





EXPOSICIÓN Y COMENTARIO  
DEL  
CÓDIGO CIVIL  
ARGENTINO

---



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO  
DEL  
**CÓDIGO CIVIL**  
**ARGENTINO**

CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VÉLEZ SARSFIELD;  
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL, LOS DE LAS CÁMARAS  
DE APELACIÓN DE LA CAPITAL,  
Y EN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

POR EL

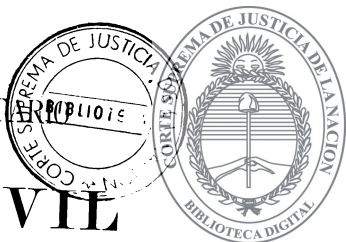
DR. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

TOMO II

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
NO. DE ORDEN	29440
UBICACIÓN	2.1061



BUENOS AIRES  
FÉLIX LAJOUANE, EDITOR  
1898







# EXPOSICIÓN Y COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

## TÍTULO VIII

### DE LOS QUE NO PUEDEN SER TUTORES

#### § 138.—DE LAS INCAPACIDADES PARA EJERCER LA TUTELA

La regla general fundada en el principio de que las incapacidades solo proceden de la ley, es que toda persona se reputa capaz de ejercer un acto jurídico, mientras una disposición formal no la haya declarado incapaz: sin embargo, como la ley exige ciertas condiciones de idoneidad para ejercer el cargo, los jueces exigen se demuestre que se encuentran en ellas.

Así, *no pueden ser tutores (art. 398)*:

(**Art. 398.**) Los comprendidos en este artículo son los impedidos legalmente, y cuando en el Código se habla de la tutela legalmente dada como en el art. 388, se refiere á los que no pueden ser nombrados tutores.—Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 442 á 445. Cód. DE NÁPOLES, arts. 365 á 368. Cód. SARDO, arts. 302 á 305. Cód. DE CHILE, arts. 497 y 498. FREITAS, arts. 1682 y 1683. GOYENA, art. 202.

Se debe distinguir el impedimento de la idoneidad en el caso del art. 392.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 398.*—L. 1 y 7, Tít. 6, Part. 6<sup>a</sup>, Lib. 1, Tít. 13, § 3, Instit.

2<sup>a</sup> L. 4, Tít. 16, Part. 6<sup>a</sup>.

3<sup>a</sup> Dicha L. 4, y L. 1, Tít. 7, Lib. 3, F. R.—Lib. 1, Tít. 14, § 2, Instit.

4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> Cód. de Chile, art. 497.

7<sup>a</sup> Cód. de Chile, art. 498.

8<sup>a</sup> L. 4, Tít. 16, Part. 6<sup>a</sup> y *Autent. patri*, Tít. 35, Lib. 5, Cód. Rom.

9<sup>a</sup> L. 1, Tít. 18, Part. 6<sup>a</sup> y L. 3, § 12, Tít. 10, Lib. 26, Dig.

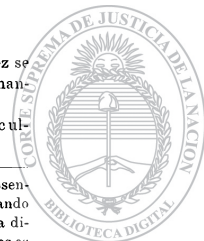
11<sup>a</sup> L. 14, Tít. 16, Part. 6<sup>a</sup>, en cuanto á los deudores, y Nov. 72, cap. 1, en cuanto á los acreedores. Lo mismo el Cód. de Chile, art. 506.

12<sup>a</sup> L. 1, Tít. 18, Part. 6<sup>a</sup>.

13<sup>a</sup> L. 1, Tít. 18, Part. 6<sup>a</sup>, y L. 3, Tít. 10, Lib. 26, Dig.

15<sup>a</sup> Cód. de Chile, art. 498.





1° *Los menores de edad* (art. 398, n° 1), porque á su vez se encuentran bajo la potestad de otro, y aunque estuvieren emancipados, sus facultades son limitadas;

2° *Los ciegos, los mudos* (art. 398, n° 2), por las dificultades con que tropezarían para gobernar á los menores;

(Art. 398, n° 1.) Aunque sean emancipados; pero téngase presente que pueden serlo bajo condición de entrar á servir el cargo cuando lleguen á la mayor edad.—Véase com. al art. 384. La ley romana dice: se prohíbe llamar á la tutela legítima á un pupilo ó menor, pues es contra todo derecho que los que tienen necesidad del socorro extraño para sus propios asuntos y se encuentran bajo la tutela de otro, sean ellos mismos encargados de una tutela ó curatela. § 13, tit. 20, lib. 1, INSTITUTA: Freitas: art. 1682, n° 1 y 2 comprende á los incapaces con incapacidad absoluta ó relativa, abrazando así á los interdictos y á las mujeres casadas, bajo el poder marital.

(Art. 398, n° 2.) Estas dos causales no las trae Goyena y son tomadas del Código Chileno, art. 497, al que siguió también Freitas, art. 1683, n° 3 y 4, agregando este autor en lo referente á los *mudos* sin estar comprendidos, los que hablen con dificultad. ¿Puede ser tutor el sordo-mudo que ha aprendido hablar? Según el texto del artículo si; según el espíritu de la ley, no. El tutor debe ser una persona en las condiciones ordinarias, capaz de encargarse de la educación del menor y de la administración de sus bienes, aunque el sordo-mudo hubiere aprendido á hablar y darse á entender por escrito, las dificultades con que tocará en la vida social son innumerables, pero la cuestión no debe resolverse de una manera absoluta, dejando al prudente arbitrio de los magistrados el decidirla según las circunstancias del caso. Si el sordo-mudo sólo sabe darse á entender por escrito, está comprendido en la prohibición, porque continúa siendo mudo.

16° L. 14, Tít. 16, Part. 6ª y Nov. 123, cap. 5.—Cód. Sardo, desde el art. 302, al 305. Véase sobre este inciso el Cód. Francés desde el art. 442 al 445, y el Cód. de Nápoles, desde el art. 365 al 368.

*Faltos de la Cón. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 398.*—Siendo un derecho y no un deber, la denuncia de la insania de un pariente próximo, á objeto de nombrarle curador, el silencio de los hermanos, no puede traerles perjuicio alguno, siempre que de hecho ó legalmente y á satisfacción, se encuentren desempeñando el cargo la madre legítima.—Jur. Civ., VIII, 256, Sér. 2ª.

La oposición al tutor nombrado sólo es procedente si se funda en causal reconocida por la ley.—Jur. Civ., XII, 113, Sér. 4ª.

3° *Los privados de razón* (art. 398, n° 3); entendiéndose por tales, los declarados dementes por sentencia; porque se encuentran bajo curatela;

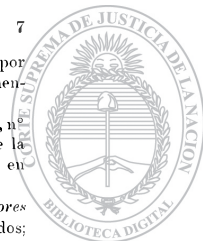
4° *Los que no tienen domicilio en la República* (art. 398, n° 4), porque no están sujetos á la jurisdicción del juez de la tutela, ni pueden hacerse efectivas las responsabilidades en que incurran;

5° *Los fallidos, mientras no hayan satisfecho á sus acreedores* (art. 398, n° 5), es decir, hasta que no hayan sido rehabilitados;

(Art. 398, n° 3.) El Código Chileno, art. 497, n° 3, dice: Los dementes, *aunque no estén bajo interdicción*, y aunque por nuestro Código nadie debe ser tenido como demente, sino cuando ha sido declarado tal por sentencia (art. 140), sin embargo, no podemos sostener esta opinión, cuando la demencia fuere notoria ó indudable; así, nadie se atrevería á discernir el cargo á un individuo encerrado en una casa de locos, aunque no haya sido declarado demente. La expresión de: *los privados de su razón*, usada por el Código no la consideramos propia, porque no expresa la idea de permanencia ó continuidad de ese estado; la privación de la razón puede ser momentánea. Puede ser que el abuelo ó abuela, por su avanzada edad, no sea capaz de ejercer la tutela sin haberse declarado la demencia senil, y sin embargo no sería conveniente nombrarlo; será una causa que el juez admitirá para relevarlo de la obligación, resolviendo que no es *idóneo* (art. 391 y su com.)

(Art. 398, n° 4.) Cuando una persona tiene varios domicilios; bastará que tenga uno de ellos en la República para que pueda ser tutor. La ley quiere que el tutor en ejercicio de la tutela esté sometido á la jurisdicción del juez que le discernió el cargo; si tiene un establecimiento ó parte de sus negocios en la República, de modo que le constituyan domicilio, no está comprendido en la prohibición. El Cód. de Chile, art. 497, n° 6, dice: los que *carecen* de domicilio, y la expresión viene á apoyar mi teoría.

(Art. 398, n° 5.) Los *fallidos*, debiendo comprenderse como lo hace notar el Dr. Segovia, á los *insolventes*; pues una persona puede ser declarada en quiebra siendo solvente, mientras la insolvencia comprende al no comerciante que ha entregado todos sus bienes á sus acreedores. Esto no quiere decir, que el no tener bienes sea una falta para no ser tutor, pero el que ha dado prueba de no saber manejar sus propios negocios, no inspira confianza para confiarle los ajenos. Si el fallido hubiera sido el abuelo, p. e., y la tutela se hu-





6º *El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad (art. 398, nº 6)*, porque no es digno de tener bajo su guarda á otros menores, cuando no ha sido capaz de cuidar á sus hijos;

7º *Los que tienen que ejercer por largo tiempo ó por tiempo indefinido, un cargo ó comisión fuera del territorio de la República (art. 398, nº 7)*, porque se encuentra fuera de la jurisdicción del juez de la tutela;

8º *Las mujeres, con excepción de la abuela, si se conservase*

biera confiado á uno de los hermanos mayores del menor, este continuará en ella, aunque posteriormente el abuelo hubiera pagado á sus acreedores; pero si volviera á vacar por muerte, incapacidad ó remoción, será nombrado el abuelo para reemplazarlo; porque la causa ha desaparecido.—Véase Cód. DE CHILE, art. 497, nº 6, de donde fué tomado y nuestros arts. 301, 391 y 1160.

(Art. 398, nº 6.) Porque si han existido causas para que no puedan tener en su poder á sus propios hijos, sería una grave imprudencia confiarle el gobierno de otros. El caso del art. 301, cuando los padres pueden ser privados de la administración, por su ineptitud para administrar ó por ser ruinosa, debe comprenderse en la prohibición, pues sería imprudente encargar de la tutela á un hombre que no puede manejar los bienes de sus hijos, pero esta causal desaparecería, si el menor no tuviera bienes. Será una cuestión de hecho que el juez resolverá según el caso.—Véase Cód. de Chile, art. 497, nº 5, donde se niega la tutela á los que están privados de administrar sus propios bienes.—Comp. arts. 307, 308 y 309. Cód. DE CHILE, art. 497, nº 11.

(Art. 398, nº 7.) La comisión debe ser por tiempo indefinido, y cuando haya verdadera incertidumbre sobre el tiempo en que volverá á la República, ó si fuere largo el plazo de la comisión. Para juzgar cuando debe reputarse largo el tiempo de la comisión, será necesario atender á las circunstancias de cada caso especial. Se debe buscar que el menor y los bienes no se encuentren abandonados, y si bien puede confiar su cuidado á personas de su confianza, no debe admitirse esta sustitución de facultades tan personales. Si la ausencia viniera después de discernido el cargo, el juez á instancia del Ministerio de Menores ó del menor adulto puede declarar cesante al tutor, si la comisión no es momentánea.—Véase art. 498, nº 3, Cód. DE CHILE, y nuestro art. 431.

*Aplicación del art. 398, inc. 9º.*—Un hecho aislado no puede fundar la declaración de malas costumbres que la ley exige para privar al hijo de desempeñar este cargo.—Jur. Civ., VIII, 73, Sér. 1ª.

viuda (art. 398, n° 8), incapacitando, sin razón, á las hermanas mayores y á las tías carnales solteras ó viudas;

9° *El que no tenga oficio, profesión ó modo de vivir conocido ó sea notoriamente de mala conducta* (art. 398, n° 9), porque sería exponer al menor y sus bienes á una mala dirección;

10° *El condenado á pena infamante* (art. 398, n° 10), porque

(Art. 398, n° 8.) Esta prohibición no se encuentra consignada en el Código Chileno, ni en el proyecto de Goyena y ha sido tomada de Freitas, art. 1683, n° 1, en armonía con las disposiciones de su proyecto que no concede á la madre patria potestad sobre sus hijos. No hay razón para que la abuela viuda pueda ejercer la tutela, y la hermana mayor de edad del menor, no lo pueda en idéntico caso: pues resultará esta inconsecuencia: que la persona tiene patria potestad sobre sus hijos, si es viuda, y sería incapaz para ser tutora de su hermano, que pasará á poder de un extraño. La incapacidad general de la mujer no está justificada, y por lo menos debe extenderse á la tutela de las tías paternas ó maternas y á las hermanas del menor, en caso de reforma.

(Art. 398, n° 9.) Como los tutores no dan fianza, se buscan personas de responsabilidad. El no tener oficio ó profesión no es un defecto si tiene medios honestos de vida, y aunque el oficio sea de los que reputamos bajos, siempre que proporcione al individuo un medio de vivir honesto, debe considerarse capaz de ejercer la tutela. Hay oficios que la sociedad reprueba (á pesar de estar autorizados con el silencio de la ley) y nadie autorizaría á desempeñar, la tutela al que tuviera una casa de tolerancia, p. e., ó una de juego, y á pesar de la ley no debería ser nombrado tutor, aunque tengan un modo de vivir conocido. La mala conducta depende de hechos que el juez debe apreciar. La ley 3, § 12, tit. 10, lib. 26, Dig., dice: «si el tutor tiene una gran enemistad contra el pupilo ó sus padres, y en general *si el pretor tiene buenas razones para no dejar á ese tutor*». El juez puede declarar en ciertos casos que no es *idóneo* y negarse á discernirle el cargo (art. 391).— Véase GOYENA, art. 202, n° 6.

(Art. 398, n° 10.) La expresión de pena *infamante* es demasiado general y debe precisarse. El Código Chileno, art. 497, n° 9, se refiere al art. 267, n° 4, donde habla de crímenes á los que se aplique la pena de exposición á la vergüenza pública, ó á la de cuatro años de reclusión ó presidio ú otra de mayor ó menor gravedad. Nosotros no tene-



no puede ejercer la tutela mientras sufre la pena; pero creo que aun después de sufrida, existirá el peligro de confiar la persona y bienes del menor á una persona que ha sido manchada con un delito.

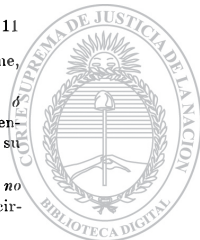
11° *Los deudores ó acreedores del menor por cantidades considerables* (art. 398, n° 11), por el peligro que habría de perjudicar al menor; pero la prohibición no es absoluta:

12° *Los que tengan ellos ó sus padres pleito con el menor so-*

mos la pena de vergüenza pública, y las únicas que podemos considerar infamantes son las de presidio y penitenciaria, que traen consigo la pérdida de los derechos políticos y la interdicción civil mientras se sufre la pena (art. 63 Código Penal). Los condenados á destierro, tampoco podrán ser tutores porque no tienen su domicilio en la República. La pena de inhabilitación absoluta, aunque no se puede considerar infamante, daría lugar á que los jueces usaran de la facultad concedida por el art. 391, y no nombraran tutor por falta de idoneidad. Freitas, art. 1683, n° 9, prohíbe á los condenados por crímenes graves y agrega: *lo que se deja al arbitrio del juez*. Goyena, art. 202, n° 5, dice con mayor propiedad: los que por sentencia hayan sido condenados en alguna pena que lleve la privación ó inhabilitación de este cargo. Y aunque hay peligro en aumentar la facultad de los jueces, pues en ciertos casos se exceden perjudicando á los menores, es conveniente tratándose de penas impuestas á los que deben ejercer la tutela, que tengan facultad para rechazarlos.—Véase GOYENA, art. 202, n° 7.

(Art. 398, n° 11.) Esta también es una cuestión de hecho que debe determinarse según el haber del pupilo y la importancia de la acreencia ó de la deuda. Habrá casos en que será conveniente confiar la tutela al acreedor del menor, cuando el padre lo ha nombrado tutor por la amistad y confianza. Supóngase, que ha prestado al padre fuertes cantidades de dinero, por amistad, sin interés alguno, y este, respondiendo á esa amistad y confianza lo nombra tutor de su hijo; no habría peligro alguno en confirmarlo, pues no puede hacerse pago sin autorización judicial; no sería lo mismo si hubiera otros acreedores que pudieran ser perjudicados. Son las circunstancias de cada caso que alterarán esta disposición. Goyena en su comentario al art. 202, n° 8, es de opinión que si el padre ó madre nombraren tutor testamentario con conocimiento de la deuda, esa prueba de confianza removerá toda sospecha, como lo establecía la ley 14, tit. 16, Part. 6ª.





*bre su estado ó sus bienes (art. 398, n° 12), porque se supone, con razón, que daría preferencia á sus propios parientes;*

13° *El que hubiese malversado los bienes de otro menor, ó hubiese sido removido de otra tutela (art. 398, n° 13), entendiéndose que la remoción es por una causa que afecte su conducta;*

14° *Los parientes que no pidieren tutor para el menor que no lo tenia (art. 398, n° 14); no obstante, debe estarse á las circunstancias especiales del caso;*

15° *Los individuos del ejército y la marina que se hallen en*

(Art. 398, n° 12.) Si los padres conocieran el pleito, y no obstante lo nombraren tutor, no debe confirmarse, porque siempre hay peligro en confiar la dirección á una persona que tiene intereses encontrados, y con mayor razón si el pleito es sobre el estado de familia, sea reclamado por el tutor ó por el pupilo. El pleito debe estar *pendiente*, porque si se promoviera después de estar en ejercicio del cargo, sería el caso de nombrarle un tutor especial, aunque no sería conveniente la continuación de la tutela si el pleito fuera sobre el estado de familia. ¿Cómo se podría mirar bien al menor adulto á quien le negare su estado de hijo legítimo? ¿Ni cómo podría ser tratado con cariño, si el menor adulto negare á su tutor la filiación legítima ó natural?—Comp. l. l. 6, § 18 y 21, tit. 1, lib. 27. Dig., y l. l. 2, tit. 17 y 4, tit. 16. Part. 6ª.

(Art. 398, n° 13.) Si la remoción ha sido por causa de mala administración, pues el haber sido removido por incapacidad accidental, como locura ó destierro, no habría causa para que tuviera impedimento desde que ha desaparecido. Freitas, art. 1683, n° 8, es más claro: «si por culpa hubiere sido removido de otra tutela ó *curatela*, ó hubiere sido condenado á indemnizar perjuicios causados á algún menor ó *curatelado*», porque no sólo se pueden malversar los bienes de otro menor, sino de cualquier otro incapaz. Lo que la ley quiere es no confiar la tutela al que ha administrado mal los bienes de otro incapaz.—Comp. l. 3, § 8, tit. 10, lib. 26. Dig.

**Art. 398, n° 14.)** Debe tomarse con mucha precaución esta inhabilidad; por una negligencia inculpada, no debe privarse de la tutela legítima á los que debieran ejercerla forzosamente.



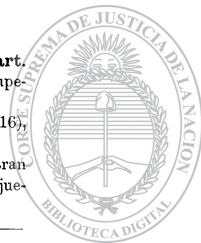
*actual servicio, incluso los comisarios, médicos y cirujanos (art. 398, n° 15), porque se hallan bajo la autoridad de sus superiores jerárquicos;*

16° *Los que hubiesen hecho profesión religiosa (art. 398, n° 16), por la razón antedicha.*

Las incapacidades que se acaban de enumerar se encuentran sometidas á variaciones que dependerán de cada caso y los jueces deben rechazarlas cuando perjudicase á los menores.

(**Art. 398, n° 15.**) Porque estando en actual servicio pueden ser enviados fuera de la jurisdicción del juez; están en esa categoría los militares que prestan servicio permanente en el Ministerio de la Guerra ó en oficinas de sus dependencia, aunque funcionen en la capital de la República donde esté domiciliado el menor, porque siempre están bajo la autoridad de sus superiores.— Véase Cód. DE CHILE, art. 498, n° 2.

(**Art. 398, n° 16.**) Porque no tienen la administración de sus bienes y están sometidos á la autoridad de un superior; pero la inhabilidad no alcanza á los eclesiásticos seculares que no ejerzan el episcopado ó no tengan la cura de almas, como dice el Código Chileno, art. 498, n° 1. El mero hecho de profesar en religión no los inhabilita; es necesario que sean religiosos regulares, sometidos á una orden; lo que los equipara á los militares. Por nuestra parte agregaríamos á estas inhabilidades: la de ser enemigo del pupilo ó de sus padres como lo establecía la ley 3, § 12, tit. 10, lib. 25. Dig. y lo consigna Freitas, art. 1683, n° 12; los que profesan religión diversa de aquella en que ha sido criado el menor; aquellos á quienes los padres prohibiesen expresamente que fueran tutores de sus hijos, lo que impediría la tutela legítima. Muy imprudente sería el confiar la educación del menor á un enemigo declarado de sus padres, sólo porque la ley no lo ha prohibido; como se contrariaría la voluntad de estos, si se nombrara al pariente excluido expresamente en el testamento; para el caso en que pudiera ser llamado por excusación, separación ó cesación del nombrado.— Véase art. 1683, n° 11 y 15 de Freitas. A estas causales se agregan las de nuestro art. 457, para la remoción, con la diferencia que deben ser posteriores al nombramiento.



## TÍTULO IX

### DEL DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA

#### § 139.—DEL JUEZ QUE DEBE DISCERNIR LA TUTELA

Como la tutela es una carga pública, *nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada por los padres ó por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente. que autorice al tutor nombrado ó confirmado para ejercer las funciones de los tutores (art. 399).*

El discernimiento, es pues, el poder conferido por el juez al tutor para obrar á nombre del pupilo y dirigirlo. Se hace en escritura pública firmada por el juez y el tutor, refiriéndose á los autos donde consta la confirmación ó nombramiento, todo con arreglo á lo que establezcan las leyes de procedimiento.

Siendo el discernimiento la confirmación del poder que los padres hayan conferido en el testamento, para que gobiernen á sus hijos menores, el juez competente será el que conoce en la testamentaria, y por consiguiente *el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían*

---

(**Art. 399.**) El discernimiento es el acto por la cual el juez confirma y autoriza al tutor sea testamentario, legítimo ó dativo para ejercer el cargo. Nadie se puede considerar como tutor mientras no se cumpla esta formalidad. Sus deberes y facultades comienzan con el discernimiento; eso no le privará de tomar todas aquellas medidas de mera conservación de los bienes y del cuidado del menor, mientras se le pone en posesión del cargo. Deberá recoger al menor y tenerlo en su poder hasta que sea autorizado por el juez, y todas las disposiciones tomadas á su respecto serán válidas, una vez que tenga lugar el discernimiento. — Comp. FREITAS, art. 1685, y nuestro art. 388 y su com.

---

*Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 399.—Es requisito esencial para que los actos del tutor no adolezcan de nulidad, que el cargo le sea discernido por escritura pública otorgada por el Juzgado.—Jur. Civ., XIV, 236, Sér. 4ª.*



*su domicilio el día de su fallecimiento (art. 400), ocurrido en la República, porque si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, ó lo tenían el día que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar*

(Art. 400.) Sea el domicilio real ó legal. En caso el padre ó la madre tuvieran diversos establecimientos, la competencia se determinará por el lugar donde habitualmente permaneciera con sus hijos, y cuando esto no fuere posible averiguar, porque residiera tanto en uno como en otro lugar, será competente el juez que primero hubiere conocido en el asunto.

Se confunde el domicilio que se debe tener en la República, con la jurisdicción del juez que conoce en el discernimiento; así, algunos enseñan erróneamente, que si los llamados á ejercer la tutela no tienen su domicilio «en el lugar en que debe discernirse el cargo, no podrán desempeñarla, si no cambian de domicilio.» Hay dos errores: 1º, confundir el «lugar donde reside el juez» que discierne el cargo, con el de la jurisdicción que puede abrazar muchos departamentos ó toda una provincia; 2º, confundir la falta de domicilio en la jurisdicción del juez de la tutela, con la falta del domicilio en la República.

Están inhabilitados para ser tutores, los que no tienen su domicilio en la República (art. 398, n° 4); no pueden salir sin permiso del juez de la tutela (art. 431). Se ha confundido la prohibición de sacar á los menores de la República ó de la provincia (art. 432) sin la autorización del juez, con la facultad de tener su domicilio el tutor en cualquier parte de la República. Los jueces no pueden negarse á discernir el cargo á los tutores que tengan su domicilio en la República, y si algunas veces habría conveniencia en exigir la residencia en la misma provincia donde tenían su domicilio los padres del pupilo, no podemos crear inhabilidades. Hemos aconsejado que tengan presente las otras inhabilidades, por la notoria inconveniencia que existiría en confiar el menor y sus bienes á personas que podían causarle daño. ¿Qué mal causaría al menor, si su abuelo ó su hermano residiera en otra provincia, donde puede ser llevado para educarlo con mayores facilidades? ¿Por qué se le privaría de la tutela testamentaria á aquél á quien el padre se la ha confiado residiendo en otra provincia? Si el juez no cree oportuno permitir se lleve el pupilo á otra provincia, el tutor adoptará las medidas convenientes para que reciba la educación donde los padres tenían su domicilio; pues los menores no deben residir necesaria-



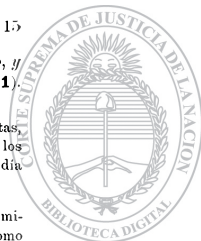
*de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual (art. 401).*

mente donde viven los tutores. El Código ha seguido al Dr. Freitas, art. 1686, que señala para la competencia, al juez del lugar donde los padres del menor tenían su domicilio, ó al del lugar que tenía en el día de constituirse la tutela.—Comp. arts. 3283 á 3285, 3677.

