo del artículo 1203.

Esa facultad se entiende implícita en los contratos bilaterales, aunque no se hubiera estipulado expresamente.

Art. 55. — Sin perjuicio de lo que se haya convenido en el contrato, hallándose una parte en retardo de efec-

---

Demolombe, 25, números 497 y 523; Saleilles, sobre el § 325, Código Alemán, nota de la traducción francesa; artículo 109, Código Suizo de las obligaciones; Español, 1124; Brasileño, artículo 1092; Chile, artículo 1489.

Art. 52. — § 324, Código Alemán. Saleilles, nota a ese párrafo. Planck, II, sobre ese artículo.

Arts. 54 y 55. — Artículos 246 del primitivo Código de Comercio, y 216 del vigente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tuar su prestación, la otra puede fijarle un plazo razonable para que la verifique y declararle que, transcurrido, usará de su derecho de opción.

Estudiando Dernburg, (Das bürgerliche Recht, II, § 98, II) la historia de la cláusula comisoria, dice que "el code civil, artículo 1184, abrió un camino nuevo". Ese artículo estableció, como principio fundamental, el que en todo contrato sinalagmático, se entendería implícita la convención resolutoria. La observación de Dernburg es exacta. Van reformándose los códigos que, como el nuestro, exigían el establecimiento expreso de la cláusula resolutoria para dejar sin efecto el contrato en caso de inejecución. Todos los posteriores han resuelto como el Francés, con variantes en cuanto a las condiciones de ejercicio, y a sus efectos: Código Suizo de las obligaciones, artículos 107 y siguientes; Alemán, § § 325 y 326; Español, artículo 1124; Brasileño, artículo 1092. El Landrecht prusiano que exigía pacto expreso, ha desaparecido con el Código Alemán que adopta el criterio opuesto. Hasta el Código Austriaco, cuyo artículo 919, reprodujo nuestro Código, ha sido reformado en 1917, por el artículo 918, que dispone lo contrario.

Explicando esta sustitución, dice un escritor: "La regla, de un rigor extremo, de que la inejecución por una de las partes no da derecho a la otra para resolver el contrato, sino solamente para exigir la exacta ejecución, con los daños e intereses, (antiguo artículo 919), obligaba a la teoría y la práctica a penosos expedientes para evitar las consecuencias intolerables de su aplicación. Todos reconocían la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si no se ejecutase la prestación en el plazo señalado, el acreedor podrá, a su elección, demandar el cumplimiento del contrato, si fuese posible, con daños e intereses, o declararlo resuelto, haciéndolo saber a la otra parte, si en la decla-

---

necesidad de una reforma, y todos admitían que debía hacerse en el sentido de reconocer el derecho de rescisión" (Gallaix, La réforme du code civil autrichien, página 184).

Y en verdad, es difícil de comprender cómo pueda justificarse nuestro artículo 1204. La única razón expuesta en la nota al 1432, es, para decir lo menos, insuficiente. Y la prueba se encuentra en el Código mismo. Las condiciones resolutorias tácitas no nacen de los contratos, se afirma. Sin embargo, en los sinalagmáticos no se ha convenido la prestación de uno solo de los que los ajustan. Se convienen prestaciones recíprocas. Porque uno se compromete a ella, el otro se obliga a la suya. Y si no, no.

La interpretación natural sería, creemos, la opuesta. Y la prueba, decíamos, está en el Código. Los artículos 578, 605, 615, 627, 895, disponen que la pérdida de la cosa o la imposibilidad del hecho, extinguen, no solamente la obligación de quien debía prestarlos, sino también la de su cocontratante. Y lo mismo el artículo 1328. No hay entonces contrato obligatorio para el que no puede recibir la contraprestación. Bien sub-entendida está la cláusula resolutoria, puesto que la ley misma establece la liberación.

Si el vendedor no entrega la cosa, el comprador tiene opción entre la resolución del contrato y su cumplimiento: artículos 1412, 1413 y 1420. Si el locatario no abona el arren-

ración anterior no hubiese manifestado esa determinación. Tendrá, además, derecho en este caso a los daños e intere-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

damiento, el locador tiene igual opción: artículo 1579. Si en la sociedad, no se efectúa el aporte, puede rescindirse en cuanto al deudor: artículos 1708, 1709, 1735. En las donaciones, la falta de cumplimiento de los cargos permite optar por la resolución: artículos 1849 y 1850. Si el deudor de una renta vitalicia no da las seguridades prometidas, el acreedor puede pedir la resolución del contrato: artículo 2087.

¿A qué seguir? Baste decir que hasta se puede reivindicar la cosa inmueble vendida al contado, e impaga, cuando no se ha dado término, o confiado en el deudor: artículo 3923; y esto ya dice que aunque se haya entregado, y esté en poder de tercero, puede resolverse el contrato.

Todas estas son soluciones de especie. Pero, todas ellas significan resoluciones autorizadas aunque no haya pacto expreso que las permita.

Hay que conceder entonces, que en muchas hipótesis, las más frecuentes, en los actos más comunes, los contratos pueden resolverse según la ley, porque una persona no cumple sus compromisos, aún cuando no se haya estipulado esa facultad. Y como no existe razón alguna que explique aquellas decisiones de especie, sino la de que la prestación correspondiente a la no prestada no se adeuda cuando ésta no se realiza, la demostración que surge es que el principio que se pretende regla fundamental de los contratos no es exacto, desde que en la mayor parte de los casos se admite que no puede aplicarse.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ses de la inejecución, si procediesen según las reglas generales.

Nuestro Código de Comercio establece lo contrario para los contratos comerciales. Y esto, que es común a otros Códigos, es nueva demostración de que es erróneo lo prescripto por el artículo 1204, porque ¿qué tienen de privilegiado los contratos comerciales para que se resuelvan los que no se cumplen, y qué tienen de particular los civiles para que no se puedan resolver?

Nuestro artículo constituye un grave inconveniente en las transacciones. Aunque no se reciba la contraprestación, hay que cumplir la convención y perseguir en justicia la ejecución. El deudor es insolvente, ha desaparecido, es desleal en el cumplimiento de sus contratos. No importa. Hay que exigir lo que ya se sabe que no se entregará, o se entregará, tarde y mal, o cuando no se necesite. Y, sobre todo, hay que empezar por cumplir las obligaciones propias, o estar listo con las cosas para la entrega, sin poder disponer de ellas: artículo 1201. ¡Es la ley de los contratos! Pero, como se ha visto, el Código no la observa.

La adopción por los de comercio, y por todos los civiles más recientes, del principio fundamental del Código Francés, es la demostración plena, no solamente de que no es verdad que la cláusula comisoria no nace de la naturaleza misma de los contratos ya que es casi unánime la legislación universal en considerar lo contrario, sino también que las necesidades de la vida económica han impuesto la regla inversa de la de nuestro Código. La lealtad comercial, la buena

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Si hasta la expiración del plazo, la prestación quedó sin ejecutar en parte, se procederá según el caso, como lo previenen los artículos 48, 50 y 51.

---

fé, aconsejan conceder el derecho de resolución al contratante burlado, que da, tal vez, por perdido lo que perdido está, en vez de agravar todavía su perjuicio, forzándole a litigar cuando no podrá obtener por ese medio sino nuevos perjuicios.

Y esto nos conduce a examinar las condiciones de ejercicio de la resolución, y sus efectos. El Código Francés exige que se persiga por vía de acción judicial. Agrega, que, — según un principio general en esa legislación, — puede el Juez conceder plazo al deudor.

Los Códigos, Suizo, de las obligaciones, artículo 107; Alemán, § § 325, 326, 327 y 349; y Austriaco, artículos 918, 919 y 920, establecen que "la resolución se opera por una declaración hecha a la otra parte", como lo dice el segundo. Se ha procurado evitar al contratante ya perjudicado la necesidad de provocar un litigio tal vez inútil, y siempre oneroso.

Los escritores franceses más recientes comparando ambos sistemas, reconocen la exactitud de la segunda solución. No hay objeto, declaran, en imponer la acción judicial. Es asunto privado que concierne a la parte. Naturalmente, si hay controversia, la decidirá el Juez. Pero, él no resuelve el contrato. El derecho compete al contratante: su declaración comunicada, debe bastar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No es necesaria la concesión de plazo en la declaración, cuando el contratante estuviese en mora según lo prevenido

---

El Código Francés, no exige la mora del renitente, pero concede al Juez la fijación de un plazo dentro del cual puede cumplir el contrato. Está por consiguiente, en sus facultades, resolverlo, o no. Los Códigos, Suizo, Alemán y Austriaco, exigen, al contrario que se fije, por la parte, un "plazo conveniente", — dependiente, por consecuencia, de las circunstancias, — para que la otra cumpla con sus obligaciones. Exceptúan, naturalmente, el caso de estipulación contraria, es decir, la mora por efecto del acaecimiento del término, y los de **mora ex re**.

Debe mencionarse que los tres códigos autorizan la resolución, tanto por vía de simple declaración, como por vía de conminación de un plazo de ejecución, en todos los casos de pacto comisorio, sea expreso, sea tácito.

Llegamos a la dificultad más importante de esta materia: los efectos de la resolución.

En el Código Francés, creador del sistema, los efectos son completos. Los derechos quedan desvanecidos, con efecto retroactivo. La consecuencia es, que, sea entre las partes, sea en relación de terceros adquirentes, todo ha quedado sin efecto.

Ha seguido estas soluciones nuestro Código, en cuanto al pacto comisorio expreso, y aún en casos en que no existe: artículo 3923.

en los incisos 1º y 2º del artículo 509, o ha comunicado que no cumplirá el contrato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El Código Alemán sigue otro sistema, bien distinto, por cierto. Consideramos deber proponer la adopción de él, por razones que nos parecen definitivas.

El efecto necesario de toda resolución por inejecución de un contrato bilateral, sea causada por imposibilidad forzosa, o imputable, total o parcial, sea por mora, es el de desatar los vínculos contractuales entre las partes. Los valores entregados se restituyen según los principios generales. Las acciones de indemnización, si proceden, quedan expeditas.

Pero puede haber existido trasmisión de bienes, y encontrarse estos en poder de terceros.

No cabe cuestión en cuanto a los créditos cedidos o pagados al adquirente: se ha pagado a quien estaba en posesión del derecho. No hay reipersecución de créditos.

Tampoco la hay de cosas muebles, en poder de adquirentes de buena fé: artículo 2413.

La dificultad aparece en la trasmisión de cosas inmuebles.

El Código Francés, y sus imitadores, aplican las reglas de la transcripción. Los intérpretes no consideran, sin embargo, suficiente la protección de terceros en todas las hipótesis. (Baudry et Barde, Obligations, II, número 941).

El medio sería para nosotros muy sencillo: se aplicarían las reglas generales que protegen a los adquirentes de bienes no pertenecientes al enajenante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No es esa la solución adoptada. El Código alemán ha establecido como principio que la resolución por pacto expreso o tácito, no produce efectos respecto de terceros. Esta decisión no tiene por objeto proteger la adquisición de buena fé: no se funda en motivos de orden jurídico. Es una verdadera limitación determinada por razones económicas. La reipersecución de acciones sobre cosas en poder de tercero, trae, por el solo hecho de ser posibles, perturbaciones que afectan a la circulación misma de los bienes. Cuando no hay otro remedio que autorizarlas, por ejemplo, en las condiciones resolutorias de otra índole, o en la nulidad, basta con proteger la adquisición de buena fé. Pero en los pactos expresos o sub-entendidos de resolución por voluntad de las partes, en hipótesis de inejecución, como en el comisorio, o en otros como el de retroventa y los demás de tradición romana, el inconveniente se nota al punto. La reipersecución importa una verdadera ampliación de la lista de los derechos reales que no ha sido limitada por razones arbitrarias, sino por motivos orgánicos. Los inmuebles afectados se encuentran sometidos a una verdadera paralización, pues nadie sabe cuál será la suerte definitiva de los derechos que sobre ellos podrían constituirse. De ahí la consecuencia, que el Código Alemán saca: la resolución sólo produce efectos entre las partes. No los tiene reipersecutorios.

Pero esa regla es, como lo expresan sus intérpretes, sólo declarativa. No es imperativa o prohibitiva. Las partes, pueden en virtud de su libertad de contratar, establecer lo contrario. En tal caso debe constar expresamente que ese efec-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

to se producirá, en el contrato mismo de adquisición del inmueble, — no hay reipersecución de muebles, — que deberá ser objeto de una anotación preventiva en el Registro de inmuebles. En una palabra, la condición resolutoria expresa produce los efectos generales de esa modalidad.

Sin perjuicio de examinar, en su momento, si la cláusula, especial para la venta, del § 454, y sobre todo la del § 455, Código Alemán, que reserva la propiedad de cosas muebles hasta el pago del precio, han de ser, o no, adoptadas, creemos deber aceptar el sistema alemán sobre los efectos de la resolución.

Como se habrá observado ya, los artículos propuestos no son el reflejo literal de las redacciones que se han tenido presentes e inspiran por punto general la doctrina adoptada.

Con el artículo 1184, Código Francés, se propone que el establecimiento del plazo no depende de la mora anterior, como lo dispone el artículo 107 Código Suizo, y el § 326, Código Alemán. La conminación del acreedor al deudor renitente, constituye en mora (artículo 509, Código Civil) y el establecimiento del plazo basta para todas las exigencias razonables.

Con los Códigos Alemán, Suizo y Austriaco, autorizamos la resolución por vía de declaración, lo que es unánimemente aceptado como una reforma deseable por los escritores franceses más recientes y también con ellos, establecemos las soluciones tanto para el pacto comisorio expreso, co-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 56. — Habiéndose estipulado expresamente que uno de los contratantes se reserva el derecho de resolución, en caso de haberlo ejercido, las partes deben restituirse las

---

mo para el tácito, así como para cualquier otro pacto de que surja la resolución.

También con el Código Francés, y todos los citados, admitimos para cualquier clase de objetos la posibilidad de la resolución del contrato, no obstante la diversidad de doctrina que resulta de los artículos 1204 y 1374, Código Civil.

Las demás soluciones se irán justificando a medida que se vayan estableciendo.

De acuerdo con el artículo 107, Código Suizo, nuestro artículo permite la interpelación al deudor remiso, y la fijación de un plazo, sin la obligación que el Código Alemán establece de optar ya por la inejecución, pues no permite exigir el cumplimiento después de ella. La interpelación es independiente de la posición que se adoptará, la cual es consecuencia del transcurso del plazo, sin cumplimiento de la prestación. De acuerdo con el principio del Código Francés, la parte puede libremente optar en presencia de la esterilidad de la conminación por lo que mejor le convenga. Si tiene ya la resolución tomada puede manifestarla en la interpelación. Todo lo que importa es que haga una advertencia formal al deudor.

Art. 56. — Se trata de dar reglas comunes a todas las hipótesis de convención expresa, o de disposición legal, que autorizan la resolución de los contratos por determinación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

prestaciones según las reglas establecidas para los actos jurídicos bajo condición.

Esta disposición se aplica a todos los casos de resolución facultativa según se ha prevenido en los artículos anteriores, sin perjuicio de las reglas especiales que les concierna.

Art. 57 — La resolución, si procede, se produce por la declaración hecha a la otra parte.

---

de una de las partes. Es claro que si media caso fortuito, culpa, garantía, la situación ofrece matices que las reglas peculiares del Código, entre ellas las del presente título, consideran y que se aplicarán al caso. La libertad de convenciones puede modificar las consecuencias de este artículo que es declarativo.

En cuanto a la unificación de las reglas sobre resolución pactada, y resolución autorizada o implícita, § 327, Código Alemán. Sobre la disposición del artículo, Windscheid, II, § 323; Aubry et Rau, 4, § 302, b); Demolombe, 25, número 537 y siguientes.

Art. 57. — § 349, Código Alemán; artículo 107, Código Suizo; artículos 918|9, Código Austriaco, reformado.

En cuanto a la opinión de los escritores franceses, V. Saleilles, nota al § 349, de la traducción francesa, Código Alemán; Baudry et Barde, Obligations, II, número 323; Planiol, II, número 1312; Colin et Capitant, II, página 136.

La resolución comunicada extingue todo derecho a opción. Ya no hay contrato. Va de sí que en la resolución con-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La resolución sólo produce efectos entre los contratantes. No los causa respecto de los terceros adquirentes de bienes, que fueron trasmitidos por efecto del contrato, o que constituyeron derechos reales sobre ellos, aunque tuviesen noticia de los hechos que hacían posible la resolución eventual.

Art. 58. — Puede pactarse expresamente en el contrato en que se estipula la constitución de derechos reales so-

---

vencional, no hay necesidad de fijar un término para el cumplimiento cuando no proviene de pacto comisorio expreso o tácito.

La limitación del efecto de la resolución a las partes contratantes, resulta del § 346 Código Alemán y del principio fundamental del § 925 que no permite el traspaso condicional de la propiedad. Puede pactarse expresamente que la resolución produce efectos contra terceros cuando se haya anotado preventivamente en el Registro el contrato que expresa la cláusula reipersecutoria. Sobre este artículo y el siguiente: § § 346, 925 y 883, Código Alemán; Planck, II, observaciones preliminares sobre el título V, y comentario sobre el § 456, número 5; Staudinger, II, sobre el § 346, números 3 y 6, anotaciones previas, IV, y sobre el § 455, I y III; Endemann, I, § 148, números 1 y 2. Pueden verse las observaciones de Demolombe, 25, número 536.

Art. 58. — Las citas anteriores. Las resoluciones son en nuestro Código, reipersecutorias. En cuanto a las cosas muebles, artículos 1374, 1380 y 2413.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bre inmuebles, que la resolución tendrá efecto contra los terceros adquirentes de esos bienes, o que sobre ellos establecieron derechos reales. Ese efecto no se producirá si no se hubiera inscripto preventivamente dicho contrato en el Registro de inmuebles, con anterioridad a la adquisición de sus derechos por los terceros.

Esa cláusula es prohibida respecto de otra clase de bienes.

Art. 59. — Cuando en virtud del contrato resuelto se hubiesen prestado servicios, o el uso, o goce de una cosa, se abonará su valor. Si la contraprestación del contrato era de dinero se pagará proporcionalmente ese precio.

Art. 60. — La resolución no puede ser reclamada por el contratante que ha causado la pérdida, o el deterioro esencial del objeto recibido, o la imposibilidad de restituirlo. La pér-

---

La disposición del artículo 57, es declarativa. Interpreta la voluntad no expresada de los contratantes, en el sentido que menos perjudica los intereses generales y favorece la circulación de los bienes. Pero cede ante el derecho de contratar libremente.

Art. 59. — § 346, Código Alemán. Es claro que en tales condiciones no puede restituirse la prestación sino por vía del pago del servicio o goce.

Art. 60. — El § 350, Código Alemán, dispone que la pérdida por caso fortuito de la cosa recibida, no excluye el derecho de resolución. El artículo 556, Código Civil, establece

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

dida de una parte se asimila al deterioro esencial. La culpa ajena de que es responsable el titular del derecho de resolución se equipara a la propia culpa.

Queda igualmente excluído el derecho de resolución cuando su titular ha transformado la cosa en otra especie.

Art. 61. — Se pierde el derecho de resolución por el que ha enajenado todo o parte notable de la cosa, o la ha gravado con un derecho a favor de tercero, y no pudiera restituirla por esa causa, o porque en poder del adquirente se han realizado las condiciones del artículo anterior.

---

una regla que lleva a la conclusión opuesta, pues, que la resolución se operaría en vano, ya que no existe lo que ha de restituirse por efecto de ella.

Pero cuando la pérdida es causada por hecho imputable al que puede pedir la resolución la situación es distinta, y debe pasar por las consecuencias de su propio hecho. Si el derecho de resolución está perdido para él, puede demandar, todavía, el cumplimiento del contrato. Y si también correspondía a la otra parte, debe ésta poder usar de su derecho y reclamar la indemnización del perjuicio que la culpa del otro contratante le ha causado con la imposibilidad de la restitución.

El artículo 60, es la aplicación de los principios generales. § § 351 y 352, Código Alemán.

Art. 61. — § 353, Código Alemán, y sobre él la nota de Saleilles, en la traducción francesa. La sola enajenación constituye un hecho imputable que causa la imposibilidad

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 62. — El retardo del autor de la resolución en la restitución de la prestación recibida, en todo, o en parte importante, autoriza al otro contratante para fijarle un plazo conveniente con declaración de que, vencido, optará por la anulación de la resolución, o el cumplimiento de la obligación de restituir. Si hubiese transcurrido el término sin efectuarse la devolución, podrá esta parte declarar anulada la resolución, o exigir la entrega de lo que se le adeuda.

No es necesaria la concesión de plazo si en el contrato hubiera estipulación expresa contraria.

---

de restituir, desde que la resolución no tiene efectos reipersecutorios. Pero, el enajenante podría haberse reservado la posibilidad de la devolución, y, eso no obstante, verificarse las circunstancias del artículo 60, en poder de tercero. Aunque en éste no hubiera culpa, la hay en el enajenante por el hecho de haberse desprendido de la cosa.

Se ha modificado la redacción del artículo alemán que no es satisfactoria, y que se resiente de las varias modificaciones por que pasó. Si no se puede restituir el objeto importa poco la causa: lo cierto es que no podría excusarse el contratante, pretendiendo que para él es fortuito el hecho del tercer adquirente.

Art. 62. — Constituye este artículo el principio del § 354 Código Alemán, con dos modificaciones importantes que lo armonizan con el artículo 55 proyectado. Basta el retardo, según el nuestro, y no exige la mora como el Código Alemán. La interpelación la constituye por sí misma y no es justo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 63. — Cuando en un contrato hay varias personas en uno u otro lado, la resolución no puede ser ejercida sino por todos, y contra todos. Si el derecho de efectuarla se extingue para uno de los titulares, se extingue para todos.

---

detener todavía la conminación. La segunda modificación se refiere a la declaración misma que, en el Código Alemán, debe ya contener la opción. Reservamos el derecho de ejercerla hasta la expiración del término. Claro está que no hay inconveniente en que se manifieste en la intimación por cuál de las facultades se opta.

Art. 63. — Artículos 534, 535, argumento del artículo 682, 1363, 1371, 1374, 1377, 1387, etc., Código Civil; § 356, Código Alemán.

El artículo es de orden dispositivo. Puede establecerse lo contrario por estipulación del contrato. Constituye una interpretación natural de la convención. Cuando se vende una cosa por varios a varios compradores, el precio es seguramente divisible, pero no lo es la convención misma, porque del hecho de ajustarse por un acto único se infiere que si el vendedor no recibe el precio total, no es indiferente para él ese hecho. No se ha obligado a entregar partes indivisas de la cosa, proporcionales a las cuotas que se le abonen, y a conservar la parte alícuota que no se paga: la convención se traduciría en una constitución de condominio que ni el vendedor pactó ni los compradores entendieron, o manifestaron, establecer. Y lo mismo sería tratándose de varios vendedores: no han estipulado que admitirán en condominio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 64. — No existiendo plazo estipulado para el ejercicio del derecho de resolución, la otra parte puede fijar uno conveniente al titular para que lo ejerza. El derecho quedará extinguido si no se efectuara la resolución dentro del término.

Art. 65. — En caso de contestación sobre si se ha cumplido la prestación cuando la resolución dependiera de ese

---

con ellos a los que abonasen la fracción de precio que les corresponde.

Esto en cuanto a los casos de inejecución, mora, etc., de los contratos en que la resolución no se estipuló expresamente.

Cuando ésta se ajustó, hay condición resolutoria, o suspensiva, y es regla fundamental que las condiciones son indivisibles. Lo mismo ocurre en caso de pena convencional, o de arras. Savigny, Obligations, II, § 31; Motive, II, sobre el § 363 y § 436; Planck, II, sobre el § 320, número 2; Huc, 7º, número 275; Staudinger, II, sobre el § 356.

Art. 64. — Por lo general, el contrato designa el plazo. Pero, en algunos casos — arras, cláusula penal, pacto comisorio, etc. — puede ser necesario designarlo, pues no es justo, ni económicamente conveniente, dejar pasar el tiempo en la incertidumbre. § 355, Código Alemán, y la nota de Saleilles en la traducción francesa.

Art. 65. — Podría haberse dudado a quien correspondía la prueba desde que, por lo general, el que invoca un dere-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

hecho, corresponde la prueba al que pretende que se cumplió, a menos que se tratase de una abstención.

Art. 66. — Cuando hubiera de entregarse una suma u otra prestación, para ejercer el derecho de resolución, éste quedará extinguido si no se hiciese la entrega al mismo tiempo que la declaración, y si la otra parte rehusase admitir la resolución por esa causa.

La declaración será válida si la prestación omitida se efectuara inmediatamente después del rechazo.

Art. 67. — Se suprimen los artículos 1205, 1206, 1207, 1209, 1210 y 1211.

Art. 68. — Se reproducen el artículo 1208 y los artículos 1212, 1213, 1214, 1215 y 1216. A este último se le agregará después de "Jueces de su domicilio", las palabras "o residencia".

---

cho debe acreditar todas las circunstancias que lo autorizan. Pero si la cuestión recae sobre el cumplimiento de las prestaciones, el que lo alega debe acreditarlo. **Exceptio non adimpleti contractus. Exceptio non rite adimpleti contractus.**

Art. 66. — Artículo 1202. § 359 Código Alemán. Las variantes de redacción del proyectado responden a la idea de que comprenda la hipótesis del artículo 1202 referente al derecho del que recibió arras, y debe devolverlas dobladas.

Art. 67. — Las supresiones resultan del establecimiento de las reglas a que se refieren en el título de los actos jurídicos, y de los instrumentos públicos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO V

De los contratos a cargo o a favor de terceros

Art. 69. — El contrato hecho en nombre propio, en que se promete la prestación de un tercero, es obligatorio cuan-

---

Art. 69. — El Código contiene dos disposiciones separadas sobre la promesa de hechos de terceros, — artículo 1163 — y la de cosas ajenas: artículo 1177. Desde el derecho romano — Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligatur, decía la Instituta, — hasta la unánime doctrina de la legislación y escritores modernos, no hay distinción alguna que hacer entre la prestación de un **dare** y un **facere**, en cuanto a los efectos de su promesa. Se rigen por el mismo principio.

Es fundamental el de que los contratos no producen efectos sino entre los que los conciertan. Y, por consecuencia, "no se puede obligar ni estipular en nombre propio sino para sí mismo", como dice el artículo 1119, Código Francés.

Están de acuerdo sus intérpretes en que ésta disposición es una disposición muerta que nada preceptúa y no tiene aplicación jurídica: es de orden didáctico, e inútil (Demolombe, 24, número 213; Saleilles, Obligations, número 152).

Y aún muchos piensan, como el primero, que la disposición del 1120, Código Francés, o cualquier otra semejante, es redundante, desde que, en definitiva, dice que el que se obliga, el que garantiza, queda ligado por su promesa. El

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

do el promitente ha garantizado la ratificación, o el cumplimiento de la prestación, por tercero. En caso de duda, se entenderá que sólo ha asegurado la ratificación.

Código Alemán no contiene el artículo que se había puesto en el primer proyecto — artículo 348 — según el que "un contrato no es nulo por el solo hecho de que la prestación tenga por objeto la cosa o los derechos de otro" y concluía que el que promete el hecho de tercero, está obligado, en caso de duda, a responder por el cumplimiento de su promesa.

Se juzgó innecesario decir que una obligación debe cumplirse.

Nuestro proyectado artículo podría, pues, evitarse.

Pero sólo como principio general. Basta ver, sin embargo, las graves divergencias que existen en las legislaciones extranjeras, y por consiguiente, en sus intérpretes, y las que resultan de nuestros artículos 1163 y 1177, sobre el alcance de la promesa de prestación ajena, para comprender la utilidad de la redacción que se propone.

Es cierto. El que se ha "obligado por un tercero" — artículo 1163, — el que ha "garantizado la promesa de una prestación por un tercero", — artículo 1177, — están comprometidos. Y eso no requiere disposiciones especiales que lo establezcan.

Pero, ¿cuándo están obligados, cuándo garantizan? Y sobre todo, ¿qué garantizan?

La disidencia de opiniones, es profunda. Todos los intérpretes del Código Francés, enseñan que el hecho sólo de

Art. 70. — La ratificación fija las relaciones entre el estipulante y el tercero, como si el contrato se hubiera ajustado directamente entre ellos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

prometer la prestación de un tercero, no obliga. Hay que constituirse en garante para quedar ligado. Esta garantía, no es del cumplimiento de las prestaciones, si no se pacta expresamente. Lo que se garantiza es únicamente que el tercero aceptará, ratificará, la obligación. La garantía es de que la tendrá por buena, pero si no la cumple, no es cosa que traiga responsabilidad para el promitente. En una palabra, no hay fianza.

El derecho romano, parece disponer lo contrario, (Instituta, Libro III, 19, § 3), según algunos intérpretes (Vinnius, II, sobre ese título; Van Wetter, Obligations, II, § 111). El artículo 111, Código Suizo de las obligaciones, adopta esa solución.

El artículo 1163 parece establecerla, si bien, parte del antecedente de que el promitente se ha obligado por el tercero, y no distingue de supuestos sobre esa obligación. En todo caso, decide que se debe indemnización si el tercero se niega a "cumplir el contrato". El artículo 1177, habla de indemnización "cuando se ha garantizado la promesa y ésta no tuviera efecto", sin explicar si es para cualquier garantía, o sola para la de cumplimiento, que se aplica la decisión.

Ahora bien. La promesa de la prestación ajena no produce por sí misma obligación: artículo 1177. Es verdad que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

agrega que la hay de procurar que la prestación se realice "empleando los medios necesarios". Pero, eso depende de los términos de la convención. Si se ha prometido hacer lo necesario, hay la aceptación de un contrato innominado de servicios, y deben prestarse. Si no se ha prometido sino la cosa ajena, se vuelve al punto de partida: la promesa de la prestación de tercero no produce obligación alguna. Y si se pretende abandonarlo para establecer que existe obligación de efectuar las diligencias necesarias, se altera arbitrariamente el principio fundamental de que el contrato es la ley de las partes, y de que nadie está obligado sino hasta donde su consentimiento prestado lo ha comprometido.

Sea de ello lo que fuere, se trata de una interpretación de la convención, que se rige por los preceptos comunes. Por eso, el artículo proyectado, siguiendo los ejemplos arriba recordados, calla sobre el punto: no hay por qué apartarse de las reglas generales sobre interpretación de las convenciones.

En cuanto al alcance de la garantía cuando se ha convenido, es de evidencia que depende del contrato. ¿Se prestó? Las partes han entendido ligarse y, por consiguiente, existe responsabilidad.

En cuanto a su extensión, es también evidente que sólo de la convención se pueden obtener los elementos de juicio, pues hay contradicción entre decir que no hay obligación sin la garantía efectivamente ajustada en la convención,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

y fijar su extensión por ministerio de la ley, sin derivarla de los términos mismos en que fué establecida. Es materia de interpretación, y no de precepto imperativo. La obligación es contractual. Si, por consiguiente, se limitó a la ratificación, obtenida, se extingue. Si alcanzó al cumplimiento de la prestación misma, la garantía se extiende a él: hay obligación directa condicional.

En defecto de cláusula expresa, no hay motivo que aconseje interpretar la convención en el sentido de la obligación más extensa y grave. Las reglas generales, — que no son arbitrarias, sino fundadas en la naturaleza misma de las relaciones jurídicas, — aconsejan la solución del artículo proyectado.

La falta de ratificación garantizada, obliga a los daños e intereses negativos. La de cumplimiento asegurado, a los positivos de inejecución.

La disposición del artículo proyectado se apoya directamente en la doctrina del § 317 de Windscheid, y nota de Kipp, que condensa la unánime de todos los escritores franceses y alemanes, con las variantes naturales de aplicación a los casos de detalle. Véase Savigny, Obligations, II, § 59, y nota a); Pothier, Obligations, número 56; Demolombe, 24, números 210 y siguientes; Aubry et Rau, 4, § 343 ter, número 1; Baudry et Barde, Obligations, I, números 129 y siguientes; Saleilles, Obligations, número 152; Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 258, V.; Van Wetter, Obligations, II, § 111, II.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 71. — Puede estipularse, por contrato, a favor de terceros. Estos adquieren directamente sus derechos, en los términos y bajo los supuestos establecidos en la convención.

Art. 72. — En defecto de cláusulas especiales, se deter-

Art. 71 y 72. — El Código contiene varias disposiciones sobre estipulaciones a favor de tercero. En el artículo 504, se establece una regla en cuanto a sus efectos, si bien no expresa en qué casos puede ajustarse la estipulación de que habla. En los artículos 558, 1826, 1849 y siguientes, se ocupa de los cargos impuestos en las obligaciones, o en las donaciones. En los artículos 2072, 2079 y otros, de las disposiciones a favor de tercero, en los contratos de renta vitalicia. En el 2211, en cuanto al de depósito, etc. El Código de Comercio, por su parte, contiene numerosas disposiciones que las establecen en los transportes, seguros y otros contratos.

Pero la materia no ha sido tratada de una manera sistemática, y por consiguiente son graves los vacíos que de ellos resultan para regir los efectos aún en los casos especiales que los Códigos mencionan.

Las necesidades modernas han dado a este asunto un desarrollo considerable, y aún en las legislaciones que como la francesa y sus imitadoras, contienen disposiciones suscintas e inspiradas por conceptos restrictivos y de excepción, la jurisprudencia y los escritores han roto las vallas, y por medio de interpretaciones no siempre legales, han constituído un cuerpo de doctrina en que se siente la influencia de la codificación alemana.

minará, según las circunstancias y objeto del contrato, si el tercero adquiere derechos y bajo qué condiciones, y si queda

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El viejo principio romano, de que no se contrata sino para sí, está definitivamente abolido, y no respecto a relaciones especiales, sino como regla fundamental. Las necesidades generales de la industria, las de la previsión, han generalizado el seguro y sus múltiples aplicaciones, y poco a poco, se ha ido formando la convicción de que ningún inconveniente existe para estipular a favor de terceros, de la misma manera que se estipula para sí mismo. La libertad de contratar debe, pues, proteger todos los móviles que determinan a ajustar prestaciones, en beneficio personal, y en beneficio de otros, sea por razones comerciales, sea por motivos de amparo, de benevolencia, de previsión.

Y al mismo tiempo se han ido fijando las líneas fundamentales de la estipulación y sus efectos.

Nace de un contrato. Constituye un derecho para un tercero. No es, pues, una oferta. Es un pacto ajustado: ¿qué inconveniente hay para que se realice lo que en él se ha establecido?

No se necesita del consentimiento del beneficiado para la convención: está concluída. El derecho está abierto, por el contrato, como está abierto por el testamento y la muerte, el del heredero, y del legatario. No está obligado a aceptarlo: puede repudiarlo. Pero la aceptación no es como en la policitación, constitutiva del acto de que depende la existencia de la relación: es, como se ha dicho de la aceptación hereditaria, la renuncia del derecho de renunciar a una su-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

reservada a los contratantes la facultad de modificar o suprimir el derecho del tercero sin su asentimiento.

---

cesión abierta por hechos independientes de la voluntad del beneficiado. Esa idea se ha extendido legítimamente al contrato ajustado por otros. Parece innecesario decir que a eso se limita la semejanza.

Y de ese modo se consulta una necesidad imprescindible. La muerte, la incapacidad, desvanecen las ofertas. Y en materia de previsión, de asegurar a la esposa, a hijos, a amigos, ciertos recursos para el día en que desaparezca el jefe de la familia, es necesario, que la muerte, o la insolvencia, no destruyan la posibilidad contemplada en el contrato en que se constituyó el recurso. No es para los acreedores. No es para los herederos, como tales. Es para el tercero beneficiado.

Estas consideraciones pueden ser reproducidas en todos los casos, en la renta vitalicia, en los contratos de venta, donación, etc., con cargos a favor de terceros.

Carece de objeto. El principio se impone: el derecho del favorecido, nace del contrato. Está constituído desde él. No se necesita pasar por el medio de la oferta, de la cesión, de la gestión de negocios. No depende de la aceptación, como tal derecho. Nace del contrato que otros han celebrado.

Pero, por lo mismo, es ese acto el que define la existencia y condiciones del derecho. Puede no tener ese alcance. Cuando se conviene en que se abonará una deuda del estipulante, al tercero su acreedor, no se entiende con eso constituir a éste en titular de un derecho propio contra el promi-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tente. Es asunto que interesa sólo al deudor: él es quien puede exigir el cumplimiento.

Cuando se dispone que en caso de muerte se abonará una suma a un tercero, su derecho nace con esa muerte. Y en la duda, se entiende revocable, porque participa de la naturaleza de una disposición de última voluntad.

Y también aquí carece de objeto analizar los supuestos. Por eso dicen nuestros artículos 71 y 72, que el carácter de los efectos de la estipulación depende de ella. La ley es interpretativa, y nada más. Las partes son las que disponen.

De acuerdo con esas ideas, se han redactado los artículos siguientes.

Para que la estipulación produzca los efectos que le son propios, no se exige que el estipulante tenga interés personal en la prestación al tercero, y en ello sólo existe un principio ya estudiado en los contratos en general. Sería en verdad contradictorio que se exigiera, desde que la estipulación por tercero tiene por fin en la mayoría de los casos, un interés moral solamente en el estipulante, y la prueba de él resulta del hecho del contrato.

Sobre el estado actual de la doctrina francesa, véase: Baudry et Barde, Obligations, I, números 145 y siguientes; Colin et Capitant, 2, desde la página 333; Planiol, II, números 1209 y siguientes; Saleilles, Obligations, desde el número 245, y notas a los § § 328 a 335, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 73. — Cuando una persona se obliga a satisfacer la obligación del otro contratante, sin asumir la deuda, no se entenderá, en caso de duda, que el acreedor adquiere un derecho para exigir del promitente el cumplimiento.

Sobre la doctrina alemana, principalmente: Windscheid, Pandectas, II, § 316, a); Dernburg, Pandette, II, § 18; y Das bürgerliche Recht, II, 1, § 105; Planck, II, título 3º; Staudinger, II, título 3º.

Art. 73. — § 329, Código Alemán; 175, Código Suizo de las obligaciones; Austriaco 1404. Se diferencia la estipulación, de la asunción de deuda, precisamente, en que en la primera, el deudor no queda liberado por efecto de ella, mientras que en la asunción hay sustitución de deudor que libera al primitivo. Planck, sobre el § 329, Código Alemán; Enneccerus, I, 2, § 259, I, 1º.

La estipulación puede referirse a cualquier clase de obligaciones.

Enneccerus, I, 2, § 258, IV, llama a esa clase de contratos, estipulaciones a favor de tercero, impropiamente llamadas, porque según su naturaleza nada particular contienen, y son contratos que como los comunes no producen efecto sino entre las partes. Le sigue Staudinger, II, notas preliminares al título 3º, II, obs. II, b).

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 74. — Cuando en un contrato de seguro sobre la vida, o de constitución de renta vitalicia se ha estipulado a favor de tercero, el pago de la suma asegurada o de la renta, se admitirá en la duda, que este adquiere directamente el derecho a la prestación. Lo mismo se decidirá en caso de donación con cargos a favor de tercero, y de contratos onerosos de adquisición de bienes en que se han impuesto prestaciones a beneficio de otro, en liberación de las obligaciones del adquirente.

Art. 75. — Cuando la prestación debe hacerse después de la muerte del estipulante, el tercero a quien se

---

Arts. 74 y 75. — La ley número 3942, declara propiedad exclusiva del tercero, la suma asegurada en caso de muerte, y exceptuada de responsabilidad por obligaciones de la sucesión.

Sobre la constitución de renta vitalicia a título oneroso, artículos 2070 y siguientes. Para las donaciones con cargos, artículo 1853, Código Civil. En cuanto a los demás actos en que se impongan a beneficio de terceros, artículo 560.

Pero del hecho de que el derecho se adquiera directamente, no se deduce que sea en el instante del contrato para todas las relaciones. Es lo que el artículo 75 dispone para los casos en que el beneficio depende de la muerte del estipulante. Se ha dicho ya, que así como no hay derechos sucesorios adquiridos hasta el fallecimiento del causante, así también se considera que el principio debe aplicarse a las estipulaciones que favorecen a terceros. Hay la misma razón de decidir.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ha prometido, adquiere su derecho a partir del fallecimiento.

Hasta ese momento, puede el estipulante revocar o modificar la disposición a favor del tercero. Ese derecho no compete a sus acreedores, ni pasa a sus herederos salva convención contraria.

Si el tercero falleciese antes que el estipulante, su derecho no se trasmite a sus herederos.

Si el derecho no es definitivo o adquirido, puede ser revocado. Si no lo fué, los herederos no pueden hacerlo, como no pueden revocar el testamento de su causante.

Según el artículo 74, los actos a título oneroso quedan incluídos en él. Esa mención expresa, que se reproduce del § 330 Código Alemán, tiene por motivo impedir la duda que podría nacer del hecho de que el promitente se libera de sus propias obligaciones con el estipulante, y creerse que se trata de estipulación impropia, como la del artículo 73, proyectado.

Según el 75, los acreedores del estipulante no pueden usar de su facultad de revocar.

Pero el contrato mismo está sometido a la acción de fraude — ley 3942, — si reune las condiciones exigidas para intentarla.

La última parte interpreta naturalmente la voluntad del estipulante, cuando el contrato no es esplícito. Si antes de su muerte ocurre la del favorecido, el derecho de éste se ha desvanecido. No está en su patrimonio, y sus herederos no lo han recibido. El artículo 2086 Código Civil, dispone lo con-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 76. — Los contratantes pueden reservarse la facultad de revocar la estipulación en favor del tercero y de sustituir otro en su lugar, o concederla al estipulante sin acuerdo del promitente.

---

trario, pero para el caso de que la renta vitalicia funciona durante la vida del estipulante, la cual se extingue con su muerte. Nuestro artículo se refiere al opuesto.

Es otra consecuencia del principio que cuando el beneficiado es genéricamente designado, hijos, por ejemplo, basta que existan o estén concebidos, en el momento de la muerte. No es necesario que existan en el momento del contrato.

Sobre esta materia, § § 330 y 331, Código Alemán. Y sobre ellos Planck, II, y Staudinger, I, 2; Colin et Capitant, lugar antes citado; Balleydier et Capitant, L'assurance sur la vie au profit d'un tiers, Le Code Civil, Livre du centenaire, I, páginas 517 y siguientes.

Art. 76. — Los intérpretes del Código Alemán, están de acuerdo en considerar que del principio general de que el contrato es determinante de la naturaleza y extensión de los derechos estipulados a favor del tercero, se deduce implícitamente el de crearlos con carácter revocable. Y también, que el estipulante, sólo pueda efectuarlo, "siempre que, dice Staudinger, se haya reservado la facultad de hacerlo sin el acuerdo del otro contratante. Sin esa reserva, va de sí que la sustitución de otro tercero en vez del originario, sólo puede realizarse con acuerdo del promitente". Esa reserva es presunta por la ley, en los casos del artículo 75. Ya se com-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando corresponde a éste, y en los casos del artículo 75, se realiza por declaración al promitente. Puede efectuarse por testamento.

Pueden también los contratantes disponer que el tercero será posteriormente designado por el estipulante.

Art. 77. — El tercero puede repudiar lo estipulado a su favor. Ese derecho se pierde por la aceptación expresa o tá-

---

prende que el promitente no la posee en caso alguno. Staudinger, sobre el § 328, II, b) y sobre el § 332, Código Alemán.

"El precepto del § 332, puede, por consecuencia del pensamiento que le sirve de fundamento, extenderse al caso de que la persona del tercero no haya sido determinada por el contrato, y se haya reservado al estipulante su designación por sí solo." Planck, II, sobre el § 332.

Art. 77. — El derecho constituído por contrato a favor de tercero, como el abierto por causa de muerte, existe, pero la voluntad del titular es determinante de su adquisición definitiva. Puede repudiarlo, y el efecto de esta determinación deja las cosas en el estado en que se encontrarían si nunca hubiera existido. También se desvanece si se hubiera producido la revocación en los casos en que ella procede, según se ha dispuesto. Se abre así en los dos casos la grave cuestión de cuál es la situación en que se encuentran promitente y estipulante.

No proceden reglas generales. Si el contrato no contiene previsiones que, naturalmente, deben ser mantenidas, es asunto de interpretación de él, de su objeto, na-

cita. La renuncia desvanece el derecho del tercero como si nunca hubiera existido. La renuncia es irrevocable.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

turaleza, carácter y alcance, de los derechos que se habían estipulado para el tercero, determinar si el estipulante beneficiará, o no, de la desaparición de ellos. La prestación a favor del tercero, pudo ser establecida ex causa solvendi, debendi, credendi, donandi, y ya se comprende que en tales casos, según el contrato principal, a título oneroso o gratuito, se determinarán los efectos de la desaparición del derecho del tercero. También dependerá la solución de la naturaleza de la prestación misma. Las reglas serán las generales, y las peculiares del contrato. Por eso es que ni los escritores, — que, en general, evitan tratar el punto, — ni las legislaciones que admiten con más o menos plenitud la estipulación por tercero, contienen decisiones, y dejan librada a la interpretación del contrato la determinación de esos efectos. En materia de seguros de vida, es natural y admitida la solución de que el estipulante beneficia de la desaparición del derecho del tercero: se trata de prestaciones de dinero, y la solución se impone. Pero si se hubiera tratado de una servidumbre real, la solución podría no presentarse de la misma manera.

Planck, sobre el artículo § 335, Código Alemán, hace una extensísima exposición considerando todas las situaciones en que pueden encontrarse el promitente y el estipulante, que son importantes para servir de guía en una interpretación, pero que, como ya resulta de la ley que comenta, no constituyen precepto legislativo. No es imitado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 78. — El promitente puede oponer al tercero todos los medios de defensa y excepciones que nacen del contrato.

Art. 79. — El estipulante tiene las facultades que

---

por otros expositores. V. Staudinger, II, sobre el § 333; Enneccerus, I, 2, § 259, número 3; Saleilles, sobre el § 335, II.

Arts. 78 y 79. — El contratante que ha prometido una prestación a un tercero, lo ha hecho por una convención ajustada que no modifica sus condiciones porque exista aquella obligación. El principio fundamental es que el derecho nace de una convención que debe ser lealmente cumplida.

Conserva, por consiguiente, todos los medios que se reconocen a los contratantes para exigir el cumplimiento de los contratos, y en su caso, resolverlo si ese derecho le compete. El tercero no tiene una posición privilegiada, y pasará por las consecuencias de la situación jurídica creada.

En cuanto al estipulante, se le reconocía el derecho de perseguir el cumplimiento del contrato en cuanto a las prestaciones que le correspondían, y aún el de resolverlo en caso de no cumplirse los cargos impuestos a favor de tercero, por lo menos en las donaciones, (artículos 1850|2 Código Civil), pero se le negaba acción para perseguir su ejecución (artículo 1829, Código Civil).

La razón que se daba era que no tenía título porque no tenía interés en que se cumpliera lo convenido respecto del tercero.

nacen de la inejecución de los contratos y la de resolverlo, cuando no ha cumplido el promitente con la prestación a favor de tercero. Puede demandar que ésta se efectúe, aún cuando el beneficiado tenga el derecho de reclamarla directamente.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Bien arbitrario era todo esto. Si no tenía interés, no se ve por qué se le permitía revocar la donación, precisamente, porque no se habían cumplido los cargos. Y tampoco se comprende cómo una persona puede desprenderse de bienes bajo el supuesto de que se harán prestaciones y no tenga acción para que el promitente cumpla lo que pactó. Si reclama algo, es la ejecución de lo que se ha convenido con él. Y si ha estipulado en beneficio ajeno, es, necesariamente, porque tiene interés en ello.

La regla era la consecuencia del principio de que el interés en los contratos debe ser pecuniario, y no de otra suerte.

La recta inteligencia de las relaciones que nacen de los contratos lícitos, lleva a la conclusión de que quien los pactó tiene derecho a que se realice lo convenido. Debe poseer el de perseguir su cumplimiento.

También lo tiene el tercero en cuanto a lo que se le debe. Hay, o puede haber, concurrencia de derechos. Pero no es, por eso, la situación la de las obligaciones comunes. No se libra el promitente con satisfacer al estipulante. El tercero es el único que tiene derecho a la prestación. La acción del estipulante va, pues, dirigida a que ésta se efectúe al único acreedor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO II

Del enriquecimiento sin causa *

La cosa juzgada no puede ser opuesta al estipulante por razón de la sentencia dictada en juicio con el tercero. Tampoco se opone a éste la recaída en acción del estipulante. Sus derechos son independientes: pueden ser ejercidos concurrentemente en el mismo juicio.

Véase § 335, Código Alemán, y sobre él, Staudinger, II: Colin et Capitant, 2, página 344; en contra, Planiol, II, número 1258.