(Art. 401.) Se confunde generalmente la residencia con el domicilio, y en diversas partes del Código se usan ambos términos como equivalentes. La idea de lugar aparece aplicándose en relación á las personas, cosas ó derechos y es su más importante manifestación, pues sirve para determinar la aplicación de las leyes civiles; pero en lo relativo á la jurisdicción de las autoridades de la República, la idea de lugar se nos aparece con relación á las personas con el nombre de residencia, y es la permanencia de la persona en un lugar, sin el ánimo de residir en él. La primera manifestación, es la relación jurídica entre el lugar y la persona; la segunda, la certidumbre de la permanencia de la persona en un lugar determinado, certidumbre fundada en el hecho de la residencia y en la voluntad de permanecer. Con esta explicación preliminar, no se confundirá la disposición del artículo, como lo hacen algunos. Dos casos legisla: 1º, cuando los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento; 2º, cuando tenían su domicilio fuera, el día en que la tutela se trataba de constituir. En el primero, obedeciendo al principio general sentado en el art. 400, el juez del discernimiento será el del último domicilio, tomando la palabra residencia en este sentido. Si una persona domiciliada en Francia, falleciera accidentalmente en la Argentina, el juez competente para discernir la tutela lo sería el del lugar de su último domicilio; sobre esto no puede haber duda. Las palabras última residencia de que se sirve el artículo no se refieren á la residencia dentro del territorio argentino, como lo suponen algunos, para establecer la competencia de sus autoridades, sino por el contrario para negarles jurisdicción, como en el ejemplo propuesto. El segundo caso, puede suceder cuando se constituye la tutela sin fallecer los padres; como si fueran privados de la patria potestad, ó si estuvieran ausentes ó dementes, ó cuando la madre viuda se volviera á casar, casos en que no ha-

---

*Faltos de la Cám. de Apel. de lo Civ.—Aplicación del art. 400.—No puede nombrarse tutor al menor cuyos padres han fallecido fuera de la jurisdicción del Juzgado.—Jur. Civ., III, 162, Sér. 5ª.*





Las expresiones de última residencia ó de residencia actual de que habla el Código, son equivalentes á las de último domicilio, ó del domicilio que tenían los padres al constituirse la tutela.

Cuando los padres tenían su domicilio fuera de la República y la tutela viene á constituirse por la muerte ocurrida accidentalmente en esta, el juez competente para entender en la sucesión es el del último domicilio, sin que se tenga en cuenta la última residencia, pues el hecho ocasional de la muerte en nuestro país, en nada altera la jurisdicción del juez del domicilio. El menor abandonado por la muerte de su padre, puede ser provisto de un tutor provisional, hasta que el juez de la sucesión provea lo correspondiente; lo mismo sucedería si el menor se trasladase á la República en busca de su padre que hubiera fallecido: los jueces deberían darle un tutor hasta que lo hiciera el juez del domicilio.

Cuando el padre hubiese sido privado de la patria potestad, ó cuando se tratare del nombramiento de un tutor especial por encontrarse sus intereses en oposición, el juez competente para hacer esos nombramientos lo será el del domicilio del padre en el momento en que la tutela se constituye.

*Si los menores fuesen hijos naturales reconocidos por sus padres, ó juzgados por tales, se observará respecto de ellos, lo dispuesto en los dos artículos anteriores. Si fuesen solamente reconocidos por la madre, ó juzgados tales respecto de ella, el juez competente para el discernimiento de la tutela será el juez del domicilio de la madre, ó el del lugar de su residencia, si el domicilio de ella estuviere fuera de la República (art. 402);* porque entonces ella ejercería la patria potestad sobre el hijo reconocido.

biendo fallecimiento no se sabría cuál era el juez competente para el discernimiento; entonces se establece que lo será el del domicilio de los padres, cuando se trata de constituir la tutela. Los términos de residencia actual, deben entenderse como equivalente de domicilio. Freitas explica claramente esta difícil materia en las notas á los arts. 4, 30 y 196.—Véase FREITAS, art. 1687.

(**Art. 402.**) Nuestro Código, siguiendo á Freitas, establece una diferencia que es necesario explicar en su verdadero significado, justificándola ante los principios, y observándola cuando se separa de

*En cuanto á los expósitos ó menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se*

ellos. Tratándose de hijos naturales reconocidos por sus padres ó juzgados por tales, el discernimiento de la tutela se rige por los arts. 400 y 401, porque se equiparan á los legítimos. Cuando el hijo es sólo reconocido por la madre, el juez del discernimiento en caso de fallecimiento de ésta, ó de constituirse la tutela, cuando fuese privada de la patria potestad ó la perdiere por contraer nuevo matrimonio, será el del lugar del domicilio de la madre; pero cuando lo tuviere fuera de la República lo será el del lugar de su residencia. Aquí la palabra residencia está tomada en contraposición á la de domicilio, y se entiende, el lugar donde se encuentra la madre, sin ánimo de permanecer, desde que se la supone domiciliada en el extranjero. La ley supone que la madre reside con el hijo en la República, teniendo su domicilio en el extranjero, y con el objeto de no dejar desamparado al huérfano, autoriza al juez de la residencia para discernir el cargo; lo que se justificaria en caso de fallecimiento, y las mismas razones que existen en el caso de la madre serian aplicables al padre, no explicándose la diferencia; pero otra cosa sucede cuando la madre contrae segundas nupcias, ó cuando el menor no se encuentra con ella. Si la ley de su domicilio le permite conservar la tutela en caso de volverse á casar, ¿con qué derecho un juez argentino le quitaría el hijo nombrándole tutor? No ofrece duda, que los jueces de su residencia actual no tendrían derecho para nombrar tutor á un menor que residiera en el extranjero. La disposición respecto de la madre, debe hacerse extensiva al padre en el mismo caso; por más que nuestro Código ha incurrido en esta inconsecuencia, siguiendo á Freitas, art. 1688. El artículo no puede ni debe aplicarse sino á los casos de fallecimiento del padre ó de la madre que lo reconoció, cuando se encontraren de paso en territorio argentino con el menor, teniendo su domicilio fuera. Se confunden estas ideas sin hacer la distinción de que cuando son reconocidos por los *padres* rigen los principios de los arts. 400 y 401, y sólo cuando lo son por la madre se hace esta excepción, que nosotros extendemos al caso de reconocimiento del padre. El artículo no se refiere á los casos de constituirse la tutela, como algunos creen, porque teniendo su domicilio el padre ó la madre en el extranjero, y encontrándose sólo de paso en la República, los jueces de esta no deben intervenir en la constitución de una tutela que ellos no pueden dirigir, aunque pueden tomar todas aquellas medidas necesarias para garantizar á los menores sobre el tratamiento y educación, privando á los padres en ciertos casos de la pa-





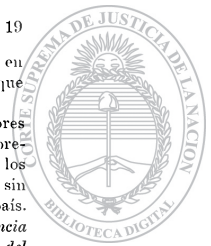
encontraren (**art. 403**), porque no pudiendo permanecer sin apoyo ni dirección, la autoridad debe protegerlos.

Como debe existir unidad en la autoridad que confiere la tutela y la que vigila sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas, de ahí la necesidad de que, *el juez á quien compete el discernimiento de la tutela, será el competente para dirigir todo lo que á ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abraza su jurisdicción* (**art. 404**), tratándose de

tria potestad. Téngase presente que esta disposición excepcional sólo rige para cuando la madre tenga su domicilio en el extranjero, pues si lo tiene en la República, el juez competente lo será el del domicilio de la madre. Pueden ocurrir cuestiones de gran importancia en la aplicación de la última parte del artículo. Si suponemos que la madre falleciere en la República, donde reside accidentalmente con su hijo, y el juez de su residencia nombra tutor al menor. ¿Podrá éste representarlo en la testamentaria abierta en Francia donde estaba domiciliada la madre? ¿Qué sucedería si en Francia el consejo de familia nombra otro tutor al menor? Nuestra opinión es que debe de prevalecer la ley del domicilio, y que el menor sería entregado al tutor nombrado; porque nuestra ley no ha querido hacer competencia, sino proveer á la guarda y cuidado del menor desamparado.—Comp. arts. 404 y 410.

(**Art. 403.**) Es necesario armonizar esta disposición con la del art. 396, pues los exósitos depositados en los hospicios están bajo la tutela de las comisiones administrativas; el artículo se refiere á los expuestos en cualquier otra parte, ó donde no hay establecimientos de caridad, ó á los menores abandonados ó perdidos, si nadie los reclama.—Véase FREITAS, art. 1689.

(**Art. 404.**) Tiene por objeto dar unidad y uniformidad á la dirección de los asuntos de la tutela, á fin de tener todos los antecedentes que precedieron y siguieron al discernimiento, como al inventario de los bienes. En cualquiera parte de la República que estuvieren situados los bienes pertenecientes al menor, serán 'dirigidos por el juez de la tutela; de manera que no podrán ser enajenados sino con su autorización, y no sólo los poseídos cuando se constituyó la tutela, sino también los adquiridos después, con excepción de los correspondientes en alguna sucesión que se tramitase ante otro juez, esos podrán ser enajenados con la autorización del juez de la testamentaria; pero su importe no deberá entregarse al tutor sin la autorización del juez de



los bienes situados en la República, pues los que estuvieren en el extranjero, serán regidos por la ley de su situación, sin que podamos pretender la aplicación de nuestras leyes.

Cuando los padres ó tutores hubieren llevado á los menores al extranjero, donde se hubiesen domiciliado, no podemos pretender se les aplique nuestras leyes; pero, con relación á los bienes situados en nuestro territorio, no se podrán disponer sin autorización del juez de la tutela, que reside en nuestro país. Así, cuando la ley dice, *la mudanza de domicilio ó residencia del menor ó de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual sólo corresponde la dirección de ella, hasta que venga á cesar por parte del pupilo* (art. 405), se refiere al cambio de domicilio dentro de la Re-

la tutela. Se trata de bienes situados en la República, porque los situados en el extranjero son regidos por las leyes del lugar donde se encuentran, art. 410 y su com., y 8 y 10.—Véase FREITAS, art. 1690.

(Art. 405.) La palabra *residencia* está tomada en oposición de *domicilio*, y significa la simple acción de permanecer en un lugar cualquiera; porque el menor no se constituye por sí sólo domicilio, pues no puede alterar el de sus padres ó tutores.

Cuando los padres han sido privados de la patria potestad, su domicilio no influirá sobre el del menor, que tendrá el de su tutor; pero si en casos especiales, como por estar sus intereses en oposición con los de su padre ó madre, se le hubiere dado tutor especial, el cambio de domicilio de los padres, en nada influirá respecto del juez de la tutela que debe continuar entendiendo en ella hasta concluir el asunto.

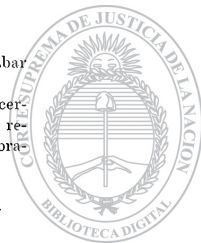
El artículo parece oscuro, pues supone la existencia de un tutor teniendo padres los menores.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 404.*—La venta de un inmueble de un menor, autorizada por un juez que no es el de la tutela, es nula. La autorización dada por dicho juez y los procedimientos seguidos ante él, sin jurisdicción y en contravención á las disposiciones de los artículos citados, deben tenerse, en consecuencia, como seguidos *coram non judge* y sin valor ni efecto en el caso.—XXXIII, 118.

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 404.—El juez que primero provee de tutor á los menores, es el único que tiene jurisdicción para nombrar los que sucesivamente se requieran hasta llegar á la mayor edad de los pupilos.—Jur. Civ., VII, 175, Sér. 2ª.

La rendición de cuentas del tutor, debe ser presentada ante la jurisdicción del juez que le discernió el cargo.—Jur. Civ., III, 131, Sér. 5ª.





pública, donde ninguno de los jueces pueden pretender trabar la acción del juez de la tutela.

La exclusiva jurisdicción que se confiere al juez del discernimiento es sólo con relación á la tutela, y á lo que á ella se refiere, como la administración, la remoción del tutor y nombramiento de otro, las cuentas de la tutela. etc.

§ 140.—LO QUE IMPORTA EL DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA  
Y SU FORMA

El discernimiento es el acto por el cual el juez de la tutela confiere poder al tutor nombrado por los padres ó al legítimo ó dativo para que ejerza autoridad sobre la persona ó bienes del menor; esa autorización debe hacerse constar en escritura pública, y *el tutor nombrado ó confirmado por el juez, debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración (art. 406).*

Si la patria potestad de los padres está en suspenso, como en los casos de demencia, el curador nombrado al padre será el tutor del menor; si han perdido la patria potestad, el menor tendrá el domicilio de su tutor y en nada puede influir el de sus padres. ¿Qué casos rige entonces el artículo? ¿Sólo el de un tutor especial? Ciniéndonos á su letra así deberíamos suponerlo; sin embargo, debemos extenderlo al cambio del domicilio de sus padres ó tutores; porque es sabido que estos tienen la prohibición de no salir de la provincia donde se les ha discernido la tutela (art. 432), y que sólo pueden sacarlos fuera de la República con permiso del juez; en estos casos debe regir la disposición. Pueden llegar casos especiales en que encontrándose domiciliado el tutor en otra jurisdicción (que la del juez de la tutela) si falleciere teniendo al menor en su casa, el juez del lugar le nombrará un tutor provisorio para no dejarlo desamparado. El principio general es que el cambio de domicilio del tutor dentro de la República no altera la jurisdicción del juez de la tutela, y la residencia del menor, en cualquier parte, no influye sobre el domicilio.—Véase Freitas, art. 1692, de donde ha sido tomado literalmente.—Comp. art. 90, n° 6, 431 y 432.

(Art. 406.) El Código se ha separado en esta parte de su modelo, suprimiendo la palabra *caución* que trae Freitas, art. 1693. Todos los Códigos exigen algo más que juramento para el discernimiento de

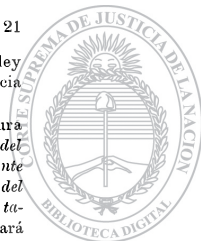
La formalidad del juramento no es esencial, porque la ley no la ha impuesto bajo pena de nulidad, ni tiene tal importancia que pueda perjudicar á la validez del acto.

Jurado el buen desempeño y extendida y firmada la escritura del discernimiento, es decir, *discernida la tutela, los bienes del menor no serán entregados al tutor, sino después que judicialmente hubiesen sido inventariados y avaluados, á menos que antes del discernimiento de la tutela se hubiera hecho ya el inventario y tasación de ellos (art. 408)*, pero la persona del menor entrará inmediatamente bajo la tutela sin esperar formalidad alguna.

Los bienes no deberán ser entregados al tutor sin previo inventario judicial, porque habría peligro en hacerlo sin dejar constancia alguna; no porque se tema de la conducta del tutor, que en general será una persona honorable, sino porque no habría prueba ulterior de lo que se hubiera recibido. La avaluación será necesaria aun tratándose de bienes inmuebles, para impedir cambios ó deterioros en la cosa. Si el tutor hubiera entrado en posesión de los bienes sin hacer inventario y tasación, responderá por los perjuicios que hubiese causado al menor y podrán de-

la tutela, y si bien estoy de acuerdo con la supresión de las hipotecas tácitas, sería conveniente en determinados casos una fianza de persona de responsabilidad, para responder por los perjuicios que pueden ocasionar los tutores; sobre todo cuando se trata de administrar grandes caudales, y percibir rentas de importancia, pues sería fácil resultar alcanzado en fuertes sumas.

(Art. 408.) Si el tutor, discernida la tutela, entrara en posesión de los bienes del menor sin hacer inventario y tasación, porque el testador lo hubiere exonerado de este deber, el juez podrá removerlo de la tutela (art. 457, n° 2). Si el inventario se hubiera practicado extrajudicialmente, cuando el testador lo autorizó (art. 3575), el tutor sólo entrará en posesión, cuando hubiere sido aprobado judicialmente. Las leyes de procedimientos determinarán la forma y plazo en que deba hacerse; pero si no puede entrar en posesión de los bienes, eso no le impide ejercer sobre la persona del menor las facultades conferidas por la ley; pero no puede contratar en su nombre y tener su plena representación en juicio.—Comp. FREITAS, art. 1794, y Cód. DE CHILE, art. 378, y nuestros arts. 417 y 418.





mostrarse por todo género de prueba, sirviendo en ciertos casos de suficiente causa para su remoción. Así, pues, *todos los actos practicados por el tutor á quien aún no se hubiere discernido la tutela, no producirán efecto alguno, respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificación de todos los actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor (art. 407).*

Cuando los actos practicados por el tutor, que ha entrado en posesión sin inventario y tasación, se refiriesen á los bienes, el discernimiento posterior no los ratifica, si fueran perjudiciales al menor, pero valdrán todos los que se refieran á la persona.

(**Art. 407.**) La prohibición para el tutor de no verificar acto alguno antes del discernimiento del cargo hace el acto nulo por el ministerio de la ley, si no se le discierne, y lo responsabiliza personalmente; pero el discernimiento posterior importará una ratificación, si de ellos *no resulta perjuicio al menor* dice el artículo, restringiendo así el alcance dado al discernimiento. Se trata de actos verificados por el tutor, y él mismo á nombre del menor puede pedir la anulación respondiendo personalmente por los perjuicios que hubiere causado al otro contratante, por la nulidad del acto.

Discernida la tutela el acto queda ratificado y los terceros no tienen derecho para reclamarlo; si no hay discernimiento, el acto es nulo. La redacción de Freitas, art. 1701, es más completa cuando dice: los actos practicados «en nombre del menor», por el tutor, etc. y así debe entenderse.

Para hacer declarar nulos dichos actos es necesario demostrar el perjuicio ocasionado al menor. El Código Chileno, art. 377, expresa en nuestra opinión la verdadera doctrina cuando dice: «los actos del tutor que aun no han sido autorizados por el decreto de discernimiento son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al menor». Es más conforme con los principios declarar nulos los actos practicados por el que no era tutor, y sólo ratificar aquéllos cuya demora hubiera perjudicado al menor, y no aprobarlo dejándole el derecho de anular los perjudiciales, obligándolo á una demostración muchas veces difícil.—Comp. arts. 399, 417, 457, 1916, 1969 y 1979.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 407.*—Procede la reivindicación de los bienes de menores, aun vendidos por el juez en juicio ejecutivo, si el nombramiento del tutor especial que intervenía adolecía de nulidad.—Jur. Civ., XIV, 236, Sér. 1<sup>a</sup>.

¿Será necesario demostrar el perjuicio para anular tales actos? ¿Es el mismo tutor u otro que se nombre el que debe pedir la nulidad? Para evitar cuestiones bastará que el tutor haga presente al juez y al Ministerio de Menores, cuáles son los actos realizados antes, solicitando su aprobación en el momento del discernimiento; pero si no lo hiciere, podrá él o el Ministerio pedir la nulidad de los actos, demostrando el perjuicio. El tutor será en todo caso responsable al otro contratante del perjuicio recibido por la anulación.

El tutor no presta garantía alguna, porque la ley ha preferido limitar la autoridad sujetando los actos de cierta importancia al control del juez y del Ministerio, previniendo los perjuicios antes de facultarlo para obrar plenamente, bajo las garantías de la antigua legislación, pero habría sido mejor combinar los dos sistemas.

---



## TÍTULO X

### DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA

#### § 141. — DE LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR

En la legislación romana el tutor completaba la personería del menor adulto, sin excluir su intervención, pero en la moderna, para facilitar la gestión de los negocios del menor, ó considerando que su intervención no sería eficaz, se ha creído consultar mejor sus intereses dando al tutor mayores facultades y en este sentido dice el Código, *el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles; gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad (art. 411)*. Pero, esta

---

(Art. 411.) Respecto de los bienes gestiona y administra sólo, procediendo á nombre del menor y no tiene importancia la falta de mención de que los bienes pertenecen á su pupilo, sino con relación á los terceros y á la responsabilidad contraída para con ellos; así, si los terceros no han exigido título para el arrendamiento de una propiedad raíz y si el tutor excediera del término de 5 años (art. 443, n° 10), el contrato será nulo por el exceso; pero el tutor pagará los daños y perjuicios causados. En este sentido no puede perjudicar al menor la falta de enunciación de su nombre, aunque habría sido prudente exigirlo para evitar engaños. En cuanto á los actos que no se refieren á la administración, como la aceptación ó rechazo de la legitimación (art. 320); contratos locando sus servicios (arts. 280 y 430), ó asuntos que son personalísimos al menor, como casarse, hacer testamento ó reconocer hijos naturales, art. 286 etc.; el tutor no hace sino completar en algunos la persona del menor, en los demás éste procede solo y sin autorización. El Código de Chile, art. 390, hace la diferencia, cuando el tutor *representa ó autoriza* al menor, como lo hacemos notar.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 450. DEMOLOMBE, VII, n° 528 y 790 y sig. y nuestros arts. 57, n° 2 y 3, 274, 380, 414 y 1870 n° 1.

El tutor es un mandatario al que debe aplicarse las reglas del mandato en cuanto sea compatible con la institución de la tutela, ¿Puede el tutor nombrar apoderados que lo representen? No hay inconveniente y sobre todo puede hacerlo en los negocios judiciales. En





regla no es absoluta, pues hay actos que el menor adulto debe ejecutar personalmente y necesita plena libertad.

Así, se exceptúan los que son personalísimos, como el de contraer matrimonio, pues si bien necesita de la autoridad del tutor, el acto debe ser ejecutado por el menor; para hacer testamento, cuando ha llegado á los 18 años; para reconocer hijos naturales, así como todos los actos referentes al servicio de la guardia nacional.

Se deben exceptuar igualmente en materia judicial, la demanda sobre rendición de cuentas contra el tutor, que puede hacer el menor adulto, cuando hubiere sospechas de mala administración, y la acción que puede deducir contra el tutor por malos tratamientos, ó cuando fuese acusado criminal ó correccionalmente, pues el menor debe elegir defensor y responder con su persona.

En la acción civil de daños y perjuicios provenientes de delitos cometidos por el menor, el tutor debe representarlo. En lo relativo á la demanda de divorcio, siendo una acción personal del menor no necesita de autorización alguna, pero no lo eximirá de ser asistido en el juicio por un tutor especial.

#### § 142.—DE LA ÉPOCA EN QUE COMIENZA LA TUTELA

Ocurrido el fallecimiento del padre del menor, se procederá á conocer las últimas voluntades contenidas en el testamento,

cuanto á los de mera administración, como cobro de arrendamientos y contratos relativos, puede igualmente hacerlo, porque la ley no le obliga á ejecutar personalmente acto alguno. La comisión que se le acuerda es por velar sobre la persona é interés del menor; pero si él personalmente los ejecutara no puede cobrar aparte ese trabajo.—Comp. DEMOLMBE, VII, 606 y sig.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 411.*—LL. 15 y 17, Tit. 16. Part. 6.—LL. 2 y 3, Tit. 7, Lib. 3, F. R.—LL. 12, 30 y 33, Lib. 26. Dig.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 411.—El tutor carece de facultad para reconocer deudas del causante, y en consecuencia, el juez puede obligar al acreedor á su justificación, no obstante la existencia de ese reconocimiento y la conformidad del Asesor de menores.—Jur. Civ., XIV, 220, Sér. 4.



haciendo notificar judicial ó extrajudicialmente al que hubiera sido designado como tutor testamentario, cuya responsabilidad no comenzará, sino después de haber sido confirmado por el juez y puesto en posesión de los bienes.

Antes del discernimiento, el tutor no puede realizar acto alguno, ni entrar en posesión de los bienes del menor sin haber hecho inventario. La responsabilidad del tutor comienza respecto de la persona del menor, desde el discernimiento y posesión del cargo, y con relación á los bienes, desde que fué puesto en posesión, previo inventario y avalúo.

*La administración de la tutela, discernida por los jueces de la República, será regida solamente por las leyes de este Código, si en la República existiesen los bienes del pupilo (art. 409), pero si el pupilo tuviese bienes muebles ó inmuebles fuera de la República,*

---

(Art. 409.) Por el art. 402, se autoriza á los jueces de la residencia de la madre, cuando falleciere en la República, para discernir el cargo de tutor á fin de no dejar desamparado al menor, aunque la madre tuviere su domicilio fuera de la República, y debemos tener en cuenta esta disposición, para armonizarla con la presente. Ambas disposiciones son tomadas de Freitas, arts. 1688 y 1706, y concordándolas este autor agrega en la última: «que serán regidas por las leyes del imperio si existiesen en él *todos los bienes del pupilo y si éste tuviere su domicilio en el imperio*», porque si la mayor parte de los bienes estuvieren en el extranjero, donde ha estado domiciliada la madre al tiempo de su fallecimiento no se aplicaría el principio, que no debe regir sino para los menores cuyos padres tenían su domicilio en la República al tiempo de la muerte ó de constituirse la tutela. Las leyes nacionales no tienen aplicación en territorio extranjero sino por convenciones diplomáticas.