* No contiene el Código una sistematización de la materia que trata este título. Está dispersa en muchas de sus disposiciones, calculadas algunas para servir de reglas más o menos generales, pero sin unidad, y no siempre obedientes al mismo concepto. En el título de las obligaciones de dar, ya se establecen reglas para la restitución de las cosas a sus dueños, por los poseedores de ellas, — artículos 588|90, — sin perjuicio de volver a considerarlas en los artículos 2427, 2440, 2441 y 3427. Cuando se trata de cosas dadas en locación una larga serie de disposiciones que luego se extenderán a otras relaciones, tomando así cierto alcance de principio general, — artículo 600, — reglan las relaciones jurídicas de locador y locatario en cuanto a las mejoras e impensas autorizadas y no autorizadas. En el pago, un capítulo especial se ocupa de toda la materia que los ro-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

manos consideraban como dando lugar a las **condictiones sine causa,** sin perjuicio de volver en el título de las nulidades, — artículos 1052|7, — en el de las obligaciones de dar, en el de los contratos, — artículo 1165, — en la sociedad, — artículo 1659, — en el comodato, — artículo 2261, — en los contratos aleatorios, — artículos 2059|62, en la gestión de negocios, en el dominio, en el usufructo, a establecer resoluciones sobre las consecuencias de las prestaciones hechas sin causa, que ni obedecen a un pensamiento firme, ni pueden coexistir con un sistema orgánico de adquisición de los bienes.

Esa dispersión de ideas, es singularmente grave en el derecho moderno.

Está en juego la seguridad, la estabilidad de las relaciones jurídicas. Con el desarrollo que ha tomado el contrato abstracto de enagenación, en que se independiza el efecto de ella, de la existencia misma de la relación jurídica que lo ha determinado, en cuanto a los bienes trasmitidos, a los papeles de crédito al portador o a la orden, a cien efectos respecto de terceros agenos a las relaciones causales, ha adquirido especial importancia la organización del sistema que regula los efectos de la entrega de bienes sin causa, o lo que es lo mismo, sin causa válida. Hay que reintegrar al que la efectuó, en lo que legítimamente le corresponde. Pero hay que mantener la confianza en la firmeza de las adquisiciones, base necesaria del crédito. El problema envuelve, pues, todo el sistema de los derechos reales, y todo el de crédito personal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No se trata, por consiguiente, de una simple cuestión de equidad, como lo vienen diciendo algunos escritores, que no ven otra cosa en lo que llaman acción de enriquecimiento indebido. También hay que proteger a los terceros contra las consecuencias de ella, y las acciones reipersecutorias, que nuestro Código multiplica, y hieren con profunda injusticia a las personas que son agenas a las causas que invalidan los actos obrados por los que, invocando la equidad, tratan de escapar a las responsabilidades de sus propias acciones.

Es, por consiguiente, fácil de comprender por qué ha tomado tanta importancia esta materia del enriquecimiento sin causa, en las legislaciones modernas. Es un aspecto del gran sistema del régimen de publicidad constituído como base necesaria de todo el organismo jurídico. (Sobre este punto, Planck, Kommentar, II, observaciones preliminares al título 24).

Pero existe otro. El relativo a las partes que obraron los actos de que puede resultar un enriquecimiento indebido. Y debemos llamar especialmente la atención sobre él, porque en la literatura francesa contemporánea se han desarrollado doctrinas que juzgamos inexactas y peligrosas.

No es el hecho de enriquecerse una persona a expensas de otra lo que funda un derecho a reclamar el reintegro. No es cierto que "nam hoc natura oequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem" (Pomponius, L. 14, 12, 6, D.), porque ese fragmento suprime parte de él, para explicar el § 1, de la L. 13 anterior. El principio es: "Iure natu-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

roe aequum est, neminem cum alterius detrimento **et injuria fieri** locupletiorem". (Pomponio, L. 206, 50, 17, D.). Hay que enriquecerse en perjuicio y contra el derecho de otro.

No hay sociedad posible si por la circunstancia de que alguien obtenga provecho de una relación legítima con otro, está obligado a resarcimiento. El que vende, o compra, o arrienda, o ejerce, en fin la más natural acción, puede obtener lucro a expensas de la otra parte, sin que de ahí se deduzca nada porque para eso son los contratos. La industria manufacturera, la navegación, el comercio entero, no son otra cosa que la persecución de un enriquecimiento a costa de los cocontratantes. Windscheid, Pandekten II, § 421, nota 1; Dernburg, Pandette II, § 138, nota 14, y Das bürgerliche Recht II. 2, § 374, II).

Por eso los autores del Código Alemán (Motive, II, página 829), cuidan de decirnos que sus reglas sobre enriquecimiento, no se fundan sobre el concepto equivocado de que haya equidad que obligue a la restitución, ni tampoco sobre las bases equivalentes de la **actio in rem verso** del derecho prusiano; se funda en la falta de causa jurídica en cuya virtud, y por cuya razón se ha efectuado: "Constat, id demum posse condici alieni, quod vel non ex juxta causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam". (L. 1, § 3, 12, 7, D.).

Y la gravedad sube de punto, cuando se abre la acción de enriquecimiento, a cualquier hecho de tercero que determine aumento patrimonial por su intromisión en los asuntos agenos. Algún límite debe existir, que no se explica, y que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 1. — El que por una prestación de otro, o de cualquiera manera, ha obtenido sin causa jurídica algo a

---

no parecen reconocer los escritores que admiran ciertas sentencias. Ese límite es el del derecho de todo hombre para administrar lo suyo, gobernar y educar a sus hijos, vivir a su manera. Es su derecho fundamental. Los terceros deben respetarlo, y no sustituirse a otro por su intromisión interesada en lo que no les pertenece. "Culpa est, decía Pomponio, inmiscere se rei ad se non pertinenti" (L. 36, 50, 17, D.) (1).

Art. 1. — § 812, Código Alemán. Artículos 784, 792, 793, 796, 797, Código Civil. Sobre el primero, V. Planck, II, y la nota de Levy-Ullmann al mismo, en la traducción francesa publicada por el Ministerio de Justicia.

El artículo habla de causa jurídica, y también expresa que el contenido del acto jurídico es el determinante para saber cuándo el resultado buscado por una prestación deja a ésta sin causa.

Esas redacciones han tenido por objeto caracterizar con precisión el concepto de causa que tanto deja que desear en la literatura francesa. Una discusión entre Windscheid y Lenel, dió lugar a esa resolución. El primer proyecto alemán se inspiraba en la célebre doctrina de aquél sobre los presupuestos en los actos jurídicos. La segunda comisión la rechazó definitivamente porque, — y esto es importante pa-

---

(1) En el título de la gestión de negocios se completarán las disposiciones del presente.

costa de él, queda obligado a restituírselo. Esta obligación existe igualmente cuando la causa jurídica ha desaparecido después, o cuando el resultado buscado por una prestación, no se realiza según el contenido del acto jurídico.

Se considera, también, como prestación el reconocimiento convencional de la existencia o no existencia de una obligación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

---

ra la inteligencia de nuestro derecho, — no son las interpretaciones derivadas del alcance que cada parte da a las convenciones, ni las restricciones, o condiciones que subentiende, las que caracterizan las relaciones fundadas. Son, al contrario, las manifestaciones de voluntad declarada, y las convenciones mismas ajustadas, las que por su objeto y naturaleza determinan las obligaciones constituídas.

Los actos no son, pues, lícitos o ilícitos, morales o inmorales, válidos o nulos, por razón de sus motivos, o juzgados subjetivamente. Lo son por sus objetos tales como resultan de los ajustes de las partes. Es el **contenido objetivo** lo que constituye el elemento calificativo. Y habrá **causa** jurídica, allí donde el **objeto** del acto no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres, al orden público. Por eso, nos hemos abstenido de modificar nuestro artículo 953. Por eso, le hemos dejado, como árbitro definitivo para juzgar de la validez de los actos. Los contratos, los otros hechos generadores de obligaciones, se miden por ese criterio. Y habrá causa jurídica de obligación derivada de las manifestaciones de voluntad, todas las veces que reunan las condiciones necesarias de una declaración y todas las veces, que su objeto las deje

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — En sustitución de los artículos 784 y 785, el siguiente:

No puede repetirse lo entregado en cumplimiento de una obligación, cuando se ha efectuado sabiendo que no existía la deuda.

---

clasificadas como actos regulares de la actividad jurídica. La causa de los contratos, como móviles de las partes que determinan su consentimiento, es indiferente. El objeto de ellos es el único elemento que les da, o les quita, el carácter de causa de relaciones jurídicas.

Art. 2. — El Código, artículos 184, 790 y 791, exige que haya error para que proceda la repetición. Es claro que debe padecerse para que exista razón de reclamarla, porque el pago hecho con noticia de la inexistencia, demuestra que se ha efectuado en virtud de alguna razón no manifestada, pero no por eso, menos efectiva desde que ha determinado el pago. Y si el error recae, sobre la persona del deudor — artículo 791, 6º — no puede tener otro significado que el de pagar por otro.

Pero si se exige la presencia del error para declarar el derecho a la repetición, parece que es necesaria la demostración especial de ese elemento, además de la de la inexistencia de la deuda. Esa prueba sería, en muchos casos, imposible, porque con demostrar que hubo pago, y que no existía obligación, ya está demostrado por el hecho, que hubo error.

Todos los escritores están conformes en ello. Por consiguiente lo exacto es, que el conocimiento de la falta de obli-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Tampoco procede la repetición, aunque no se tuviera ese conocimiento, cuando el acreedor ha destruído por consecuencia del pago el documento que constituía el título de la deuda. En este caso, el tercero podrá repetir del verdadero deudor.

Art. 3. — No puede repetirse lo pagado antes de vencido el término, ni exigirse descuento de interés; ni lo paga-

---

gación excluye la posibilidad de error, y que la demostración de esa circunstancia debe ser hecha, no por el **solvens**, sino por quien resiste su reclamo. Es la fórmula de los romanistas alemanes, que el § 814, Código Civil, adopta. Demolombe, 31, número 286; Windscheid, Pandekten II, § 326, y nota 26.

Esa regla es general, para toda clase de obligaciones, sean civiles, sean, — según la expresión de nuestro Código, — naturales. Hemos dicho, en su lugar, que no se trata en éstas de acreditar especialmente que se tenía conocimiento de que siendo naturales las deudas, era menester que el deudor al pagarlas sabía que no podía forzársele al pago y quería, eso no obstante, cumplirla. El que paga una deuda de juego, paga lo que, al jugar, prometió pagar. Si lo hace no hay nada que demostrar: lo ha hecho voluntariamente, sin coacción alguna, ni de los Jueces, ni de nadie, obedeciendo a su palabra empeñada. Basta con saber que existía la obligación natural.

Art. 3. — Suprimimos el artículo 791, con excepción del primer inciso, y con el § 813, Código Alemán, se dispone que en tal caso, no procede descuento de intereses. El

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

do en caso de nulidad de la obligación, si fuese susceptible de confirmación.

Se suprime el artículo 791.

Art. 4. — Puede repetirse el pago hecho bajo la inminencia de apremio judicial o administrativo, aunque se haya manifestado no deber lo exigido.

---

plazo es un beneficio común a deudor y acreedor, y si el primero no usa de él, el segundo no está obligado a bonificaciones.

No mencionamos las obligaciones naturales, porque el artículo 516 ya resuelve expresamente el caso. Quedan, pues, sometidas a las reglas de las demás, en cuanto a repetición. Tampoco mencionamos a las obligaciones prescriptas, porque están incluídas en el artículo 515, inciso 2º.

En cambio se declara que las obligaciones nulas o anulables no autorizan la repetición de lo pagado, no obstante estar incluídas dos de sus especies entre las naturales, porque existen otras, no enumeradas, en las cuales el pago constituye confirmación — artículos 1063, 1045, 1048|9. V. Planck, sobre el § 815, número 3.

Art. 4. — La razón que conduce a negar la repetición de lo pagado a sabiendas de no existir deuda, determina por sí misma que el que lo verifica, no obstante su desconocimiento de la obligación, bajo la presión de un procedimiento de apremio, lo hace forzado, y para evitarlo. El que ha perdido el recibo, por ejemplo, de pago de un impuesto que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 5. — Se reproduce el artículo 790, modificándolo así:

Aunque el deudor lo sea efectivamente, podrá repetir el pago en los casos siguientes:

1º Si la obligación fuese bajo condición suspensiva, y se hiciese el pago antes de su acaecimiento, a menos que el deudor hubiera impedido que ella se realizara.

(Lo demás como está en el artículo).

Art. 6. — No puede repetirse el pago hecho en vista de un objeto dado, cuando ese objeto era imposible desde el

---

se reclama y paga, no puede ser impedido de exigir la devolución, el día que lo encuentra, so pretexto de haber conocido la inexistencia de la deuda, y esto, haya o no formalizado protesta notarial. La jurisprudencia judicial y administrativa francesa es unánime al respecto. (V. Colin et Capitant, II, página 412, 4ª ed.). El artículo comprende toda hipótesis de resistencia al pago.

Art. 5. — No es cualquier obligación condicional, la que autoriza la repetición en caso de pago anterior a la realización de la condición, sino la que está subordinada en su existencia a un acontecimiento futuro.

Si el hecho ha sido impedido por el deudor, se aplica el artículo 537.

Art. 6. — § 815 Código Alemán. Se trata de la condictio causa data, causa non secuta. El Código sin referirse es-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

principio, y lo sabía el que efectuó la prestación, o cuando impidió su realización contra las reglas de la buena fé.

Art. 7. — En sustitución de los artículos 792, 793, 794 y 795, el siguiente:

---

pecialmente a ella, la comprende bajo el artículo 792, en una regla general, según la cual en el supuesto de pago sin causa, es procedente la repetición, haya sido hecho por error o sin él.

Pero en nuestra hipótesis existe la razón general que impide la repetición del pago cuando se sabe que no hay deuda. No tiene explicación honorable el pago hecho a sabiendas de que no puede realizarse la previsión que lo legitima. El que constituye una dote informado de que no se realizará el matrimonio proyectado, ejecuta, o favorece, una maniobra desleal. Y en general, nadie puede crearse títulos para volver sobre lo convenido, por actos contrarios a la buena fe, que es la regla esencial en la ejecución de los contratos. (V. Planck, sobre el § 815, número 2).

Art. 7. — Nuestro artículo comprende las tres condiciones que los romanos llamaban condictio causa data, causa non secuta, condictio causa finita, y condictio ob turpem causam. Sobre ellas Windscheid, Pandekten, II, § § 423, 427, 428 y 429.

Los artículos 794 y 795, de acuerdo con el derecho romano, disponen que cuando hay causa torpe puede repetirse, con excepción del caso en que la torpeza, o la ilegalidad

El pago efectuado sin causa, o por una causa contraria a las leyes, o a las buenas costumbres, puede ser repetido, haya sido hecho por error, o no.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

existe en relación de ambas partes. El artículo proyectado suprime esta excepción.

La doctrina del Código no es firme. La nota al artículo 795 nos dice que los cuatro artículos son tomados de Aubry et Rau, y la del artículo 794, con un párrafo de esos mismos escritores, IV, § 442, bis, nos explica: "por ejemplo, en el caso de 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 a título de beneficios o pérdidas.**"

Si hubiéramos de interpretar el artículo 794 — y lo interpretamos así, — por esa nota, y por el alcance que expresamente le dan los autores de que se transcribe, llegaríamos a una singular conclusión. Porque es intencional en Aubry et Rau, la limitación a la repetición de lo entregado por beneficio o pérdidas. Y, al contrario, admiten la repetición de los aportes hechos por razón de la sociedad ilícita. "Una sociedad constituída para el ejercicio del contrabando en el interior, o para la explotación de una casa de juego, en Francia, no confiere, en semejante caso, acción a ninguno de los asociados contra los otros ni para hacerles contribuir a las pérdidas experimentadas, ni para reclamar su parte en las utilidades realizadas. **Pero, cada uno de los asociados está autorizado para reclamar la restitución de su aporte, con**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Se considera sin causa el pago hecho en consideración de un hecho futuro que no se ha realizado, o a que se ha

---

deducción de las pérdidas que pueden haber resultado de las operaciones realizadas". Aubry et Rau, IV, § 378.

Según esto, puede repetirse lo prestado como aporte para una sociedad ilícita, y no solamente puede repetirse **ob turpem causam,** común a todos, sino que hasta hay que deducir lo experimentado por pérdida común, **ob turpem causam.** Y en caso de controversia, el Juez las liquidará.

No nos detendremos en examinar si esa doctrina es consecuente consigo misma. Hay que contribuir a las pérdidas, y no hay que contribuir a ellas. Lo que importa es notar que según esos escritores, — nota 9 — hay error en Delamarre et Lepoitvin, cuando deciden que no procede la repetición de los aportes en la sociedad de contrabando, en virtud de considerar que hay torpeza común. No, dicen Aubry et Rau, no hay **condictio ob turpem causam,** hay solamente **condictio sine causa.**

Habría, pues, que distinguir entre aportes y utilidades, según los inspiradores de nuestro artículo 794.

Apresurémosnos a decir que sería esa una deducción prematura. Porque en el artículo 1659 se decide contra Aubry et Rau, que no se pueden repetir los aportes, y en la nota se nos explicará que Duvergier está equivocado al sostener lo mismo que ellos, según lo demuestran Delamarre y Lepoitvin, refutados por aquellos en la nota 9, del § 378.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

opuesto un obstáculo legal, y el pago efectuado en consideración de una causa que ha dejado de existir.

Pero con esto no hemos recogido todos los elementos para coordinar el pensamiento de nuestro Código. En el artículo 2261 se trata del préstamo hecho para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres. Estamos, pues, de lleno en el supuesto de la condictio **ob turpem causam.** En la nota se nos explicará extensamente — es de Pont, a quien no se menciona, — que puede repetirse lo entregado porque el que lo recibió "lo detiene sin causa". Es lo que decían Aubry et Rau, y Duvergier, y lo que negaban Delamarre et Lepoitvin.

Las notas no son la ley. Pero es lo exacto que de ellas resulta incoherencia de ideas. Y, sobre todo, que se plantea la cuestión de cuando es obstáculo para la repetición la torpeza común a las partes. Según unos, lo es para los efectos de los contratos solamente, según otros para toda repetición de lo entregado por razón de ellos.

El Código Alemán ha adoptado el sistema romano. En Francia, la negativa a autorizar la repetición en el caso de torpeza común ha sido combatida por sus mayores jurisconsultos, y la tesis va cada vez debilitándose. La Corte de Casación autoriza la repetición en caso de pactos contrarios a la ley. La niega cuando son contrarios a la moral. Y los escritores más avanzados en el mantenimiento de la regla tradicional se muestran conformes con esta distinción. Puede violarse la ley, pero no las buenas costumbres. (V. Capitant,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

De la cause, número 118. — Ripert, La règle morale, número 104 y siguientes).

Esa distinción es ya una demostración de la improcedencia de la regla. Porque el acto ilícito, contrario a la ley, al orden público, a las condiciones orgánicas de la vida social, no puede constituir una categoría legal distinta de los actos contrarios a la moral. Todo es regla fundamental de la existencia de las sociedades humanas. Y si procede la repetición en los actos nulos por ser ilícitos, no es cierto que la torpeza común, sea obstáculo para que ella se autorice en los actos nulos. Porque nulos son, de pleno derecho, todos: los contrarios a la ley, y los contrarios a las buenas costumbres. Artículos 953 y 1044, Código Civil.

Y tampoco es exacta la distinción de Aubry et Rau, y de Pont (Pont, Société, número 51; Petits contrats, números 43 y 663). Puede repetirse en los contratos nulos por su objeto, lo entregado como aporte, o en préstamo, — **condictio sine causa**, — y no puede repetirse lo entregado por otros conceptos — **condictio ob turpem causam** — porque todo ha sido entregado por un mismo contrato prohibido. Y, o hay torpeza en todos los supuestos, o no la hay en ninguno. Tan imposible es la distinción, que ya sabemos por Aubry et Rau que la restitución de los aportes debe hacerse con deducción de las pérdidas experimentadas por la sociedad ilícita.

Hay que considerar el problema frente a frente, y sin reticencias y distinciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Desalojemos desde luego la línea de conducta de la Corte de Casación. Ripert critica al Código Suizo y al Código Alemán, porque han hecho regla legal la de "**nemo auditur propriam turpitudinem allegans**", y esto que la aprueba. "Más vale, dice, no legislar en semejante materia, porque bajo esa forma absoluta conduce a resultados injustos... Nuestra jurisprudencia es mucho más simple. Admite o rehusa la acción de repetición según que esa acción revela o no la inmoralidad del demandante... No pensamos en negar que hay arbitrariedad en semejante proposición". Obra citada, número 110.

¡Y eso es una regla de derecho! El Juez hace lo que le parece bien. Dieu nous garde de l'équité du Parlement!

Cuando se niega acción de repetición so pretexto de torpeza común, se asegura al otro contratante la adquisición de lo que ha recibido por un pacto inmoral. Lucra, recibe por mano de la ley, o de los Jueces, si se adopta ese criterio, el premio de su corrupción o su delito. El magistrado que aceptó un cohecho, el autor de una acción inmoral, quedan confirmados en su venalidad: nadie podrá atacarlos... "nemo auditur".

Esa impunidad asegurada es contraria al interés social. No se evitan las corrupciones con negar la acción de repetición. Pero se facilitan, se alientan, se recompensan. Las puertas del pretorio, como se dice por los defensores de la tesis, deben permanecer cerradas ante la exhibición de tales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

torpezas (1). Mejor sería abrirla. Así se agregaría un freno más para detener las acciones viles. Siempre habría el temor de que obtenido el resultado perseguido, se rompería el silencio para reclamar la restitución de lo pagado. La acción quedaría desenmascarada.

Eso lo han sentido, todos. Por eso la Corte de Casación admite en tantos casos de corrupción, el reclamo. Retrocede, solamente, ante ciertas indecencias. ¡Mejor sería castigarlas! ¿Y qué otro castigo mayor puede haber para ciertas gentes que obligarles a restituir el precio de la ignominia?

Cuando Aubry et Rau, Pont, y otros, ensayan distinciones, obedecen al instinto de los hombres de bien, que se subleva ante el enriquecimiento indebido del cómplice, del que añade su venalidad, al peso de la falta común. No es **in pari**

---

(1) Esta objeción es equivocada e ilegal. Porque un acto nulo por ser ilícito e inmoral el objeto, no puede producir efectos. Por consiguiente, si se demanda el cumplimiento, ha de ser eximinada la excepción de nulidad, probada, — no es de suponerse que sea ostensible, — y juzgada.

Las puertas del pretorio no están abiertas para los que alegan su propia torpeza, se exclama. Si, porque si no se abrieran habría que condenar a ejecutar el acto. La ley estaría al servicio de la inmoralidad para que recogiera los frutos de ella.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — El pago hecho en virtud de una obligación a la orden o al portador, constituída sin causa, podrá repe-

---

causa, como se sostiene, la condición del poseedor. No. Agrega en la balanza las monedas de su precio de venta.

Por eso la doctrina va desapareciendo, entre distinciones, para unos, en absoluto para los más. Y podemos, decir sin exceso, que también los escritores que aún la admiten en un silencio, o aprobación, más o menos embarazados, aceptan que se puede repetir lo entregado como aporte, como préstamo, de otras maneras, en ejecución de un contrato ilícito, o inmoral. ¿O no es torpeza común la de entregar bienes en esos casos?

Véase en el sentido del artículo: Duvergier, Revue de Fœlix, 1840, página 568, Société, número 31, Du pret, número 32; Marcadé, 4, sobre el artículo 1133; Demolombe, 31, números 433|40; Laurent, 16, número 164; Bufnoir, Propriété et contrat, páginas 654|6; Baudry et Barde, Obligations I, número 316, IV, número 2834; Huc, 8, número 392; Planiol, II, número 845|6. Levy-Ullmann, sobre el § 817, Código Alemán, cree que no debe conservar lo entregado ninguna de las partes, y han de perderlo a favor del fisco, con lo que vuelve a asegurarse la impunidad, pues desaparece el interés del denunciante. Así lo disponía el derecho prusiano, y lo ha desechado el Código Alemán.

Art. 8. — Es frecuente la constitución de documentos a la orden o al portador, por actos que no producen sus efec-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

tirse de la persona con quien se ajustó el acto que la constituyó originariamente.

Art. 9. — Cuando una persona que no tiene derecho a ello, ejecuta un acto de disposición de un bien, que produce efectos respecto del verdadero titular, está obligada a restituir a éste todo cuanto obtuvo por el acto de disposición. Si fué a título gratuito, el adquirente queda directamente obligado en los mismos términos que el enagenante.

---

tos previstos, o que son anulados. La obligación creada no puede autorizar excepciones derivadas de la falta de causa.

Decimos que puede repetirse el pago de la persona con quien se ajustó el acto generador, porque aunque es lo común, no siempre está el título a su orden, o se entregó por su indicación a terceros, banqueros, por ejemplo, agenos al acto.

Art. 9. — § 816, Código Alemán, y sobre él Planck, II y Levy-Ullmann, en la traducción francesa.

Comprende ese artículo los casos tan frecuentes en este proyecto de Código, en que los terceros adquieren legítimamente derechos en perjuicio del titular de ellos, por actos de quien no los tiene. En las cosas muebles, la posesión equivale a título. En los inmuebles, los asientos del registro producen efectos contra los verdaderos propietarios. En los ganados, en los efectos dados en prenda agrícola, o común, en la locación respecto de los bienes que existen en los locales arrendados, etc., se dan situaciones semejantes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Efectuada una prestación a favor de quien no tiene derecho para recibirla, que es eficaz respecto del verdadero titular, éste podrá exigir del que la recibió la entrega de lo percibido.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 786, al cual se agregará lo siguiente en párrafo separado:

Debe restituir, asimismo, lo obtenido por el derecho que recibió, y lo que percibió como compensación por la destrucción, deterioro, o la sustracción del objeto entregado.

Cuando por cualquier causa no pueda efectuar la restitución, debe entregar su valor.

La obligación de restituir, o entregar el valor cesa en la medida en que el enriquecimiento ha dejado de existir.

La litispendencia produce respecto del obligado sus efectos generales.

El segundo período comprende hipótesis también frecuentes, en el pago al que está en posesión del crédito, al heredero aparente, al cedente antes de la notificación, y en muchas otras situaciones expresadas en las reglas particulares del Código.

En realidad el artículo cubre la hipótesis del anterior proyectado como resulta de Planck. Hemos considerado preferible en obsequio de la mayor claridad, hacerla objeto de una disposición separada.

Art. 10. — Los agregados son del § 818 Código Alemán, V., sobre él, Levy-Ullmann, nota al mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — Se reproducen los artículos 788 y 789 que constituirán uno solo. Se agregará además en párrafo separado:

Consiste la mala fé en el conocimiento que se tiene de la falta de causa, y desde el momento en que se tiene.

Art. 12. — Si los bienes han sido enajenados por título oneroso, la repetición no podrá demandarse, ni produci-

---

Art. 11 — El agregado define la mala fe, por el conocimiento que se tiene de la falta de causa, y desde el momento que se tiene. Artículo 2358 y su nota. Véase Levy-Ullmann, sobre el § 819, Código Alemán.

No puede calificarse por el momento de la recepción. En la condictio causa data causa non secuta, y en la causa finita, puede ser posterior. Desde que se sabe que hay que devolver se producen los mismos efectos que de la demanda.

Art. 12. — Nada más incompatible con un sistema orgánico de trasmisión de bienes, que la posibilidad de extender a terceros los resultados de los errores o causas de invalidación de los actos de las personas. La seguridad de las transacciones, es de orden público. Interesa a la sociedad la estabilidad de los derechos constituídos.

Ya en nuestro Código se admite que en materia de cosas muebles no hay acciones reipersecutorias. La anulación de los actos por fraude no las autoriza en los celebrados por título oneroso. La enagenación hecha por el heredero aparente, o de los bienes del ausente, es válida — artículos 124 y 3430 — contra lo que se dice en la nota al artículo 787. No

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

rá efectos respecto de los adquirentes de buena fé. Si lo hubieran sido por título gratuito se aplicará lo dispuesto por el artículo 9. También podrán reclamarse de quien las

---

es, pues, exacto que no puede trasmitirse a otro el derecho aparente constituído sin causa. La ley de Partida era, pues, más justificada que la nuestra. El que trasmitió sus derechos a una cosa, en virtud de un acto sin causa, quería sin duda trasmitirlos por razón de él, pero no por eso dejaba de trasmitirlos. Realizaba un acto abstracto independiente; si se equivocaba, la consecuencia de su error no debe recaer en los terceros, que procedieron en vista de la trasmisión efectuada por él, de los títulos firmados por él, de los asientos de los Registros autorizados por él... Entre el enagenante y el tercero, la ley opta sacrificando al actual poseedor y sin embargo **in pari causa melior est condictio possidentis**. Es penoso notar que la ley de Partidas — vigente en el momento de establecerse el Código, — consideraba más exactamente las necesidades sociales y las exigencias del crédito real. "La tradición se considera como abstracta cuando se efectúa para el cumplimiento de un negocio que existe en el pasado o que se supone como existente. Si, por consiguiente, se ha satisfecho erróneamente un crédito presunto, no hay en ello fundamento para una **vindicatio** que se podría dirigir aún contra los terceros adquirentes, sino para una **condictio**, la cual sólo puede hacerse efectiva contra el **accipiens**..." Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

hubiese obtenido del adquirente primitivo, por enriquecimiento indebido.

Se suprime el artículo 787 que sustituye el presente.

Art. 13. — Se modifica el artículo 796, así:

El que ha obtenido sin causa la constitución o reconocimiento de una obligación debe restituir el instrumento de la deuda, y otorgar al deudor constancia de su liberación, por otro instrumento de la misma naturaleza.

---

ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecunian numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus'' (Julianus, L. 36, 41, 1, D.). Dernburg, Pandette, II, § 213.

De ese fragmento de Juliano, ha salido, a través de Donneau, Pothier y Hugo, la teoría moderna del contrato abstracto de enagenación, independizado de su causa, sobre la cual ha podido construirse un sólido sistema de trasmisión de la propiedad. V. Savigny, Obligations, II, § 78, B; Windscheid, Pandekten, II, § 424, 2.

Sobre la última parte del artículo, Windscheid, párrafo citado. En cuanto a las enagenaciones por donación § 822, Código Alemán, y artículos 967 y 3430, Código Civil.

Art. 13. — Ya se ha dispuesto por el artículo 1º que se comprende en la repetición de lo indebido la constitución de obligaciones.

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 14. — Se modifican los artículos 797 y 798, así:

El que obtuvo sin causa una liberación de su acreedor está obligado a reconocerle como tal por la misma deuda, con las mismas garantías y por instrumento de la misma naturaleza.

Se aplican a la liberación las disposiciones precedentes.

Si la deuda originaria no estuviera vencida podrá reclamarse el cumplimiento de ese reconocimiento, y la sentencia que se dicte constituirá el nuevo título. Si la deuda estuviera vencida, podrá demandarse su pago.

Art. 15. — Puede rehusarse el cumplimiento de la obligación sin causa, aunque esté prescripta la acción para solicitar su liberación.

El artículo 796 limita indebidamente su alcance a la constitución de créditos causada por error del acreedor y del deudor. Dejando de lado que aunque no lo haya en el primero y obre de mala fe, también procede la repetición, en el caso de condictio sine causa, stricto sensu, en la causa finita, en la condictio ob turpem causam, la repetición no exige que haya error, artículo 792.

Art. 14. — Tampoco aquí hay que exigir error en el deudor y en el acreedor, por las razones indicadas. Se aplican, según el caso, las reglas de los artículos 2, 6 y 7. Si la liberación proviene de un pago, se encuentra en el caso del primero. En el supuesto del último no es necesario el error.

Art. 15. — § 821, Código Alemán. Sobre él, Levy-Ullmann en la traducción de ese Código, y principalmente,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO III

De las obligaciones derivadas de los actos ilícitos

Art. 1. — Se sustituyen los artículos 1066, 1073 y 1074, por el siguiente:

Ningún acto voluntario, tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por las leyes, y las disposiciones municipales, u otras emanadas de la autoridad competente, y a ningún acto ilícito se le aplicará pena o sanción de este Código, si no hubiese disposición que la hubiese impuesto.

Todo el que hubiera causado un perjuicio a otro, por cualquier omisión, será responsable solamente cuando una ley o disposición le imponga la obligación de cumplir el hecho omitido.

Planck, II, sobre el mismo, — Artículo 60, Código Suizo de las obligaciones, en cuanto a las obligaciones derivadas de actos ilícitos y, artículo 67, en general, para las obligaciones sin causa.

Art. 1. — Extendemos la disposición del artículo, porque hay otros reglamentos además de los de policía, que contienen sanciones establecidas en virtud de autoridad pública.

Conservamos como segundo párrafo el artículo 1074, sin refundirlo en el primero, como sería fácil, porque con-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 2. — Se reproduce el artículo 1067, sustituyendo las palabras "dolo, culpa o negligencia", por las siguientes: "delito o culpa".

Se agregará al artículo 2º, en párrafo separado:

Cuando según la ley, o la disposición, el acto ilícito existe por la simple contravención, la responsabilidad civil sólo existirá si concurre culpa imputable.

---

tiene una decisión particularmente enérgica: no porque se cause daño, se constituye el acto obrado en acto ilícito. "Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe": artículo 19, Constitución Nacional.

Art. 2. — (1) El artículo 1072 precisa cuáles son las condiciones del dolo a que se refiere el 1067. Es, por consiguiente, preferible emplear la palabra que aquel define, y circunscribe a qué dolo se refiere.

La negligencia es una especie de culpa, como lo es la imprudencia y la impericia. (L. 132, 50, 17, D.). Culpa es lo opuesto a diligencia: Windscheid, Pandekten, § 265, nota 2.

En cuanto a la segunda parte de nuestro artículo, que ya resulta del 1067, § 823 Código Alemán.

---

(1) La nota al art. 1067 cita, por error, la ley 57, título 15, Partida 7ª: es la ley 27.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 3. — Se sustituye el artículo 1072, por el siguiente:

Hay delito cuando se ejecuta el acto ilícito a sabiendas, y con intención de dañar la persona o los derechos de otro.

Art. 4. — La culpa consiste en la omisión de los cuidados que en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable, y con los cuales se habría evitado el hecho.

Art. 4. — El derecho romano tomaba como medida de la culpa la diligencia de un buen padre de familia. El § 276 del Código Alemán, adopta la diligencia que se usa en el comercio, entendiéndose por ésta no solamente la de los cuidados empleados en el mundo de los negocios, sino en toda clase de relaciones, en las profesiones, ordinarias o científicas, etc.

Empleamos la fórmula del derecho inglés: la diligencia es determinada por las circunstancias del caso, que exigen mayor vigilancia cuanta mayor sea la gravedad de las consecuencias eventuales, y el deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas (artículo 902, Código Civil); y es caracterizada, además, por el cuidado que en tales supuestos hubiera empleado "una persona prudente y razonable". (Halsbury, Laws of England, tomo 21, V°, Négligence, números 628 y 630)". Es este el patrón **(Standard)** del cuidado ordinariamente requerido en un caso particular y el grado de cuidado efectivamente empleado. Es deber de la Corte, si es necesario, definir cuál es ese **standard,** y el del jurado, decidir cuando hay discusión sobre los hechos, si tal pro-

No hay culpa cuando el hecho realizado no se podía prever, o si previsto, no podía evitarse.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

totipo ha sido alcanzado. Ese patrón se funda en la consideración del cuidado que se habría observado por un hombre prudente y razonable. Es el mismo para todos los mayores de edad que están en la posesión de sus facultades, y de un espíritu sano, y no varía con la inteligencia del individuo en que descansa el deber particular de tener cuidado''. Ibid, número 630. Artículo 909, Código Civil.

La doctrina alemana unánime, interpreta en ese sentido, el tipo fijado por el § 276 del Código.

De la noción misma de culpa deriva necesariamente que desaparece ante el caso fortuito, y, por consecuencia, que no la hay ante el hecho que no pudo preverse, o que no pudo evitarse, si se hubiera previsto. Esta decisión es de particular importancia. Hay profesiones que no podrían ejercerse si la posibilidad de la previsión constituyese culpa. El cirujano, sabe que en determinado número de casos, no obstante estar indicada la intervención, se produce la muerte o la mutilación, y sin embargo, está justificado su proceder no obstante el riesgo, e interesa a la sociedad que ejerza su ministerio sin temor de las consecuencias. El límite está en la impericia, y nuestro artículo da la medida para determinarlo.

Algunos escritores franceses, — por inadvertencia, debemos suponerlo, — afirman que la imposibilidad de prever no escusa en los actos ilícitos derivados de culpa. Si se tratase de delitos, ya del artículo 1072 resulta que es elemento

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 5. — Se modifica el artículo 1068, sustituyéndolo por el siguiente:

Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en su persona, bienes o derechos.

---

constitutivo de ellos la intención de causar daño y poco importa entonces, — para el derecho civil, — saber si era ese u otro el previsto, reservada la cuestión que se tratará más adelante, de la medida de la responsabilidad.

Pero es contradictorio establecer que la culpa es generadora de la obligación de indemnizar, porque se han omitido los cuidados necesarios para evitar el hecho, y concluir por otro lado, que existe a pesar de la imposibilidad de prever el suceso. ¿Qué cuidados pueden exigirse para que no se produzca lo que no puede siquiera conocerse? Tal vez, lo que se ha querido decir es que las consecuencias del hecho realizado, son imputables aunque no se hayan previsto en los actos ilícitos, y esa puede ser cuestión distinta de la de la existencia misma de esos actos.

En el derecho alemán están de acuerdo todos, en que desaparece la responsabilidad, por falta de culpa, cuando no pudo preverse el hecho, o cuando hubo error excusable. V. Planck, II, sobre el § 823, número 4. Enneccerus, I, 2ª parte, § 451, III.

Deciden, sin embargo, que, establecida la responsabilidad, las consecuencias del hecho no dependen de la posibilidad de preverla. Examinaremos, después, esta cuestión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 6. — Se sustituye el artículo 1069 por el siguiente:

Para la estimación del daño se aplicarán las reglas establecidas por los artículos 519 a 521.

Art. 6. — La medida de la responsabilidad en los actos ilícitos por el daño causado, y podríamos agregar, en todos los casos de obligación, es una de las más difíciles en el derecho moderno. Se experimenta sorpresa ante la completa anarquía de las opiniones que han informado las legislaciones recientes, y que se exponen por los escritores más autorizados. No es exagerado decir que es esta la materia más oscura del derecho privado, y hasta podríamos pensar que las soluciones legislativas han sido adoptadas por razones puramente negativas, esto es, por no condensarse el pensamiento jurídico en conclusiones definidas. El análisis más sutil sólo ha dado por resultado la destrucción de todo lo existente. Nada se ha edificado. La ley no sabe qué decidir. El Juez resolverá: es su última conclusión.

Otras ideas informaban la opinión jurídica formada bajo la inspiración de los intérpretes del derecho romano. Se sentía que era injusto imponer a una persona todas las consecuencias de los hechos en que ni siquiera podía pensar. Paulo, lo calificaba de inicuo. (L. 43, 19, 1, D.). Y se había procurado buscar reglas, para calificar esas consecuencias. Dumoulin, y, con él, Pothier, las establecían, limitándolas a las consecuencias directas e inmediatas, y las aplicaban con distinciones que reproducen los artículos 1150 y 1151 Código Napoleón y 520 y 521 del nuestro. El derecho prusiano

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En los delitos sólo se tomarán en consideración las consecuencias mediatas cuando debieron resultar según las miras que el autor tuvo al ejecutar el hecho.

---

establecía, a su vez, distinciones y responsabilidades que también constituyen nuestros artículos 901 y siguientes.

Una parte considerable de la doctrina francesa, especialmente en cuanto a los daños causados por actos ilícitos, repudió toda limitación. Si se ha causado daño, hay que pagarlo. Todo el daño. Sin límite, previsto o imprevisto, directo y lejano. Demolombe, (31, número 687), se sublevaba contra semejante extensión. No comprendía, siquiera, que, aun en los delitos, se abandonara la limitación del artículo 1151 Código Napoleón, y, como él, Baudry et Barde, Obligations 4, número 2880, y Giorgi, en Italia (Obbligazioni, 5, número 159).

También en Alemania se produjo reacción contra el sistema tradicional y el prusiano. Windscheid — Pandectas, § 258, número 2 — se pronunció por la responsabilidad ilimitada. Todas las consecuencias, por lejanas que sean, si están ligadas por el nexo de la causalidad y esto, se trate de obligaciones contractuales o ex delicto, haya negligencia o ánimo de perjudicar, todo recae sobre el deudor. ¡No es esto inicuo, como lo decía Paulo!

Esa doctrina ha sido adoptada por el Código Alemán, § 249. El hecho más insignificante, produce las responsabilidades del crimen más brutal. Lo mismo da inadvertencia, que premeditación.

El Juez podrá moderar la indemnización y hasta dispensar de ella, cuando hubiera evidente desproporción en-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No pensaba así von Jhering. "El que a sabiendas e intencionalmente, decía, ha causado daño a tercero, no puede sustraerse a una reparación completa: ha sabido y ha querido lo que ha hecho. La medida de la falta determina la de la responsabilidad: el dolo obliga de manera absoluta a todos los daños e intereses; la culpa no obliga sino dentro de ciertos límites". Etudes complementaires; de la faute en droit privé, página 63.

El criterio determinante es, pues, según lo hemos señalado, en la doctrina del Código Alemán, el de la causalidad. Si puede ligarse el daño al hecho originario, determina indemnización.

Pero, apenas se estableció semejante principio, los hechos demostraron su grave injusticia. Los escritores más caracterizados, que no lo repudian, sin embargo, como criterio general, en presencia de los casos judiciales producidos, comprendieron que la medida legal exigía limitaciones.

Por un lado se explicaba: "No se necesita que el daño se funde en el hecho; pueden, también, coparticipar otros hechos. Es exigible solamente, como regla, que sin él no se hubiera efectuado el estado de hecho que obliga a la indemnización".

Por el otro, se decía: "Hasta en la existencia de la relación condicional, no puede considerarse como consecuencia del hecho cuando según su naturaleza, era completamente indiferente para el nacimiento del daño ocurrido. El sastre

tre la acción ejecutada con intención, o por culpa, y el daño efectivamente causado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

que no entregó a tiempo el abrigo de pieles encargado, no es responsable si el viajero que por esa causa difirió su viaje, fué dañado por un desastre ferroviario. El que causó una pequeña herida, no es responsable por el daño causado por el hecho de que el herido trasladado a una casa de curación, adquirió en ella el cólera, o porque el médico que lo vendó trasmitió a la familia una infección, o porque el mensajero del farmacéutico que trajo el vendaje le efectuó un robo''.

Y agrega, Enneccerus, de quien tomamos estas citas: ''Para la cuestión de la conexión causal no sólo se toman en consideración todas las circunstancias que el autor podía conocer en el momento de la causa del daño sino todo lo que en su tiempo se podía conocer por un hombre prudente''.

Y en la nota: ''En ese sentido Traeger, mientras que Kries exige conocimiento en el momento del hecho, y Rümelin que exige, es cierto, conocimiento objetivo, quiere utilizar para éste, el hecho aún no susceptible de él en el momento del acto, pero descubierto más tarde. En contra de esto, Traeger, que opone este caso: los trabajadores del vapor Mosel del Lloyd, dejaron caer un barril enviado para ser cargado, por el asesino Thomas, como conteniendo caviar, y estalló; fueron muertas más de cien personas, y fuertemente averiados muchos buques. Si admitimos negligencia en los obreros que dejaron escapar el barril, eran responsables, se-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

gún la teoría de Rümelin por la muerte de las personas, y los daños de los buques.

(Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 325).

Y como él todos los escritores, que refieren casos judiciales increíbles. Una persona dió un **ligero** golpe en la mejilla a otra que padecía de una lesión **no visible,** y murió por consecuencia del golpe. El Supremo Tribunal del Imperio Alemán, condenó al autor a la indemnización del daño causado por la muerte, y como no hay diferencia entre la culpa y el delito deliberado, esa indemnización comprendía todo lo que hubiera reclamado un asesinato alevoso. ¡Paulo diría que una regla que lleva a tales soluciones, es inicua!

Los casos, — judiciales, — que Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 1, § 27, números 1, 2 y 4), analiza, y son semejantes a los ya expuestos, le conducen a estas conclusiones:

"¿Es, según esto, la responsabilidad sin límites? ¿Se responde por todas las lejanas consecuencias cuando hay conexión causal visible con el acontecimiento de que deriva la obligación de indemnizar? Algunos lo sostienen (aquí los casos), Liszt contesta que sí en todos ellos, siempre que se pueda demostrar la causalidad.

"**Pero esto contradice indiscutiblemente las exigencias de la vida y la práctica.** Puede decirse con verdad que el hecho determinante de la obligación de indemnizar no ha causado el daño, sino más bien, que le ha servido de ocasión. De ahí resulta que el razonable arbitrio del Juez debe, según el § 287 de la ley de procedimientos civiles, fijar los límites".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Y ocupándose de la asimilación de la culpa al dolo, agrega: "¿No hay, pues, que hacer ninguna diferencia entre los daños dolosos y los no dolosos? Así lo dicen los Motivos. No importa, por razones de ética, para la medida de la responsabilidad; es una exigencia de la **Justicia** que el perjudicado se reintegre en lo suyo sin esa distinción. **No sin fundamento se ha llamado a eso la Justicia de un ojo: sólo tiene uno para el damnificado, — no lo tiene para el causante del daño!**" (Dernburg, II, 1, § 28).

Y como Dernburg, Endemann (Lehrbuch, I, § 129, nota 11). Refiere casos judiciales, e irónicamente, agrega: "También ese concepto, — de la causalidad, — se encuentra en Quintiliano, de institutione oratoria VII, 3, 31. Unos jóvenes compañeros de mesa, dice, convinieron en comer a orillas del mar, y escribieron el nombre de un amigo que no concurrió, en un túmulo funerario. El padre de ese joven que volvía de un viaje marítimo, vió la inscripción y abrumado por el dolor, se suicidó. El acusador se declaró contra los jóvenes: causa mortis fuistis, per vos enim factum est, ut homo periret; quia, nisi vos illud fecissetis, viveret. Ese sofisma fué desestimado. ¿Debe alguien que aconsejó un viaje ser responsable porque la tormenta destruyó el buque?: nec fuerit in causa mortis solum adolescentiun factum, sed credulitas senis: — denique si fortior fuisset, viveret. Y concluye Endemann, "la doctrina de la condición es exacta, en tanto que es origen solamente, que constituye **presupuesto necesario** de la consecuencia. Es inexacta, en cuanto no se detiene ahí, y desconoce la necesidad de una limitación jurídica."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

¿A qué seguir? Todos se pierden en limitaciones que deben detener las consecuencias evidentemente inicuas de los casos producidos en presencia de la nueva legislación alemana, sin acertar en una fórmula. Hasta Planck, uno de los autores del Código, ocupado del ejemplo del sastre de Enneccerus que motivó una extensa discusión entre varios escritores, reconoce (Kommentar, II, sobre el § 249) que no basta la conexión causal, y se necesita otra condición más. En cuanto a saber cuál es, agrega que no se puede precisar, y se pierde en el examen de las opiniones de Rümelin, Enneccerus y otros. Acaba por decir que el sentido jurídico determinará en el Juez el límite. ¡La regla legal, no es pues regla! Si hay un límite en el caso del sastre, y en el de los obreros del vapor Mosel, no es exacto, que haya que pagar todo daño hasta que se detenga la conexión causal.

"Cuando la culpa y el daño están probados, — decía von Jhering — la obligación de reparar completamente el daño se comprende por sí misma, o, en otros términos, para que nazca esta obligación basta una simple relación de causa. Nada más justo, parece, que ésta idea. La conclusión, sin embargo, es engañosa: más aún, es peligrosa. Un mandatario ha descuidado entregar una carta de cuya entrega oportuna dependían para el remitente varios miles de francos. ¿Será responsable el mandatario? En el caso, la relación de causa puede ser establecida con la mayor evidencia. Pero, ¿quién querría contratar si su fortuna entera debiera pagar, tal vez, el olvido más ligero? (De la faute en droit privé, página 62).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Nos queda, antes de sacar conclusiones, por examinar lo que dispone nuestro Código.

Tenemos dos grupos de reglas: el primero es constituído por los artículos 519 a 522; el segundo por los artículos 901 a 908. Del texto de los primeros resulta que se trata en ellos de los daños e intereses que se llaman secundarios, esto es de los que nacen por falta de cumplimiento de las obligaciones ya existentes. El segundo se refiere a las consecuencias de los actos que engendran responsabilidades; en una palabra, a los daños primarios, constitutivos de obligación. En el primero se establece un principio firme limitativo: los daños (artículo 519) deben resultar del hecho de inejecución. El nexo causal no se extiende indefinidamente: se limita a las consecuencias inmediatas y necesarias del hecho inicial: artículo 520, y, aún cuando haya dolo, sólo comprenden los que hayan sido ocasionados por el deudor, en los bienes del acreedor: artículo 521. En nuestro idioma, "ocasionados" quiere decir "causados". Y el artículo 520, nos limita los daños a las consecuencias inmediatas y necesarias del acto. No otras. conexas, o derivadas de ellas. Pothier y el Código Francés nos explican que lo que se trata de impedir es que el deudor haya de responder por razón de otros hechos ligados de que no es autor.