Cuando parte de los bienes estuvieren situados en la nación y parte en el extranjero, éstos serán regidos en cuanto á su administración, enajenación y traspaso con arreglo á las leyes de su situación. Respecto de la capacidad de obrar de las personas, nuestro Código admite la aplicación de las leyes extranjeras, y muchas naciones, armonizando sus legislaciones las admiten igualmente; en ese caso el tutor autorizado por el juez de la tutela, puede ordenar la venta de esos bienes en remate público, haciendo que los dineros se envíen al Banco Nacional á nombre de los menores. Si los padres de los menores no estu-

la administración de tales bienes y su enajenación será regida por las leyes del país donde se hallaren (**art. 410**), porque la fuerza obligatoria de una ley no puede pasar del territorio de la nación que la dicta, á menos de convenciones diplomáticas.

§ 143.—DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS PARA EJERCER LA TUTELA

*El juez, discernida la tutela, debe señalar, según la naturaleza y situación de los bienes del menor, el tiempo en que el tutor debe hacer el inventario judicial de ellos. Mientras el inventario no esté hecho, el tutor no podrá tomar más medidas sobre los bienes, que las que sean de toda necesidad (art. 417).* El plazo podrá prorrogarse.

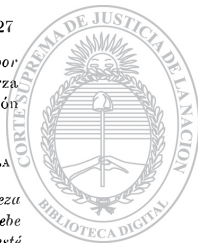
vieren domiciliados en la nación al tiempo de morir, el juez de la tutela será el del domicilio; pero los bienes situados en la Argentina no serán enajenados sino con arreglo á sus propias leyes.—Véase FREITAS, art. 1706.

(**Art. 410.**) Los bienes situados en territorio extranjero son regidos por la ley del lugar en que están situados; éste es el principio general; pero nuestro Código ha suprimido la última parte del art. 1707, de Freitas, que prevé un caso posible; si esas leyes permiten la aplicación de las leyes de nuestro país ¿serán regidos siempre por leyes extranjeras? No ha sido ésa la mente del legislador, que sólo se ha detenido ante la imposibilidad de hacer prevalecer nuestras leyes, así, cuando los bienes estuvieren situados en el extranjero serán regidos por la ley de su situación, *si esas leyes no admitieran que sean regidas por las leyes de este Código*. La situación de los bienes del pupilo no tiene influencia alguna para determinar la competencia del juez del discernimiento, que es el del domicilio de los padres á su fallecimiento, ó el que tenían al constituirse la tutela.—Véase FREITAS, art. 1707 y nuestros arts. 6, 7, 8 y 10.

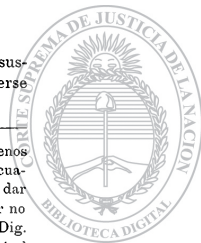
(**Art. 417.**) El Código no fija plazo, como lo hacen algunos, para hacer el inventario, pues, convendría hacerlo según la situación é importancia de los bienes, y si el término no fuera bastante debería prorrogarse. El Código de Procedimientos establece la forma de hacerse el inventario. Las leyes romanas ordenaban se hiciera una descripción

---

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 409.*—El juez de la tutela no puede renunciar garantías establecidas en favor de un menor contra la voluntad del representante legal de éste.—Jur. Civ., I, 44. Sér. 1ª.







según las circunstancias á solicitud del tutor, ó quedará en suspenso si por acontecimientos imprevistos no pudiera hacerse el inventario.

de los bienes, á fin de que no pudieran sustituirse por otros de menos valor, sobre todo cuando se tratase de alhajas ó joyas preciosas, cuadros de valor ú obras de arte. Y la falta de estos detalles puede dar ocasión á sospecha y ser causa de remoción, á menos que el tutor no presente buenas razones para no haberlo hecho, l. 7, tit. 7, lib. 26. Dig. Si en el inventario se hubiera cometido algún error, ¿se admitirá al tutor la prueba? La ley 13, tit. 51, lib. 5, Código Romano lo negaba diciendo: «no hay hombre tan simple ni tan loco que pueda permitir que en un inventario público se haga tal cosa (aumentar la fortuna del menor) contra la verdad y contra sí mismo».

Sin embargo, dependerá de la naturaleza del error y demás circunstancias de cada caso, y para nosotros queda reducida á una cuestión de hecho. La obligación de hacer inventario antes de entrar en la posesión de los bienes, no puede ser dispensada ni por el testador ni por el juez, y si por cualquier causa el tutor entrara en posesión sin hacerlo, sería removido de la tutela. Mientras no entre en posesión de los bienes después del inventario, el tutor no puede tomar medida alguna; se exceptúan aquéllas de absoluta necesidad, y que de no tomarlas perjudicarían al menor; se reducirá pues á las de mera conservación. Cuando el tutor reemplaza á otro, debe hacer nuevo inventario, porque la rendición de cuentas no es suficiente para determinar los bienes que han desaparecido, ni los adquiridos nuevamente, ni el estado en que se encuentren. La excepción del art. 403, supone que se hizo inventario, á requisición del Ministerio público ó del tutor provisorio, como dice Freitas en el art. 1704. Cuando el tutor entrara en posesión de los bienes sin hacer inventario, además de la remoción en que habría incurrido, el menor ó su representante tendrán derecho para valerse de todos los medios de prueba, y aun del juramento respecto de los bienes que faltaren, como en el caso del art. 461. Si el tutor no se hiciera cargo de los bienes del menor por cualquier causa y hubiere ejecutado algunos actos, será considerado como gestor de negocios y sus relaciones de derecho serán juzgadas con arreglo al título de la gestión de negocios.—Comp. GOYENA, art. 224. Cód. FRANCÉS, art. 451. Cód. DE NÁPOLES, art. 374. Cód. LUISIANA, art. 329. Cód. DE HOLANDA, art. 444, y l. l. 24, tit. 27, lib. 5, Cód. ROMANO y 7, tit. 7, lib. 26, Dig. y nuestros arts. 457, n° 2 y 3366.



*Cualesquiera que sean las disposiciones del testamento en que el menor hubiese sido instituido heredero, el tutor no puede ser eximido de hacer el inventario judicial (art. 418), y si el testador lo hubiese impuesto como una condición esencial para heredarlo, se tendrá por no puesta, sin que afecte la disposición.*

En cuanto á la facción del inventario se estará á lo que dispongan las leyes de procedimiento; porque corresponde á la ley de forma; no obstante el Código ordena, que *para la facción del inventario el juez debe acompañar al tutor con uno ó más parientes del menor, á otras personas que tuviesen conocimiento de los negocios ó de los bienes del que lo hubiese instituido por heredero (art. 422).*

(Art. 418.) La disposición por su generalidad abraza no sólo el caso en que los padres nombren tutor á sus hijos, art. 385, sino cuando los extraños instituyan por herederos á los menores. Es una cláusula que no anula la obligación y sólo se considera como no escrita. En la jurisprudencia francesa se ha debatido si podía dispensarse de la obligación y decidiendo esa cuestión nuestro Código ha ordenado, que nadie debe ser eximido de la obligación de hacer inventario; es por cierto una garantía sin valor para el menor en lo tocante á sus bienes muebles, que pueden ser enajenados por el tutor contra la prohibición de la ley, sin permiso del juez, perjudicando á su pupilo. En el derecho romano se permitía en ciertos casos que el testador pudiera eximir al tutor de hacer inventario, l. l. 13, § 1, tit. 51, lib. 5 y 2, tit. 50, lib. 5 y 2, tit. 34, lib. 10. Código Romano.—Comp. TULLIER, II, 1198. DURANTON, III, 538. MARCADE, al art. 451, sostiene la opinión contraria y nuestros arts. 385 y 459.

El art. 3515, autoriza á los padres para nombrar tutores y hacer inventario privadamente, y no está en oposición al presente, porque no se les exime de hacer el inventario; ese inventario debe ser aprobado por el juez.

(Art. 422.) La facción de inventario, si bien pertenece á las leyes de fondo, en cuanto trata de la constitución del acto mismo, corresponde también á las de forma, en cuanto determina la manera de proceder en juicio. Así el Código Civil dice: el juez debe acompañar

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 417 y 418.*—L. 15, Tit. 16, Part. 6.<sup>a</sup>—L. 24, Tit. 37, Lib. 5, Cód. Rom.—L. 7, Tit. 7, Lib. 26, Dig.—Cód. Francés, art. 451.—Cód. Holandés, art. 444.—Cód. Sardo, art. 316, Zacharie, § 21.

Si al hacerse el inventario *el tutor tuviese algún crédito pequeño contra el menor, deberá asentarlo en el inventario; y si no lo hiciese, no podrá reclamarlo en adelante, á menos que al tiempo del inventario hubiese ignorado la deuda á su favor (art. 419);* pero si el crédito fuese de consideración no podrá ser tutor se-

al tutor; y el art. 648 del Código de Procedimientos: el inventario judicial se hará dando comisión al escribano actuario ú otro en su lugar, sin perjuicio de concurrir el juez, si lo encontrare convenienie, y como el juicio de rendición de cuentas y el mismo inventario es un procedimiento, debemos someternos á lo que establezcan las leyes de proceso. No será causa de nulidad del inventario el no haberse citado á los parientes del pupilo ó demás personas que conocieran los negocios, aunque es de grande utilidad esta ayuda: porque en cualquier tiempo pueden hacerse las denuncias sobre lo que no se hubiera inventariado. —Comp. Cód. DEL URUGUAY, art. 326.

(Art. 419.) El inventario no sólo debe contener el detalle y descripción de los bienes, sino de todas las deudas del menor, ó de la sucesión que ha aceptado; pero en nada puede perjudicar á los acreedores cuyos créditos no se hayan hecho constar en el inventario. El tutor debe manifestar al comenzar el inventario, si es acreedor del menor y la suma porque lo es; esta precaución se debe tomar siempre al principio para impedir, que una vez realizado, si por un descuido no se encontrase el recibo de lo que se le hubiere debido, volviera á cobrarlo. Se trata, pues, de acreencias anteriores al inventario, no las que pueda tener después. Si el tutor no estuviera presente cuando se hizo el inventario, debe hacer la declaración de la acreencia, so pena de no poder cobrarla, á menos de demostrar que ignoraba su existencia, como si le hubiere sido legada por otro, ó cuando el mismo sucediera á otro, sin haber hecho inventario de esa sucesión donde constare la acreencia. No hay presunción de mala fe como algunos creen, cuando el tutor cobrara un crédito en su favor no inventariado; eso dependerá de la prueba dada en el juicio, que se seguirá con un tutor especial; si el tutor fuera condenado como litigante de mala fe, sería causa bastante de remoción. La ley habla sólo de las acreencias, pero no de las deudas y recuérdese que no pueden ser tutores los deudores ó acreedores del menor por cantidades considerables, aunque esta disposición debería modificarse, cuando los padres sabían que lo eran y á pesar de eso lo hubieran nombrado, como lo dijimos en el art. 398, n° 11. La novela 72, cap. IV, dice: si algún curador ha ocultado, cuando fué



gun el caso. La apreciación de la cantidad por que el tutor sea acreedor del menor en el momento de discernirle el cargo ó de hacer el inventario queda al prudente arbitrio de los magistrados, quienes tendrán en cuenta la importancia de los bienes del menor.

*Los bienes que en adelante adquiriese el menor por sucesión á otro título, deberá inventariarlos con las mismas solemnidades (art. 420), siendo personalmente responsable de la inobservancia de esta formalidad.*

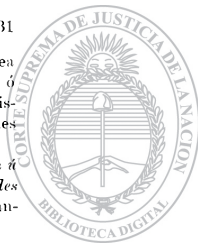
nombrado, que era acreedor del menor, que sepa que pierde toda acción aunque sea legítima.

Si el tutor se limitara á declarar que es acreedor del menor, sin poder precisar la suma, porque tuviere una cuenta corriente, ó no tuviera en su poder los documentos, no habría lugar á declarar extinguida esa acreencia, si la demostrara debidamente. Si el tutor tuviera algún crédito contra el menor, dice el artículo, deberá asentarlo en el inventario; pero el mandato no es absoluto para que se fije la cantidad que puede no ser líquida. Serán cuestiones de hecho en que se demostrará la buena fe y la imposibilidad de fijar cantidad: de todos modos, la demostración posterior se hará en juicio, con la asistencia de un tutor especial.—Véase DEMOLOMBE, VII, 561. TOULLIER, II, 1194. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIE, § 219, nota 11.

Cuando el tutor hubiera ignorado la existencia de su crédito, éste se prescribirá como las demás acciones ordinarias de los terceros en el mismo caso, á diferencia que tratándose de acreencias contra el menor adquiridas durante el ejercicio de la tutela, no corre la prescripción ni en favor ni en su contra, art. 3973 y su nota. Es evidente que la sola declaración del tutor, no sería bastante para constituirle un título de su acreencia.

(Art. 420.) El tutor tiene las mismas obligaciones respecto de estos bienes que sobre los otros del menor, y no debe entrar en posesión de ellos mientras no haya hecho inventario, á menos de evidente necesidad para evitar perjuicios á su pupilo. El inventario que se hiciere debe agregarse al anterior, á fin de conocer cuáles son las obligaciones con respecto al pupilo.—Comp. CÓD. DE CHILE, art. 383. GOYENA, art. 226. FREITAS, art. 1758, n° 2.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 419.—Cód. Francés, art. 451.—Nov. 72 cap. 4.—Zacharie, § 219.*





*Si el tutor entrase en lugar de un tutor anterior, debe inmediatamente pedir á su predecesor ó á sus herederos, la rendición judicial de las cuentas de la tutela, y la posesión de los bienes del menor (art. 421), puede exigir el inventario de los bienes ó recibirlos por el inventario anterior, siendo de su exclusiva responsabilidad sino existieran todos los bienes. Sería siempre con-*

(Art. 421.) Tampoco hay un plazo determinado é improrrogable para pedir judicialmente cuenta, y según las circunstancias de cada caso se variará el plazo; así la expresión *inmediatamente*, se debe interpretar con estas restricciones. Sea cualquiera la causa porque haya cesado el tutor anterior, por muerte, remoción ó renuncia aceptada y, el nombrado no debe entrar en posesión sin previo inventario, so pena de suponer que son los mismos bienes, que se encontraban en el mismo estado de cuando fueron recibidos por el tutor anterior; esto con relación al pupilo, sin perjuicio de demostrar al tutor cesante ó á sus herederos, y hacerlo responsable por las diferencias ó desmejoras que hubiere en los bienes entregados. No pensamos como algunos, que bastará el inventario anterior, porque los bienes han podido aumentarse por adquisiciones sucesivas hechas con el sobrante de la renta, ó por el aumento vegetativo que hayan tenido, como si consistiesen en ganados. Así, el nuevo tutor debe recibirse de los bienes por inventario como en los casos del art. 408. Si el tutor entrara en posesión sin hacer nuevo inventario, incurre en la falta del art. 457, n° 2, y podría ser removido de la tutela; porque no puede entrar á ejercer el cargo, sino después de haber hecho inventario judicial, art. 408 y su com. Goyena, art. 259, hace responsable al segundo tutor de los perjuicios causados al menor por no haber pedido cuentas á su antecesor, como si por tardanza ó negligencia cayere el anterior ó sus herederos, en estado de insolvencia; nos parece demasiado absoluta esta opinión, pues la ley 1, tit. 3, lib. 27, Dig., somete á la rendición de cuentas lo que hubiere hecho mal, á propósito, ó dejado de hacer, haciéndolo responsable de su mala fe, ó de su falta; demostrando así que son cuestiones de hecho. El art. 389 del Código Chileno establece, que el nuevo tutor recibirá los bienes por el inventario anterior *anotando en él las diferencias*; y con las mismas solemnidades del anterior; es sin duda una precaución útil para facilitar la rendición de cuentas; pero no es necesaria, porque el nuevo tutor hará la comparación de los inventarios al pedir la rendición de cuentas.—Comp. GOYENA, art. 259. Cód. de Chile, art. 389. FREITAS, art. 1796, n° 1, y l. l. 1 y 9, § 1, 2 y 3, tit. 3, lib. 27, Dig.

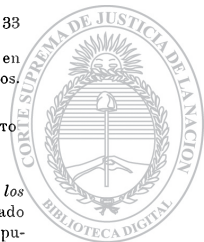
veniente la facción de inventario cuando hubiera alteración en los bienes del menor, y el juez debería ordenarlo según los casos.

§ 144.—DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL TUTOR RESPECTO  
Á LA PERSONA DEL MENOR

El tutor *debe tener en la educación y alimentos del menor los cuidados de un padre* (art. 412, 1ª. parte), pero no está obligado á costearla de su propio peculio, ni á tenerlo en su casa, pudiendo colocarlo en otra parte para que aprenda una profesión ú oficio y le den los alimentos.

El tutor *debe procurar el establecimiento del menor á la edad correspondiente, según la posición y fortuna de este, sea destinándolo á la carrera de las letras, ó colocándolo en una casa de comercio, ó haciéndolo aprender algún oficio* (art. 412, 2ª. parte),

(Art. 412.) El Código habla de la educación del menor sin dar reglas para que el tutor cumpla con este deber, sobre todo tratándose de la educación religiosa, y el Ministerio de Menores y el juez deberán entender en cualquier caso á este respecto. En general los tutores no deben intervenir en los casos de conciencia, y criarán á los menores en la religión de sus padres, sin tener facultad para cambiarla; pero cuando el padre ha sido libre pensador ó materialista é impulsiera en su testamento que no se diera religión alguna á sus hijos, sería muy controvertido este derecho. En mi opinión, el padre puede determinar la religión en que deben educarse sus hijos, ó no dársela; pero no puede imponer en su testamento que no se le enseñe religión, y no es porque crea que una religión sea necesaria al ser racional en determinadas condiciones de ilustración y de preparación, pues se puede ser buen ciudadano y buen padre de familia sin tenerla, sino porque es una gravísima responsabilidad el educar á una criatura sin creencia alguna. Si los padres fueran de diversa religión, se debe dar preferencia á la del último que falleció, si en esa era educado el menor: si uno de los padres profesara el culto católico, se debe dar preferencia y educarlo en él, porque es el culto de la inmensa mayoría de los argentinos, y el que sostiene el estado; otra cosa decidiríamos si el menor fuera extranjero, debiendo educarse en el culto de sus padres, que fuera seguido por la mayoría de la nación á que pertenece. En general, el menor debe seguir la religión del padre, cuya autoridad se impone en la





consultando sus inclinaciones naturales ó haciéndolo seguir la profesión ú oficio de su padre. Aunque el menor tenga fortuna se le debe dar una instrucción conveniente á la posesión que debe ocupar, pero no estará obligado á seguir una carrera determinada, si hubiera resistencia por su parte.

El tutor ejerce una verdadera potestad, y *el menor debe á su tutor el mismo respeto y obediencia que á sus padres (art. 415)*, teniendo facultad para corregirlo y solicitar de los jueces, en casos determinados, que los detengan en algún establecimiento correccional por un mes; pero estos pueden negarse, á diferencia de que cuando son los padres, deben siempre prestarle su autoridad sin solicitar explicación alguna.

*Si los tutores excediesen los poderes de su mandato, ó abusasen*

familia. El tutor no tiene la autoridad del padre para hacer seguir al menor la carrera, profesión ú oficio que quiera, debe consultar la voluntad del menor, en cuanto sea compatible con la dirección de su educación, teniendo presente su posición y fortuna.—Véase art. 265, y com. y arts. 430 y 1625. Massé y Verger sobre Zachariæ, § 220 nota 5, agregan, sea poniéndolo en aptitud de ejercer una profesión liberal ó de llenar funciones públicas.

(**Art. 415.**) El tutor tiene la facultad de corregir á los pupilos como los padres pudieran hacerlo con su hijo, y aun pueden hacerlos detener en un establecimiento correccional por un término que no pase de un mes, con esta diferencia: los padres no deben estar obligados á manifestar las causas porque los hacen detener, pero sí los tutores, quienes deben exponerlas para que el juez juzgue sobre la gravedad de la falta.—Véase com. al art. 278. La educación de un menor no sería posible si el tutor no tuviera facultades para obligarlo á obedecer.—Comp. Goyena, art. 219. Cód. Austriaco, art. 217. Cód. Sardo, art. 314.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 412.*—Proem. al Tít. 16, Part. 6ª.—L. 9, de dicho Tít.—Zachariæ, § 220.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 412.—El tutor del menor natural, es el único que tiene personería en el expediente para asegurar los alimentos del menor.—Jur. Civ., VII. 339, Sér. 2ª.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 415.*—L. 5, Tít. 14, Part 7ª.—Cód. de Prusia, art. 231.—Cód. Austriaco, art. 217.—Cód. Sardo, art. 314.



*de ellos en daño de la persona ó bienes del pupilo, este, sus parientes, el Ministerio de Menores ó la autoridad policial, pueden reclamar del juez de la tutela las providencias que fuesen necesarias (art. 414).* Lo mismo sucedería en caso les dieran malos ejemplos ó les enseñaran preceptos inmorales.

*El menor debe ser educado y alimentado con arreglo á su clase y facultades (art. 416),* y el tutor, con autorización judicial, puede colocarlo en aprendizaje de un oficio cuando no tuviese bienes propios; pero, *no podrá mandar á los pupilos fuera de la*

(**Art. 414.**) Debe hacerse la distinción entre el abuso del tutor respecto de sus poderes, del que se relaciona con la persona del menor, por malos tratamientos, malos ejemplos, etc.; en estos últimos pueden intervenir los parientes del menor, el Ministerio Pupilar y aun la autoridad policial, reclamando del juez de la tutela las medidas necesarias para hacerlos cesar, y en esos casos cualquier juez puede intervenir, dando cuenta al de la tutela para los casos de remoción y responsabilidad, y con mayor razón si el menor estuviera en otra jurisdicción aunque en la misma Provincia. Cuando se trate de los bienes y de su mala administración, sólo el mayor de 18 años ó el Ministerio de Menores en cualquier caso, pueden exponer al juez los motivos que tuvieran y exigir la rendición de cuentas. — Véase FREITAS, art. 1711. — Comp. arts. 381, 400 y 459.

(**Art. 416.**) La ley 3, tit. 2, lib. 27. Dig. ordenaba que el pretor fijase los gastos del pupilo, debiendo tener en cuenta sus bienes, usando de tal moderación que no consuma toda su renta. El juez tiene dos elementos para designar la suma que debe gastar el pupilo: 1º, la fortuna ó los bienes que tenga, así como la renta: 2º, la clase á que pertenezca el menor, según la posición de sus padres, debiendo sacrificar esta en caso de necesidad, antes de invertir todo su caudal en conservarla. Con respecto á la educación se debe propender á que siga la carrera de su padre, sin contrariar las inclinaciones del menor por cualquier otra carrera análoga. La prudencia y moderación aconsejarán al tutor y al juez á tomar las medidas necesarias para que el menor sea educado como lo habría sido viviendo su padre. — Comp. GOYENA, art. 220. Cód. DEL URUGUAY, art. 337 y nuestros arts. 427, 430 y 453.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 416.* — L. 20, Tít. 16, Part. 4º. — L. 3, Tít. 2, Lib. 27, Dig. — Cód. Francés, art. 451. — Cód. Sardo, art. 328. — Cód. de Luisiana, art. 313.





*República á á otra provincia, ni llevarlos consigo sin autorización del juez (art. 432), lo que implica la facultad del tutor para mandarlos á cualquier lugar en la misma provincia si lo juzga conveniente, aunque sea fuera de la jurisdicción del juez de la tutela.*

El tutor desempeña una carga pública, presta un servicio al menor y á la sociedad en que vive, y debe tener cierta latitud en sus facultades para ejercerlas con provecho; representa al padre, y tiene un puesto de gran confianza. Pero, como no puede libertarse de las responsabilidades personales que ha contraído, no debe sustraerse á ellas cambiando de domicilio al extranjero, y por esa razón *no podrá salir de la República sin comunicar previamente su resolución al juez de la tutela, á fin de*

---

(Art. 432.) Esto no quiere decir, como algunos han creído, que no pueda cambiar de domicilio en la misma provincia, saliendo de la jurisdicción del juez de la tutela; semejante prohibición no se encuentra en parte alguna del Código. ¿Será causa de remoción de la tutela la contravención á la prohibición? ¿No podrá ni llevarlos de paseo al extranjero? Son cuestiones de hecho, sobre las cuales no se puede exigir una regla invariable. No debemos llevar la estrictez en la aplicación á un extremo ridículo; supóngase que el menor está convaleciente y necesita del aire de la montaña ó del mar, y se lo lleva á Córdoba ó de allí lo trae á Mar del Plata, sin permiso del juez, hasta su completo restablecimiento. ¿Habrà obrado mal el tutor y merecerá ser removido? Lo que la ley quiere es que el tutor no sustraiga al pupilo de la vigilancia que puede ejercer el Ministerio de Menores, y el juez exponiéndolo á no ser tratado, como tiene obligación de hacerlo; pero todo lo que hiciere en el sentido de cuidarlo y de educarlo, debe ser causa de agradecimiento en vez de remoción. Supóngase que el tutor lleva al menor en un viaje de instrucción y de placer á Europa sin que haya gastado un peso de la renta de este. ¿Sería removido porque no pidió permiso al juez? Pudiera suceder en raros casos que haya un daño, como si no gozare de buena salud ó cosa semejante; pero en general será un beneficio. —Comp. arts. 405 y 483.

---

*Faltos de la Crón. de Apel. de la Cap.*.—Aplicación del art. 432.—El depositario judicial no puede sacar los menores de la jurisdicción del juzgado.—Jur Civ., XIII, 21, Sér. 3ª.