El segundo grupo establece otras reglas. Se toman del Landrecht prusiano.

Se definen los términos. Se dice cuando se responde por las consecuencias inmediatas y casuales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Ya Koch, el célebre comentador del Código Prusiano había dicho que los términos definidos lo eran inexactamente.

"La clasificación pertenece al uso del lenguaje común. Inmediato es lo que sin medio, sin intervención de una tercera cosa, nace de sí mismo. Mediato, por contraposición, es lo que tiene una causa que existe fuera de él. El § 5 da otro concepto. Inmediato es, según él, lo que por cierto medio, como causa actuante, (el hecho), nace; y mediato lo que por la accesión de una tercera cosa, como propagación o causa auxiliar, se sigue más allá del primer impulso. Pero en todo caso deben éste y la consecuencia seguida permanecer en la conexión de causa y efecto. Por ejemplo: le incendian a un labrador en tiempo de siembra, su granja. Le queman todo: animales, útiles de labor, semillas. Esa es la consecuencia inmediata del incendio. No tenía dinero, ni crédito, y aunque los tuviera, de nada le valdrían, porque todos tienen que ocuparse de lo suyo. Por consecuencia, no puede sembrar su campo. Es ésta la consecuencia mediata. Cae, por la falta de cosecha, en insolvencia, y le venden el campo por sus deudas; esto podría ya considerarse como no siendo consecuencia mediata. Sin embargo, es arbitrario, porque el incendio es siempre la primera causa, que por la intervención de otras circunstancias, — aquí, por ejemplo, la falta de otros bienes, — continúa actuando como original. Más aún. El damnificado es incapaz de trabajar, y cae a cargo del lugar. ¿Deberá el incendiario indemnizar también eso? No es todo. Los hijos del arruinado habían sido destinados a pro-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

fesiones liberales, y se hallaban en viaje a la Universidad. Carecen ahora de medios. ¿Debe el incendiario también responder por esto, y completar la empezada educación? La cadena puede prolongarse aún. Las sentencias sobre tales efectos lejanos pueden ser diversas según las vistas arbitrarias respecto de la extensión que se quiera suponer a la opinión del legislador. No se da límite alguno determinado y necesario en el ser y en el concepto del asunto que examinamos. Pues, también los límites que deben resultar del § 6 siguiente (nuestro artículo 901, último período) — (parece haberse sentido la falta de término de las consecuencias mediatas) — son, otra vez, puramente subjetivos, y, por eso, dependientes de la accidental individualidad del Juez. Qué pudo preverse y qué no, puede juzgarlo cada uno según su agudeza y perspicacia, y, sobre todo esto, no tiene ese límite aplicación a los hechos ilícitos: § 13 (nuestro artículo 906). El incendiario debe, según él, soportar y pagarlo todo". Koch, Allgemeines Landrecht, I, página 123.

Lo peor es que nuestro Código que ha tomado del prusiano el artículo 906, ha agravado el sistema criticado por Koch, pues no ha reproducido el § 15, título 6, parte 1ª, del Landrecht, según el que "en los casos (de hecho ilícito) en que se responde por culpa levísima, sólo se responsabiliza el culpable por las consecuencias inmediatas nacidas de tal negligencia".

El sistema de nuestro Código, es, pues, aún más duro y persecutorio que el prusiano. Haya designio o haya culpa, se responde por todo daño, previsto o imprevisto, y sin límite.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Hasta el fin de la cadena. Hasta que el Juez se canse de buscar anillos para forjarla.

Creemos que a ésta altura, y sin necesidad de otras consideraciones, con las citas transcritas, está juzgado el sistema. La justicia que hace responsable no del propio hecho, sino de todos los hechos no ejecutados por el autor, por los que se le han ligado, y, o existían sin él, o existieron por acción de otro, con ocasión de él, no es justicia de un ojo como la llamaba Dernburg, sólo atenta a contemplar el interés del acreedor. Es una justicia que no quiere ver. Es una persecución y una venganza.

Nadie, de Koch, a von Jhering, a Dernburg, a Planck, a Enneccerus, a Endemann, a Demolombe, se atreve a defender semejante iniquidad como la llamaba Paulo en el Digesto. Los más moderados buscan y rebuscan limitaciones que no saben definir, y acaban por decirle al Juez que se pare en las deducciones donde le parezca bien. Aunque sea condenando, como el Tribunal Supremo de Alemania, por autor de homicidio al que dió una bofetada ligera en la mejilla en que nada denotaba un padecimiento, es decir, en el mismo caso en que un Tribunal francés, dijo que sólo había un accidente, no imputable.

La conciencia jurídica se subleva con tantos nobles espíritus, contra esa responsabilidad de lo que no se ha hecho. Se tiene presente, sin duda, para establecer tan extraordinarias doctrinas, al crimen brutal, al asesino alevoso, que mata con saña. Nada más justo que imponerle las consecuencias de su hecho. Pero acto ilícito es todo lo que una ley, un re-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

glamento de policía, una disposición municipal, prohibe. El fumador, el cazador, que dejan caer una chispa en un campo, y causan un incendio, del que resultan pérdidas considerables, y tal vez hasta de vidas, son castigados como el asesino que espera a su víctima para ultimarla. Tal vez, más, porque el daño puede ser mayor. ¡Y esto, en nombre de la justicia!

Castigados, decimos. Y con no sabemos qué eufemismos, se contesta: no, no es pena, es indemnización. Los que se contentan con palabras, creen que con ello se demuestra la igualdad en la indemnización, y la diferencia en el castigo. Otros, como Laurent, lo confiesan: hablan de pena siempre que tratan de daño. Sí, pena: mal, castigo, sanción, ruina, para el negligente, a quien, en virtud de la nimiedad de su culpa, se le impone un arresto, o multa insignificante. Pero se le agregan condenaciones civiles que arruinan su patrimonio y el de su familia, en la cadena de las deducciones. No. No es pena. ¡Si fuese una multa...!

Cuando se escribía nuestro artículo 521, se nos decía con Pothier (Obligaciones, número 167): "no deben comprenderse en los daños e intereses de que es responsable un deudor por razón de su dolo, no sólo los que no son sino una consecuencia lejana, sino los que no son consecuencia necesaria y pueden tener otras causas". Y agregaba: "(número 168). Debe dejarse, sin embargo, a la prudencia del Juez, aún en caso de dolo, usar de alguna indulgencia en la imposición de los daños e intereses".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

¡Aún a los delincuentes, si se les impone castigo, se les debe justicia!

Si esta es la regla de la ley para las obligaciones contractuales en que de mala fe, de toda la mala fe posible, se causa daño; si, todavía, sólo se toman en cuenta las consecuencias inmediatas y necesarias, preguntamos con Demolombe ¿por qué debemos abandonar el principio y prescindir de esa limitación al hecho propio, en los actos ilícitos, para encadenarlo a los hechos ajenos o concurrentes? ¿Ha dejado de ser verdad, lo que entonces lo era? ¿Se responde más allá del hecho propio, ejecutado por el autor?

Y si se admite la limitación, también resolvemos con ella otra dificultad. Se dice: la negligencia, desaparece cuando hubo imposibilidad de prever el hecho. No hay obligación de indemnizar. Pero establecida, es indiferente la previsión de las consecuencias. Sí, pero es necesario entenderse. Uno de los más insistentes en esa distinción, Enneccerus, nos dice: "La posibilidad del daño no es exigida para la conexión causal. Ciertamente cuando la obligación de indemnizar, (como es lo común), deriva de un hecho de culpa, debe ser previsible el **primer resultado ilícito de esa acción** (por consiguiente, por ejemplo, el perjuicio causado por ella contra la propiedad), pues de otra manera, no existe culpa alguna. Pero llenada esa exigencia, no importa la previsibilidad del daño que nace por esa causa". Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 235, IV.

Pero eso que se llama primer resultado ilícito, no es una consecuencia, es el hecho mismo ejecutado. El que ignoran-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

do que un arma está cargada, hiere a una persona, comete un hecho de imprudencia, y ese hecho es, directamente, la lesión. Es la acción misma y no su primer resultado. Si esa lesión se cura, trae como consecuencia inmediata un daño circunscripto. Si al contrario, muere el herido, es siempre la consecuencia inmediata del mismo hecho el daño causado en mayor extensión. Es claro que la previsibilidad nada tiene que hacer con la medida de esa responsabilidad, porque es la previsión del hecho de la muerte que puede resultar de la acción.

Hay, pues, una profunda diferencia entre la inejecución de las obligaciones ya existentes, por culpa, y la generación de responsabilidades por hechos ilícitos. En la primera la relación está formada. Hay que efectuar la prestación. Si ésta se hace imposible por culpa del deudor, es el hecho de culpa el que produce la responsabilidad. Ese hecho debe ser imputable por sí. Si no, no hay culpa, porque no se pudo prever o evitar.

En el acto ilícito, no hay relación de derecho anterior. Es su ejecución lo que la engendra. Si es imputable hay responsabilidad y no la hay cuando no se pudo prever, lo que Enneccerus llamaba el primer efecto de la acción, esto es el hecho mismo sucedido y de que deriva el carácter de ilícito.

El orden de ideas en ambos supuestos es el mismo. El hecho que causa la indemnización debe ser previsible. La diferencia está en la aplicación. En las obligaciones existentes libera, extingue derechos, si no era previsible. En los actos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

ilícitos exime de consecuencias. Aparentemente se trata en el primer supuesto de **consecuencias** previsibles. La extinción de la obligación es consecuencia, resultado, del hecho realizado. Pero la acción no es consecuencia de sí misma. No es un hecho distinto de ella.

Y todavía hay otra diferencia de aplicación. En la obligación existente, el contrato o acto jurídico que la engendró sirve para definirla, caracterizarla, ponerle límite, que resulta de la convención. En el acto ilícito, el límite resulta de **sus efectos.**

Por eso es que las reglas de los efectos de la culpa en la ejecución de las obligaciones, no se extienden en su detalle, a los actos ilícitos, ni aun en derecho alemán, en que sólo hay reglas, generales y amplias, comunes. (V. Enneccerus, I, 2, § 235, IV, 2º período).

Pero sí creemos fuera de duda que los daños deben limitarse en la cadena de las consecuencias, si no pensamos que debe abandonarse al criterio arbitrario del Juez — última palabra de la impotencia de las teorías de responsabilidad total, — para fijar el máximo, la naturaleza misma de las cosas, impone la restricción que nuestro artículo contiene. El sastre de Enneccerus, Rümelin y Planck, que no entregó el abrigo, los trabajadores del "Mosel" que dejaron caer por torpeza el barril que cargaban, el que dió la bofetada de que nos habla Dernburg, el fumador, que en nuestros campos, produce el incendio que causa daños considerables, cometen actos de que resultan indemnizaciones que pueden ser enormes, por las consecuencias inmediatas. Pero, como lo de-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cía v. Jhering, no hay proporción entre la acción, ligera, casi accidental, de simple descuido, con los resultados. Hay que ajustar la indemnización a la naturaleza de la falta cometida. Lo exige la justicia misma inmanente: la que existe en la conciencia humana, y ante la cual deben doblegarse las teorías.

Y esto, hasta para los delitos. Todo el derecho penal, se funda en la proporción de la pena. Y no hay que olvidar que hay delito civil, por simples infracciones a reglamentos de policía, municipales, fiscales. El que caza en tiempo de veda, comete un delito. Hay que proporcionar la indemnización por el incendio que ha causado, a la entidad de la acción que ha ejecutado.

Pero, no admitimos lo arbitrario en el Juez. No disminuirá la indemnización porque así lo quiera. Exigimos que **haya desproporción evidente**, para que no pueda castigarse como homicida al que dió una bofetada en un momento de cólera, como, según Dernburg, lo juzgó en una acción de indemnización el Supremo Tribunal de Alemania.

La regla adoptada es la del artículo 521 para todos los hechos ilícitos con la atenuación posible a que acabamos de referirnos. Pero conviene decir que cuando se habla de consecuencias inmediatas y **necesarias** no tiene esta expresión el sentido que le dan los que combaten la limitación de las consecuencias. Necesarias, dicen, son las que se producen forzosamente por consecuencia de la acción.

No es eso lo que significan en Pothier, y en nuestro Código. Es evidente que el que intencionalmente dispara un

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 7. — Se sustituye el artículo 1111 por el siguiente:

No impone responsabilidad alguna el acto que sólo ha causado daño a otra persona por su propia culpa, o por el hecho de tercero.

---

arma contra una persona no puede eximirse de responsabilidad por la muerte causada, so color de que era una consecuencia eventual. No se acierta, siempre, a la víctima; puede ser solamente una lesión el resultado, etc.

No. Lo que se trata es de juzgar un resultado **realizado.** ¿Era consecuencia de la acción? ¿Concurrieron varias circunstancias o concausas conexas? Es eso lo que se entiende decir y juzgar al exigir que las consecuencias sean necesarias.

Estas son las reglas generales. Pero nuestro Código las contiene particulares a ciertos delitos en los que conviene establecerlas por razón de su índole misma. El Código Alemán le imita en ese método y creemos plausible conservar el sistema.

Las ideas expuestas contienen, además, un criterio para juzgar de la cuestión conexa con la extensión de la responsabilidad. Nos referimos a la de las causas concurrentes en la realización del hecho inicial, y en la de sus consecuencias.

Art. 7. — Artículo 1111, Código Civil. Demolombe, 31, números 502|14. El segundo período es el primero del § 254, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En el caso de concurrencia del autor y el perjudicado en la existencia del daño, la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias, en particular de que el perjuicio haya sido principalmente causado por una de las partes.

El artículo 1111, constituye en el Código una disposición para los actos ilícitos que no son delitos. Es, pues, una regla particular a los hechos ejecutados sin intención dolosa.

Hay error. La regla es general. Y así lo entendía Pomponio en la L. 203, 50, 17, D. que se cita: "Quod quis **ex culpa sua damnun sentit,** non intelligitur damnun sentire". En toda hipótesis. Nadie puede ser responsable de lo que no ha hecho.

Cuando no puede calificarse la respectiva imputabilidad, y hay concurrencia en el hecho, por la fuerza de las cosas hay que referirse a las circunstancias, para decidir si hay o no derecho a indemnización, o a qué parte del daño debe limitarse. Nuestro artículo se aplica al duelo, a la seducción y otras especies semejantes. Hacemos nuestras expresas reservas sobre la doctrina de la nota al artículo 1081, porque ni el duelo se refiere a la disposición de ese artículo que no se ocupa sino de la acción común de varios que causa daño a tercero, ni es cierto que haya de ser siempre obligado a indemnizar el duelista a quien la víctima ofendió mortalmente, o a quien ésta no le permitió género alguno de solución honorable. La doctrina exacta es la de Demolombe, 31, número 512, y es la del Código Alemán: el Juez está en el deber de pesar todas las circunstancias. Y lo mismo deci-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 8. — Se sustituyen los artículos 1070 y 1076, por el siguiente:

No responden por sus actos ilícitos:

---

mos en el caso de seducción: hay concurrencia de culpa, que conviene pesar y deslindar.

El artículo, por último, comprende el caso de daño acrecido intencionalmente por el damnificado, y el causado por el hecho de tercero, por ejemplo, por defecto, en la asistencia del herido, y otros semejantes, que no son consecuencia inmediata y necesaria del acto. V. Planck sobre el § 254, Código Alemán, número 2.

Art. 8. — En cuanto a la embriaguez y otras intoxicaciones, Regis, Psychiatrie, página 586 y siguientes; § 827, Código Alemán.

Respecto de los menores, no hemos creído conveniente alterar la edad fijada por el Código para la irresponsabilidad, no obstante lo dispuesto por el artículo 36, Código Penal, que naturalmente se aplicará en los delitos del derecho criminal, en cuanto a la acción civil. Todavía la edad de diez años, es elevada en comparación de la de siete que requiere el § 828, Código Alemán. El Código Suizo de las obligaciones, artículo 53, decide que el Juez no está ligado por el juzgamiento penal en cuanto a la capacidad de discernimiento.

Hemos introducido una categoría especial para los mayores de diez años y menores de diez y ocho, de acuerdo con el § 828, Código Alemán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

1º Los que los ejecutan en estado de perturbación mental permanente o accidental que les prive de discernimiento. Son responsables cuando los ejecutan en los intervalos lúcidos.

Son también responsables los que los realizan en estado de embriaguez u otro de intoxicación, salvo si probasen que fué involuntaria;

2º Los que no hubieran cumplido diez años. Los menores de diez y ocho, y mayores de diez, y los sordo-mudos, cualquiera que sea su edad, no responden cuando en el momento de cometer el acto ilícito no tuvieran el discernimiento necesario para conocer su responsabilidad.

El nuestro, penal, artículos 37 y 38, considera en cierta medida que el menor de diez y ocho años se halla en una situación distinta de los demás delincuentes por razón de la edad.

Es exacto que en materia de responsabilidad civil el menor de aquella edad puede no encontrarse en condiciones de medir la consecuencia de sus actos por falta de comprensión y desarrollo mental. Pueden ser objeto de sugestiones en ciertos hechos que para ellos son sutiles y complejos. Conviene dejar a la apreciación del Juez, y con arreglo a las circunstancias del acto y la persona, la apreciación del discernimiento. — Demolombe, 31, número 495.

Los sordo-mudos, se hallan, en toda edad, en condiciones parecidas que no pueden salvar sino por medio de una educación esmerada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 9. — Se suprimen los artículos 1071, 1075 y 1076.

Se sustituyen los artículos 1077, 1079, 1080, 1108, 1109 y 1110, por el siguiente:

Art. 9. — El artículo 1071, ha sido trasladado a la parte general. Se suprime el artículo 1075, no solamente porque es inútil en virtud del 1066, sino todavía porque es incompatible con su sistema. Si no hay acto ilícito sino en presencia de prohibiciones, o de órdenes expresas, no se ve qué tiene que hacer la declaración del artículo 1075, que obedece al sistema del Código Francés, muy distinto del nuestro.

Por último, el artículo 1076, está ya comprendido en el 1066 desde que los actos ilícitos son actos voluntarios, y el 897, ha dicho qué requisitos se exigen para ellos.

El artículo que se proyecta rectifica la redacción deficiente del 1079. No se debe indemnización sino por el daño que se causa. Y este daño puede comprender no solamente a la persona contra quien se ha entendido obrar, sino también a otras. Cuando se hiere a alguien, se causa daño tanto a él, como a su esposa e hijos, si ellos subsisten del trabajo del esposo, al socio cuando el herido es el director o principal elemento industrial, administrativo, etc., de la sociedad. Y esto no es daño indirecto, como lo dice el artículo 1079, sino daño causado por el mismo hecho, y tan directo para uno como para otros.

La nomenclatura del artículo 1079 es la usual en los escritores franceses y alemanes (Planck, sobre el título 25, obs. 2) y conviene evitarla para no incurrir en graves desinteligencias. Así, por ejemplo, Demolombe, que la emplea, — 31,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El autor de un acto ilícito, debe indemnizar el daño causado por su hecho, tanto a la persona contra la cual fué dirigido, como a todas las que se han perjudicado directamente por el acto.

Art. 10. — Se sustituyen los artículos 1081 y 1082, por el siguiente:

Cuando se ha ejecutado un hecho ilícito por varias personas por una acción o concierto común, quedan solidaria-

---

número 673, — ha sido considerado por Giorgi, (Obligazioni, 5, número 159), como opuesto a la limitación de los daños causados, de acuerdo con el artículo 1151, Código Napoleón, "con debilísimos argumentos", dice, porque en el número 673 citado hablaba, como nuestro artículo 1072, de daños indirectos y daños directos. Demolombe, entretanto, había resuelto lo contrario de lo que por ese defecto de terminología, se le suponía: sólo se deben en los hechos dolosos, según él, los daños directos e inmediatos: número 687.

Conviene, por consiguiente, evitar denominaciones que conducen a tales desinteligencias. El daño que experimentan la esposa, el hijo, el socio, — cuando lo han sufrido, como dice el artículo 1072, — es tan directo como el experimentado por la víctima misma del atentado, o acción culpable. La misma palabra, aplicada al daño, no puede tener dos acepciones absolutamente divergentes.

Art. 10. — El artículo 1081 establece la solidaridad para los delitos, y parece referirse más particularmente a la acción común, y a la concertada. Pero, según el artículo 1109

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

mente obligadas a la indemnización, así como los instigadores y auxiliares.

Si el daño se ha causado por hechos separados y concurrentes de varias personas, o cuando no pudiera estable-

---

la acción de indemnización se guía por los preceptos relativos a la de los delitos, y no hay, entonces, por qué limitar a estos la disposición.

Pero también por hechos separados de distintas personas, se produce el daño. Por ejemplo varios industriales lo causan por el humo de sus respectivas fábricas, cuyo conjunto causa el perjuicio, o arrojan las aguas servidas al río cuyo caudal se corrompe, etc. En tales casos, no hay acción común sino concurrente. Por último, en un hecho varias personas ejecutan acciones que por sí pueden haber causado el daño acaecido, sin que se pruebe cuál de ellas es el autor, por ejemplo, cuando varios hacen disparos en un alboroto, o causan un incendio, etc.

La doctrina es unánime. Demolombe, 26, número 285; § 830, Código Alemán; Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 458; Aubry et Rau, IV, § 298 ter.

Suprimimos el artículo 1082, dejando la solidaridad prescripta por el proyectado, dentro de las reglas generales de la acción de regreso.

Segovia creía que esa disposición era tomada del artículo 3636 de Freitas, y decía que había error tipográfico sustituyendo "no", en vez de "solo". Lo consideraba evidente.

cerse cuál ha causado el perjuicio por su hecho particular, cada una de ellas será responsable solidariamente por la indemnización.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero el artículo de Freitas no dispone lo que se supone, ni es igual al 1082, de modo que su aproximación desautoriza el origen que a éste se atribuye. Distingue la comisión de delito — sin otra calificación, — de la de delito con "intención dolosa". El primero autoriza la acción de regreso, el segundo, no, expresamente.

Según nuestro artículo 1072, en el delito se requiere siempre "intención de dañar". Es, pues, el segundo caso de Freitas, y no hay error tipográfico que corregir.

Pero lo hay de doctrina. No se trata siquiera de una aplicación del aforismo de que no puede invocarse la propia torpeza para fundar una acción, porque la solución comprende el caso de culpa, y la culpa es siempre falta de diligencia y no de buena fe. Y, además, porque la regla de nuestro código asegura la impunidad a los coautores, y hasta a los autores independientes de causas concurrentes, contra los que tratan de recuperar lo que han pagado por cuenta de otros. Creemos deber ajustar nuestro Código a la doctrina predominante universal. Basta con la seguridad que se da al damnificado de que cada partícipe o autor le abonará el perjuicio, sin exonerar a los demás de él, en el caso de que uno de ellos lo haya abonado. V. Demolombe, 26, números 423|4; Enneccerus, § 458, II; Baudry et Barde, Obligations II, número 1305; Giorgi, I, número 204. El artículo 50, Código Suizo de las obligaciones, libra a la decisión del Juez conceder

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 11. — Se modifica el artículo 1083, así:

La indemnización del daño en los actos ilícitos consistirá siempre en una suma de dinero, sin perjuicio de la restitución de los objetos de que fué privado el damnificado.

Art. 12. — En sustitución del artículo 1078:

Aunque el hecho ilícito fuese un delito del derecho pe-

---

o negar la acción de regreso. Levy-Ullmann, nota al § 840, II, de la traducción francesa del Código Alemán.

Arts. 11 y 12. — Según el artículo 1069, el daño comprende tanto el perjuicio sufrido como la ganancia de que fué privado el damnificado por el acto ilícito. Se trata, pues, de daño patrimonial, experimentado tanto en los bienes, como en la persona, derechos y facultades, según la expresión del artículo 1068.

De acuerdo con la teoría francesa más generalizada, el artículo 1078 exceptúa de la regla las acciones que constituyen delitos del derecho criminal. En ellas, se autoriza, además, la indemnización del agravio moral que puede sufrirse "por haber sido molestado en la seguridad personal, en el goce de los bienes, o herido en las afecciones legítimas".