*que este delibere sobre la continuación de la tutela, ó nombramiento de otro tutor (art. 431).* No se trata de ausencia momentánea, que en nada perjudicaría al menor ó á sus bienes, sino de aquella en que se cambia de domicilio.

El tutor dará autorización al menor adulto para contraer matrimonio y estará obligado á oponerse, cuando la persona con quien quisiera casarse se encontrase en alguno de los casos del art. 24 de la ley del matrimonio civil.

*El tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de diez años que habiten con él (art. 433).* siempre que hubieran podido impedirlo.

(Art. 431.) No se trata de ausencias momentáneas, que no dan lugar al cambio de tutela y no influyen en la marcha de la administración de los bienes y educación del menor. Son igualmente cuestiones de hecho que los jueces resolverán según cada caso especial. Supóngase, que el pupilo estuviera interno en un colegio, y los bienes consistieran en propiedades cuyas rentas se cobran mensual ó anualmente. ¿En qué puede perjudicarse el menor, porque el tutor vaya á Montevideo? ¿Bastará esto para privarle de la tutela? ¿Y si deja al menor con su mujer é hijos, recibiendo los mismos cuidados? Por eso decimos, son cuestiones de hecho. Esta restricción tomada de Freitas, art. 1717, n° 5, se debe limitar á los casos en que el menor reciba perjuicios con la ausencia de su tutor, sin que esto importe, como algunos lo han creído el imponerle la obligación de desempeñar personalmente la administración. Nadie puede exigir semejante cosa, sin coartar el más elemental de los derechos: el de confiar á otro una tarea que no exige una ejecución personal. ¿Por qué el mismo tutor cobraría la renta? ¿Por qué él personalmente haría los contratos de arrendamientos de los bienes del menor? Lo que no puede es delegar la tutela y nombrar un mandatario para ejercerla en su nombre; pues es un cargo personal. Hay casos en que la administración de ciertos bienes deberá confiarse necesariamente á otros, cuando no estuvieren en el lugar donde la tutela se ejerza.—Véase FREITAS, art. cit.

(Art. 433.) Freitas, art. 1717, n° 7, sólo extiende la responsabilidad del tutor á los daños causados por los menores de siete años y esto es lo justo; pero nuestro Código determina 10 años repitiendo la disposición el art. 921, y así debemos considerarlo. No responderá el tutor, cuando no ha tenido culpa ó cuando le hubiera sido imposible evitarlo.





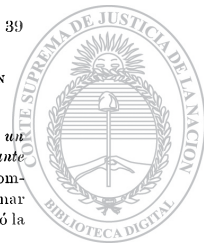
El tutor no podrá locar los servicios de los menores adultos sin su consentimiento, y *si los pupilos indigentes no tuviesen parientes, ó estos no se hallasen en circunstancias de darles alimentos, el tutor, con autorización del juez, puede ponerlos en otra casa, ó contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos (art. 430).*

La administración de los hospicios de niños expósitos, que ejercen la tutela sobre ellos, pueden colocarlos en las casas de familia ó en establecimientos, haciendo los arreglos que juzguen conveniente, bajo la vigilancia del Ministerio Pupilar.

El artículo se refiere á los hechos ilícitos ejecutados por el menor, pues de los lícitos no respondería sino por el provecho obtenido y con el mismo provecho. Así, un menor de 10 años que tomando dinero de su tutor compra un reloj y lo destruye en seguida, el tutor puede reclamar el dinero devolviendo el reloj descompuesto, sin pagar perjuicio alguno, ó si lo cambió en seguida por otro objeto que conserva, entregará ese objeto, pues no debe enriquecerse á costa de otro. Esta es la diferencia que existe entre los actos lícitos é ilícitos ejecutados por el menor. Si por la libertad que le da el tutor, el pupilo rompe algún objeto de valor de propiedad de un tercero, el tutor deberá pagarlo de su propio peculio, sin poder repetir esa cantidad en la rendición de cuentas.—Comp. arts. 273, 907, 921 y 1076.

Sobre la responsabilidad que les exime de toda indemnización véase lo dicho en el art. 1116.

(**Art. 430.**) Los padres necesitaban el consentimiento de los hijos adultos para locar sus servicios (art. 240), porque no deben liberarse de la obligación de alimentarlos y educarlos entregándolos á otras personas; pero esta restricción, impuesta como regla general, no puede regir para los casos de indigencia, cuando no tienen quien les dé alimentos, y entonces sin necesidad de consentimiento y aun contra su voluntad, pueden hacerlo. La restricción no rige para el tutor dativo, que con autorización judicial puede colocar al menor indigente sin tomarle su consentimiento. Freitas, autoriza para colocarlos en establecimientos de pública beneficencia. Para estas colocaciones se debe tener en cuenta la edad del menor, su calidad y vocación natural, tratando de hacerlo seguir el oficio ó profesión á que más se sienta inclinado. —Véase FREITAS. 1717, n.º 4.



§ 145.—DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL TUTOR CON  
RELACION A LOS BIENES DEL MENOR

*El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes (art. 413) comprendiéndose entre los perjuicios los que pudiera ocasionar por la falta de inventario y tasación, ó la demora en hacerlo, ó la toma de posesión de dichos bienes sin haberlo practicado.*

*Si hubiese sobrante en las rentas del pupilo, el tutor deberá colocarlo á interés en los bancos ó en rentas públicas, ó adquirir bienes raíces con conocimiento y aprobación del juez de la tutela (art. 424).*

(Art. 413.) El tutor reemplaza al padre en el cuidado y educación del menor, así como respecto de la administración de los bienes, y teniendo en cuenta que ha aceptado una carga pública que no ha podido rehusar, no debe ser juzgado como un mandatario ordinario. El principio de la responsabilidad no puede ser aplicado, ni con demasiado rigor, ni con demasiada indulgencia, y se debe tener todos los miramientos compatibles con la función que desempeña, dándole cierta libertad de acción, necesaria para llenar su misión. Así, no creo que deberá intereses en el caso del art. 424, cuando dejó de colocar los sobrantes de las rentas, como sucede con el mandato ordinario art. 1913. La culpa ó falta para hacerlo responsable del perjuicio se regula por el art. 512.—Véase su com.—Comp. arts. 421, 461 y 901.—Comp. l. 5, tit. 7, lib. 26. Dig.

(Art. 424.) Algunos autores sostienen la opinión de que el tutor deberá los intereses de las sumas no empleadas desde que las recibió; pero como no es un mandatario ordinario, debe dársele cierta amplitud. El Código Francés, art. 455, señala el término de seis meses para emplear esos sobrantes, y nuestro Código no determina plazo. Lo natural es que si son de alguna importancia, los tenga en los bancos á interés; pero cantidades pequeñas debe retenerlas en su poder. Para nosotros es cuestión de hechos, y no puede dar lugar á una regla invariable. El juez según los antecedentes apreciará si hubo negligencia

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 413.—L. 94, Tit. 18, Part. 3ª.—L. 15, Tit. 16, Part. 6ª.—L. 23, Tit. 7, Lib. 26. Dig.*



Los depósitos se harán á nombre del menor, así como las inscripciones de la deuda pública. Deberá así mismo *el tutor provocar la venta de la cosa que el menor tuviese en comunidad con otro, como también la división de la herencia en que tuviese alguna parte (art. 436).*

en el tutor, teniendo presente que puede ser causa de remoción en ciertos casos, art. 457, n° 2.—Comp. DEMOLOMBE, VII, 613 y sig.

La ley 7, § 11, tit. 7, lib. 26 Dig., dice: no se exige inmediatamente de los tutores los intereses de las sumas percibidas, se les da dos meses para colocarlas, desde el día que las tomaron. Pero no se concede ese plazo, cuando han empleado en su provecho esos dineros. El Cód. de Chile, art. 406, sólo hace responsable á los tutores, cuando aparezca que el dinero del pupilo estuvo ocioso con utilidad manifiesta del tutor.—Comp. nuestros arts. 425, 1254 y 1913.

(Art. 436.) La obligación como regla general es sólo aceptable suponiendo se decida judicialmente, si es conveniente ó no la comunidad al menor. El juez nada puede hacer de oficio, ni es conveniente dejar sólo en la mano del tutor el juzgar de la oportunidad de pedirla. El tutor pedirá siempre la división, y el juez no la acordará, si la continuación fuera provechosa al menor, ó la concederá si le resulta perjuicio.

El objeto de la ley es poner en conocimiento del juez el asunto, y darle los antecedentes para juzgar sobre la continuación. No hay, pues, incongruencia entre esta disposición y la del art. 438, n° 5, en que el juez puede negarse á la división. Pero en el caso de la ley 14, § 2, tit. 3, lib. 10, Dig., p. e., el tutor no debe pedir la división de la cosa común hasta que no se hubiera concluido el plazo estipulado entre los padres ó causantes del menor y los demás interesados; del mismo mo-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 424.*—L. 21, Tit. 27, Lib. 5, Cód. Rom.—L. 3, Tit. 7, Lib. 26, Dig. Estas leyes señalaban el término de seis meses para la colocación del dinero que hubiese en los bienes del menor, y dos meses para lo que sobraba de las rentas. Lo mismo el Cód. Francés, arts. 455 y 456.—El de Nápoles, arts. 378 y 379.—El Sardo, arts. 329 y 330.—El de LUISIANA, art. 341, cuando la suma llegue á 500 pesos fuertes.—El de Holanda, art. 449, cuando el sobrante llegue á la cuarta parte de las rentas del menor, el empleo debe ser en fondos públicos, en bienes raíces ó á interés sobre hipoteca. Por la Nov., 72, cap. 1, el tutor cumple con guardar bien el dinero del menor, y sólo está obligado á emplearlo cuando todo el patrimonio consista en dinero, ó no tenga el menor otras rentas de que mantenerse.



Como el tutor representa al menor en todos los actos de la vida civil, procediendo solo; puede, obrando dentro de sus atribuciones, arrendar para el menor la casa habitación, comprarle lo necesario para sus alimentos y educación, hacer los gastos de reparación y conservación en los bienes que le pertenezcan, y arrendar los bienes del menor por un término que no pase de cinco años, llevando la condición de que terminará á la mayor edad ó emancipación del pupilo.

El tutor debe cobrar judicial ó extrajudicialmente lo que se debiere al pupilo, haciendo todas las diligencias necesarias para la conservación del patrimonio del menor, manteniendo los muebles é inmuebles en buen estado, asegurándolos contra incendios é interrumpiendo las prescripciones que corriesen contra ellos. Le incumbe igualmente el deber de hacer producir al patrimonio del menor, las rentas que correspondieran con relación á su importancia, manteniendo arrendadas las casas ó campos que poseyera; pero no estará obligado á hacer labrar los campos, ni podrá entrar en empresa alguna por provechosa que fuera.

El tutor debe restringir los gastos del menor dentro de los límites de lo razonable, teniendo en consideración su edad y posición social, y tratando de aumentar el patrimonio cuya administración se le ha confiado.

La expresión de que el tutor debe administrar como buen padre de familia los bienes que se les confían, indica la naturaleza de esta administración, debiendo poner toda la diligencia

---

do debe decidirse cuando varios herederos hayan estipulado que no dividirán la herencia dentro de tal tiempo, y uno de ellos falleciera dejando un menor, deberá entonces respetarse el contrato.—Comp. 444 á 449, 3454 y 3455.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 436.*—Pothier sostiene por una razón jurídica de muy poco peso, que el tutor no puede provocar la división de la cosa que con otro tenga pro-indiviso. Tratado *De las personas*. Part. 1ª, Tít. 16, art. 3., § 2; pero véase l. 2, Tít. 15. Part. 6ª.—l. 14, § 2, y l. 1, Tít. 2, Lib. 10, Dig.—l. 5, Tít. 37, Lib. 3, Cód. Rom.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 436.*—La autorización para la venta particular de bienes de menores, es facultativa de los jueces. Jur. Civ., III, 40, Sér. 4ª.



y cuidado que le fuese posible, y con ese fin una vez entrado en posesión de los bienes debe levantar un estado de todos los gastos anuales, así como de la renta, y el juez determinará lo que el menor debe invertir en sus alimentos y educación. No debe descuidar en hacer el depósito de los sobrantes de las rentas, pidiendo autorización al juez para invertir las en rentas públicas ó bienes inmuebles.

*Los bienes muebles serán prontamente vendidos, exceptuándose: 1º, los que fueren de oro ó plata, ó joyas preciosas; 2º, los que fuesen necesarios para uso de los pupilos, según su calidad y fortuna; 3º, los que hiciesen parte integrante de algún establecimiento de comercio ó industria que á los pupilos les hubiese tocado en herencia, y este no se enajenase; 4º, los retratos de familia ú otros objetos destinados á perpetuar su memoria, como obras de arte ó cosas de un valor de afección (art. 440).*

(**Art. 440.**) La palabra *prontamente* usada por el Código, indica un término próximo, que se determinará según las circunstancias de cada caso, dejando á la prudencia de los magistrados el decidir cuándo ha habido negligencia por parte del tutor, teniendo presente que desempeña una carga pública que no ha podido rehusar. No se le puede exigir intereses ó perjuicios como á un simple deudor moroso, porque no haya vendido inmediatamente los muebles de valor y colocado los dineros en títulos ó en los bancos. El tutor representa al padre y desempeña una función delicada de confianza, en cuyo ejercicio debe dejársele cierta latitud; en general es algún amigo de grande estimación de los padres, ó algún pariente en las mismas condiciones, y no se le puede jamás considerar como á un simple deudor moroso para exigirle intereses de cantidades que no ha recibido. No estamos, pues, conformes con la opinión de los que enseñan, que el tutor debe los intereses del valor de los muebles por no haberlos vendido inmediatamente; porque si ha habido verdadera negligencia debería ser separado de la tutela. Hay algunos que van hasta hacerle responsable de la pérdida de los muebles aun por caso fortuito, considerándolo verdadero deudor moroso; pero para esa responsabilidad tan dura, sería necesario comenzar por fijarle un término dentro del cual debe hacer la venta. La pérdida de las cosas por caso fortuito las soporta el dueño, pero el tutor negligente en cumplir una obligación impuesta, responde del daño causado por su negligencia; sin embargo, no debe llevarse al

A fin de impedir que los menores sean perjudicados en las enajenaciones de sus bienes, cuando fuesen autorizados los tutores para hacerlas, se ha dispuesto que *los bienes muebles é inmuebles no podrán ser vendidos sino en remate público, excepto cuando los primeros sean de poco valor, y haya quien ofrezca un precio razonable por la totalidad de ellos, á juicio del tutor y del juez (art. 441)*. Los inmuebles se venderán en remate público, salvo el caso del art. 442.

§ 146.—DE LO QUE PUEDE EJECUTAR EL TUTOR CON AUTORIZACION DEL JUEZ

El tutor representa al pupilo y tiene la administración de sus bienes, es un mandatario con facultades limitadas, pues necesita autorización del juez para los actos más importantes de extremo esta responsabilidad. Freitas, 1724, exceptúa de ser vendidos prontamente los objetos de oro ó plata y las joyas, como nuestro artículo; pero agrega igualmente, *los bienes que fueren representativos de valor*, cualquiera que sea su calidad ó denominación; es decir, no se deben vender los títulos de crédito de cualquier clase, aunque son muebles, así como los dejados por sus padres con recomendación de conservarlos.—Comp. arts. 434, 438, n° 7, 441 y 3473.

(Art. 441.) La redacción es algo confusa y parece deducirse de ella que sólo se exceptúan del remate público los muebles de poco valor, cuando en realidad comprende también á los inmuebles. La ley ha querido evitar los gastos que disminuirían el haber del menor, libertándolo de formalidades creadas exclusivamente para garantir sus intereses y no para perjudicarlo, en los casos de poca importancia de los bienes. La palabra primeros la creemos demás. Freitas, art. 1733, de donde ha sido tomado á la letra el artículo, dice: «los bienes muebles ó inmuebles de la tutela, no podrán ser vendidos sino en remate público, so pena de nulidad, excepto: 1°, cuando fueren de poco valor, y hubiere quien ofrezca un precio razonable por el inmueble ó por la totalidad de los muebles». ¿Y quién podría sostener razonablemente, que un inmueble cuyo valor fuera de cien ó doscientos pesos, necesitaría de tasación y remate? Resultaría que por cumplir la ley se habría invertido en llenar las formalidades, todo su valor. La disposición del artículo siguiente nos da la razón de la interpretación, autorizando al juez para ordenar la venta extrajudicial del inmueble.







la administración, y hay otros que no puede realizar aunque el juez lo autorice; pero dentro de la órbita trazada por estas limitaciones tiene una libertad completa, en virtud de la naturaleza misma de su mandato, puede ejecutar todo acto no prohibido que tenga por objeto conservar el patrimonio del menor, así como los que se relacionan con la educación de este.

Podemos reducir la facultad de obrar del tutor dentro de los siguientes límites: 1º, actos que no puede ejecutar aunque indebidamente sea autorizado; 2º, actos para los que necesita autorización especial del juez; 3º, actos que la ley lo autoriza á ejecutar sin intervención alguna; 4º, actos que puede ejecutar sin que la ley lo autorice, si tienen por objeto el interés legítimo del menor.

Los poderes del tutor se diferencian de los de cualquier mandatario ordinario, pues ejecuta todo acto que no le fuere expresamente prohibido, siempre que beneficie al pupilo.

Nos ocupamos en este párrafo de los actos que el tutor puede ejecutar con autorización del juez.

*El tutor necesita la autorización del juez para los casos siguientes (art. 443):*

1º *Para vender todas ó la mayor parte de las haciendas de cualquier clase de ganado, que formen un establecimiento rural del menor (art. 443, nº 1),* porque de otro modo el tutor podría

Comp. arts. 441 y 449. A las excepciones expresadas deben agregarse las siguientes: cuando los bienes fueran dejados al menor con la expresa condición de ser vendidos á determinada persona, si ésta diere tal precio, ó si se dejaren con la condición de venderlos á tal persona por el precio de la tasación.

(**Art. 443, nº 1.**) Aquí debe tenerse presente lo dispuesto en los arts. 434 y 435, que fueron separados inconsultamente del art. 1723, nºs. 1, 2 y 3, de Freitas, y comprenden lo que el tutor no puede hacer sin expresa autorización judicial. La redacción de este número es in-

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 441.—Tratándose de la venta de los bienes de menores queda librado al prudente arbitrio de los Tribunales fijar la forma y condiciones que conceptúen más conveniente á los intereses de aquéllos.—Jur. Civ., VIII, 374, Sér. 2ª.*

Los bienes de los menores sólo pueden enajenarse en los casos expresamente determinados por la ley.—Jur. Civ., II, 126, Sér. 5ª.

apoderarse de los bienes del menor, con solo faltar á sus deberes.

2º *Para pagar deudas pasivas del menor, sino fuesen de pequeñas cantidades* (art. 443, nº 2), aunque pudiera justificar

correcta y ofrece dudas, porque si el tutor necesita autorización judicial para vender todas ó la mayor parte de las haciendas, no la necesitará para vender cualquier cantidad menor, lo que no es exacto. El Código sólo autoriza á los padres (art. 298), para vender los ganados cuya venta es permitida á los usufructuarios, mientras que á los tutores les prohíbe terminantemente enajenar los bienes muebles é inmuebles y por consiguiente los semovientes como son los ganados. Los tutores no podrán, pues, vender los ganados de los establecimientos de campo de los menores, sino con autorización del juez; esta limitación podría causar daño á los menores, en determinados casos de urgencia y de peligro inminente de perder los animales á consecuencia de una epidemia, p. e., y en esos casos, los tutores deben usar de facultades necesarias para impedir perjuicios, y los jueces aprobarán lo hecho, según los casos; pero por regla general no deben vender sin autorización.—Véase FREITAS, art. 1723, l. 22, tit. 3º, y lib. 5. CÓD. ROMANO.

(Art. 443, nº 2.) Nuestro Código ha agregado á la disposición de Freitas las palabras: *si no fueren de pequeñas cantidades*, dejando por consiguiente al arbitrio judicial determinar cuándo el tutor ha podido

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 443.*—Nº 1º Muy importante en la materia la L. 22, Código Romano, *De administ. tut.* que revocó las leyes anteriores.

4º Ni en el Código Romano, ni en nuestras leyes hay disposición alguna sobre la materia; pero el artículo está conforme con el Código Francés, art. 461—Cód. Nápoles, art. 334. Cód. Sardo art. 338. Cód. de Holanda, art. 439. Cód. de Luisiana, art. 345.—Véase Zacharie, § 221, inciso 2, y notas 25 y siguientes.

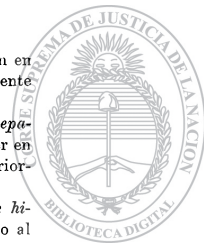
5º En el Derecho Romano es dudoso este punto; en el Derecho español no hay ley sobre la materia. Véase Cód. Francés, art. 467—Cód. Napolitano, art. 390—Cód. Holandés, art. 475—Cód. Sardo, art. 344. Por estos Códigos debe proceder el dictamen de dos ó más letrados, sobre la transacción que intente hacer el tutor. Véase Zacharie, § 221, notas 43 y siguientes.

7º L. 60, Tit. 18, Par. 3º—L. 18, Tit. 16, Part. 6ª—I.L. 3 y 4, Tit. 5, Part. 5ª—LL. del Tit. 39, Lib. 5, Cód. Romano—Cód. Francés, art. 457—Cód. Napolitano, art. 381—Cód. Sardo, art. 331—Cód. Holandés, 451—Cód. de Luisiana, art. 348.

9º Zacharie, § 221, nota 48 y 49.

10. Ni en el Derecho Romano, ni en las leyes españolas hay disposición alguna sobre la materia. En los Códigos extranjeros se nota un olvido absoluto. Mientras tanto, todos los autores que tratan de la tutela, enseñan la doctrina de nuestro artículo.





posteriormente la legalidad de la deuda; así no se tomarán en cuenta esos pagos, hasta que se hayan declarado judicialmente de legítimo abono.

3° *Para todos los gastos extraordinarios que no sean de reparación ó conservación de los bienes (art. 443, n° 3), á no ser en caso de una grave urgencia que puede justificarse posteriormente.*

4° *Para repudiar herencias, legados ó donaciones que se hiciesen al menor (art. 443, n° 4), porque el juez, escuchando al*

pagar las deudas. Las pequeñas cantidades se refieren á los gastos ordinarios del pupilo, ó á los de mero placer sin importancia alguna. —Véase FREITAS, art. 1723, n° 5.

(Art. 443, n° 3.) Los gastos ordinarios de la administración deben fijarse por el juez después de un informe del tutor y exámen del Ministerio Pupilar, acordándole un máximun dentro del cual pueda obrar con cierta libertad, dejando á su prudencia la inversión; para todo lo que exediere de esos gastos necesitará de autorización expresa del juez. El juez fija la suma anual que puede invertir el tutor en la administración y educación del menor, y aunque nuestro Código no dice que debe hacerse igual cosa con los gastos de administración, deberán determinarse de antemano, para saber cuáles se deben considerar como extraordinarios, y de esa manera se comprenderán las palabras agregadas: que no sean de reparación ó conservación. —Véase FREITAS, art. 1723, n° 6, y nuestro arts. 438 n° 4 y su com.

(Art. 443, n° 4.) Así como no puede repudiarlas, no puede tampoco aceptarlas sin la autorización judicial; se ha suprimido por desuso la palabra *aceptar*, pues el Código sigue la teoría del art. 461, del francés, reproducida por Freitas en el art. 1723, n° 8, y la razón la expresan Aubry y Rau, § 113, nota 2, diciendo: «la aceptación de una sucesión, aunque se haga bajo beneficio de inventario, puede llegar á ser muy onerosa para el pupilo, porque le impone la obligación de colacionar y lo hace responsable, respecto de los acreedores del difunto, de la administración de la herencia. Es por esta razón que la ley, aun ordenando que la aceptación no podrá tener lugar, sino bajo

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 443, inc. 3°.—* El Administrador está facultado, sin autorización judicial, para hacer aquellos gastos urgentes de reparación, que sean necesarios para la conservación de los bienes de sus pupilos. —Jur. Civ., I, 305, Sér. 3°.

Ministerio Pupilar, debe decidir sobre la conveniencia de rechazarlos, cuando los cargos fueran demasiado gravosos ó cuando la herencia tuviera más deudas que haber.

5º *Para hacer transacciones ó compromisos sobre los derechos de los menores* (art. 443, nº 5), porque en las primeras

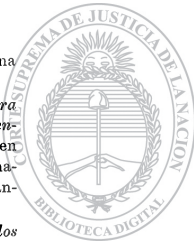
beneficio de inventario, ha exigido autorización del consejo de familia». Pero en cambio, puede aceptar sin autorización judicial toda donación ó legado hecho al menor, á menos de ser con cargas, en cuyo caso será necesario de la autorización, que será dada sino perjudica los intereses del menor.—Comp. DEMOLOMBE, VII, nº 708. TAULIER, II, pág. 70. DURANTON, III, 582. DEMANTE, II, 224, *bis*.

Se podía sacar una conclusión favorable á la tesis que sostenemos de la disposición del art. 450, nº 4, en que el tutor no puede aceptar herencias deferidas al menor, sin beneficio del inventario, aunque el juez lo autorizase indebidamente: por consiguiente podría aceptarlas con beneficio de inventario, si fuera autorizado. El tutor no podrá aceptar ó repudiar la legitimación, ni el reconocimiento de hijo natural hecho al menor; son actos personalísimos que se deben dejar para cuando llegue á la mayor edad, y en los casos en que sea necesario de una aceptación expresa, como si debiera tomar parte en una sucesión, necesita de la asistencia del menor adulto y de la autorización del juez para verificarla.—Comp. FREITAS, art. 1728, nº 8, y nuestra nota al art. 320, 3333 y 3364.