En esta materia del daño moral, reina un equívoco que es menester disipar. Puede una persona sufrir por una acción de índole moral, como por una calumnia, que le perjudica gravemente. Es un médico, por ejemplo, a quien se atribuye errores, torpezas, en el tratamiento de un enfermo. El daño es causado por un hecho moral, y es de orden patrimonial porque el descrédito produce la pérdida de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

nal, la indemnización del daño sólo comprenderá el perjuicio de orden patrimonial, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código.

---

su clientela. El Código resuelve en tales casos, artículos 1089 y 1090, que puede exigir la reintegración del perjuicio patrimonial sufrido.

Otros hechos, por ejemplo, los del artículo 1088, son de índole moral, y causan daño patrimonial.

No hay cuestión sobre los de la primera categoría. El perjuicio es de la misma naturaleza de los perjuicios patrimoniales, aunque la acción no fué dirigida sobre cosas o bienes. Tampoco la hay sobre los de la última clase por razones que justifican una decisión de especie de que luego hablaremos.

Pero también se habla de daño moral en otro sentido. Se habla del dolor sufrido, de afecciones heridas, de sentimientos lastimados y se pide dinero para curarlos: es el precio del dolor, de que hablan los alemanes: **Schmerzengeld.**

Un hombre ha muerto por un hecho imputable. Y se dice, la viuda, los hijos, **aunque posean medios** (Demolombe, 31, número 675), pueden pedir indemnización, "por la unión disuelta, su duelo, su dolor". Las lágrimas, se pagan con dinero. El cadáver se exhibe, para comerciar con él.

Una mujer comete adulterio. El marido puede reclamar el precio de su honor lastimado, sus afecciones heridas. ¡Eso es muy justo! Hasta se ha dado el caso de que cobrada la suma del amante, los esposos se han reconciliado y unido: Demolombe, 31, número 515, in fine. "Esta clase de acciones,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

y sobre todo la última que acabamos de citar, — dice, — tienen tal carácter, que levantan, al principio, una especie de repulsión instintiva, a punto de que ciertas decisiones han resuelto que eran inadmisibles".

"Han sido, sin embargo, admitidas, y la doctrina y la jurisprudencia parecen pronunciarse".

"¿Y por qué no?", pregunta gravemente Demolombe.

La conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos.

Que el autor del homicidio haya de responder en el primer caso, por el perjuicio causado a la viuda e hijos, que carecen de medios propios de subsistencia, privados hoy del trabajo y ayuda del jefe de familia, se comprende. Ese no es precio del dolor. Es daño efectivo sufrido. ¡Pero que hipócritamente se pasee el cadáver, y se exhiban las lágrimas para tender la mano...!

¡Y que los esposos exploten al cándido de que hablaba Demolombe, y los Tribunales lo condenen... por agravio moral...!

Todo esto excede a nuestra comprensión.

La doctrina es fundamentalmente viciosa.

Es además peligrosa. Fomenta especulaciones malsanas, codicias agresivas. La mujer que se dice seducida y espera lucro del precio de su dolor, ¿qué otra cosa hace sino invocar su torpeza, es decir, caer en la excepción que cierra, en otros casos, la puerta de los tribunales?

Pero es, sobre todo, peligrosa porque es arbitraria. Y lo es de doble manera. Lo es porque no hay daño, perjui-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

cio, pérdida de valor, que el dinero puede compensar. Y por eso es arbitraria. ¿Cuánto vale en el caso el daño moral? No hay punto alguno en que afirmar la estimación. El Juez la fija arbitrariamente, porque sí. No es, entonces, reintegración de una pérdida: es una **condenación penal** suplementaria. Es, por consiguiente, otra vez, arbitraria, porque esa pena no es uniforme para todos, fijada de antemano en su cuantum, o en su máximo y mínimun. El Juez, en un caso, la estima, en una fortuna. En otros, declara que no procede. Cien tribunales franceses la han fijado en un franco. Baudry et Barde, Obligations, 4, número 2871. Y que es pena, lo declara Laurent, 20, números 395 y 530.

Esas razones han decidido al legislador alemán a establecer el principio del § 253. "La regla establecida vale también para la indemnización de los daños sufridos por los actos ilícitos. Sin embargo, no sólo quedan intactas las leyes imperiales sobre multas, sino que el proyecto mismo autoriza por motivos especiales, una acción, en algunos delitos determinados, por una indemnización pecuniaria en virtud de daños nacidos de otras circunstancias que la del perjuicio causado al patrimonio, la cual queda librada a la apreciación judicial, en cuanto a los demás detalles. El reconocimiento en general de una acción de indemnización por daños no patrimoniales, agregaría a las facultades del Juez en presencia de las relaciones litigiosas, una **soberanía de sus funciones** ajena al derecho alemán, la cual se consideró peligrosa al considerar la ley de procedimientos civiles, y se rechazó después de una cuidadosa consideración." Motive, II, página 22.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Y agrega, al tratar de los delitos, — Motive, II, página 751, — "Exceptuar del principio general de la indemnización, y según el ejemplo de la jurisprudencia francesa, y del Código Suizo, artículo 55 (ahora, con variantes, 49, Código de las obligaciones), autorizar a favor del damnificado por daños no patrimoniales, una acción por sumas pecuniarias equitativas, no puede considerarse procedente. Sería reintroducir la **actio injuriarum oestimatoria,** cuya supresión se consideró necesaria al tratarse de la ley de procedimientos criminales".

Es de evidencia que la indemnización en dinero, por daños que no son patrimoniales, no es una reintegración. No se restituye con él, a la situación anterior. Es inútil que se hable de billetes de teatro, como lo hacen algunos escritores que subalternan esta cuestión. El billete vale dinero y se ha pagado por él. El duelo de la viuda, no se suprime con las monedas, aunque en algún caso se sequen sus lágrimas. El dinero, es una pena, arbitraria, que no tiene contacto con el daño que por eufemismo evidente se dice sufrido. Y esa pena, que la ley no tasa, que deja entregada a la voluntad del Juez, en su existencia y en su cuanto, es contraria, como lo decían los autores del Código Alemán, a la soberanía limitada de sus funciones: es inconstitucional — artículo 18 de la Constitución Nacional. Y es todavía inconstitucional, porque desde que el Juez puede prescindir de la pena, o extenderla hasta donde lo quiera, viola el artículo 16 de la misma, ya que no hay igualdad entre los sometidos al imperio judicial.

Reflexiónese en la gravedad extrema de estos asuntos. Los delitos políticos quedan sometidos a la regla del artícu-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 13. — La prueba del daño incumbe al actor.

La existencia y estimación del sufrido serán decididas por el Juez teniendo en consideración todas las circunstancias que concurran para determinarlo según su libre arbitrio dentro de las reglas legales.

Si el daño estuviese probado, y no pudiera fijarse el monto, podrá el Juez librarlo al juramento de la parte, de acuerdo con lo establecido en este Código.

---

lo 1078, Código Civil, y a la del 29, Código Penal, que la ha adoptado. ¿Cuánto vale la paz pública alterada, o solamente amenazada? Todo lo que quiera el Juez. En nuestro pasado la confiscación de los bienes acompañaba siempre a los actos, que, por ser de los vencidos, se llaman delitos. Y por eso se escribió el artículo 17 de la Constitución. Hoy vuelve por la vía de los artículos 1078, Código Civil, y 29, Código Penal, a ser posible por el medio del arbitrio judicial, ilimitado, dependiente de la fortaleza, del civismo, de las pasiones, de los hombres.

Por eso entendemos reaccionar contra soluciones legales peligrosas. Y la redacción de nuestro artículo tiene en vista la modificación del artículo 29 del Código Penal.

De acuerdo con las opiniones expresadas, el Código Austriaco ha reformado en 1916, sus reglas anteriores. (V. Gallaix, La réforme du code civil autrichien, página 224 y siguientes).

Art. 13. — Artículos 1083 y 1084, Código Civil, artículo 42, Código Suizo de las obligaciones; Enneccerus, Lehrbuch,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO I

De los actos ilícitos contra las personas y la propiedad

Art. 14. — Se sustituye el artículo 1084 por el siguiente:

Si el acto ilícito causara la muerte de una persona, el autor debe los gastos de asistencia, e inhumación, así como el perjuicio por la incapacidad de trabajo si la muerte no hubiera ocurrido inmediatamente.

El derecho de cobrar los gastos compete a cualquier persona que los hubiera cubierto, aunque fuese en virtud de obligación legal.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 1086, sustituyendo las palabras: "si el delito fuese por heridas u ofensas

---

I, 2, § 237, III. La libre apreciación del Juez se ejercita para la estimación y prueba de los hechos de acuerdo con las reglas del Código que definen la responsabilidad y se consideran según el curso ordinario de las cosas.

Art. 15. — El primer párrafo agregado es tomado del § 843, Código Alemán. En el mismo sentido, artículo 46, Código Suizo de las obligaciones.

El último, constituye el artículo 1326, Código Austriaco. Se trata en el caso de un perjuicio efectivo, tan efectivo, como el de la inhabilitación para el trabajo en los hombres, desde que el porvenir natural en la mujer, la constitución

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

físicas", por las siguientes: "en caso de lesiones corporales o de perjuicio a la salud..."

Se agregará al mismo, en párrafos separados:

Cuando la facultad de trabajo del damnificado, resultase destruída o perjudicada, o le sobreviniese un aumento de sus necesidades, la indemnización comprenderá ese daño.

Si la persona lesionada quedase desfigurada y fuese del sexo femenino, se le indemnizará del perjuicio que de esa circunstancia pudiera resultar para su porvenir.

Art. 16. — Cuando no fuese posible determinar en el momento de la sentencia, con precisión suficiente, las consecuencias de las lesiones prevenidas en los artículos anteriores, el Juez podrá reservar una revisión del juicio, durante un plazo improrrogable de dos años contados desde el día en que la sentencia quedó ejecutoriada.

---

de una familia, depende de su buen aspecto y salud. En el derecho austriaco se le considera perjuicio sufrido, efectivo, y no daño moral, según más abajo se dirá. § 842, Código Alemán y sobre él, la nota de Levy-Ullmann. No quiere decir nuestro artículo que la deformidad o desfiguración en los hombres no haya de ser tomada en consideración, por ejemplo, en un artista, pero se tratará entonces de una incapacidad permanente para el trabajo regida por la regla general.

Art. 16. — Artículo 46, Código Suizo de las obligaciones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 17. — En sustitución del artículo 1085, el siguiente:

En los casos de muerte o lesiones, las personas que tenían derecho a exigir alimentos al damnificado, podrán reclamar directamente la indemnización del perjuicio que han sufrido por ese concepto. Se comprende en esta disposición al concebido en el momento del hecho ilícito.

De este derecho no gozan las que participaron en el acto, o los que no lo impidieron pudiendo hacerlo.

Art. 18. — Se reproduce el artículo 1087, sustituyendo la palabra "delito", por la de "acto".

Art. 19. — Se modifica el artículo 1088, así:

En caso de violación, estupro, o rapto, la indemniza-

Art. 17. — Los artículos 1084 y 1085, sólo se ocupan del caso de muerte. No comprenden el de lesión que compromete la capacidad de trabajo.

También hablan de esposa e hijos, el primero, y de herederos necesarios, el segundo. Los padres pueden no serlo, y no lo son los hermanos. Tienen, sin embargo, derecho a alimentos. § 843, Código Alemán, 45 Suizo de las obligaciones; y 1327 austriaco, reformado, que sólo se refieren al caso de muerte.

Art. 19. — Comprendemos los engaños desleales, y el abuso de autoridad o dependencia, como están en el § 847, Código Alemán, y 1328, Austriaco, reformado.

El agregado del último párrafo es inspirado — aunque con variante de redacción, — en los artículos 1328 y 1326, Có-

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

ción consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiera contraído matrimonio con el delincuente. Esta disposición es extensiva al delito de cópula carnal con cualquier mujer honesta, por medio de engaños desleales, amenazas, o abuso de relaciones de dependencia, y a la seducción de mujer honesta menor de diez y ocho años.

La indemnización comprenderá el perjuicio sufrido, y el que resultase para el porvenir de la damnificada por el hecho realizado.

---

digo Austriaco, en virtud de las consideraciones que se tuvieron en vista para reformar el primero. "En cuanto a la extensión de la reparación no es superior, ni inferior a la normal; es la del daño sufrido y de la ganancia esperada. Para expresarlo se evitaron las palabras "plena satisfacción" temiendo que su interpretación condujera a incluir el daño moral, el agravio al honor, como elemento en la determinación de la indemnización. La comisión (a la inversa del Código Alemán, artículo 847), consideró que la parte de la mujer en el establecimiento del concubinato es difícil de precisar; que la estimación del agravio al honor es altamente arriesgada; que se comprende mal el caso en que la mujer seducida no insistirá en el daño hecho a su reputación por poco justificada que pudiera ser esta pretensión. Es menester agregar, por otra parte, que, si sólo debe repararse el daño material, es permitido invocar para su valuación el artículo 1326". Gallaix, La réforme du code civil autrichien, página 244.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 20. — Se sustituyen los artículos 1089 y 1090, por el siguiente:

En caso de afirmarse contra la verdad, o de esparcirlo, un hecho que por su naturaleza causa cualquier perjuicio a otro en su reputación, crédito, o industria, o en su prosperidad, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que del acto ilícito le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciables en dinero, siempre que el autor no demostrase la verdad de la imputación. Esta disposición se aplicará en caso de acusación calumniosa, y de uso ilícito de nombre.

Art. 20. — La modificación del artículo 1089, tiene por objeto ampliar a todos los casos de descrédito profesional o industrial, la regla que expresa para la calumnia o la injuria, que, manifiestamente no los comprende. En la nueva redacción entran todos los supuestos de difamación y descrédito. V. § 824, Código Alemán.

También se extiende a la acusación calumniosa, pues es manifiesto que los gastos de la defensa son perjuicios efectivos sufridos. Por último, se incluye el uso ilícito del nombre rectificando así la redacción del artículo 21, título 1, Sección 1ª, de la parte general que hemos proyectado con demasiada extensión, y modificamos por la presente declaración.

Decimos "acto ilícito" para dejar bien marcado que se trata siempre de casos comprendidos dentro de la regla general de la imputabilidad, y no de responsabilidad objetiva

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

No debe indemnización el que no conocía, ni hubiera debido conocer, la inexactitud del hecho imputado, cuando él, o la persona a quien se comunicó, tenían un interés justificado en el informe.

Art. 21. — En sustitución de los artículos 1091, 1092, 1093 y 1094:

El que se ha apoderado de una cosa por un acto ilícito debe restituirla con todos sus frutos. Es responsable por su valor en el caso de imposibilidad de restituirla, y por los deterioros que hubiera sufrido, aunque una y otros fuesen causados por caso fortuito, a menos que hubieran

---

El último período, — § 824, Código Alemán e implícitamente, el artículo 48, Código Suizo de las obligaciones, — tiene por objeto permitir la comunicación dentro de los límites convenientes, de informes comerciales, bancarios, industriales, que son legítimos o indispensables en las relaciones de negocios, y sociales.

Art. 21. — Las redacciones de los artículos 1091, 1092 y 1094, son diferentes bajo dos puntos de vista.

Hablan de hurto. Puede haber robo, usurpación de inmuebles, etc. Hablan de delito: puede no haberlo, y sí culpa.

La imposibilidad de restituir puede resultar de pérdida por destrucción de la cosa, extravío, y cualquier dificultad legal para obtener la devolución.

Es principio general de la mora que causa responsabilidad por el caso fortuito, con excepción del que también hubiera ocurrido estando la cosa en poder del acreedor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

debido ocurrir de la misma manera si el acto ilícito no se hubiera realizado. En caso de deterioro se deberá la diferencia de valor entre el actual y el anterior.

Tanto en caso de imposibilidad de restituir como en el de deterioro, se abonará además el interés legal sobre la suma adeudada desde el momento de la ejecución del acto ilícito.

Esta disposición se aplicará a todos los casos en que del hecho ilícito resulte una usurpación de dinero.

Todo sin perjuicio de la indemnización por el mayor daño experimentado.

Art. 22. — En sustitución de los artículos 1095 y 1110:

La indemnización por daño causado a los bienes, corresponde no sólo al dueño o poseedor, sino también a todos los que tuvieran derechos reales o personales perjudicados por el hecho, aunque éste fuese ejecutado por el propietario.

En ausencia del dueño pueden pedirla los que tuviesen a su cargo los bienes con obligación de responder de ellos.

En cuanto a los intereses sobre la indemnización § 849, Código Alemán; Aubry et Rau, 4, § 445.

El artículo no deroga el principio general de la indemnización de perjuicio por los actos ilícitos, en cuanto se acrediten los daños sufridos en mayor extensión; así, pueden reclamarse daños superiores a los intereses (§ 288, Código Alemán) y al valor de la cosa, por ejemplo, si se han experimentado por no haber podido cumplir contratos por precio

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 23. — Todo funcionario o empleado público que deliberadamente, o por culpa, contraviene a los deberes de su cargo, u omite llenarlos, queda obligado a reparar el daño que por esa causa experimente un tercero. Cuando no ha habido sino culpa, el autor no será responsable sino en el caso de que el damnificado no pueda obtener reparación por otro medio.

La indemnización no procede cuando el perjudicado ha omitido de intento o por culpa, usar de un medio legal que habría impedido el daño.

Tampoco puede demandarse a los funcionarios respecto de los cuales procede el juicio político, sino ha recaído sentencia separándolos de su cargo.

---

superior, etc. Las indemnizaciones del artículo se deben sin necesidad de probar el daño. V. Levy-Ullmann, sobre el § 849, Código Alemán.

Art. 23. — El artículo 1112 lo dispone para los actos ilícitos que no son delitos: con mayor razón, por consiguiente, cuando lo son. § 839, Código Alemán. Artículos 45, 51 y 52, Constitución Nacional. Sentencia Suprema Corte de los E. U. (Lawyers ed) tomo 19, página 285.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO II

Del ejercicio de la acción civil

Art. 24. — Se sustituye el artículo 1096, por el siguiente:

La indemnización del daño causado por los actos ilícitos puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 1097, modificando la primera parte, así:

La acción civil no se juzgará renunciada por no haberla intentado los ofendidos durante su vida, o por haber desistido de la acción criminal... (lo demás como está).

Art. 26. — Se reproduce el artículo 1098, sustituyendo la palabra "delitos" por "actos ilícitos".

Art. 27. — En sustitución del artículo 1099, el siguiente:

En los actos ilícitos contra el honor, y contra la honestidad, la acción civil... (lo demás como está).

Art. 24. — Los Códigos Penal y de instrucción criminal autorizan para demandar los perjuicios en el juicio criminal.

Art. 25. — Freitas, artículo 3638, de quien se toma el artículo. Segovia, ha llamado la atención sobre la evidente inadvertencia de nuestro artículo 1097.

Art. 27. — El artículo 1098 no está de acuerdo con el artículo 1089, pues **"solo"** se indemniza en el caso de ca-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 28. — Se reproduce el artículo 1100, sustituyendo "delito" por "acto ilícito", y "al esposo o a sus padres" por "a otra igualmente perjudicada".

Art. 29. — Se modifica el artículo 1101, así:

---

lumnias e injurias, el daño efectivo sufrido con prescindencia del agravio moral. Es lógico en Aubry et Rau, de quien se toma, pues admite indemnización por agravio moral, y no lo es en presencia del artículo 1089, tomado de Freitas, que precisamente "solo" admite el daño efectivo sufrido.

Además dice exactamente lo contrario de lo que quiere decir, porque lo que no pasa a los herederos es la acción en caso de que "no causa el hecho sino agravio moral". Y como, según el artículo 1098, puede existir en la calumnia, la injuria y la difamación, daño efectivo, resultaría que en ese caso los herederos podrían demandar lo que su autor quiso dejar en silencio.

Los términos "contra el honor y contra la honestidad", son los que emplea y determina el Código Penal. En todos esos casos, deben los herederos respetar la voluntad del interesado bien expresada por su silencio. Se trata de cuestiones de que es el único Juez.

Art. 29. — El proyecto de Código, tomó literalmente del artículo 835 de Freitas, el artículo 1101, así como el 1104, que es el 839 del mismo autor.

Decía, pues, nuestro artículo: Si la acción criminal hubiera precedido a la acción civil... no habrá delito en el juicio civil, etc.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

a) Se sustituyen las palabras: "no habrá condenación", por las siguientes: "no se seguirá procedimiento alguno"...

Y en el 1104: Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales... no habrá **delito** en el juicio criminal, etcétera.

Así fué sancionado el proyecto por el Congreso. Esos textos fueron ley.

En la edición del Código hecha en Nueva York, el corrector, por su cuenta, decidió cambiar en el artículo 1101, así como en el 1104, la palabra "delito", por "condenación". Le pareció, sin duda, que había un dislate. Porque, ¿cómo podía ser que no hubiera delito? Nadie reparó en la alteración, y ésta quedó comprendida en la aprobación general de la edición que se declaró única auténtica.

Las dos alteraciones no tienen, pues, paternidad conocida.

Otra había sufrido, por inadvertencia, el texto de Freitas, pero esta vez en el proyecto mismo de Vélez Sársfield. Freitas, decía, y decía bien: 2º. En caso de ausencia del acusado en el cual la acción **civil** puede ser intentada...

En el proyecto se puso la acción **criminal** puede ser intentada...

Al corregir muchos años después el Código, en el Senado se dijo: hay error: debe ser **criminal** no puede... Y se hizo así ley.

Ahora bien. Delito, decía Freitas, y lo ponía las dos veces en bastardilla, lo que significaba llamar la atención so-

b) En el inciso 2º, se sustituirán las palabras: "criminal no", por la siguiente: "civil"...

---

bre la palabra. Y el código repitió delito. Y estaba bien. No era de condenación de lo que se trataba. Era de acción, de prosecución del reclamo.

Con tener presente la disposición misma y su explicación en la nota al artículo 1102, se hubiera advertido al punto por qué se decía "**delito**" en bastardilla.

Se trata de saber si influye la acción o mejor, el juicio criminal en el civil. Y el Código decide que influye al punto de impedir que la **acción se intente** sino ha sido ya deducida y en caso contrario, se paraliza. Por eso, en los incisos 1º y 2º, dice que en caso de muerte o de ausencia en que el juicio criminal termina o se paraliza, la acción civil "puede ser **intentada** o **continuada**". No puede ser "intentada o continuada" en presencia del juicio criminal: hay que esperar la "condenación del acusado en ese juicio".

Y esto por las razones analizadas en la nota al artículo 1102. Desde que en el juicio criminal se hace la acusación y **la defensa,** desde que allí se acumulan las pruebas de cargo y descargo, desde que ahí se dictará sentencia que resolverá la cuestión de imputabilidad, ¿qué objeto, se dice, tiene seguir otra instancia civil? ¿Qué va a obtenerse por ella?

Luego no es la condenación civil lo que se suspende hasta la decisión. Es la acción. Queda paralizada. No hay demanda, no hay proceso, no hay prueba. No se sigue un juicio inútil para detenerlo después de haber concluído el pleito, a la espera de una sentencia imposible. ¿Demanda?: in-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

útil, desde que el Juez no puede decidir. ¿Defensa?: inútil, desde que con ella nada se obtendrá en el juicio criminal, y nada en el juicio civil que no se sentencia. ¿Prueba?: inútil, desde que con ella nada se obtiene, donde importa, que es allí donde se resolverá la cuestión.

Y lo mismo en el juicio criminal cuando depende de cuestiones prejudiciales. Se demanda por adulterio. Se niega la validez del matrimonio. Si es nulo, no hay adulterio. **No hay**, pues, **delito** que examinar, como decían Freitas y el Código, hasta que se sepa si hubo matrimonio válido. No es la condenación criminal lo que se suspende. Es la prosecución misma. Es la acusación.

Decía, pues, bien Freitas cuando decía que no había delito, en bastardilla. Quería decir que no había hecho-base. No podía, por eso, "intentarse acción o continuarla".

Y si no hay delito, no hay tampoco prescripción que lo tenga por punto de partida. Si no se puede demandar, ¿cómo se puede interrumpir el término extintivo de la acción?

Los artículos contenían, según se ve, una decisión protectora y juiciosa. Impedían pleitos inútiles. Creaban una excepción dilatoria, y de **oficio**, porque interesa a la cosa pública, a la paz social, evitar la multiplicación de los procesos.

La corrección de "condenación" por "delito" no era, pues, inteligente, y contradecía la disposición. Si sólo es la condenación lo que se detiene, hay que seguir las dos instancias civil y criminal para llegar a una detención forzosa. Si no hay delito, todo se paraliza. No se contesta la de-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 30. — Se reproduce el artículo 1102.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 1103, modificado, así:

a) Se agregará al final de su texto actual: "si la sentencia se hubiera pronunciado sobre esa existencia";

b) Se agregará en párrafo separado:

---

manda. Se espera la decisión criminal para saber si procederá seguirla. Eso resolvían los artículos 1101 y 1104 al decir que no había "delito", y es lo que nuestras correcciones restablecen. La doctrina emana del artículo 3, del Código Francés de instrucción criminal: le criminel tient le civil en état. V. Demolombe, 30, número 410, número 3; Baudry et Barde, Obligations 4, número 2889; Giorgi, Obbligazioni 5, número 219.