(Art. 443, nº 5.) La transacción es una enajenación de parte de los derechos, y si para esto debe pedir la autorización judicial con más razón deberá necesitarla para desistir ó renunciar los derechos controvertidos. Aunque el compromiso no es una enajenación, como saca la cuestión de los jueces naturales, que velan por los intereses de los menores, no debe hacerlo sin autorización judicial: se exceptúan los casos en que el compromiso es ordenado por la ley, como en la liquidación de sociedades, ó cuando ha sido convenido por aquel á quien sucede el menor. Esto en nada disminuye las facultades del tutor para estar en juicio á nombre del menor y nombrar tasadores, peritos y demás funcionarios que deben intervenir sin necesidad de autorización. Nuestro Código, siguiendo á Freitas, art. cit., nº 9, ha

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 443, inc. 5.—El curador de un insano puede enajenar á título oneroso los derechos eventuales de éste por el mismo precio y condiciones que lo hagan los herederos mayores depositando judicialmente su importe.—Jur. Civ., VII. 328, Sér. 2ª.*





se hace un abandono de los derechos, y en el fondo es una enajenación, aunque sin la obligación de evicción.

6° *Para comprar inmuebles para los pupilos, ó cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación (art. 443, n° 6)*, para impedirles que malgasten el haber de los pupilos; sin embargo, dentro de la renta señalada para el pupilo, puede obrar con completa libertad, quedando á su prudente discreción las compras que pudiera hacer.

7° *Para contraer empréstitos á nombre de los pupilos (art. 443, n° 7)*, porque previamente debe justificarse la necesidad de hacerlos, interviniendo el Ministerio de Menores; no debe concederse esta autorización para realizar cualquier negocio por ventajoso que sea.

8° *Para tomar en arrendamiento bienes raíces que no fuesen*

suprimido la cláusula del Código Francés, art. 467, de necesitar del consejo de tres jurisperitos, dejando al arbitrio judicial el autorizar la transacción; creemos, no obstante, que cuando los intereses litigados son cuantiosos, se debe pedir la opinión de algún abogado de importancia por su autoridad moral y científica.—Comp. art. 841, n° 6, y FREITAS, l. c.

(**Art. 443, n° 6.**) Los sobrantes de las rentas de los pupilos deben depositarse en los bancos ó comprar con ellos fondos públicos, y pueden adquirirse también inmuebles con la autorización del juez. Si el menor recibiera algunas cantidades de dinero por legados ó donaciones ó de las ventas que el tutor hiciera, con autorización del juez, podrá comprar para el menor bienes raíces, en remate público, eligiendo aquéllos que hubieren sido tasados previamente. En casos especiales y cuando se tratase de colocar fuertes capitales, bastará que el dinero empleado produzca una renta mayor, para autorizar la adquisición. Eso dependerá de las circunstancias especiales de cada caso.—Véase FREITAS, art. cit., n° 12.

(**Art. 443, n° 7.**) Lo tomado á préstamo á nombre del pupilo puede garantizarse con prenda ó hipoteca, si el juez lo hubiere autorizado y no debe darse la autorización al tutor, sino cuando no pudieren venderse bienes y no hubiere cómo abonar el préstamo con los sobrantes de las rentas ó de cualquier otra manera.—Véase FREITAS, art. cit., n° 14.



la casa de habitación (art. 443, n° 8), porque no siendo permitido negocio alguno á nombre del menor, sólo se daría en los casos de necesidad, cuando por la naturaleza de los bienes dejados necesitase continuar con el establecimiento ó negocio, demostrándose la necesidad.

9° Para remitir créditos á favor del menor, aunque el deudor sea insolvente (art. 443, n° 9), porque puede volver á adquirir bienes y los jueces no deben autorizar estas remisiones que son una especie de donación.

10° Para hacer arrendamiento de bienes raíces del menor que pasen del tiempo de 5 años. Aun los que se hicieran autorizados por el juez llevan implícita la condición de terminar á la mayor edad del menor ó antes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo (art. 443, n° 10). El término de cinco

---

(Art. 443, n° 8.) La casa-habitación puede arrendarla sin permiso del juez manteniéndose el contrato dentro de los límites de su administración. No puede hacer contrato por más de 5 años, armonizando así esta disposición con la del n° 10, en que sólo por ese término puede arrendar los bienes del menor. Cualquier contrato hecho dentro de este límite debe terminar á la mayor edad ó á la emancipación del menor.

(Art. 443, n° 9.) Este número ha sido mantenido por la reforma á pesar de la crítica hecha en la nota 80 de la Instituta y que el doctor Segovia apoyó en la nota 16 á este artículo. Encontrábamos contradicción entre su disposición y la del art. 450, n° 6, donde se prohíbe hacer remisión voluntaria, aun autorizada por el juez, y persistimos en creer que la antinomia existe, porque la remisión forzosa no necesita de autorización judicial. Mejor inspirada es la disposición del art. 450, n° 6, porque la insolvencia del deudor, no hace perder la esperanza de ser pagado. Massé y Verger sobre Zacharie, nota 48, en cuya autoridad se funda el inciso, dicen terminantemente: «el tutor no puede hacer remisión aun autorizado por el juez».—Comp. LOCRÉ, art. 457. ZACHARIE, en el texto n° 1, en la nota 48.

(Art. 443, n° 10.) La ley no ha permitido que los bienes del menor le sean entregados con contratos, por esa razón los hace fenecer imponiéndoles la condición de caducidad, cuando cesa la tutela por la emancipación ó la mayor edad; pero cuando la tutela cesa por muerte



años se explica teniendo en cuenta el aumento de la propiedad raíz en países jóvenes como el nuestro, que no ha llegado á su valor máximo, y conviene que los arrendamientos no sean demasiado largos para no inmovilizarla.

11° *Para todo acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor, hasta el 4° grado, ó sus hijos naturales ó alguno de sus socios de comercio (art. 443, n° 11), pues, así defienden los intereses del menor contra esas sugestiones que se abren paso, aun sobre las personas más honorables.*

12° *Para hacer continuar ó cesar los establecimientos de comercio ó industria que el menor hubiese heredado, ó en que tuviera alguna parte (art. 443, n° 12), porque sería necesario en el*

del pupilo ¿los contratos á término fijo deberán cesar también para los herederos del menor? Creo que sí; todo debe terminar con la conclusión de la tutela por parte del menor; no hay razón para que los contratos obliguen á sus herederos, cuando llevan implícita la condición de cesar á la terminación de la tutela; otra cosa decidiríamos si el tutor fallece ó es removido ó es incapaz, porque la tutela no ha concluido y los contratos deben continuar.—Comp. arts. 300, 1279 y 1511. Cód. de Chile, art. 407.

(Art. 443, n° 11.) Si los actos ó contratos se realizaren sin autorización del juez, no serán nulos porque se han ejecutado contra su mandato; pues cuando la ley exige una formalidad determinada, si su observancia no la ha penado con nulidad, sólo será anulable; á diferencia de que cuando se ha procedido contra la prohibición de la ley, se considera como si no hubiera existido. Así, todos los actos comprendidos en este artículo serán anulables, mientras los del art. 450, que le están prohibidos, son nulos. Se pueden anular estos contratos cuando perjudicasen al menor; y el tutor mismo puede pedirlos sin dar lugar á una acción de daños y perjuicios, pues los contratantes debían saber que no podían ejecutar esos actos sin autorización del juez. La ley habla de los *parientes* y se debe comprender sin distinción á los legítimos ó afines, pues en el parentesco natural no se reconocen como tales sino los padres y los hijos. El Código de Chile, art. 412, comprende con razón los casos cuando el cónyuge del tutor tenga interés, y así debe considerarse en nuestro derecho.

(Art. 443, n° 12.) Este inciso se encontraba repetido en el n° 6,

primer caso averiguar las conveniencias del menor, y en el segundo, debería procederse á enajenarlos, saliendo de las facultades de la nueva administración.

Además de los actos enumerados el tutor necesita autorización del juez de la tutela: 1º, para enajenar los bienes muebles o inmuebles del menor (**art. 434**); 2º, para constituir sobre ellos (los bienes) *derecho real alguno, ó dividir los inmuebles que los*

como lo observans en la nota 81 de la Instituta, y fué suprimido por la reforma. Cuando el menor hubiere heredado un establecimiento de industria ó de comercio, el tutor debe ponerlo en conocimiento del juez, para que después de los informes del caso decida si continuará ó se hará cesar. Si contrariando esta disposición, el tutor lo hiciera continuar sin autorización, será causa bastante de remoción, y si hubiere ocasionado perjuicios al menor deberá resarcirlos; pero si demostrase que la naturaleza del negocio y las circunstancias hicieron difícil ó imposible llenar esta formalidad y que su continuación ó cesación ha traído beneficios, se aprobará lo hecho, como si el establecimiento diere pérdidas y hubiere sido suspendido su funcionamiento.—Véase FRIETAS, art. 1723, nº 11.

(**Art. 434.**) La forma de enajenación de los bienes de menores está reglada por la ley de procedimientos; deben tasarse y venderse en remate público, depositándose su precio una vez aprobado el remate, que no podrá ser menos de las dos terceras partes, lo que es un resto de las antiguas leyes, que no tiene explicación ahora. Hay casos especiales en que la enajenación puede ser privada. Si la ley de forma no permitiera la venta de los bienes sino en remate público, prohibiendo la privada, debería darse preferencia á una disposición semejante, por las razones que expondremos en el art. 442. Esta disposición es general y colocada como una limitación á la facultad del tutor, sin perjuicio de determinar, cuándo la facultad del juez será limitada á su vez (arts. 438, 443 y 450), para que el pupilo tenga una segura garantía de que sus bienes serán vendidos con todas las solemnidades aconsejadas por la prudencia.

La autorización debe ser dada en cada caso especial, porque el juez no puede conceder al tutor facultades generales; su poder se limita a determinados casos. Las leyes de procedimiento no pueden ampliar las facultades de los jueces, que pertenecen á las leyes sustantivas.—Véase FREITAS, art. 1723, nº 1. CÓD. DE CHILE, art. 393. GOYENA, art. 229, y nuestros arts. 436 á 440, 443, 1249, 1250 y 1360).





*pupilos posean en común con otros, si el juez no hubiese decretado la división con los co-propietarios (art. 435) excepto los casos del art. 439, debiendo tener en cuenta que toda partición en que los menores estén interesados, sea de muebles ó de inmuebles, como la división de la propiedad en que tengan una parte pro-indiviso*

(Art. 435.) En el sistema adoptado por el Código, no se puede tomar prestado á nombre de los pupilos, sin previa autorización judicial, y aunque segun la prohibición general de este artículo, no se puede hipotecar, ni imponer gravamen sobre los bienes inmuebles de los menores, no creo se pueda sostener esta opinión fundado en el texto material del artículo. Si el tutor tiene facultad para tomar prestado con autorización judicial, debe y puede garantir el préstamo con prenda ó hipoteca en caso de necesidad, con la misma autorización. Freitas, art. 1731, autoriza á hipotecar. La fuente del artículo en su primera parte es el 1723, n° 2, de Freitas y la segunda corresponde al n° 3, con una mala traducción; aquel autor dice: prohibese al tutor, sino fuere especialmente autorizado por el juez: 1º, constituir sobre ellos (los bienes del pupilo) cualquier derecho real; 2º, dividir los inmuebles que sus pupilos posean con otros; *reputase autorizado para eso*, si el juez hubiera decretado la división á rquirimiento del co-propietario. Así, cuando el co-propietario ha pedido la división de la cosa común y el juez la ha decretado, el tutor se reputa autorizado para ejecutarla.

No obstante estas opiniones, los jueces deben apercibirse del peligro que hay en tomar préstamo á interés, para satisfacer las necesidades de los menores, y sólo debe hacerse en casos especiales, cuando el préstamo se puede devolver; es mejor y más seguro vender la cosa, que hipotecarla cuando no se tiene probabilidades de adquirir el dinero para abonar la hipoteca.—Comp. art. 443, n° 7.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 434.—La venta de un inmueble de un menor, autorizada por un juez, que no es de la tutela, es nula. La autorización dada por dicho juez y los procedimientos seguidos ante él sin jurisdicción y en contravención á las disposiciones de los arts. 401 y 434, deben tenerse en consecuencia, como seguidos coram non iudice y sin valor ni efecto en el caso. XXXIII, 118.*

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 434 y 435.—L. 4, Tít. 5, Part. 5ª.—L. 60, Tít. 18, Part. 3ª.—L. 18, Tít. 16, Part. 6ª.—L. 27, Tít. 37, Lib. 5, Cód. Rom., L. 5, §§ 14 y 15, Tít. 9, Lib. 27, Dig. Cód. Francés, art. 457. Cód. de Holanda art. 451 y siguientes—Cód. Sardo, art. 331 y 374.*

*debe ser judicial (art. 437); 3º, para adquirir bienes raíces ó rentas públicas, con los sobrantes ó rentas del pupilo (art. 424, 2ª. parte); 4º, para usar de los depósitos hechos en los bancos ó para enajenar las rentas públicas, necesita autorización judicial, demostrando la necesidad y conveniencia de hacerlo (art. 426).*

(Art. 437.) La partición puede hacerse privadamente debiendo ser sometida á la aprobación judicial, con intervención del Ministerio Pupilar. Cuando no se hubiere presentado al juez, se reputará como una partición provisoria y cada uno de los co-propietarios tendrá derecho para pedirla definitivamente. La partición puede hacerse por transacción, si ha sido el resultado de la conclusión de un juicio. Si la partición fué hecha sin observarse las formalidades de la ley, como la tasación, la facción de la cuenta por un perito, etc., se considerará válida desde que una sentencia firme la aprobare. La partición puede hacerse tirando á la suerte, como sucede en el derecho francés, ó por vía de atribución de partes determinadas por el contador; nuestro Código no hace diferencias, siempre que intervengan todos los funcionarios del orden judicial y se obtenga la aprobación. Cuando se trata de la división de algún bien raíz que fuere necesario vender, se debe proceder á la tasación y venta en remate público. Cuando varios menores tuvieren intereses opuestos en la partición, porque hubiere contestaciones ó reclamaciones, se les dará á cada uno de ellos un tutor especial, siendo el tutor general para el menor cuyos intereses apoyare.—Comp. DEMOLOMBE, VII, 721 y sig. TOULIER, IV, nº 428. POEJOL, Sucesiones al art. 834, nº 3. —Comp. arts. 450, nº 7, 2698, 3465 y 3515.

(Art. 426.) La utilidad y la necesidad son dos ideas diversas, aunque la una comprenda la otra. La necesidad trae al espíritu la idea de una fuerza superior que nos obliga á obrar inevitablemente en un sentido dado; mientras la de utilidad se refiere al interés, provecho ó conveniencia que se obtiene de una cosa. Así, una cosa necesaria, como p. e., el pago de una deuda que se ejecuta tiene que ser útil, porque todo lo necesario es en general útil; la idea de utilidad por el contrario no lleva consigo la de necesidad, y una mejora puede ser útil, porque duplique el valor de una cosa, sin ser necesaria. Esta idea la tenemos explicada al tratar de las mejoras necesarias y útiles en el art. 591, y allí se percibirá con más claridad la diferencia. Algunos han incurri-

*Nota del Dr. Fele: Sarsfield al art. 437. —Zachariæ trata largamente la materia en el § 21, inciso 4, y en las notas 33 y siguientes.*





porque estando los depósitos á nombre del menor, y haciéndose con intervención del juez no podría disponer de ellos el tutor sin conocimiento y permiso de éste; 5º, *si las rentas del menor no alcanzaren para su educación y alimentos, el juez puede autorizar al tutor para que emplee una parte del principal, á fin de que el menor no quede sin la educación correspondiente (art. 427)* y en ese caso debe proveerse de tal

do en el error de creer que una cosa necesaria no es útil. El tutor será autorizado por el juez, dice el art.: cuando hubiere necesidad como en el caso de una ejecución ó de pagos de deudas contraídas legítimamente, etc.; lo será igualmente cuando el tutor demostrase la conveniencia y utilidad del menor en emplear esas sumas en bienes raíces ó en hacer edificios en terrenos vacíos del menor, haciéndose de una renta superior á la que producen los intereses de banco. Consideramos que son dos casos diversos, pero que están bien expresadas las dos ideas, pues la necesidad comprende la utilidad, y cuando no hay necesidad basta demostrar la utilidad, aunque habria sido preferible separarlas con la disyuntiva ó para mayor claridad, como lo hace el Cód. Francés, art. 457, por causa de una necesidad absoluta ó ventaja evidente; el Cód. Chileno, art. 393, pone por causa la utilidad ó necesidad manifiesta, y se hace necesaria la separación, porque la idea de utilidad no comprende la de necesidad.—Comp. arts. 427, 438, n° 1, y 1249.

(**Art. 427.**) En estos casos hay una necesidad evidente, porque el menor debe ser alimentado y educado como condición esencial, de su existencia, y es preferible emplear no sólo la parte de su capital, sino todo él, en adquirir una profesión que le permita vivir honestamente. Por lo demás, serán cuestiones de hecho, y se deberán resolver según las circunstancias, pues es muy dudoso que se le permitiera consumir todo su caudal, si fuera bastante, para obtener una profesión. Es necesario huir de los préstamos hipotecarios, que sólo aumentan las dificultades para el porvenir, y es preferible vender, comenzando por aquellos bienes que producen menos renta. Freitas, art. 1720, expresa con más claridad la idea de nuestro artículo, cuando dice: «si la renta anual líquida no fuera suficiente para hacer frente á los gastos inevitables, y si el pupilo no fuera de calidad para ser puesto á aprender algún oficio ó ganar conchavo el juez autorizará al tutor,

*Nota del Dr. Velez: Sarsfield al art. 426.—Zachariæ, § 221.*

modo, que no se deje en la mano del tutor toda la cantidad y se le entregue por anualidades ó de la manera que fuere menos peligrosa; 6º, *para exigir de los parientes (del menor) la prestación de alimentos, si los pupilos fuesen indigentes, y no tuviesen suficientes medios para los gastos de su educación y alimento (art. 428)*, porque el tutor no debe comprometer en pleitos

etc.»; y por eso dijimos que la cuestión era de hecho y deberá resolverse según los casos, pues los habrá en que no convenga gastar el capital en la educación y sea preferible darle un oficio cualquiera. —Comp. Demolombe, VII, n° 601, opina se debe gastar todo el capital cuando consistiera en pequeñas sumas. —POTHIER, IV, 14, *Personas*. DURANTON, III, 559. DELVINCOURT, opina en contra I, pág. 118, nota 5.

(Art. 428.) El juez que autorice la demanda de alimentos puede juzgar y resolver sobre la obligación de darles y fijar el *quantum*, sin que haya prejuzgamiento. La responsabilidad en la forma y manera de pedirlos es exclusiva del tutor; y no se puede invertir el orden en que deben prestarlos; así, un hijo no podrá demandar alimentos al abuelo, si puede dárselos el padre á quien corresponde en primer lugar; no podrá pedirlos á los hermanos, si el abuelo puede darlos. El juicio de los alimentos es sumario, y cualquiera apelación de la sentencia no suspenderá su ejecución, y el que los ha recibido no tendrá obligación de devolverlos, aunque se revoque la sentencia. — Véase Freitas, art. 1717, n° 3.

El art. 433, Código de Chile, faculta al tutor para demandar alimentos sin pedir autorización al juez, lo que nos parece más correcto y arreglado á los principios. Si el pupilo no tiene medios para vivir

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 427.*—Véase la L. 16, Tít. 16, Part. 6ª, y la 20 del mismo título que no permite que ni aun para esos objetos se disminuya el capital de los menores.

*Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 427.*—La falta del tutor en no pedir al juez que fije la cuota alimenticia del menor, no le priva del derecho de cobrar los alimentos que le haya suministrado.—Jur. Civ., IV, 563, Sér 1ª.

La adquisición de bienes por parte del alimentado, hace cesar la obligación del alimentario (sic) en tanto cuanto aquéllos basten á llenar el objeto que la ley se propone, sin perjuicio de renacer la obligación al agotarse los fondos que la suspendieron temporalmente.—Jur. Civ., V, 71, Sér. 2ª.





á su pupilo. Si el tutor fuera vencido en el juicio, debe responder personalmente por los daños y perjuicios causados; pero no si fuese vencedor. *El pariente que diese alimentos al pupilo podrá tenerlo en su casa, y encargarse de su educación, si el juez lo permitiese (art. 429)*, lo que no debe suceder sino cuando los alimentos fueran dados voluntariamente.

El tutor no podrá prestar su conformidad y aceptar como verdadera la demanda de reivindicación contra los bienes raíces del menor, porque esa renuncia importaría una enajenación; el juez autorizará la entrega de los bienes reclamados, cuando se demuestre que hay temeridad en retenerlos.

Será necesario de autorización judicial para deducir acciones referentes al estado de familia del menor; así como para hacer construcciones en los terrenos vacíos que posea el menor.

Si el pupilo hubiera heredado privilegios de invención ó derechos de autor, no podrán ser vendidos sino en remate público y previa autorización judicial.

¿qué necesidad hay de pedir autorización al juez para demandarlos? La facultad de conceder autorización implica el derecho de negarla, y es contrario á los principios que se pida esta para ejercer un derecho, y más aún que se la pueda negar, sin juicio ni contienda previa. La disposición no puede privar al tutor de arreglar con alguno de los parientes que esté obligado á darlos, fijando extrajudicialmente la suma suficiente. — Comp. arts. 367, 369 á 372 y com.

(**Art. 429.**) Cuando el pariente que debe dar los alimentos no hiere resistencia alguna y hubiere aceptado de plano la obligación, ó cuando sus medios no fueran bastantes para dar una pensión y ofreciera su mesa y su casa, nadie puede hesitar en confiarle el menor, encargándole de su educación, sin que, por esto, cese el tutor en sus funciones, á menos de solicitarlo, y el juez nombrara tutor al pariente que da los alimentos. Pero si hubiera juicio, habiéndose negado el pariente á darlos, no sería conveniente permitirle guardarlo en su poder, sin exponerlo á vejámenes; pero serán cuestiones de hecho, que se resolverán según los casos. Se trata aquí de los alimentos acordados á los menores por sus parientes, y sólo respecto de ellos se estatuye que puedan tenerlos en su poder. Se deja al arbitrio judicial una facultad que debiera ser ejercida por el consejo de familia. — Comp. FREITAS, art. 1717, n° 3. Cód. URUGUAY, art. 340, n° 2.

*El juez, según la importancia de los bienes del menor, de la renta que ellos produzcan y de la edad del pupilo, fijará la suma anual que ha de invertirse en su educación y alimentos, sin perjuicio de variarla, según fuesen las nuevas necesidades del menor (art. 423); porque la pensión debe aumentarse á medida que crezca y se aproxime á la mayor edad, ó surjan nuevas necesidades, según su estado.*

§ 147.—ACTOS PROHIBIDOS AL TUTOR, AUNQUE EL JUEZ  
LOS AUTORICE

Habiendo suprimido el Código todas las garantías que, por la antigua legislación, debían dar los tutores, para responder de los perjuicios que causaren á sus pupilos, prefiriendo el sistema de impedir el daño al de resarcirlo después de haberlo

(Art. 423.) Las leyes romanas autorizaban á los padres á fijar los gastos para los alimentos y educación del menor, sin perjuicio de ser reducidos por el juez, cuando excedieran las facultades del pupilo; l. 2, § 3, tit. 2, lib. 27, Dig. Nuestro Código ha puesto esta facultad en la mano del juez, y volvemos á recordar la necesidad de instituir un consejo de familia para entender en estos asuntos, que no deben ser de la competencia del juez. La fijación de la renta anual que puede gastarse en la educación y alimentos del menor puede alterarse, aumentándola ó disminuyéndola según las necesidades y facultades; y si el padre ó tutor fijara la suma que se debe gastar, será un antecedente de importancia para la determinación del juez. Hay una parte íntima y personal de que no debe darse cuenta y que constituye el bolsillo del menor; conviene sea fijada por el juez para que se sepa la cantidad sobre la cual no se debe exigir más comprobante, que la declaración del menor ó su simple recibo. La suma anual fijada por el juez determina el límite dentro del cual se deben hacer los gastos, sin que esto excluya la obligación del tutor de rendir cuentas sobre las inversiones de esas sumas. El tutor no puede libertarse de esa obligación, haciendo constar de haber entregado al menor la suma indicada para que la maneje, si bien puede hacerse tratándose de sumas pequeñas. Si el testador ha indicado la suma que se debe gastar y relevado al tutor de dar cuenta de ella, una y otra cláusula no tendrán valor alguno. Si el tutor tuviera en su casa al menor, se le podrá acordar una suma prudential que determinará el juez, con arreglo á la renta y á la vida que se le





causado, ha limitado de tal modo la facultad concedida á los tutores, que rara vez pueden causar daño á sus tutelados, y cuando los autoriza para realizar actos de importancia, lo hace con la intervención de los jueces y del Ministerio Pupilar; pero reconociendo que los funcionarios pueden faltar á sus deberes, ha puesto un límite á sus facultades, declarando nulos y de ningún valor los actos ejecutados contra la prohibición de la ley, á diferencia de los anulables por faltarles alguna de las condiciones exigidas para su perfecta validez.

Así, la ley ha defendido al pupilo aun contra la probable negligencia de los funcionarios, cuando ha dicho: *son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice, los actos siguientes (art. 450)*; por consiguiente esos actos se consideran como no existentes, y cuando aparezcan del instrumento mismo, el juez debe declararlos nulos.

*1º Comprar ó arrendar por sí, ó por persona interpuesta, bienes muebles ó inmuebles del pupilo, ó venderle ó arrendarle los suyos, aunque sea en remate público; y si lo hiciere, á más de la*

---

dé; pero no se puede hacer contrato alguno sobre la alimentación; porque le es prohibido contratar con el menor, art. 450, n° 3. Esto no excluye la facultad del tutor para hacer contratos con terceros sobre el pupilage del menor. Los autores franceses sostienen que el tutor puede convenir en recibir una cantidad por los alimentos y educación; pero como el consejo de familia representa al menor, y vigila al tutor, son útiles tales contratos, que no pueden hacerse por nuestro derecho.—Véase FREITAS, arts. 1719 y 1721 en que aconseja que el juez tenga presente la suma anual que haya fijado el padre. GOYENA, art. 221, y nuestros arts. 372, 412, 416, 427 á 430.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 423.*—L. 20, Tit. 16, Part. 6ª.—L. 3, Tit. 2, Lib. 27, Dig., y 3, Tit. 7, Lib. 26, idem.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 423.*—La falta del tutor en no pedir al juez que fije la cuota alimenticia del menor no le priva del derecho de cobrar los alimentos que le haya suministrado.—Jur. Civ., IV, 563, Sér. 1ª.

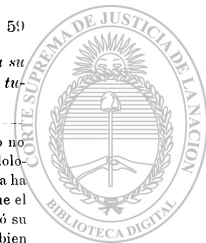
Los fondos de los menores deben ser depositados á la orden del juez de la testamentaria; el tutor sólo puede disponer de la suma fijada con anterioridad.—Jur. Civ., VI, 365, Sér. 2ª.

*nulidad de la compra, el acto será tenido como suficiente para su remoción, con todas las consecuencias de las remociones de los tutores por conducta dolosa (art. 450, n° 1).*

(Art. 450, n° 1.) La prohibición es absoluta y lleva consigo no sólo la nulidad insanable del acto, sino la remoción por conducta dolosa; pero la dificultad está en determinar cuándo la compra ó venta ha sido hecha por persona interpuesta para declararse nula; porque el hecho de que compre (el bien del menor) un hijo mayor del tutor ó su padre, no es bastante para suponer doloso el acto; en este sentido bien puede el hijo adquirir la propiedad y venderla al padre que si no se prueba confabulación entre ambos; la venta será perfectamente válida. Si la venta se hizo en remate público no sería atacable, si no se demostrase por circunstancias especiales que el menor ha sido perjudicado. La ley prohíbe ejecutar actos simulados con el objeto de perjudicar al menor, ó que por intermedio de un acto al parecer válido se encubra el prohibido. Nuestro Código ha tomado la expresión de *persona interpuesta* de Freitas, art. 1749, n° 1, que no es aplicable en el Código Francés, art. 911, sino á las disposiciones de última voluntad, y así debe suceder en nuestra legislación. La persona interpuesta no se supone, es necesario probar la interposición. Así, no hay presunción de derecho tratándose de contratos onerosos ó de compras ó ventas hechas en remate público.—Comp. TROMPONG, *Venta*, n° 196. DURANTON, XVI, 138. TOULLIER, XVI, 193. COIN DELISLE, al art. 911, sostienen esta opinión.

Si aceptamos que el tutor no pueda vender al pupilo (aun en remate público) sus propios bienes, por la imposibilidad de distinguir el engaño, no vemos por qué se prohibiría al tutor comprar en determinadas circunstancias los bienes raíces del menor, que no hubieran podido venderse en remates sucesivos, haciendo un beneficio á su pupilo; pero nos detenemos ante la prohibición expresa. Sería, pues, nula cualquier compra ó venta hecha por el tutor, por sí ó para sí de los bienes del menor aun en remate público.—Véase la nota 418 INSTITUTA, y nuestros arts. 453, 1361, n° 2 y 1359.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 450, N° 1°.*—En contra, el Derecho Romano, L. 5, Tit. 38, Lib. 4 Cód. Rom.—L. 5, § 2, Tit. 8, Lib. 26, Dig., y los Códigos: Francés, art. 450, Cód. Napolitano, art. 373. Cód. Sardo, art. 311. Código de Luisiana, art. 327, Cód. de Holanda, art. 457. Puede deducirse entonces que todas las prohibiciones de los números que siguen podría salvarlas el tutor, siendo autorizado por el juez, lo cual sería dejar al arbitrio del juez toda la hacienda de los menores y la moral del cargo de tutor.





2º *Constituirse cesionario de créditos ó derechos ó acciones contra sus pupilos, á no ser que las cesiones resultasen de una subrogación legal* (**art. 450**, n° 2).

3º *Hacer con sus pupilos contratos de cualquier especie* (**art. 450**, n° 3).

4º *Aceptar herencias deferidas al menor, sin beneficio de inventario* (**art. 450**, n° 4).

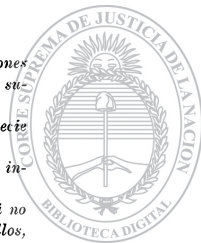
5º *Disponer á título gratuito de los bienes de sus pupilos, á no ser que sea para prestación de alimentos á los parientes de ellos, ó pequeñas dádivas remuneratorias, ó presentes de uso* (**art. 450**, n° 5).

(**Art. 450**, n° 2.) La misma prohibición existe para la cesión, ya sea constituyéndose el tutor en cesionario de créditos del menor, ya sea traspasando ó cediendo sus propios créditos al menor.—FREITAS, l. c., n° 3, y nuestros arts. 768 y 1441.

(**Art. 450**, n° 3.) Esta prohibición general comprende los dos incisos anteriores, y basta por la generalidad de sus términos para hacerla inútil. Si no puede hacer contrato alguno no puede comprar, vender, ceder ó arrendar lo suyo al menor y tomar lo de éste con el mismo título.—Véase FREITAS, l. c., y nuestros arts. 841, n° 5, y 1808, n° 1 á 4.

(**Art. 450**, n° 4.) El beneficio de inventario es una precaución necesaria para impedir cualquier perjuicio, y aun así mismo puede recibirlo, en caso tenga que colacionar lo recibido. Se dijo en el art. 443, n° 4, que no podía repudiar ni aceptar herencia sin autorización judicial y aquí se prohíbe la aceptación con esa autorización, si no se hizo bajo beneficio de inventario, que importa el derecho de responder sólo con lo recibido, y si los bienes de la sucesión no alcanzan para pagar las deudas no se obliga personalmente. La aceptación de la herencia pura y simple á nombre del menor se considera como un acto no sucedido, porque es nulo.—Comp. DOMOLOMBE, VII, 695, y nuestros arts. 3333 y 3364.

(**Art. 450**, n° 5.) No se puede dejar en la mano del juez y del tutor la fortuna del pupilo; pero no debemos restringir de tal manera su poder, haciendo ridícula é imposible su administración; así las pequeñas dádivas de costumbre en ciertos días del año ó el pago de servicios, no necesitan de autorización. En la prestación de alimentos debidos por el menor, es necesario que el juez determine la cantidad, y



6º *Hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos* (art. 450, nº 6).

7º *Hacer ó consentir particiones privadas en que sus pupilos sean interesados* (art. 450, nº 7).

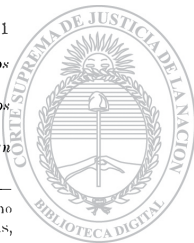
8º *Prestar dinero de sus pupilos, por más ventajosas que sean las condiciones* (art. 450, nº 8).

siempre debe existir juicio, pues el tutor, por su sola autoridad, no puede acordarlos amigablemente con el alimentario.—Véase FREITAS, l. c., nº 5, y nuestros arts. 1807, nº 4, 1881, nº 8 y 2262.

(Art. 450, nº 6.) En ningún caso se permite la remisión de los derechos del pupilo; luego el juez no puede autorizarla, como se dijo equivocadamente en el art. 443, nº 9; y entre la prohibición expresa y la disposición que lo permite, no debemos vacilar: la prohibición prevalece, porque es de orden público.—Véase FREITAS, l. c., nº 6.—Comp. art. 868.

(Art. 450, nº 7.) La reforma corrigió el error tipográfico que hicimos notar en la nota 101 de la Instituta, en la palabra *participaciones* por *particiones*. La partición es una manera de hacer enajenación, y el juez no puede autorizarla sin base de ninguna especie que garantice los derechos del menor; es necesario hacerla por medio de peritos y con la intervención del Ministerio de Menores; esto no importa privar al tutor de hacer la partición privada y someterla á la aprobación judicial; lo que la ley prohíbe es dar autorización para hacer la partición privadamente, sin conocer el resultado de esa partición. No hay en este caso autorizaciones previas que se conviertan en definitivas, sin intervención de los funcionarios que deben velar por los intereses de los menores.—Véase FREITAS, l. c., nº 7.

(Art. 450, nº 8.) El préstamo de los dineros de los menores, cualquiera que sean las condiciones, debe prohibirse por el peligro que ofrece; pero no se extiende á la compra de títulos hipotecarios, pues son como los fondos públicos, y excluyen el contrato de persona á persona. Aunque la cédula hipotecaria sea un título, que tiene su asiento en el préstamo hecho por el Banco con la garantía de la propiedad, la adquisición de ese título está en las mismas condiciones de los fondos públicos, que son préstamos hechos al gobierno. No sucederá lo mismo con los demás títulos de los establecimientos particulares que no se deben adquirir, por las garantías dudosas, que pueden ofrecer.—Véase FREITAS, l. c., nº 8.





9º *Obligar á los pupilos, como fiadores de obligaciones suyas ó de otros* (**art. 450**, nº 9).

La nulidad es manifiesta y cualquier juez que intervenga en el asunto debe declararla de oficio (art. 1047) aunque nadie la reclame; así un contrato entre el tutor y el pupilo autorizado por el juez, que hubiere ejecutado ó cuya ejecución se exigiere ante otro juez, deberá ser declarado nulo, aunque beneficie al menor, porque los actos contra la prohibición de la ley se reputan como si no hubiesen existido. Esta cuestión es de importancia y la trataremos en el art. 1047.

#### § 148.—DE LOS ACTOS QUE EL TUTOR PUEDE EJECUTAR SIN AUTORIZACIÓN

La ley ha permitido expresamente al tutor el realizar sin autorización, una serie de actos necesarios para el mejor desempeño de sus funciones; pero no ha podido comprenderlos á todos; de esos actos nos hemos ocupado y ahora tratamos de los que son una consecuencia del mandato conferido.

Así, la autorización concedida para hacer las reparaciones necesarias en los inmuebles del menor, lleva consigo la facultad de hacer los contratos relativos, el cumplirlos ó exigir judicialmente su cumplimiento, así como la de pagar las cantidades estimadas.

El tutor puede hacer contratos de seguros contra incendios, para garantir los bienes del menor, recibir los pagos, tanto de las rentas como de lo que se le debiere por cualquiera causa; demandar judicialmente á los deudores del menor, así como acusar criminalmente á los seductores ó que lo retuvieren en su

---

(**Art. 450**, nº 9.) Siendo la fianza una obligación subsidiaria que se da para garantir otra obligación, hay razón para prohibirla á nombre de los menores, que no deben garantir á los terceros. Otra cosa sería si el testador ó donante la hubieran impuesto como condición y se hubiese aceptado la donación ó legado; del mismo modo si fuera el resultado de un contrato anterior celebrado con el causante del menor, estipulando para sí ó sus herederos. — Véase FREITAS, art. 2011, l. c., nº 9.



poder. Podrá pagar las deudas exigibles del menor con el dinero de éste, y aún las no exigibles si hubiere beneficio para su pupilo, como en el caso de que gozaren mayor interés del corriente en plaza, ó cuando no gozaren interés y le hicieren un descuento conveniente.

El tutor tiene facultad para arrendar los bienes del menor, por un tiempo que no pase de cinco años, y, por consiguiente, puede hacer los contratos correspondientes, demandar judicialmente su cumplimiento, pedir las penas estipuladas y deducir las acciones que tuviere.

El tutor puede demandar judicialmente lo debido al menor; no obstante, tratándose de la reivindicación de bienes raíces, debe pedir autorización judicial para comenzarla, pero no la necesita para continuar las que se hubieren deducido regularmente. Las acciones posesorias, en su carácter de conservatorias, puede deducirlas sin autorización, porque está en el deber de defender la posesión de los bienes cuya administración se le ha confiado, pudiendo rechazar la fuerza con la fuerza, en caso no pudiera tener el auxilio inmediato de la autoridad.

El tutor no necesita *autorización alguna del juez, cuando la enajenación de los bienes de los pupilos fuese motivada por ejecución de sentencia, ó por exigencia del co-propietario de bienes indivisos con los pupilos, ó cuando fuese necesario hacerla á causa de expropiación por utilidad pública (art. 439).*

(**Art. 439.**) Cuando se ejecuta una sentencia firme que manda hacer la enajenación, la autorización se encuentra en la fuerza de la misma sentencia que debe ser obedecida; pero si el co-propietario exigiera la venta, se puede hacer valer contra él los contratos preexistentes si existieran; en ambos casos la venta no se puede hacer sin la tasación judicial á costa del menor, y en remate público. En los casos de expropiación no es discutible que el tutor no pueda convenir en el precio privadamente, y necesita autorización judicial y no se le concederá sin la tasación por peritos, pues lo único que es forzoso es la venta fuera de remate, porque hay una ley declarando el bien raíz de utilidad pública, y si el tutor pudiera convenir en el precio, habría vendido privadamente sin autorización judicial. Alguien ha supuesto el caso en que se trate de una expropiación que de antemano esté fijado el valor por el gobierno, y es necesario decir que semejante hipótesis no puede



Es necesario conciliar los derechos perfectos del condómino mayor, con la seguridad del menor, á fin de que no reciba perjuicio alguno, y, por consiguiente, formulada la exigencia de venta al tutor, éste debe presentarse al juez de la tutela pidiendo se haga en remate público, previa tasación del inmueble y el juez está obligado á ordenarla. Como estos trámites sólo benefician al menor ó sólo debe pagar los gastos; pero los de remate deben abonarlos según la parte que cada condómino tuviera en el inmueble.

§ 149.—CASOS EN QUE EL JUEZ DEBE AUTORIZAR LA VENTA  
DE LOS BIENES DEL MENOR

La ley exige como condición esencial para la validez de la venta de los bienes raíces de los menores, la tasación previa y el remate público, y que el juez autorice la venta, con las excepciones determinadas, porque así como el tutor está limitado en sus facultades, el juez, á su vez, no puede dar la autorización á su arbitrio; es necesario que se pruebe de una manera evidente la necesidad de la venta ó la conveniente utilidad de suprimir la formalidad.

*El juez puede conceder licencia para la venta de los bienes raíces de los menores, en los casos siguientes:*

1º cuando las rentas del pupilo fuesen insuficientes para los gastos de su educación y alimentos (art. 438, n° 1):

tener lugar, porque sería un caso de confiscación simulada. ¿Con qué derecho el gobierno fijaría un valor á lo que es mío, aunque estuviera autorizado para expropiármelo? La expropiación es una venta forzada; pero eso no autoriza al comprador para pagar el precio que crea conveniente, sin consultar la voluntad del dueño.— Véase FREITAS, art. 1730. GOYENA, art. 233, y nuestros arts. 1324, 2511 y 2512.

(Art. 438, n° 1.) La base general dentro de la cual puede ejercitarse la facultad del juez para autorizar la venta de los bienes del pupilo, es la necesidad ó la evidente utilidad, y los casos consignados en este artículo se deben considerar como un ejemplo de tantos otros en que puede existir la necesidad ó la utilidad evidente, y no como los únicos. Freitas, art. 1730, de donde han sido tomados los siete incisos, así lo consigna, y debemos entenderlo de este modo para armoni-

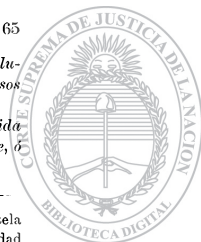
2º Cuando fuese necesario pagar deudas del pupilo cuya solución no admita demora, no habiendo otros bienes, ni otros recursos para ejecutar el pago (art. 438, n° 2);

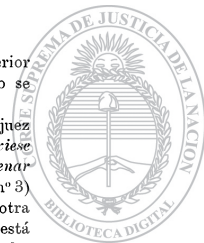
3º Cuando la enajenación del inmueble haya sido convenida por el anterior dueño, ó hubiese habido tradición del inmueble, ó recibo del precio ó parte de él (art. 438, n° 6).

zarlo con los arts. 426, 427, 434, 443 y 446. «Los inmuebles de la tutela (dice Freitas) no serán enajenados sino habiendo absoluta necesidad ó evidente ventaja, que el tutor deberá justificar, cuando requiriese autorización para enajenarlos, como en los casos siguientes»: Un caso de necesidad es el ejemplo del n° 1, determinado ya en el art. 427, donde sólo se permite emplear una *parte del capital*; pero nosotros la hemos tomado como refiriéndose al empleo necesario á la educación y alimentos, pudiendo pedir en seguida, y según las necesidades, el empleo de los demás. El juez no puede autorizar una medida general, de emplear el capital en la educación ó alimentos del menor, sino medidas parciales dando esa autorización cada vez que sea necesaria. La autorización de vender no se dará si hubiere otros bienes, ó algún otro medio para llenar las necesidades, como en el caso de tener objetos de arte y aunque representaran un valor de afección como una estatua ó un cuadro hecho por el padre.— Véase FREITAS, art. 1730, n° 1.

(Art. 438, n° 2.) Esto representa un caso de necesidad para evitar la ejecución judicial y los gastos consiguientes; el Código agrega la parte que suprimió en el anterior de Freitas, no habiendo otros bienes ú otros recursos para ejecutar el pago; limitación que debe tenerse presente para autorizar la venta. Se entiende que las deudas deben ser reconocidas ó contraídas por el tutor con autorización judicial, cuando se hubiere pedido prestado, ó constare de documentos fehacientes, no es necesario esperar al vencimiento de la obligación y á la demanda judicial, por el contrario se debe evitarla.— Véase FREITAS, art. 1730, n° 2.

(Art. 438, n° 6.) Este es un caso de necesidad en que el pupilo puede ser obligado por la justicia á hacer la venta, aunque no hubiere escritura pública, si se hubiera hecho tradición de la cosa ó pagado el precio, ó constase de cualquier otra manera; y comprende la hipótesis de si se dejare en el testamento un inmueble ordenando su enajenación ó se le donase con la misma condición; así los incisos abrazan to-





En estos casos la venta es necesaria, hay un interés superior que la impone, y demostrado los extremos ante el juez, no se puede excusar la autorización.

En los casos de utilidad queda al prudente arbitrio del juez el acordar ó negar la venta, así, *cuando el inmueble estuviere deteriorado, y no pudiera hacerse su reparación sin enajenar otro inmueble ó contraer una deuda considerable (art. 438, n° 3)* porque podría convenir á los intereses del menor el vender otra propiedad ó tomar dinero prestado para refaccionar la que está en ruinas, según las circunstancias del caso; del mismo modo, sería cuestión de hecho la de averiguar, si convendría vender, *cuando la conservación del inmueble por más tiempo, reclamara gastos de gran valor (art. 438, n° 4)*, pues, si á pesar de estos

dos los casos que pueden ocurrir y los enumerados se deben tomar como meros ejemplos.—Véase FREITAS, art. cit., n° 7.

(Art. 438, n° 3.) Este es un caso de evidente utilidad pues no existe la necesidad que obligue á hacer la enajenación; se hace consultando sólo la ventaja y la utilidad que reporta el menor. Y así mismo pueden pesarse las conveniencias que habría en contraer una deuda considerable, si las reparaciones y mejoras hicieran producir á la cosa una renta suficiente para pagar los intereses y amortizaciones y quedara al menor una renta mayor de la que produce en la actualidad. Supóngase un edificio viejo en la Avenida de Mayo, si el Banco Hipotecario adelantara un fuerte capital para hacer un grandioso edificio, que dará una renta para cubrir los intereses y amortizaciones, y dejara tres ó cuatro veces más la renta que percibe el menor actualmente, el préstamo debería autorizarse en vez de vender otro inmueble. La utilidad debe ser evidente para autorizar la venta; es una cuestión de hecho y queda á la apreciación del juez.—Véase FREITAS, art. cit., n° 3.

(Art. 438, n° 4.) Este también, es un caso de utilidad y se debe estudiar, si los gastos de conservación que deberán hacerse no responden á la renta que da el inmueble; y puede comprenderse en este caso la venta de un inmueble improductivo, y cuyo precio colocado en fondos

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 438, n° 6.*—La venta cuya validez ha sido reconocida en juicio y por juez competente, tiene que ser respetada y tenida por válida, aunque pretenda haber sufrido perjuicio un menor interesado, que ha sido representado debidamente en dicho juicio.—LIV, 117.



gastos le conviniera hacerlo, no debería vender la propiedad. Habrá también conveniencia en la venta, y debe ser autorizada, *cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona y la continuación de la comunidad le fuese perjudicial (art. 438, n° 5), ó cuando el inmueble hiciese parte integrante de algún establecimiento de comercio ó industria, que hubiese tocado en herencia al pupilo y que deba ser enajenado con el establecimiento (art. 438, n° 7).*

La tasación y el remate público, son las garantías creadas para la enajenación de los bienes raíces de los menores; pero *el juez puede dispensar que la venta de muebles é inmuebles se haga en remate público, cuando á su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, ó porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación (art. 442).* La auto-

públicos ó en otro inmueble le diera renta; lo que demuestra que hay casos no comprendidos en los incisos de este artículo. Freitas, art. cit., n° 4, agrega: «si ocasionaren una gran disminución en las rentas del pupilo», es también otro caso comprendido en el inciso.

(**Art. 438, n° 5.**) La comunidad debe serle perjudicial porque si pedida la enajenación por el tutor, como es su deber hacerlo (art. 436), resultare que es conveniente y provechosa, el juez así lo declarará, manteniéndola; esta resolución aun consentida ó confirmada por el superior, no impedirá al tutor renovar su gestión cuando las circunstancias hubieren variado á su juicio, y no ligará al mismo juez para decidir lo contrario, una vez que se demuestre el perjuicio. Sucede en estos casos como en el juicio de alimentos, que pueden variarse sin que haya cosa juzgada, en el sentido que no puede alterarse el hecho. Véase FREITAS, art. cit., n° 5.

(**Art. 438, n° 7.**) Es un caso de necesidad, como si fuera una fábrica que no pudiera continuar por ser peligroso para el menor, y puede agregarse cualquier caso análogo.—Véase FREITAS, art. cit., n° 8, y nuestro art. 1324.

(**Art. 442.**) Se deja al criterio del juez, sin necesidad de prueba alguna, la autorización de la venta privada; pero está limitada la facultad por el hecho de existir alguna *circunstancia extraordinaria* ó porque en la plaza no se pueda alcanzar precio mayor del ofrecido,





rización no puede darse arbitrariamente, es necesario demostrar la conveniencia de suprimir las formalidades exigidas por la ley. Otro caso de autorización que se deja á la resolución del juez de la tutela, es cuando el menor hubiese heredado un *estableci-*

dando á entender en este segundo caso, que la venta ha sido intentada sin resultado alguno. No basta al tutor afirmar no haber podido obtener el precio de tasación, para que la venta se haga en privado; si los bienes son de importancia debe intentarse la venta pública, y sólo con mal resultado deberá autorizarse la privada. Si la ley de procedimientos de una provincia, ordenase que los bienes de menores deben venderse en remate público, sin excepción alguna, debe aplicarse con preferencia, porque tratándose de un juicio, y de las facultades de los jueces, las provincias son soberanas para determinar la manera de proceder. Este es uno de los puntos en que las leyes de forma se tocan y confunden con las de fondo, y el legislador en la parte general y sustantiva tiene que entrar en la especial ó adjetiva de cada estado. Podemos, pues, reducir á los siguientes casos la facultad de vender privadamente los inmuebles del menor, con autorización judicial: 1º, cuando fueren de poco valor y se ofreciere un precio razonable; 2º, cuando por circunstancias extraordinarias no se pudieran vender en remate público; 3º, cuando en la plaza no se pudiese obtener mayor precio que el de tasación; 4º, cuando el testador ó donante han impuesto la condición de venderla privadamente á determinada persona, ya sea fijando el precio ó indicando el de tasación. Cuando en el contrato social se hubiere estipulado de antemano el precio que pagaría uno de los socios, como lo supone un autor, siendo el resultado de un contrato anterior que obligue al menor, como heredero del socio fallecido, no sería uno de los casos del artículo, porque entonces no necesitaría autorización judicial, como no la necesita para ejecutar un contrato estipulado por su causante; son casos diversos.— Véase FREITAS, art. 1733, nº 7, y nuestros arts. 441 y 449.

*Faltos de la Cóm. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 442.—El precio que sirvió de base sin resultado para la venta en remate de bienes de menores, puede ser considerado ventajoso para la venta privada.—Jur. Civ., II, 198, Sér. 5ª.

La dispensa de vender extrajudicialmente los bienes menores, es facultativa de los tribunales.—Jur. Civ., VIII, 123. Sér. 3ª.