En cuanto al inciso 2º que el Congreso corrigió transformando en negativa la frase afirmativa, salva el error, pero cambia el ritmo de la redacción. Se viene diciendo que "en **caso** de fallecimiento, **la acción civil puede ser intentada o continuada**"; y se agrega, en Freitas: "en **caso** de ausencia, **en el que la acción civil puede ser intentada o continuada**". El Código lo copió, pero por inadvertencia puso criminal en vez de civil.

Más apropiada es nuestra rectificación porque no toca a un Código Civil, decir, cuando una acción **criminal puede ser iniciada o continuada**, como ahora lo dice.

Art. 31. — En los términos en que está redactado el artículo 1103, es excesivo y erróneo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Esta disposición no se aplica cuando se ha sobreseído en la causa, o cuando la sentencia ha decidido que el hecho no constituye delito del derecho criminal, o cuando la absolución se funda en que en el agente no concurrieron los carácteres de la responsabilidad criminal.

Toda esta materia es tomada por el Codificador de Aubry et Rau, de Marcadé, (de quien es la nota al artículo 1102, literalmente en su mayor parte), y de Freitas que tomó la doctrina de esos escritores.

Los tres son expresos. Puede el tribunal absolver del hecho que funda la acusación, sin pronunciarse ni sobre su existencia, ni sobre su carácter. Marcadé, — sobre el artículo 1351, XVI, — lo dice expresamente. Es la regla del jurado, en Francia. Mal podría oponerse, entonces, en ese caso, dice Marcadé, la sentencia de absolución, en juicio civil, por daño causado por el antiguo acusado, en virtud del hecho realizado por el absuelto, y como constituyendo delito civil, o cuasi delito. Y lo mismo, Aubry et Rau, 8, § 769 bis, número 2; Demolombe, 30, números 417|8 y 426; Freitas, artículo 838.

En cuanto al sobreseimiento, aunque se declare que no se prosigue el proceso contra el acusado, por no ser el autor, Demolombe, 30, número 414; Aubry et Rau y Freitas, lugar citado. Los demás supuestos de nuestro agregado son tomados de la doctrina de esos escritores. V. además, Giorgi, Obbligazioni, 5, número 222.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 32. — Los tres artículos precedentes se aplican a todos los casos en que en juicio civil, se deduce una acción fundada en la existencia de un hecho que ha dado lugar a un procedimiento criminal.

La sentencia en lo criminal que ha resuelto sobre la acción civil de indemnización, produce cosa juzgada en los mismos casos en que la hubiera producido el juicio civil.

Art. 33. — Se reproduce el artículo 1104, sustituyéndose las palabras "habrá condenación", por "se procederá".

Art. 34. — Se reproducen los artículos 1105 y 1106: el segundo se pondrá como segundo párrafo del primero.

Art. 35. — Cuando las sentencias en juicio civil se hayan fundado en una condenación dictada en juicio criminal,

---

Art. 32. — Es evidente que la influencia del juicio criminal no se limita a la acción de indemnización. La autoridad de la sentencia que en él se dicte, comprende todos los asuntos que son del resorte de esa jurisdicción, tanto respecto de la acción civil, como del hecho que motiva el procedimiento. Aubry et Rau, 8, § 769 bis, números 2 y 4; Demolombe, 30, números 416|7, 411|12 y siguientes, 423|9; Baudry et Barde, Obligations 4, números 2888|9. Véase, artículo 3291, Código Civil y sobre él Demolombe, 13, número 222|6. Y en cuanto a la sentencia que resuelve sobre la indemnización, Giorgi, Obbligazioni 5, números 221|2.

Arts. 34 y 35. — El solo hecho de reunir en uno los dos artículos 1105 y 1106, decide que el último no se refiere como algunos intérpretes lo han supuesto, a toda hipótesis

la sentencia de revisión de ésta, dejará sin efecto lo resuelto en la causa civil, y, en su caso, el condenado podrá exigir

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

de sentencia civil. De su lectura ya resulta que se trata de la que se viene considerando en los artículos 1104 y 1105. La sentencia civil, dictada antes, lo ha sido en virtud de la jurisdicción privativa que se declara en el 1104. Si la posterior, — en ejercicio de la jurisdicción criminal, — decide que el hecho no da lugar a la aplicación de pena por no reunir la imputabilidad, o, cualquiera de los elementos del delito, los caracteres de la criminalidad, decide únicamente lo que le compete. Pero el matrimonio cuya validez o nulidad fué juzgada lo ha sido por sentencia ejecutoria, y el juicio criminal no es juicio de revisión. Eso es lo que el artículo 1106 decide, y no otra cosa.

Otra cuestión, absoluta e íntegramente distinta, es la que se considera en el artículo 35 que proyectamos.

Una sentencia criminal ha declarado la culpabilidad de un heredero como autor de asesinato del causante, o como cómplice, o solamente, que ha existido delito frustrado: en consecuencia, el heredero ha sido declarado indigno y privado de la herencia.

Se revé, años después, la sentencia. Se han descubierto pruebas que demuestran la inocencia del presidiario, y se declara. La jurisdicción criminal es privativa: resuelve lo que le compete. ¿Y se pretendería que los efectos civiles de esa sentencia, no se podrían rever en el juicio sucesorio (artículo 1102, Código Civil) y deben subsistir cuando se ha reconoci-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

la restitución de lo entregado sin causa. En ningún caso, se le podrá oponer la prescripción.

---

do el error? Sería la iniquidad más evidente. No era indigno el heredero. Los jueces se habían equivocado, ¿y quedaría privado de lo que por la herencia le correspondía? ¿Y el que le acusó indebida, y tal vez, maliciosamente, de un crimen no cometido, para apoderarse de los bienes, continuaría en su posesión?... Nadie lo ha sostenido, ni podría sostenerse. Y como la indignidad, desaparecen las indemnizaciones a que indebidamente fué condenado el supuesto autor del delito. Demolombe, 13, número 224.

La sentencia de rehabilitación, anula todos los efectos de la condenación: penales y civiles.

En cuanto a la prescripción: argumento del artículo 3980 y nota.

Se suprime el artículo 1107 porque se ha proyectado un artículo especial para los contratos, sea respecto de los hechos imputables de una parte, sea relativamente a los ejecutados por las personas empleadas por ellas.

Lo demás, porque se han incluído en las disposiciones generales de este título. El artículo 1112, porque en el título de las personas jurídicas se estableció una disposición especial y más extensa que la de ese artículo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO III

De la responsabilidad por los hechos de otro

Se suprimen los artículos 1107 a 1112, inclusive.

Art. 36. — Se sustituye el artículo 1113, por el siguiente:

El que tiene bajo su dependencia a otro, como empleado,

Art. 36. — Halsbury, Laws of England, Verbo Torts, tomo 29, página 485, y Vº Master and servant, tomo 20, página 248 y siguientes: "El patrón de una persona que comete un hecho ilícito, es responsable cuando la persona comete el hecho dañoso actuando como su subordinado, esto es, cuando comete el hecho en el curso de hacer algo para lo cual ha sido empleado (in the course of doing something which he is employed to do), o cuando el hecho cometido es un acto dentro del campo ostensible de la función del empleado y en el curso o el desempeño de su empleo. Y agrega, página 250 — Vº Master and servant — "De acuerdo con esos principios, el patrón no queda exento de responsabilidad civil porque el acto de su dependiente resulta un crimen, siempre que sea un acto que de otra manera hubiera sido de su cuenta. Donde, sin embargo, la comisión del crimen tiene el efecto de cortar la conexión del patrón y su subordinado, o de cualquier otra manera cae fuera del campo del empleo del servidor, el patrón no es responsable".

obrero, o sirviente, es civilmente responsable por el acto ilícito que éste ha cometido contra tercero, en ejecución de un hecho de sus funciones o tareas, dentro del límite y objeto aparentes de su empleo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

En cuanto al segundo período del artículo, § 831, Código Alemán; artículo 55, Código Suizo de las obligaciones.

Antes de exponer los fundamentos del artículo proyectado, conviene precisar el alcance del 1113 sustituído.

Su redacción es notoriamente deficiente. Habla de daño causado por servidores, pero no dice a quién, y si comprende el padecido por ellos. Como en la nota se cita el artículo 1384, Código Napoleón, y éste viene recibiendo una extensión interpretativa cada vez más excesiva, es útil decir que bajo ese punto de vista, nuestro 1113 no admite la aplicación que del francés se hace a los empleados mismos, autores del hecho: artículo 1111, Código Civil. En cuanto al que les causen las cosas de que se sirve el patrón, después hablaremos de ello y del daño que causen a los servidores.

No dice el artículo 1113, si el daño causado por ellos debe serles imputable, o si la responsabilidad es objetiva. Tampoco aquí puede aplicársele la extensión que los escritores franceses entienden resultante de los términos literales de su artículo 1384.

Todos los actos de que se ocupa el título están regidos por el principio general del artículo 1067, desde que son "hechos ilícitos que no son delitos", como lo dice su epígrafe, y como resulta del texto mismo del artículo 1109 y del 1113, puesto que "la obligación del que ha causado un daño

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando no puede determinarse si el acto ilícito fué causado por caso fortuito, o por culpa o con intención del subordinado, el patrón responderá por el daño, salvo el caso

---

se extiende al causado por los que están bajo su dependencia", y o no tiene sentido gramatical, o quiere eso decir que la obligación es la misma y regida por el mismo principio, en el caso de hecho propio y de hecho ageno. Por consecuencia, — artículos 1067 y 1109, — debe existir hecho imputable al agente. Agregamos que el Código es directamente expreso: artículos 1123 y 1561|2, 1563, 1571|2 y argumento del 1121.

No hay, pues, responsabilidad objetiva, en el artículo 1113.

Tampoco dice si la que declara respecto del patrón depende de su culpa, o si admite prueba respecto de la falta de imputabilidad al principal en cuanto a los hechos de sus servidores.

Y por último, no explica si cualquier hecho de estos determina su responsabilidad, o si debe encerrarse dentro de límites derivados de sus funciones.

Si atendiéramos a la nota, e interpretáramos la disposición según ella, como es la incorrecta norma generalizada entre nosotros, nada adelantaríamos, sobre el primer punto notado.

El artículo 1384, Código Francés, declara la responsabilidad sin admitir prueba contraria. Se sostiene unánimemente que la del patrón es necesaria, por muy ageno que sea al hecho y a toda culpa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

de que justificara haber tenido el cuidado exigido por el uso y las circunstancias, en la elección del servidor o en las máquinas y utensilios que éste debía emplear en el trabajo, o

---

Pero el artículo 2296, del Código de Luisiana, que se cita equivocadamente en la nota del 1113 vigente, pues se da como 2299, se completa por el 2299, de que el nuestro no contiene una sola línea. (Hoy llevan los números 2317 y 2320).

Dice el primero: "artículo 2317 (2296) Responsabilidad por actos de otros, y por cosas a nuestro cargo:

Somos responsables no sólo por el daño ocasionado por nuestro propio acto, sino también por el que es causado por el acto de personas por las cuales respondemos, o por cosas que tenemos en nuestra guarda. **Esto, sin embargo, debe entenderse con las siguientes modificaciones":**

"Artículo 2320 (2299) **id,** Patrones y servidores". Los patrones y los que emplean son responsables por el daño causado por sus servidores y sobrestantes o inspectores (overseers) en el ejercicio de las funciones en que están empleados.

Los maestros y artesanos responden por el daño causado por los alumnos o aprendices mientras están bajo su superintendencia.

En los casos indicados, sólo existe responsabilidad cuando los patrones o principales, los maestros y artesanos, podían haber impedido el acto que causó el daño y no lo hicieron".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

en la dirección de la tarea encomendada. Tampoco será responsable si el daño se hubiera producido no obstante ese cuidado.

Agrega la nota a nuestro artículo 1113: "Goyena en el artículo 1901 de su proyecto hace sobre la materia observaciones dignas de tenerse presentes".

Pues Goyena, en ese artículo cuyo primer período constituye con poca variante nuestro 1113, lo cierra con el siguiente: "La responsabilidad de que se trata en **todos** los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

Y, como se comprende, la nota de Goyena en que se encuentran "las observaciones dignas de tenerse en cuenta" se refiere a los detalles consignados en su artículo, entre las cuales la siguiente: "La ley presume que el hecho acaeció por culpa o negligencia de las personas enumeradas en este artículo; pero al final del mismo se les reserva el derecho de probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño; **hay, pues, aquí, mayor expresión** que en el número 2 del artículo 16 del Código Penal".

La doctrina del Código de Luisiana y del proyecto de Goyena es la misma que informa el § 831 Código Alemán, y 55 Código Suizo de las obligaciones. Es exactamente la opuesta al artículo 1384, Código Napoleón.

Es menester reconocer que el redactor de nuestro Código, no concedió la atención necesaria a esta materia y no

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

advirtió las profundas e insalvables distancias que existían entre las concordancias que invocaba.

Sería este el momento de estudiar el texto mismo del artículo 1113 y ver qué quiere decir "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado", y sin mayor dificultad resultaría que es la obligación del artículo 1109, y, por consecuencia, que debe ser imputable a culpa del patrón, como lo decían el Código de Luisiana y el proyecto de Goyena.

Esa conclusión quedaría, además, confirmada por los artículos 1118 y 1119, porque si el artículo 1113 no se fundase en la culpa del principal que emplea a otros y quedara obligado por el hecho imputable de estos, no obstante la ausencia de todo reproche al que los ocupa, los artículos 1118 y 1119, serían inútiles. No dirían para los hoteleros, los empresarios de transporte y los capitanes, sino lo que ya estaría dispuesto para todos en el artículo 1113. Y esto no se comprende pocas líneas más abajo de escrito el precepto fundamental.

Pero no tiene objeto esa demostración. El problema es mucho más complejo. Se trata de uno de los más difíciles del derecho moderno.

El inmenso desenvolvimiento que han tenido el maquinismo, la electricidad, y otros elementos, en sus aplicaciones de toda suerte, a los ferrocarriles, la navegación, las manufacturas, la minería, poniendo a su servicio fuerzas enormes y peligrosas, han dado lugar a graves dificultades so-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

bre las consecuencias de su empleo. Las disposiciones calculadas para resolver las modestas cuestiones del servicio doméstico, y de la pequeña industria, han debido servir para resolver problemas que las desbordaron por todos sus lados.

Y la interpretación trató de encontrar soluciones en los textos de los Códigos que se habían escrito, sin pensar, ni siquiera de muy lejos, en lo que ahora se buscaba en ellos.

Tres soluciones principales existen en legislación para el problema de la responsabilidad por hecho ageno.

La del Código Francés, artículo 1384, corregido por la ley de 1922, sobre los incendios. Es muy difícil caracterizarla, y más ahora, en presencia de esa ley. La jurisprudencia y la doctrina de los escritores, encuentran en él, cada día, nuevas soluciones, siempre distintas entre sí, y con las que las precedieron. Todo está en el artículo: responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, responsabilidad derivada del riesgo creado, de la utilidad perseguida, responsabilidad por las cosas guardadas, todo en fin lo que en el ardiente debate contemporáneo, se ve, o se entrevé, según la tendencia del escritor.

Puede, sin embargo, admitirse, creemos, que según el artículo 1384, el principal es responsable en toda hipótesis, — salva, tal vez, para algunos, la fuerza mayor — por los hechos de sus dependientes. Hay dificultad para decir en qué caso: para unos, en el ejercicio de las funciones; para otros, con ocasión de ellas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

La otra solución es la de todas las legislaciones más recientes. Es la del Código Alemán, § § 278 y 831; Código Suizo, artículo 55 y 101, Obligaciones y 333, Código General; Austriaco reformado, artículos 1313 a 1315; Español, artículo 1903; Uruguay, artículo 1324; Brasileño, artículo 1523 (1). Con diferencias de aplicación, comprendiendo unas y distinguiendo otras, a los sirvientes domésticos y a los obreros y empleados, se caracterizan por este rasgo general; permiten al patrón la exoneración de la responsabilidad cuando ha tenido el cuidado necesario en la elección de las personas, en la vigilancia de las máquinas y objetos de que se sirve el subalterno, y en la dirección de su trabajo.

Por último, la solución inglesa. Hace responsable al patrón, no por cualquier hecho del servidor que ha causado daño, sino por el hecho imputable de éste, pero no en cualquier clase de ellos, sino en los que constituyen por sí mismos ejercicio de la función y dentro del campo de ella. En otros términos, lo que es ejecución de su trabajo, y no otra cosa.

El Código Alemán ha adoptado para los contratos, § 278, y para los actos ilícitos, § 831, soluciones distintas. En los primeros el deudor es siempre responsable por los hechos imputables de las personas que ha encargado de la ejecución de sus obligaciones, sin admitirle justificativo de que no hay culpa propia en la designación, y en la vigilancia de

(1) En el mismo orden de ideas: Código de Chile, artículo 2322, y Freitas, artículos 3665 y 3667. Proyecto de Acevedo: artículo 1001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

sus empleados. El § 831, en cambio, declara la responsabilidad del que ha empleado a otros, por los actos imputables realizados en ejercicio de sus funciones, pero le permite exonerarse de ella probando que no hubo negligencia suya en la elección de las personas, y en la vigilancia del trabajo y de las máquinas y utensilios.

Hay, en una palabra, inversión de la prueba.

Las razones que se han tenido por los autores de ese Código, para no aceptar el principio del artículo 1384, Código Napoleón, han sido varias. Consideraron excesivo imponer al patrón responsabilidades por hechos agenos que no ha estado en situación de impedir, cuando no hay nada que imputarle. Repugnaron aceptar que el principio fundamental de toda responsabilidad, es decir el de la imputabilidad, se abandonara en un principio general. Se consideró que, efectivamente, las necesidades industriales modernas, exigían la responsabilidad de los que emplean a otros, en los ferrocarriles, líneas de navegación, establecimientos manufactureros o insalubres o peligrosos o en las minas, pero creyeron, y lo dicen los Motivos, que era, esa, función de la legislación especial industrial, sin erigirlo en principio de legislación general, extensivo a la pequeña industria y a los simples particulares. Creían que la legislación francesa mostraba el peligro, por la extensión que calificaron de excesiva, dada por la jurisprudencia al artículo 1384. V. Planck, II, sobre los § § 831-832.

Pensaron que bastaba con la inversión de la prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

El Código Suizo de las obligaciones, ha procedido de igual manera. Por el artículo 101, resuelve que en los contratos se responde por todo hecho culpable de los encargados de ejecutar un trabajo, realizado dentro de las funciones encomendadas. Pero en los hechos ilícitos, por el artículo 55 separa a los domésticos, de los empleados y obreros, sometiendo a los primeros, según Rossel — Obligations, página 92, — a la disposición del artículo 333, Código general, y admitiendo en los dos casos la exoneración del principal que justifica haber procedido con el cuidado necesario aconsejado por las circunstancias.

Esta distinción entre la culpa de los empleados en los contratos, y la culpa en los hechos ilícitos, para determinar responsabilidades distintas en los patrones, no parece muy justificada, y escritores de la importancia de Endemann declaran que el Código Alemán se ha quedado a medio camino (I, § 116, nota 1).

Es muy difícil caracterizar la disposición del artículo 1384, C. Napoleón a través de la jurisprudencia, y saber que es lo que decide.

Un carrero de una compañía se toma en pelea con un guarda de aduana, y le dá de latigazos que lo hieren. Otro, de otra compañía, baja de su carro, y toma parte en la riña también a latigazos. El Tribunal decidió que el patrón del primero era responsable por las lesiones causadas porque las había causado en ejercicio de sus funciones. Absolvió al del segundo, porque bajándose del carro, había interrumpido esas mismísimas funciones. Laurent, 20 número 582, aprueba

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

la decisión que considera muy justificada, y esto, declarando que era reglamentariamente obligatorio bajar del vehículo.

Una persona envía en su coche a una niña al colegio. El cochero la viola. ¡El patrón es declarado responsable, porque el servidor procedió en ejercicio de sus funciones! Laurent, 20, número 584 y Baudry et Barde, 4, número 2914. En un caso semejante de violación, Dernburg lo presenta como el ejemplo típico, de acto ilícito que **no** es ejecutado en ejercicio de la función. Das bürgerliche Recht, II, I, § 68, nota 13. Y lo mismo hubiera decidido un tribunal inglés.

La Corte de Casación declara — según Laurent, 20, número 585, — que "un sirviente en casa de su patrón... es reputado obrar en las funciones para las cuales ha sido empleado".

Una sirvienta sube al desván de la casa e intencionalmente pega fuego a los trastos, y baja a continuar su trabajo. Se quema la casa y el incendio se propaga a la vecina. La Corte de Casación, — Dalloz, 1885, 1, página 63, — resuelve que no es en ejercicio de sus funciones de sirvienta que puso fuego deliberadamente.

La misma Corte, — Dalloz, Hebdomedaire, 1924, página 49 — volvió a declarar en otro caso de incendio causado por un sirviente, que "obró fuera del ejercicio de sus funciones".

Un portero calumnia a un inquilino. El patrón es condenado porque obró "en ejercicio de sus funciones": Baudry et Barde, 4º Obligations, número 2914. No obró en ejercicio de sus funciones, dicen otros tribunales: Demolombe,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

31, número 616. Pero un sirviente entra a un cuarto a donde su servicio no le llama, toma un fusil y hiere de un balazo a una persona. El patrón es absuelto porque el sirviente al tomar el arma no ejercía sus funciones. Id. número 2915. Un sirviente roba en casa de su patrón y la incendia para cubrir el robo: no está en ejercicio de sus funciones, dice el tribunal: Demolombe, 31, número 617.

Pero se vuelve a declarar que un sirviente está siempre en función. "Y se ha deducido que el sirviente que entra a su cuarto, y causa incendio dejando caer una lámpara, responsabiliza a su patrón". "Un obrero que en un momento de reposo se queda en la obra fumando, y causa incendio, ha sido considerado como en función. (Demogue, Obligations, 5, número 918).

Dos obreros se toman en riña en un taller. El patrón es condenado: están en ejercicio de su función: Demogue, Obligations, 5, número 820.

Como se habrá notado, es difícil saber por esa serie de decisiones que es lo que exactamente prescribe el artículo 1384, Código Francés, y esto sin examinar las relativas al daño causado por las cosas. No queda aclarado el concepto con la doctrina de los escritores contemporáneos que se encuentran en pleno trabajo de transformación de las teorías antes aceptadas.

Cuando una persona encarga a otra de un trabajo, o de una tarea continua, no hay nada misterioso en ese acto. Si se trata de cumplir un contrato celebrado con terceros, nunca ha existitido dificultad que nazca de esa circunstancia,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

en la vida económica, y en la vida familiar. Los contratos deben cumplirse, y cada uno buscará los medios de hacerlo. Si exigen el trabajo de otros, o no, es cosa que sólo interesa al deudor. Para el acreedor es indiferente. Se responde, por la fuerza de las cosas, de las obligaciones asumidas, del hecho de las personas a quienes se encarga, en todo o en parte, de la ejecución. Si estas han incurrido en culpa, culpa es de su principal, queremos decir, no podrá excusarse de la obligación fundado en ella. No es, ni puede ser, caso fortuito, desde que son sus hombres, sus intrumentos buscados por él, sus sustitutos, los que no han cumplido lo que él sigue obligado a cumplir. La culpa del servidor es culpa del principal, o no hay vida económica posible.

Que los teóricos — tan afectos a las sutilezas de ingenio — busquen y se pierdan en las explicaciones, que hablen de representación, de garantía, de cuanto se quiera, siempre queda de pie, inconmovible, la solución de la vida real. La culpa del agente no libera al principal, **porque no debe liberarlo,** o no hay contrato posible.