NOTA—No es arbitrario, ni puede autorizarla, sino cuando hubiere alguna circunstancia extraordinaria; porque de otro modo se dejarla en la mano de los jueces una facultad que la ley solo les ha concedido con restricciones.—Debe

*miento social; el tutor, tomando en consideración las disposiciones del testador, el contrato social, su naturaleza, estado del negocio y lugar del establecimiento, informará al juez de la tutela si conviene ó no continuar ó disolver la sociedad (art. 444); y si el*

(Art. 444.) Si se tratase de un establecimiento que el causante del menor hubiera tenido en sociedad con otro ú otros, y se ha estipulado continuarlo con sus herederos hasta cumplir el plazo, la sociedad podrá disolverse, ó enajenarse la parte del menor, si previos los informes del caso el juez autorizare la enajenación; en cuyo caso puede autorizarse la venta privada á alguno de los otros socios por el precio de la liquidación ó balance que deberá hacerse. Lo estipulado en el contrato social debe cumplirse, porque el menor sucede en todos los derechos y obligaciones de su causante cuando el contrato permisiere la continuación y el juez la autorizare; el tutor puede ser facultado para nombrar una persona que lo represente en la sociedad, acordándole un sueldo ó una parte de las ganancias; esto entra en los gastos ordinarios de una administración, pues no se puede exigir del tutor el abandono de sus propios negocios por atender los del pupilo. Esto mismo se aplicará á los demás establecimientos rurales del pupilo, ó cuando sus bienes sean de importancia y requieran empleados intermediarios. El juez autorizará para gastar una suma determinada en la administración y dentro de esa cantidad el tutor podrá pagar á los empleados.—Véase FREITAS, art. 1735, n.º 1, y nuestros arts. 1670 y 1770.

demostrarse que no se ha podido obtener mayor precio que el de tasación; pero esa oferta debe ser inmediata y no después de mucho tiempo en que las circunstancias hayan cambiado. (N. del A.)

La venta extrajudicial de los bienes de los menores sólo puede autorizarse por mayor precio que el de tasación.—Jur. Civ., IV, 232, Sér. 4.º.

Deben ser vendidos en remate judicial.—Jur. Civ., IX, 231, Sér. 4.º.

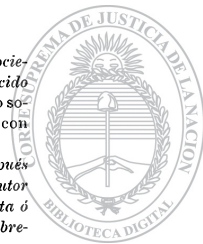
La oposición condicional debe ser rechazada, probados que sean las condiciones que el oponente había exigido para la venta privada de bienes de menores.—Jur. Civ., VII, 243, Sér. 1.º.

Los bienes de menores sólo pueden ser vendidos privadamente por un precio mayor que el de la tasación.—Jur. Civ., III, 78, Sér. 4.º.

Tratándose de la venta de bienes de menores, queda librado al prudente arbitrio de los Tribunales fijar la forma y condiciones que concepten más conveniente á los intereses de aquéllos.—Jur. Civ., VIII, 371, Sér. 2.º.

El tutor carece de facultad para reconocer deudas del causante, y en consecuencia el juez puede obligar al acreedor á su justificación, no obstante la existencia de ese reconocimiento y la conformidad del asesor de menores. Jur. Civ., XIV, 229, Sér. 4.º.





*juez, por los informes del tutor resolviere que continúe la sociedad, autorizará al tutor para hacer las veces del socio fallecido de que el pupilo es sucesor (art. 445); pero si en el contrato social se hubiere estipulado la continuación de la sociedad con los herederos, se debe regir por los arts. 1670, y 1761.*

*Si el juez resolviere que la sociedad se disuelva luego ó después de haberse vencido el tiempo de su duración, autorizará al tutor para que, de acuerdo con los demás interesados, ajuste la venta ó la cesión de la cuota social del pupilo, al socio ó socios sobrevivientes, ó á un tercero, con asentimiento de estos; y si no fuere posible la venta, para inspeccionar ó promover la liquidación final, y percibir lo que correspondiese al pupilo (art. 446); pero*

(Art. 445.) Para que el juez decida la continuación de la sociedad es necesario hacer inventario y tomar balance del establecimiento de donde resulte la conveniencia de continuarla; pero esa continuación debe ser condicional, hasta conocer si causa perjuicio, y hasta la terminación del plazo porque se constituyó; pero no será permitido al juez autorizarla por mayor plazo, por más conveniente que ella sea, pues no se debe exponer al menor á las contingencias de un negocio que él mismo no puede administrar. Son cuestiones de hecho que exigen resoluciones especiales, según cada caso.—FREITAS, art. 1735, n° 2, y nuestros arts. 448, 1670, 1761, 1762 y 1770.

(Art. 446.) Son casos de venta privada limitados por el precio ó valor que tenga el pupilo en la sociedad, pues no puede quedar al arbitrio judicial, el autorizar la enajenación sin base alguna; de la misma manera pensamos que el tutor no puede recibir él mismo el precio, y debe depositarse por los compradores en el Banco Nacional á nombre del menor, haciendo de este modo imposible que pueda ser defraudado por el tutor. El tutor no puede tener sino lo necesario para la administración y las rentas; pues el art. 1244, tratándose de la mujer menor de edad, obliga á los deudores á depositar su valor en los bancos, so pena de no quedar desobligados, si lo entregaren al marido. El comprador de un bien raíz del menor, ó el comprador de la parte que éste tuviere en una sociedad, no puede desobligarse pagando al tutor, sino depositando su importe en el Banco Nacional. En los casos de liquidación final de la sociedad, ordenada por el juez, el tutor se supone autorizado para nombrar liquidadores, así como los árbitros que deben decidir las controversias ocurridas, pues es un arbitra-

*las disposiciones de los tres artículos anteriores no son aplicables, cuando los pupilos fuesen interesados en sociedades anónimas, ó en comandita por acciones (art. 447); porque siendo éstas una asociación de capitales, las personas en nada influyen sobre su marcha.*

*Si el establecimiento (heredado) no fuese social, el juez, tomando pleno conocimiento del negocio, autorizará al tutor para que por sí ó por los agentes de su confianza, dirija las operaciones y trabajos, haga pagos y ejecute todos los demás actos de un mandatario con libre administración, sin necesidad de requerir autorización especial, sino en el caso de una medida extraordinaria (art. 448);*

miento ordenado por el Código de Comercio, en las sociedades mercantiles. — Véase FREITAS, art. 1735, n° 3, y nuestros arts. 439, 445 y 1770.

(**Art. 447.**) Siendo las sociedades anónimas simples asociaciones de capitales, sin que las personas desempeñen otra función que los indicadas en los estatutos, la muerte ó incapacidad de los socios que han suscrito las acciones en nada influye en la disolución de la sociedad, que no desaparece sino por alguno de los medios determinados por la ley, ó por cumplirse el plazo fijado en los estatutos. Así, la determinación que los jueces pueden tomar es con relación á la enajenación de las acciones, y en nada influyen sobre la existencia. — Véase FREITAS, art. 1735, n°s 4 y 5 y 1736 que regla de un modo más completo las diversas hipótesis.

(**Art. 448.**) Si el testador ha dejado el establecimiento bajo condición de continuarlo hasta la mayor edad del menor debe ejecutarse su voluntad. Cuando se decidiera que conviene al menor la continuación del establecimiento, el tutor queda autorizado para dirigir el negocio como si fuera un mandatario, con poderes para administrar, rigiéndose sus actos por el título del mandato; pero el juez no debe dar ésta autorización sin tener á la vista los balances del negocio, los inventarios y las informaciones necesarias donde conste la conveniencia de hacerlo continuar. Será conveniente fijar de antemano los gastos de administración y el máximo, dentro del cual el tutor obre con completa independencia, para evitar abusos. — Véase FREITAS, art. 1736, n° 2. No creo, como algunos, que el tutor necesite autorización expresa para nombrar agentes de su confianza que lo representen en la administración del establecimiento; bastará la autorización para seguirlo;



*pero si el juez ordenare que el establecimiento cese luego, ó cuando juzgare que su continuación seria perjudicial al pupilo, autorizará al tutor para enajenarlo, en venta pública ó privada, después de tasada ó regulada su importancia; y mientras no fuese posible venderlo, para proceder como el tutor lo encontrase menos perjudicial al menor (art. 449).*

§ 150.—DE LOS ACTOS DEL TUTOR CON RELACIÓN Á LOS TERCEROS

El tutor administra sólo y ejecuta todos los actos de la vida civil á nombre del menor, no se obliga personalmente, pero obliga á su representado como si fuera mayor, cuando los realiza con la autorización necesaria: si no la tenía, sólo el menor podrá reclamarlos cuando le fueren perjudiciales, y se consideran válidos, mientras no se hubiesen declarado nulos, á menos de estar expresamente prohibidos. Esto no importa privar al otro contratante para exigir se cumplan las formalidades omitidas, ó se declarase nulo si fuese perjudicial. La acción del pupilo para

lo que el tutor no puede, es conferir los poderes que la tutela le atribuye, pues no hay disposición que lo obligue á ejecutar personalmente todos los actos de administración, y puede confiarlos á otros bajo su responsabilidad. La diferencia en este caso es si el juez lo autorizó expresamente para nombrar agentes, el tutor no responderá sino en caso de dolo; en caso contrario responderá de la conducta y competencia del nombrado.—Comp. arts. 1694 y 1880.

(Art. 449.) La tasación debe ser por peritos y aprobada por el juez, pues sirve de base para la enajenación privada. Cuando se hubiere mandado vender, mientras la venta se realiza, el tutor está autorizado para proceder como fuere menos perjudicial á los intereses del menor. La venta puede hacerse con las condiciones ó facilidades que se creyere conveniente conceder al comprador asegurando su pago con garantías ó hipotecas. Si no fuera posible venderlo en su totalidad, puede ser autorizado para enajenarlo por partes si así conviniere, ó no hubiere otro medio de liquidarlo. En todos estos casos no se puede dar una regla fija, porque se procederá según las circunstancias.—Véase FREITAS, art. 1736, no 3, y nuestros arts. 437, 441 y 442.



anular el acto, pasa á sus herederos y sus acreedores pueden ejercerla.

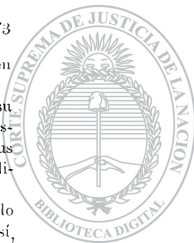
Los actos realizados por el tutor, dentro de los límites de su mandato, no sólo obligan al menor en cuanto á los actos mismos, sino en la manera de cumplirlos, y ellos responden con sus bienes de las faltas de su tutor en el cumplimiento de la obligación contraída.

Y esta consideración es de importancia en el sistema creado por el Código; que no exige garantía alguna á los tutores. Así, un contrato celebrado á nombre del menor; si no se cumpliera por el tutor, los perjuicios ocasionados recaerían sobre el menor; porque la obligación no se modificaría por la circunstancia de ser un menor el obligado. El menor dirige la acción contra su tutor. Un contrato bajo una cláusula penal, p. e., autorizado por el juez, en caso de enajenación, la pena debería ejecutarse en los bienes del menor; lo mismo sucederá en las omisiones ó faltas del tutor en el cumplimiento de los contratos, no quedándole al menor sino la acción contra el tutor negligente. No sucedería lo mismo, si se tratase de una acción judicial entablada sin autorización, ó cualquier otro acto en las mismas condiciones, que podría ser reclamado como nulo por el menor.

No creo se comprenda en la máxima general de *factum tutoris, factum pupilli*, los actos realizados por un tutor después de removido de la tutela, ó cuyo nombramiento hubiera quedado sin efecto por cumplirse la condición bajo la cual fué nombrado. El pupilo no puede ser obligado por su ex-tutor, y aunque habría sido conveniente arbitrar un medio para impedir el engaño á los terceros, no es justo que el pupilo sea perjudicado.

#### § 151.— DE LOS EMOLUMENTOS DEL TUTOR

En el derecho Romano, como en la antigua legislación española, la tutela se ejercía gratuitamente, y algunos códigos europeos han seguido estos principios, fundándose en que era una carga pública; pero el nuestro, conformándose con las necesidades del presente, y teniendo en cuenta el interés dominante de las sociedades modernas, ha rechazado el servicio gratuito que





pocos habrían aceptado, y ha decidido que *el tutor percibirá por sus cuidados y trabajos la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor, tomando en cuenta, para la liquidación de ellos, los gastos invertidos en la producción de los frutos, todas las pensiones, contribuciones públicas ó cargas usufructuarias á que esté sujeto el patrimonio del menor (art. 451); pero respecto á los*

(**Art. 451.**) La décima parte que debe percibir el tutor por su trabajo, la cobrará á medida que realice los frutos (art. 535, Código Chileno) y para hacerse la liquidación debe tenerse en cuenta lo invertido en la producción y todo lo que grave el patrimonio del menor, como gastos de administración, etc. Goyena, al art. 253, y su com. Freitas, 1751, dice más claramente: «sobre el valor de la renta anual líquida de los bienes que hubiere administrado», y la renta anual se debe tomar como regla para la liquidación. Los arts. 453 y 454 dicen: «que el tutor restituirá lo recibido si contrariase á lo prescripto, etc.», dando á entender claramente que será cuando haya percibido la décima á que tenía derecho. Y no se encuentra la razón por qué el tutor haya de esperar al fin de la tutela, cuando anualmente percibe las rentas líquidas de su pupilo. ¿Por qué razón se le haría trabajar diez ó quince años sin recibir emolumento alguno?—Véase FREITAS, arts. 1751 y 1756, arg. Cód. FRANCÉS, art. 470. CANTON DE VAUD, art. 264.

Debe ser la décima producida por los bienes, no de las ganancias que el pupilo obtiene por suerte ó industria propia. El término de «se acaba» la tutela usada por nuestro Código es impropio tratándose del tutor. La tutela no acaba por muerte, excusación ó renuncia del tutor, desde que ella se transfiere necesariamente á otro tutor; se acaba para el tutor, pero como la tutela comprende á dos personas, el tutor y pupilo, debió hacerse esta distinción. La tutela sólo se acaba por muerte del menor, su mayor edad ó emancipación, porque no hay más tutela. Comp. DEMOLOMBE, VIII, 2.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 451.*—L. 2, Tít. 7, Lib. 3, F. R. La tutela era gratuita por el Derecho Romano, pero el magistrado podía señalar al tutor un honorario proporcionado á las facultades del menor. L. 3, § 3, Tít. 7, Lib. 26, Dig. Los Códigos Francés, Napolitano y Sardo nada disponen á este respecto El Cód. de Luisiana, art. 342, da al tutor el diez por ciento de las rentas del menor. El Holandés no le da honorario alguno, sino cuando los padres lo han señalado en su testamento. El de Baviera sólo da al tutor el derecho á una remuneración, acabada la tutela, según hubiese sido su trabajo y el aumento de las rentas del menor. Lo mismo el de Prusia, cuando la tutela le hubiera absorbido mucho tiempo ó hubiere tenido que hacer viñes en el interés del menor,



*frutos pendientes al tiempo de principiar la tutela, se sujetará la décima á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo (art. 452);* es decir, no se computarán para la décima los frutos pendientes á la conclusión de la tutela; y si, los que estuvieren al comenzar.

*El tutor no tendrá derecho á remuneración alguna, y restituirá lo que por ese título hubiese recibido, si contrariase á lo prescripto respecto al casamiento de los tutores ó de sus hijos con los pupilos ó pupilas, ó si fuese removido de la tutela por culpa grave, ó si los pupilos sólo tuviesen rentas suficientes para sus alimentos y educación, en cuyo caso la décima podrá disminuirse ó no satisfacerse al tutor (art. 453).*

(**Art. 452.**) Los frutos pendientes al tiempo de comenzar la tutela se consideran como percibidos, según el art. 2864, en que el usufructuario hace suyos esos frutos al comenzar el usufructo (Código de Chile art. 536); pero siempre se deben deducir los gastos hechos para producirlos, así como los realizados para percibirlos.

La norma dada por el Código en cuanto á los frutos pendientes son las reglas del usufructuario y estamos conformes con el doctor Llerena (art. 452), en que se debe seguir la misma regla para la conclusión de la tutela, no computándose los frutos pendientes para la deducción de la décima. ¿Qué razón habría para considerarlos como percibidos? Faltan los gastos de percepción para obtener un producto líquido, y sería incompatible acordárselos al tutor que concluye, cuando se los hemos adjudicado al que va á comenzar, como sucedería en caso de muerte ó renuncia del tutor; se abonaría una doble comisión.—Véase Cód. DE CHILE, art. 536.

(**Art. 453.**) Cuando el tutor se casare con la pupila, la pérdida del enolumento no sería una pena, y en consecuencia la ley debiera privarle también de la administración de los bienes. La pena impuesta al casamiento del menor con algunos de los hijos ó hijas del tutor no tendría efecto, si los descendientes del tutor fueran mayores de

art. 231. El de Austria dispone que puede darse una retribución al tutor, la cual no debe pasar del cinco por ciento de las rentas del menor, 266 y 267. El Código de Chile está conforme con nuestro artículo.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 451.—El tutor, sólo puede cobrar comisión sobre el haber líquido que corresponde al pupilo.—Jur. Civ., IV, 244, Sér. 4ª.*





En los dos primeros casos, no sólo dejará de percibir el emolumento señalado, sino que devolverá lo recibido, y en la rendición de cuentas se debe cargar al haber del menor; no así en el tercero, porque si los bienes han disminuído de valor, y las rentas apenas le alcanzan para los alimentos, no debe devolver lo recibido.

No se pagarán emolumentos, *si el tutor nombrado por los padres hubiese recibido algún legado de ellos, que pueda estimarse como recompensa de su trabajo, no tendrá derecho á la décima;*

edad, aunque vivieran en casa de su padre; porque la prohibición se extiende sólo al tutor y sus «descendientes legítimos que estén bajo su potestad»; y no debe comprenderse á los descendientes naturales, que no estuvieren bajo la potestad del tutor. Las prohibiciones son restricciones á la libertad y la interpretación debe ceñirse á lo expresamente prohibido. ¿Podría el tutor hacer casar á su hija natural reconocida sobre la cual ejerce patria potestad, con el menor que tiene bajo su guarda? No, porque se contraría abiertamente el propósito de la ley, que es el de prohibir al tutor influir directamente sobre ambos cónyuges, no dejándoles plena libertad.

La remoción de la tutela para perder el emolumento, debe ser por causa grave y como tal se reputaría la conducta dolosa del tutor, si contratase con su pupilo ó adquiriera bienes de este, aun en remate público. Si la remoción fuera por cualquiera otra causa, no tendría el efecto de hacerlo perder sus emolumentos. Es una cuestión de hecho sujeta á la apreciación de los magistrados.—Véase FREITAS, art. 1755, nº 2, creemos más acertada la disposición del CÓD. DE CHILE, art. 533.

Cuando el pupilo tuviera sólo para sus alimentos y educación, el tutor debe servir el cargo gratuitamente. Si el menor llegare á adquirir posteriormente mayores bienes, ya sea por herencia, donación ó cualquiera otra causa, el tutor podrá cobrar la décima en adelante: pero nada se le deberá por el tiempo anterior, porque la ley lo obligó á servir gratuitamente.—Véase CÓD. DE CHILE, art. 534, y principalmente FREITAS, art. 1755, nº 3, de donde fué tomado nuestro artículo.

Respecto de los frutos no se deben considerar tales para la décima, las cosas que separadas deterioran el fundo ó lo disminuyen de valor, ó las aumentadas por accesión ó aluvión. La décima no se extenderá, pues, sobre las maderas que se venden, sino cuando su corte se haga metódicamente para conservar los bosques; pero comprenderá el producto de las canteras ó minas.—Véase CÓD. DE CHILE, art. 537.

*pero es libre para no percibir el legado, ó volver lo percibido y recibir la décima (art. 454).* Es una cuestión que sólo podrá promoverse á la rendición de cuentas, y debe buscarse la intención del testador, pues si tenía motivos de reconocimiento para con el legatario, se debe suponer que quiso pagar esas deudas, que sólo crea la gratitud.

El emolumento señalado al tutor es una compensación no sólo de la administración que puede no existir, si la renta consiste en fondos públicos ó en acciones de sociedades anónimas, sino por el cuidado y educación del menor. El tutor no es un mandatario ordinario, presta un servicio á la sociedad y reemplaza al padre del menor; debe, pues, tenérsele los miramientos y consideraciones á que son acreedores, los que contribuyen á formar hombres útiles á la sociedad.

(**Art. 454.**) Nuestro Código deja en libertad al tutor para rechazar el legado ó devolverlo, cuando se considerase dejado como una recompensa de sus trabajos. ¿Y tendría esa misma facultad, cuando en el testamento se dijera expresamente que el legado es la única remuneración? El Dr. Freitas, art. 1752, considera en ese caso al legado como la única remuneración; pero nuestro Código se ha separado de esta doctrina, dejando á la voluntad del tutor el derecho de elegir, y la creemos más conforme con la naturaleza del servicio que de él se reclama. ¿Con qué derecho el testador podría fijar á su voluntad la remuneración de un servicio que él exige? La ley considera la tutela como una carga pública, consultando intereses superiores de la sociedad, y es ella la que fija la remuneración, así como determina cuando esa carga es gratuita. Si el tutor hubiere recibido el legado, ¿cuando podrá devolverlo y recibir la décima de sus frutos? Según la opinión manifestada, debe hacerlo en el primer año, sin esperar al fin de la tutela, pues ya podría computar el importe de sus emolumentos, según las cuentas que presentare. El Código habla de cuando «el legado pueda estimarse como recompensa de su trabajo» excluyendo aquel en que expresamente el testador lo hubiera dejado como recompensa. En caso de duda, la opción debe hacerse en el primer año, y se juzgará hecha por el percibo de los emolumentos, si posteriormente se decidiera que el legado es la recompensa del trabajo; en el segundo caso, la opción debe hacerse inmediatamente, y se juzgará hecha, si el tutor recibe el legado dejado con esa condición.



*Los depósitos que se hagan en los bancos, de los capitales de los menores, deben ser á nombre de ellos, lo mismo que las inscripciones en la deuda pública (art. 425).*

(Art. 425.) Si los dineros pertenecientes al pupilo no fueran depositados en nombre de éste, sino en el del tutor, el acto por sí sólo no constituiría mala administración, si demostrase que por descuido ó ignorancia lo hubiera hecho, desde que cumpliera con el precepto de la ley. Pero queda siempre la duda notada en el art. 424, ¿en qué tiempo debe hacer esos depósitos para que se le considere moroso? Es una cuestión de hecho y se debe resolver según los casos. El tutor no se considerará sospechoso si pusiera los dineros en los bancos en su propio nombre, y cargase en la cuenta de rendición todos los intereses compuestos pagados por el banco; pero si los tuviere en su cuenta corriente usando de los dineros como cosa propia, será bastante causa para la remoción, si fueran cantidades de importancia. Los depósitos deben hacerse á plazo fijo, buscando mayor interés y en caso de no realizarlo así, pagará la diferencia, según los casos. El Cód. Holandés, art. 425, se refiere sólo á las inscripciones de los títulos de la deuda nacional sin comprender los dineros. Por nuestro Código, el tutor no puede tener en su poder, sino las rentas que produzcan los bienes del menor, pues las demás sumas donadas ó legadas deben serle, entregando las boletas de depósito expedidas por el Banco Nacional, ó cuando se tratara de la venta de bienes raíces del menor, también, deben hacerse los depósitos por los compradores á nombre de éste.

NOTA: — Este artículo y su nota debieron ir colocados en la pág. 40 antes del art. 436.



## TÍTULO XI

### DE LOS MODOS DE ACABARSE LA TUTELA

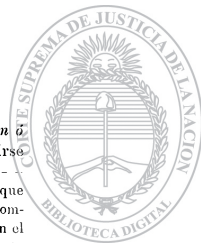
#### § 152. — COMO SE ACABA LA TUTELA

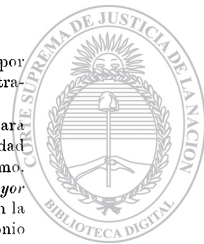
*La tutela se acaba: 1º, por la muerte del tutor, su remoción ó excusación admitida por el juez (art. 455, nº 1), por cumplirse*

(Art. 455, nº 1.) Por la muerte del tutor concluye la tutela que ejercía la persona designada, pero si en el testamento se hubiere nombrado un segundo tutor, debe entrar á desempeñarla, así como en el caso de remoción ó excusación. Entre nosotros no existe la muerte civil; pero la tutela concluiría por la condenación del tutor á prisión ó penitenciaría ó cualquier pena infamante (art. 398, nº 10.), así como por la pena de destierro, pues sería el caso en que el juez delibere sobre la cesación de la tutela, art. 431.

Entre las causas porque se concluye la tutela, debemos consignar la que resulta de la cesación ó suspensión de la patria potestad, por razón de ausencia declarada del padre, ó de su incapacidad mental. Freitas, art. 1778, nº 1º y nuestro art. 310, aunque bien puede colocarse entre las causas de separación de la tutela. Otra de las causas de cesación de la tutela es la del cumplimiento de la condición á que se subordinó el nombramiento en el testamento, porque puede hacerse bajo cualquier condición no prohibida (arts. 384 y 385 y Freitas, 1778, nºs 6 y 7); lo mismo sería cuando se hubiere nombrado tutor especial para determinado objeto, y se concluyera el asunto que ocasionó el nombramiento.