La naturaleza de las relaciones entre principal y empleado o servidor, no cambia de esencia cuando se trata de hechos que no son contratos, ejecutados dentro del ejercicio de la función encomendada. En ella, hay sustitución del patrón para realizar la tarea, para él y no para otro, por él, por su encargo y no por el de otro. Y porque no hay cambio en la esencia de la relación, decía Endemann, y decía bien, que el Código Alemán se había quedado a medio camino.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero las explicaciones sincera o deliberadamente tendenciosas, complican sin razón el asunto. Se trata de obtener del patrón indemnizaciones no para los terceros perjudicados por el acto de sus servidores, sino para estos mismos. Y aparecen las teorías del riesgo, de la utilidad, y de la responsabilidad a toda costa, hasta del caso fortuito. Solo existe un artículo, el 1384 Código Napoleón, que dé asidero a las construcciones jurídicas, y por eso se mezclan dos casos distintos, fundamentalmente diversos, la responsabilidad del patrón por los actos de sus subordinados respecto de terceros, y la responsabilidad del patrón por los accidentes del trabajo ejecutado por sus servidores.

Esta última es una relación particular a una especial cuestión del contrato de locación de servicios. Puede resolverse de dos modos: o por la ley especial de los accidentes del trabajo, como todos los países, y el nuestro lo han hecho, y como lo querían los autores del Código Alemán según antes se refirió (leyes de ferrocarriles, de trabajo en las minas, de navegación, etc.) o por disposiciones especiales en los títulos del contrato de trabajo, y la locación de servicios en general.

Pero no se deben hacer intervenir las características de estas cuestiones en los preceptos generales sobre la responsabilidad, agenos a ellas, no sujetas a la misma reglamentación. La responsabilidad por accidentes de trabajo, si no ha de arruinar a la pequeña industria y a los particulares, es necesariamente conexa, con tres bases: naturaleza y origen del daño, determinación prevista de la indemniza-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

ción, seguro posible del patrón. Y esto no puede extenderse a la responsabilidad con terceros, ni su reglamentación es compatible con el carácter de las previsiones de un Código Civil.

Y la prueba de que las cuestiones de responsabilidad con terceros, no son las mismas que la de responsabilidad con los ejecutores, está en que las batallas se dan en el terreno del artículo 1384 Código Napoleón y no en el de los contratos con terceros. La cuestión es, sin embargo, la misma, y a nadie se le ha ocurrido hablar de responsabilidad objetiva, de riesgo, de utilidad, en materia de cumplimiento de las obligaciones. A nadie se le ha pasado por la idea, todavía, decir, que estas se cumplen aun en caso de imposibilidad determinada por caso fortuito.

Limitándonos, pues, al único caso que debemos considerar, decimos que la responsabilidad del principal, no proviene del riesgo que él mismo crea por la explotación de una industria, o empresa. Y la prueba está en los ferrocarriles, en la navegación. La empresa que los explota, crea, se dice, el riesgo. Pero el viajero, el cargador, también lo crean para sí mismos, usando de ellos. Saben que utilizan un medio que tiene riesgos bien notorios. Y sin embargo, lo emplean. Por algo viajan, por algo cargan. Hay creación de riesgo por ambas partes. ¿Quiere decirse por eso, que el patrón no responderá del daño causado por sus empleados? No es, pues, el riesgo creado la explicación de la responsabilidad. Debe ser otra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Tampoco lo es la utilidad perseguida por la explotación. Desde luego, la utilidad de los ferrocarriles, la navegación, las empresas de luz y fuerza, etc., es tan importante para el Estado, como para sus accionistas: importa a la cosa pública, a las comunicaciones, a la facilidad de los transportes, a la explotación de las heredades próximas, tanto y más, que a las compañías.

Pero dejando eso de lado, el viajero, el cargador, también tienen utilidad en el transporte, y el industrial que envía sus productos, también lo hace para lucrar, o beneficiarse de cualquier modo con la materia prima o manufacturada que es transportada. Si la responsabilidad depende de un lucro unilateral, no se vé como puede fundarse una indemnización para el viajero perjudicado.

Esta teoría de la utilidad excluye toda posibilidad de fundar una doctrina de las responsabilidades respecto de las manufacturas, el comercio, la agricultura, que se basan en la producción o el intercambio a título oneroso. Y una explicación que no comprende a ramas tan extensas e importantes de las relaciones sociales modernas, es falsa, por ese solo hecho.

El problema jurídico de la responsabilidad por los hechos de los empleados, es mucho más llano, más natural, no tiene nada de metafísica. El hecho del servidor, es hecho por encargo, por cuenta, en reemplazo, del patrón. Los terceros, no saben, ni pueden saber, en qué medida se ejecuta por las instrucciones del principal. Tampoco saben, muchas veces, si es hecho de éste, o hecho de un subordinado. Saben

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

solamente que han sido perjudicados por él. La caldera que estalló ¿fué manejada con torpeza, o estaba en mal estado? El vecino perjudicado no lo sabe. La ley le dá la solución: no depende de la dualidad de responsabilidades.

Y así como en los contratos el hecho del obrero es hecho del patrón, así, en los actos ilícitos, es, otra vez, hecho de su principal. Pero, por eso mismo, porque es hecho ejecutado por un encargo, porque es nacida la responsabilidad de esa circunstancia, y no de otra, es que el hecho realizado ha de ser hecho de la función. No hecho con ocasión de la función: hecho de ella, de su ejercicio, de la traducción en hecho del encargo. No es ejecución de la deferencia del que, atenta, cortesmente, pone su coche a la disposición de la niña para conducirla al colegio, el atentado que comete el cochero; no es función derivada del encargo, la de reñir a puñaladas en el taller; no es función la de tomar el fusil del patrón y dispararlo sobre una persona. La conciencia moral se subleva ante semejante alteración de la relación de empleado y principal. No hay conexión alguna entre el antecedente y la consecuencia.

Se dá a un patrón un reloj para que lo arregle. Lo hace torpemente el obrero a quien se entrega, y lo estropea. Ese es hecho de la función. Se apodera de él: le fué entregado en ejercicio de la función: su patrón responde. Toma el revólver y mata al dueño del reloj, ¿hay alguien que dude de que el asesinato nada tiene que ver con el encargo de limpiar un reloj?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Por eso decía Planck, que la jurisprudencia francesa en la interpretación del artículo 1384 "iba extraordinariamente lejos". (1)

Ahora: si el patrón es responsable porque por su encargo otro ejecuta hechos para él, si, en otros términos, hay identidad entre el ejecutor y el que lo nombró, es claro que el patrón responde en los mismos casos en que hubiera sido responsable obrando por sí mismo: debe ser pues medida la responsabilidad por la culpa o la intención, y queda exceptuado todo caso fortuito. No hay responsabilidad objetiva, ni por riesgo asumido, ni por razón de utilidad. Hay caso anormal de acto ilícito.

Y todavía. El patrón no podrá declinar su obligación de cubrir el daño, demostrando que nada hay que reprocharle personalmente, y que encargó a persona que según

---

(1) Sobre lo que es ejercicio de la función. Véase principalmente la jurisprudencia inglesa citada en Halsbury en los pasajes arriba indicados. Excluyen los hechos ejecutados con ocasión del encargo. Demolombe, 31, número 615, dice: "El hecho cometido con ocasión de la función será él mismo un acto del ejercicio de la función, y, podríamos decir, bajo la condición, solamente, de que constituirá, en todos los casos, un **hecho de cargo,**" Dernburg, B. Recht, II, 1, § 68, e), y notas 12 y 13; Enneccerus, Lehrbuch, I, 2, § 267, II, 2. — Planck, II, sobre el § 278, número 3, y sobre el § 831, número 1, b. — Endemann, I, § 116, número 4 a), y nota 22.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

los informes obtenidos era apta para la función. Porque siempre será verdad que el tercero ha padecido por el hecho ilícito del que fué puesto en situación de causarlo por una delegación del patrón para hacer un trabajo propio. Admitir que el constructor de una casa puede excusarse del mal trabajo hecho por incompetencia, negligencia, o malicia de sus obreros, es decir que los contratos no obligan. Admitir que el relojero, — y como él, el ferrocarril, el vapor, la fábrica, — no tiene nada que hacer con la torpeza de sus obreros, es ponerse en contradicción con las exigencias evidentes de la vida misma económica, de las realidades, que reclaman lealtad, y buena fe, en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Por eso hemos creído justificada la crítica hecha al Código Alemán. Si se responde en los contratos, debe responderse en los otros actos ejecutados por razón de la misma causa, esto es el encargo. No puede justificarse que el accidente causado por la torpeza de un chauffeur, o un maquinista, a quienes se ha entregado el auto o la locomotora para efectuar un transporte, sea de cargo de él solamente, y no de quien se obligó a efectuarlo por su medio.

Pero estamos muy lejos de admitir que el tercero perjudicado por un acto ilícito de un subordinado quede desarmado por el solo hecho de que no pueda establecerse si hubo culpa en el ejecutor, o si hubo caso fortuito. Es claro que si puede demostrarse lo primero, la cuestión no existe. Tampoco existe, si el hecho fué fortuito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero son muchos los casos en que no puede determinarse lo que pasó. Y hasta ocurre que ni siquiera se sabe quien es el autor del hecho ocurrido. En una fábrica de explosivos, se produce un accidente. Es claro que hay autor en muchos casos, y que puede deducirse de las circunstancias que hubo culpa. Pero también puede ocurrir lo opuesto, sin saber, tampoco, que hubo caso fortuito.

Creemos que debe adoptarse el principio de la inversión de la prueba. El accidente, y el daño están ahí. En tales casos habrá responsabilidad, pero se admitirá que el patrón pruebe que empleó todas las medidas de prudencia y vigilancia que la naturaleza de su explotación requería. El que usa de fuerzas peligrosas debe vigilarlas, y hacer cuanto depende de él para evitar que causen perjuicio. Si a pesar de ello, el accidente se produce, hay caso fortuito.

Y con esto queda resuelto también todo lo que — sin perjuicio de las reglas particulares para ciertos casos que el Código establece, — se refiere a daño causado por las cosas de que se sirve o están a cargo de una persona. En la reciente literatura francesa es ese también asunto de interpretación por demás excesiva.

Las cosas, por sí solas, son inertes. No causan daño, por lo general, sino por obra de los que se sirven de ellas. Pueden ser actos afirmativos, o de omisión. La falta de cuidados no son, pues, hechos de las cosas. La caldera que estalla no es por hecho de la caldera. La responsabilidad por el daño está, por consiguiente, dentro del caso general de la que determinan los hechos propios o de los subordinados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Pero si eso es lo general, también ocurre que existen defectos de fabricación ocultos, o en la fundición de las piezas de una máquina, o descomposiciones espontáneas en las sustancias, que causan el accidente. Algunas pueden ser previstas y, por consiguiente, deben serlo. Otras no. Las primeras son imputables, las segundas no lo son.

Para esos casos, se ha recurrido por las legislaciones que antes hemos recordado, a la inversión de la prueba. Hay que obligar a las personas que se sirven de los objetos a vigilar las condiciones de su empleo, y el accidente que no es el resultado de la torpeza del subalterno que los usa, puede, sin embargo, serlo de las faltas o negligencias de sus superiores. La investigación que provocará demostrará cuando existió caso fortuito.

Pero aún así, no se trata de daño causado por las cosas. Los tribunales franceses han condenado a la indemnización a un industrial que — según la sentencia, — no tenía culpa alguna en el defecto de construcción no visible de una máquina. Debió pagar la culpa reconocida del constructor. Y todo porque el artículo 1384 Código Napoleón habla de daño causado por las cosas de que una persona se sirve, aunque, — se sostiene, — nada hay que imputarle. Es eso una monstruosidad, exclama indignado Planiol. (Etudes sur la responsabilité civile, 1905, Revue Critique, página 279, y 1906, páginas 90 y 93).

En presencia de nuestro artículo que en su segundo párrafo adopta la solución del § 831 Código Alemán, el patrón habría probado que el accidente había ocurrido por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 37. — Se sustituyen los artículos 1114, 1115, 1116 y 1117, por el siguiente:

El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la

---

hecho no imputable, que no se podía prever, y era, por consiguiente fortuito para él. La monstruosidad no será posible bajo la regla que proponemos.

Todo, sin perjuicio, de las leyes especiales que deben establecerse, lo repetimos, para los ferrocarriles, navegación, automóviles, minas y otros, en que deberán tomarse en consideración las características especiales de cada caso (incendio por chispas de las máquinas, explosión de materias peligrosas, desprendimientos de tierras en las minas, etc.).

Art. 37 — Las modificaciones que este artículo introduce son varias.

Prevé el caso de separación legal o de hecho de los padres, y en el caso de ser naturales, precisa la responsabilidad del que tiene la guarda. (Demolombe, 31, números 568|9).

También por la generalización del último párrafo, determina la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos vagabundos, o a quienes abandonan sin vigilancia (Id. números 580|4; Aubry et Rau, 4º, § 447, nota 2).

Rectifica el artículo 1117, que habla de menores de diez años al tratar de alumnos y aprendices. Es evidente que todos los menores se hallan en igualdad de situación, como se resuelve en el caso de los padres. (Demolombe, 31, número 607).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

madre, y en su caso, el que tuviese la guarda, son responsables de los daños causados por los menores que habitan con ellos.

Los tutores y los curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están bajo su cargo y habitan con ellos.

Los directores de colegios, y los artesanos, son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieran sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.

Se suprime el artículo 1118.

Dispensa a los padres de responsabilidad aplicando el criterio que indebidamente limita el artículo 1117, a los directores de colegios y maestros artesanos. La regla es general como lo establecen todas las legislaciones vigentes, sin una excepción. Es útil tener presente lo dispuesto por el artículo 2321, Código de Chile; Demolombe, 31, número 586; Aubry et Rau, IV, § 447, número 1; V. Goyena, artículo 1901; Código Español, artículo 1903; ;de Chile, artículo 2320.

——————Se suprime el artículo 1118 porque el punto está regido por el artículo 2230 y siguientes bajo disposiciones distintas de las enunciadas en aquél, en cuanto a los via-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 38. — Se suprimen los dos primeros párrafos del artículo 1119.

Se modifica la parte restante, así:

El jefe de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados a terceros, por cosas arrojadas a la calle, o a terreno ageno, o a terreno del propietario de la casa sujeto a derecho de tercero, o por cosas suspendidas, o que cayeron de aquélla.

---

jeros que se alojan en los hoteles, o posadas. No es exacto, además, que no puedan eximirse de responsabilidad; artículos 2330, 2235|6.

En cuanto a los huéspedes que no son viajeros el caso está regido por nuestro proyectado artículo 36, y no existe motivo alguno para apartarse de él, o modificar su solución, extendiéndola como parece decirlo el artículo 1118, a los hechos de los servidores ajenos a sus funciones, y a las pérdidas de efectos que no sean causadas por su hecho, lo que no armoniza con lo resuelto por el artículo 2234. Por último, si los inquilinos de habitaciones que no son viajeros tienen derecho a invocar lo dispuesto por el artículo 36 proyectado no depende de ese solo hecho material, si los empleados del principal no tienen función respecto de ellas. El artículo actual es sumamente deficiente e inexacto.

Art. 38. — Se suprimen los párrafos referentes a los capitanes de buques y a empresarios de transportes, por varias razones, entre ellas, porque son puntos tratados por el Código de Comercio, artículos 878, 909, 918, 979, 1262,

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Cuando sean dos o más los que como principales habitan la casa, y se ignorase de qué parte proviene el daño, no quedarán solidariamente obligados por la indemnización, y sólo responderán en proporción a su parte. Cuando se conociese de qué habitación provino el perjuicio, sólo responderá el principal a que corresponda.

No quedan exentos de responsabilidad aunque probasen que les fué imposible evitar el daño, a menos que resultase de fuerza mayor.

Se suprime el artículo 1120.

1266, 1267|8, etc., y 162, 171, 172|3, 175|6, 184, 199 y 206, que no siempre coinciden con las del artículo 1119, y que aún las contradicen. La ley de ferrocarriles también contiene reglas particulares a ellos.

Las modificaciones relativas a la disposición final del artículo 1119, son varias.

Los padres de familia de que habla pueden ser propietarios de la casa y habitarla en todo o en parte. Actualmente, siguiendo a Freitas, solo se habla de inquilinos, expresión que en castellano es equivalente de locatario.

El daño puede ser causado no solamente a los que transiten, como lo dice el artículo, sino también a las heredades contiguas. El terreno vecino puede no ser propio del inquilino, y sin embargo, no por eso está menos obligado a respetar el tránsito por él.

En cuanto al período final, resumimos en él, su disposición y la del artículo 1121, corrigiendo los errores de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 39. — Se reproducen los artículos 1122 y 1123. Este constituirá uno solo con el primero, del cual será un segundo párrafo separado. Se sustituirá en él la palabra "negligencia", por "designio".

ésta, porque mal puede hablarse de "culpa" del autor, y de "culpado", desde que según el artículo 1118, no se exonera aunque probase no haber podido evitar el daño, lo que es declararle responsable aunque no hubiera culpa que imputarla. Exceptuamos sin embargo, la fuerza mayor, el hecho de Dios, como se dice en el derecho inglés. El huracán que se lleva un techo, o desarraiga un árbol, no constituye hecho de responsabilidad para su primera víctima: artículo 1908, 3º, Código Español.

Empleamos la voz "principal" en el sentido que la usa Goyena, artículo 1904: es la equivalente de la latina pater familias, que el artículo 1119, usa como significando "dueño de casa". Artículo 1910, Código Español.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO IV

De los daños causados por animales

Art. 40. — Se sustituyen los artículos 1124, 1125 y 1126, por el siguiente:

El poseedor de un animal o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare estando en su poder, aunque se le escape o extravíe. Si el animal fué excitado por un tercero será exclusivamente de éste la responsabilidad.

No cesa la responsabilidad porque el daño que el animal hubiese causado, no estuviese en los hábitos de su especie, o porque en el momento de efectuarlo se hallase bajo la guarda de los empleados del poseedor o tenedor.

Art. 41. — En sustitución de los artículos 1127 y 1128:

Cesa la responsabilidad cuando el animal que causó el daño se hubiese soltado o extraviado sin culpa del encargado de guardarlo, o cuando el perjuicio proviniese de fuerza mayor, o de una culpa imputable al damnificado.

Art. 40 — La redacción del artículo 1124, es deficiente porque parece dejar el daño siempre a cargo del propietario, según lo deja suponer también la frase final que no se limita a hipótesis dada, y autorizar un reclamo alternativo. Ninguno de los Códigos citados deja abierta semejante duda. La acción no es alternativa, sino excluyente: o es el dueño el obligado, cuando está el animal a su

SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 42. — El tenedor tiene recurso contra el poseedor del animal si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio que el poseedor con cuidado o prudencia medianos, hubiera debido conocer o prever y de que no dió conocimiento al primero.

Art. 43. — Se reproduce el artículo 1129.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 1130, en la forma siguiente:

Sólo será indemnizado el daño causado por un animal a otro, cuando el ofensor provocó al perjudicado.

Se suprime el artículo 1131.

---

cargo, o no lo es sino el que se sirve de él, cuando como usufructuario, comodatario, locatario, etcétera, lo tiene bajo su vigilancia. Tampoco hay recurso del tenedor contra el poseedor por el hecho de causar daño el animal, sino en el caso que consideramos en el artículo 41. Demolombe, 31, número 639 bis.

Adoptamos para la primera parte del artículo proyectado la redacción del 1905, Código Español.

Art 42. — Art. 2326, Código de Chile. Demolombe, 31, número 640; Freitas, artículo 3687.

Art. 44. — Demolombe, 31, número 649, cree que debe decidirse según las circunstancias, en caso de acometida recíproca. Bien difícil será decidir quién causó la mayor ofensa. Es preferible evitar pleitos y dificultades resultantes de semejantes riñas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CAPITULO V

De los daños causados por cosas inanimadas

Art. 45. — Se reproduce el artículo 1132, con las siguientes modificaciones:

En vez de "El propietario de una heredad contigua a" se pondrá "Los vecinos de"; en vez de "puede", se pondrá "pueden"; en vez de "podrá causarle", "les causaría".

En vez de "Tampoco puede exigir que repare o haga demoler el edificio", poner:

El propietario vecino podrá exigir judicialmente las medidas que autoriza el artículo 3º, tít. de las restricciones del dominio (proyectado).

————Supresión del artículo 1131. Es ocioso decidir que la obligación de indemnizar no cesa por la entrega del animal. Va sin decirlo.

Art. 45. — La modificación tiene por objeto no limitar su aplicación a los propietarios de las heredades vecinas. V. Freitas, artículo 3695.

El artículo 1132 no permite acción del vecino amenazado. Debe permanecer inactivo, porque, dice la nota, es asunto, el de peligro, que compete a las autoridades policial y municipal. Demolombe, 12, número 662, ha demostrado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

Art. 46. — Se reproduce el artículo 1133, con la siguiente modificación:

Cuando de cualquier cosa inanimada resultara daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización según se ha prevenido en el artículo 36.

Quedan comprendidos en la presente disposición los casos siguientes:

1º Explosión de máquinas, o inflamación de sustancias explosivas;

2º Caídas de edificios o de otras obras aunque sean causadas por defecto de construcción.

Los demás incisos, (artículo 1133) como están, cambiando el número de orden.

Art. 47. — Se reproducen los artículos 1135 y 1136.

---

el error de la solución y de la razón alegada. Si la autoridad administrativa no procede, el particular amenazado, en la persona y en los bienes, tiene el derecho inviolable de defensa en juicio que le asegura el artículo 18, Constitución Nacional. § 908, Código Alemán.

Art. 46. — El artículo 1133, establece la inversión de la prueba, y autoriza a declinar la responsabilidad probando que el dueño de las cosas no tuvo culpa en el suceso.

Por consiguiente el artículo 1134, que se suprime, no obedece al mismo concepto desde que exige para que "tenga lugar la indemnización por ruina del edificio se pruebe

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

---

que hubo negligencia de parte de su dueño o de su representante", etcétera.

Y, a su vez, el artículo 1133 es inexacto, en cuanto hace depender de la culpa del dueño de las cosas su responsabilidad, porque también responde de la de sus empleados o servidores.

Sometemos todos los casos a la regla general del artículo 36 proyectado.

La enumeración del artículo 1133, como resulta de sus términos, no es limitativa, sino enunciativa.

Nos ha parecido útil incluir en ella como inciso 1º, el del artículo 1908, Código Español.

INDICE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

LIBRO II

DE LAS OBLIGACIONES

SECCION 1ª

PARTE 1ª

TITULO I

De las obligaciones en general 5
De las obligaciones civiles 5

TITULO II

De las obligaciones naturales 12

TITULO III

De los efectos generales de las obligaciones 19
Capítulo 1º 19
„ 2º Del ejercicio de las acciones del deudor 30
„ 3º De la revocación de los actos del deudor 44
„ 4º De los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero 57
„ 5º De las obligaciones con cláusula penal 70

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

TITULO IV

De las obligaciones con relación a su objeto 85
Capítulo 1º De las obligaciones de dar cosas ciertas 85
„ 2º De las obligaciones de dar cosas inciertas 96
„ 3º De las obligaciones de dar sumas de dinero 103
„ 4º De las obligaciones de hacer y de no hacer 113

TITULO V

De las obligaciones alternativas 116

TITULO VI

De las obligaciones facultativas 127

TITULO VII

De las obligaciones divisibles e indivisibles 129
Capítulo 1º De las obligaciones divisibles 129
„ 2º De las obligaciones indivisibles 135

TITULO VIII

De las obligaciones solidarias 139

SECCION 1ª

SEGUNDA PARTE

EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

TITULO IX

Del pago 172

Capítulo 1º De lo que se debe pagar 178
„ 2º Del lugar y tiempo en que debe hacerse el pago 178
„ 3º De la imputación del pago 189
„ 4º Del pago con subrogación 190
„ 5º De la dación en pago 203
„ 6º De la novación 206

TITULO X

De la asunción de deuda 219

TITULO XI

De la compensación 226

TITULO XII

De la confusión 257

TITULO XIII

De la remisión de la deuda 258

TITULO XIV

Del concurso de acreedores 270

TITULO XV

Del derecho de retención 312

TITULO XVI

De las causas de preferencia en el pago de los créditos 324

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION BIBLIOTECA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL

LIBRO II

SECCION 2ª

DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

PARTE I

TITULO I

De los contratos 373
Capítulo 1º Del consentimiento 376
„ 2º Del objeto de los contratos 389
„ 3º De las formas de los contratos 408
„ 4º Del efecto de los contratos 414
„ 5º De los contratos a cargo o a favor de terceros 440

TITULO II

Del enriquecimiento sin causa 457

TITULO III

De las obligaciones derivadas de los actos ilícitos 481
Capítulo 1º De los actos ilícitos contra las personas y la propiedad 516
„ 2º Del ejercicio de la acción civil 524
„ 3º De la responsabilidad por los hechos de otro 534
„ 4º De los daños causados por animales .. 560
„ 5º De los daños causados por cosas inanimadas 562

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
BIBLIOTECA DIGITAL