El Dr. Segovia cree bien dudoso el decidir sobre si la incapacidad del menor pone fin á la tutela, y aunque respetamos sus dudas, nos decidimos por la negativa; porque esa causal no está comprendida en la ley que sólo reconoce la muerte, emancipación ó mayor edad del menor. La incapacidad mental del menor púber pedida por el tutor ó por cualquier otro de los que tienen derecho, no hace cesar la tutela, pues esta sólo se da á los menores en cualquier condición en que se encuentren, y la curatela á los mayores incapaces; y además porque si el curador de un incapaz es tutor de los hijos menores de ese incapaz, para dar unidad de acción y reconocer una sola autoridad en la familia, por la misma razón debe considerarse al tutor en su calidad





la condición resolutoria impuesta por el padre ó la madre, ó por la condena á presidio en que el condenado pierde la administración de sus bienes.

Así es que debemos distinguir, cuando la tutela cesa para el tutor y continúa para el menor, que pasa bajo la autoridad de otro tutor, de aquellos en que se acaba para ambos como, por ejemplo, *por la muerte del menor, por llegar este á la mayor edad, ó por contraer matrimonio* (art. 455, n° 2), aunque en la última hipótesis volvería á estar bajo tutela, si el matrimonio se anulara, en caso de no tener hijos bajo su potestad. Si el menor fuera el cónyuge culpable volvería á la tutela.

*Sucediendo la muerte del tutor, sus albaceas ó sus herederos, mayores de edad, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez del lugar, y proceder entre tanto á lo que las circunstan-*

de tal, cuando el menor, de incapaz relativamente, pasara á ser incapaz absolutamente. La interpretación en este caso debe ser en favor del tutor, á quien la ley no lo hace cesar, y el mismo autor se inclina á esta conclusión, cuando dice al final: «pero esa tutela quedará sujeta á las disposiciones de los arts. 480 y 483».

Respecto á la opinión que hemos avanzado, de que el tutor del demente continuaría como curador al llegar este á la mayor edad, está fundada en la propia conveniencia del insano, y los jueces deben tener en cuenta para no cambiar de dirección, sin una razón fundamental. Si la ley declara tutor de los menores hijos del insano al curador de este, ¿por qué no invertiría por analogía, de la curatela al tutor del menor insano, cuando ha llegado á la mayor edad?

(Art. 455, n° 2.) En los casos de matrimonio, la tutela no puede continuar para la mujer menor de edad, porque pasa bajo el poder marital. Con relación al marido de menor edad, como el matrimonio lo emancipa y adquiere poder marital sobre la mujer, no puede estar sujeto á potestad alguna.

Respecto á la muerte del menor, rompe por completo no sólo las relaciones personales sino también la de los bienes, y la tutela se considera fenecida desde que ocurre el fallecimiento; lo mismo sucede, con la mayor edad, que no necesita de declaración judicial.

*cias exijan respecto á los bienes y persona del menor (art. 456), hasta que se nombre otro tutor, como lo harían los herederos del mandatario en casos semejantes. Se trata de que el menor no reciba perjuicios.*

(**Art. 456.**) Cuando el tutor no hubiera nombrado albacea y no dejare herederos mayores de edad, ¿quién deberá hacerse cargo de la persona y bienes del menor? Si el albacea no cumpliera con la obligación impuesta, ¿será responsable personalmente ú obligará el haber del tutor? Son cuestiones de hecho que los jueces resolverán según los casos; pero todo el que ocasiona por su culpa un daño á otro está obligado á resarcirlo. Bastará, pues, que una obligación sea impuesta por el Código para que su omisión voluntaria dé lugar á indemnización de perjuicios, en caso de no ejecutarse.

El Código ordena se haga saber *inmediatamente* al juez del lugar, el fallecimiento del tutor, y como este ha podido encontrarse fuera de su domicilio por cualquier causa, debe entenderse que el juez á quien debe avisarse es al que discernió la tutela, quien entiende en todo lo relativo á ella, art. 404. El albacea ó los herederos mayores ¿cumplirán con dar aviso al juez del lugar en que falleció el tutor? Creo que sí, porque el objeto de la ley es que ni la persona ni los bienes del menor, queden abandonados un sólo instante, y esto se consigue haciéndolo saber al juez del lugar. El término «inmediatamente» usado por el Código es para indicar la premura con que se debe llenar ese deber, siendo igualmente una cuestión de hecho, «cuando se alegare perjuicios.

¿Cuáles son las facultades del albacea ó de los herederos mayores de edad respecto á la persona y bienes del menor? ¿Quiénes deben ejercer la autoridad del tutor y la administración provisoria de los bienes? ¿Corresponde al albacea ó á los herederos mayores del tutor? Son cuestiones de poca importancia por el tiempo limitadísimo que ejercerían esas funciones; pero en principio general se debe decidir, que siendo el albacea el representante (aunque de una manera figurada, porque no se representa á los muertos) de la voluntad del tutor, él debe tomar todas las medidas conservatorias de absoluta necesidad para que los bienes no sufran perjuicio, tomando al pupilo bajo su guarda, mientras el juez de la tutela disponga lo conveniente. —Comp. DEMOLOMBE, VIII, 7, y sig.

Si el nombramiento de otro tutor se retardase por cualquiera causa, el albacea puede proceder según las circunstancias, pero no seguir los juicios que hubiere promovido el tutor fallecido, haciendo los gastos





El tutor cesará en sus funciones por la sentencia de interdicción dictada en su contra. La interdicción podrá ser solicitada por los parientes del menor que hubieren de desempeñar la tutela, ó por el menor adulto asistido del ministerio ó por este sólo. A la simple denuncia, el juez, como medida previa lo hará comparecer á su presencia, y abrigando dudas sobre su estado, debe suspenderlo; en caso contrario, debe seguirse el juicio de interdicción por todos sus trámites. Puede ser separado de la tutela, cuando conservare la integridad de sus facultades mentales, pero fuere atacado de una enfermedad que lo inhabilitara para ejercer las funciones. Son cuestiones de hecho, y los jueces deben resolverlas con extrema prudencia.

necesarios para la conservación de los bienes, y continuando con la educación del menor. Nuestro Código autoriza al Ministerio de Menores para pedir la rendición de cuentas, art. 459, y la remoción de los tutores, art. 493, y al mayor de 18 años para pedir ambas cosas; mientras el Código de Chile, art. 542, autoriza á los consanguíneos del menor ó á cualquiera del pueblo para promover el juicio de remoción. Siendo la tutela una carga pública debía concederse estos acciones; y los jueces mismos deberían tener el derecho de proceder de oficio cuando tuvieran conocimiento personal de actos de mala administración. Es un vacío que se debe llenar en el porvenir.—Véase FREITAS, arts. 1783 y 1789, y CÓD. DE CHILE, art. 542.

La inhabilidad puede haber existido sin conocerse, ó sobrevenir: en el primer caso, la ley ha debido imponer una pena al que sabiendo ó conociendo su inhabilidad ha recibido el cargo, Código de Chile, art. 512; en el segundo, si al sobrevenir la inhabilidad el tutor no la manifiesta por la premura con que ha debido ausentarse, como si, p. e., hubiera sido enviado al extranjero en comisión, los jueces deben admitir cualquier denuncia para que sirva de base á una información. Cuando el tutor hubiere quebrado, mientras se transmita el juicio de quiebra, debe cesar en su cargo, sin esperar á saber si puede ó no pagar á sus acreedores. Los jueces deben suplir en cuanto sea posible esta falta de la ley, dejando librado al Ministerio de Menores la petición de cesación del tutor, teniendo presente que es un beneficio de la persona y bienes del menor.—Véase FREITAS, art. 1781, y nuestra nota 11 y CÓD. DE CHILE, art. 512.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 456.*—Véase el art. 3003 del Cód. de Luisiana—Cód. Francés, art. 2010—Cód. Sardo, art. 2043.



El código habla de excusaciones aceptadas por el juez, sin dar base alguna que sirva de guía para su admisión; á diferencia de las leyes posteriores, que fijaban las causas de excusación.

Cuando el tutor, ejerciendo sus funciones, tuviera necesidad de ausentarse de la República tendrá un motivo de excusación, del mismo modo si fuere anciano. Son cuestiones de hecho sobre las que no se puede erigir una regla general; el objeto es no perjudicar al menor, dándole un guardador inhábil ó incapaz.

Cuando la tutela fuese dada por ausencia del padre, cesará cuando éste aparezca. En los casos de interdicción por demencia del padre del menor, el curador nombrado al padre será el tutor del menor, y la tutela cesará por recobrar su capacidad. Cuando la madre viuda ejerciera la patria potestad y se suspendiera por contraer un segundo matrimonio, el tutor nombrado al hijo cesará en sus funciones, si el matrimonio se declarase nulo, ó se disolviera por la muerte del segundo marido, volviendo la madre á tener la patria potestad.

En caso de ausencia del tutor, el juez ordenará su cesación, nombrando al que por la ley le corresponda desempeñar el cargo, ó cuando no existieran ó fueran inhábiles, nombrará un tutor dativo.

Los tutores serán separados de la tutela:

1° *Los inhábiles para ejercer este cargo desde que sobrevenga, ó se descubra la incapacidad* (art. 457, n° 1), como si hu-

(Art. 457, n° 1.) La inhabilidad se refiere á la pérdida de la capacidad, como en los casos en que la abuela viuda contrajera matrimonio, ó el hombre fuera declarado incapaz. En el primer caso, la tutela cesará con el matrimonio sin necesidad de declaración judicial, mientras en el de incapacidad mental será necesario la declaración previa, á menos de ser pública y notoria, entonces se invalidarán los actos ejecutados á nombre del menor.

El inciso no comprende la incapacidad que se refiere á la falta de competencia, para la administración, que cae bajo el inciso 3°.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 457, N° 1.*—LL. 15, Tít. 16, y 1, Tít. 18, Part. 6°.—L. 13, Tít. 51, Lib. 5, Cód. Romano.

N° 3° L. 1, Tít. 18, Part. 6°.—Lib. 1, Tít. 26, §§ 5 y 12, Instit.





bieren sido privados de la patria potestad, declarados dementes, ó se encontraren en alguno de los casos del art. 398.

2º *Los que no formen inventario de los bienes del menor en el término y forma establecidos por la ley, ó que no lo hubiesen hecho fielmente* (art. 457, nº 2), porque se supone malicia ó negligencia culpable, y en ambos casos deben ser removidos.

3º *Los que se conduzcan mal en la tutela respecto á la persona, y en la administración de los bienes del menor* (art. 457, nº 3), sea descuidando su educación ó dándole malos ejemplos,

(Art. 457, nº 2.) Cuando el tutor no hiciera el inventario en el término y forma establecidos, y con mayor razón cuando no lo hubiere hecho. Cuando dice si no lo hubiere hecho *fielmente*, se aplica al tutor que hubiere ocultado bienes. Cuando el inventario no valiera por haber faltado á las formalidades legales, el tutor debe ser removido, porque denota negligencia ó ineptitud en su proceder; en el caso de infidelidad hay mala conducta. Ambas hipótesis deben tomarse como por vía de ejemplo de mala fe el uno, y de impericia ó negligencia el otro.

(Art. 457, nº 3.) Conducirse mal respecto de la persona del menor, sería el caso de darles malos ejemplos ó incitarlos á actos inmorales, así como tratarlos con dureza. Todas estas cuestiones son meramente de hecho y quedan al prudente juicio de los magistrados el apreciarlos; porque muchas veces bastará la conducta inmoral del tutor, aunque el pupilo no tenga queja alguna, para ocasionar la remoción. El Código de Chile, art. 439, indica como causa de remoción «la conducta inmoral del tutor de que pueda resultar daño á las costumbres del pupilo» y así debemos considerarlo por nuestro derecho.

Podemos indicar como causales de remoción, que pueden ser comprendidas en la generalidad de las causas enunciadas, á los tutores que tuvieran enemistad con los padres del pupilo ó que hubieren tenido cuestiones civiles ó criminales con ellos. — Comp. CARAVANTES, I, 152.

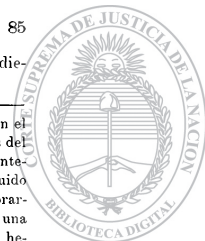
La ley trata de favorecer la persona de los menores dados en guarda, y busca protegerlos de cualquier daño que pudiera sobrevenir á sus personas por los actos de sus tutores. Así se consideraría mala conducta, el mandar á los pupilos fuera de la República ó de la Provincia, sin autorización del juez (art. 432) ó cualquier otro acto que importase una violación de la ley.

Uno de los tantos casos de mala conducta del tutor que se puede

sea abandonando los bienes, ó no adelantándolos cuando pudieren hacerlo sin perjuicio propio.

traer como ejemplo en la mala administración, sería el indicado en el art. 450, comprando por sí ó por persona interpuesta los bienes del menor. El Código de Chile, art. 540, que puede servir como un antecedente precioso para juzgar esta materia, hace consistir el descuido habitual en la administración de los bienes, en el hecho de deteriorarse estos ó de disminuirse considerablemente los frutos, sin darse una explicación satisfactoria. Pero ya lo he dicho, son cuestiones de hecho que se resolverán según las circunstancias.

Las causas de sospecha creadas por las antiguas leyes españolas (l. l. 15, tit. 16, l. 3 y 4, tit. 18, Part. 6<sup>a</sup>) para ser removidos los tutores como sospechosos, nuestro Código las ha reunido en la expresión de conducirse mal respecto de la persona y bienes del menor ó en las inhabilidades del art. 398. Así, era sospechoso y removido como tal el tutor que hubiere malversado los bienes de otro menor, y nuestro Código lo ha inhabilitado para la tutela, art. 398, n° 13. Cuando se descubre cualquiera de las inhabilidades enumeradas en el art. 398, los jueces deben proceder distinguiendo la inhabilidad que es una causa general y comprende un orden de ideas diverso, de la *incapacidad*. Así, el Dr. Llerena sostiene «que los herederos mayores del tutor que se hace *incapaz* ó sus representantes, deben tomar respecto de los bienes las mismas medidas que en caso de muerte», confundiendo la incapacidad por la pérdida de la razón, con la inhabilidad que resulta de encontrarse comprendido en alguno de los 16 incisos del art. 398. Y cuando la inhabilidad proviene de la pérdida de la *capacidad* del tutor, como vive, no se puede saber cuáles serán sus herederos hasta no abrirse la sucesión, así no pueden tener responsabilidad alguna. La pérdida de la razón es una causal de inhabilidad, como la profesión religiosa, como el malversador de los bienes de otro menor ó quebrado, etc.— Véase PROY. DE CÓD. ALEMÁN, art. 1705, n° 2.



## TÍTULO XII

### DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA

#### § 153.—DE LA RENDICION DE CUENTAS

El tutor es un mandatario de cierto rango y con preeminencias que no tienen los demás mandatarios, pero como administrador de bienes ajenos, *el tutor está obligado á llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos, que la administración y la persona del menor hubiesen hecho necesarios, aunque el testador lo hubiera exonerado de rendir cuenta alguna (art. 458).*

(Art. 458.) Cuando la tutela se concluye por la emancipación del menor, como este no puede estar en juicio civil sin ser asistido de un tutor especial, se le nombrará uno con ese objeto, y con él examinará las cuentas. ¿Qué sucederá cuando el menor emancipado estuviera en disconformidad con su tutor sobre la aprobación ó desaprobación de cuentas? ¿El tutor especial procederá prescindiendo de la voluntad del menor? Son cuestiones de hecho que los jueces deben resolver, oyendo tanto á uno como á otro, y tratando de no perjudicar al menor. Cuando por fallecimiento del tutor la obligación pasara á sus herederos, estos no responderán (en los mismos términos del causante), aun por el dolo ó culpa de aquel.—Véase AUBRY y RAU, § 121.

La cuenta debe ser documentada en cuanto es posible. Las pequeñas cantidades que el tutor está autorizado para donar á nombre del menor, y los gastos sin importancia no pueden documentarse y deben ser admitidos, sin prueba. El dinero entregado al menor para sus gastos personales debe hacerse constar por escrito, si no fueran de esos que regular y ordinariamente se dan á cada semana ó mensualmente. En esta clase de cuentas, no se puede exigir una justificación como la que se pediría entre personas extrañas; hay una relación de respeto y de confianza, que se rompería entre el pupilo y su tutor, desde el momento en que exigiéramos documentación para el más insignificante detalle de la vida. Así, debe darse por probada toda cantidad pequeña dada por el tutor á su pupilo si este la reconociera. Se admite una gran latitud cuando la cuenta se da al menor emancipado ó al que ha





Cuando la tutela ha cesado por muerte del tutor, sus herederos presentarán las cuentas; si cesare por ausencia, interdicción ó remoción, el que lo reemplace exigirá la cuenta al que lo represente, ó pedirá se le nombre defensor.

Cuando la cesación de la tutela fuera por la emancipación, las cuentas se rendirán al emancipado, asistido de un tutor especial.

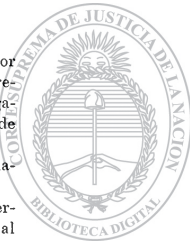
cumplido la mayor edad; pero se debe guardar mucha circunpección, cuando se rinde cuenta á otro tutor y el menor es impúber, y aunque sea púber, cuando el tutor fuera removido.—Véase DEMOLOBME, VIII, 116. ZACHARLE, § 230. DALLOZ, arts. 1834, 1, 235.

Aubry y Rau, § 121, nota 9, sostiene que no hay necesidad de justificar por escrito todos los gastos; porque la ley abandona á los tribunales el cuidado de apreciar si los justificativos dados por el tutor son ó no suficientes.

Cuando las cuentas se rinden al menor ya mayor de edad, el Ministerio de Menores no debe intervenir, pues no hay menores á quien proteger, y cualquier justificación aceptada por el mayor debe ser recibida por el juez. ¿Si el mayor recibiera la rendición de cuentas sin justificativos de ninguna especie? Es una cuestión de hecho, y según las circunstancias el juez podría admitirlas cuando se tratare, p. e., de un pariente cercano, como el abuelo ó la abuela, ó de un hombre de probidad; pero ordinariamente debe cumplirse con la ley que exige la documentación. La ley trata de defender al menor hasta de la influencia que debe tener el tutor que lo ha criado y educado, aun cuando hubiere llegado á la mayor edad; pero no puede ir más allá, él es dueño de sus derechos y en adelante debe velar por sus intereses.

En el caso de excusación es necesario que esta sea admitida por el juez, quien debe sujetarse en el nombramiento á las reglas establecidas, ocurriendo siempre á los legítimos y cuando no existen los llamados por la ley, debe preferir á parientes del menor, antes que á los extraños. En esta parte los jueces descuidan los sagrados deberes que les están impuestos, pues casi siempre nombran tutores dativos á los abogados, favoreciéndolos con la testamentaria. Si el consejo de familia existiera, arrancando á los jueces una facultad de que hacen tan mal uso, no se vería el espectáculo de parientes rechazados á nombre de una facultad, que los jueces creen arbitraria, pues no obedecen á otra ley que á su criterio personal.

Mientras la excusación se tramita, el tutor debe desempeñar la tu-



El nuevo tutor debe pedir inmediatamente á su predecesor la cuenta judicial de la administración, y no puede hacer arreglo privado ni admitir la rendición extra-judicial; porque la garantía del menor es la intervención del juez y del ministerio de menores.

Los bienes recibidos por el nuevo tutor, deben ser detallados en un acto auténtico como es el inventario judicial.

La rendición de cuentas debe hacerse á las siguientes personas: 1º, al menor emancipado; 2º, al menor ya mayor; 3º, al nuevo tutor, cuando el otro ha cesado; 4º, á los herederos del menor, cuando éste hubiere fallecido.

Así, cuando el código establece: *que acabada la tutela, el tutor ó sus herederos deben dar cuenta justificada de su administración, al menor ó al que lo represente, en el término que el juez lo ordene, aunque el menor en su testamento lo hubiera eximido de este deber* (**art. 460**), se refiere no sólo al caso de muerte

tela, y sólo presentará las cuentas cuando se haya nombrado el remplazante. Si se tramitare el juicio de remoción por mala administración ó por inhabilidades que se intentan comprobar, debe ser suspendido de la tutela hasta la conclusión del juicio.

(**Art. 460.**) Cuando la tutela se acaba, si es por muerte del pupilo, el tutor deberá rendir la cuenta á los herederos de este; si es por remoción del tutor, deberá rendirla al que lo reemplaza; si es por la emancipación la rendirá al emancipado, asistido de un tutor especial; si es por llegar á la mayor edad, deberá rendirla al menor ya mayor.

Quando la tutela se concluyera por la muerte del tutor, sus herederos deberán rendir las cuentas, y sino los tuviere y dejare bienes que correspondieran al fisco, las cuentas deben darlas al curador de la herencia vacante.

Respecto del término para rendición de cuentas, si las leyes de procedimientos no lo fijaren, los jueces teniendo en cuenta la naturaleza de la administración deberán determinarlo á su arbitrio.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 458.—Cód. de Chile, art. 415.*

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 458.—El tutor tiene la obligación de rendir cuenta de la tutela que ha administrado personalmente, ó por intermedio de otro.—Jur. Civ., II, 58. Sér. 1ª.*

*El tutor está obligado á rendir cuenta de los bienes de su pupilo.—Jur. Civ., X, 270. Sér. 2ª.*

sino á cualquier otro de cesación de la tutela. *En cualquier tiempo el ministerio de menores ó el menor mismo, siendo mayor de 18 años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela (art. 459), las mandará dar*

El Código ha elevado la obligación de rendir cuentas á la categoría de las leyes de orden público, y prohíbe renunciar á la facultad de pedir las, y por la misma razón, prohíbe al menor que al hacer su testamento pueda eximir á su tutor de esa obligación. Me parece exagerada la vigilancia y control ejercido sobre el mayor, aun con el objeto de beneficiarlo, como fuera de lugar la limitación de no poder renunciar en su testamento á este derecho. Se comprende la prohibición al tutor de hacerse nombrar heredero de su pupilo, por la influencia directa que puede ejercer sobre él; pero si le permite hacerlo después de rendidas las cuentas, ¿por qué no podría, cuando ha cesado en la tutela, aunque no las haya rendido? Estas medidas se resienten de las seguridades creadas en beneficio de los menores, coartando su libertad y privándoles de facultades que han debido respetarse. -- Véase GOYENA, art. 255. FREITAS, arts. 1796 y 1798 y véase arts. 385 y 421.

(Art. 459.) Cuando el pupilo mayor de 18 años se presentare al juez denunciando hechos de su tutor, que arrojan dudas sobre la buena administración y pidiendo rendición de cuenta, bastará oír al Ministerio de Menores, para ordenarle la rendición, sin ser necesario el nombramiento de un nuevo tutor.

Las leyes de procedimientos deben determinar se hagan estas ave-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 460.*—L. 6, Tít. 11, Part. 3ª.—L. 94, Tít. 18, Part. 3ª.—L. 21, Tít. 16, Part. 6ª.—L. 2, Tít. 7, Lib. 3, F. R.—Sobre la última parte.—L. 5, Tít. 10, Part. 5ª.—Proyecto de Goyena, art. 255, y todos los Códigos modernos.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 460.*—El tutor está obligado á rendir cuenta documentada de la administración de los bienes del pupilo y en caso de no verificarlo, debe abonar á este el saldo dentro de la suma que para el juramento estimatorio fije el juzgado.—Jur. Civ., IV, 54, Sér. 3ª.

El tutor de los menores, no puede representarlos en el juicio que sobre rendición de cuentas inicie el que haya llegado á la mayor edad; debe nombrarse tutor especial á ese sólo objeto.—Jur. Civ., I, 269, Sér. 2ª.

El tutor no debe rendir cuentas parcialmente, sólo está obligado á rendirlas totalmente, cuando termina la tutela.—Jur. Civ., V, 450, Sér. 2ª.

NOTA. Pero puede hacerlo anualmente, para tener derecho á cobrar los emolumentos que le corresponden.—(N. del A.)





dentro de un plazo prudencial; pero no será suspendido, ni se tomará providencia alguna en su contra.

*Los gastos de rendición de cuentas deben ser anticipados por el tutor; pero le serán abonados por el menor, si las cuentas estuviesen dadas en la debida forma (art. 462), y esto sucederá no*

riguaciones en juicio meramente informativo y privado, sin perjudicar la autoridad del tutor, y habría sido más conveniente que el menor hiciera sus denuncias al Ministerio de Menores, quien después de las informaciones del caso, podría pedir al juez la presentación de las cuentas. Esta es la consecuencia de no haber concedido acción á los parientes del menor, para velar por la administración de sus bienes, como lo hace el Código de Chile, art. 542, de donde se tomó esta disposición. Habría sido más práctico tal vez, la rendición anual de cuentas, como lo establece el Código del cantón de VAUD, art. 264.

La ley deja un ancho campo al arbitrio judicial, sin comprender que sólo un consejo de familia podría tener esos cuidados, propios de los que se interesan vivamente por el menor. El juez puede no desechar las sospechas más ó menos fundadas, dando lugar así á un juicio en que la autoridad del tutor saldría deprimida, sin beneficio para el pupilo. Los jueces deben suplir esta especie de vacío que se nota en la ley, y ordenar la presentación de la cuenta á la menor duda, cuando el tutor es una persona extraña al pupilo, así como ser difíciles en acceder, cuando sean los abuelos ó hermanos de quienes se quejare.

Sería más provechoso para el menor tentar la remoción, cuando se tiene dudas de la buena administración, que autorizarlo para exigir las cuentas cuando tuviera sospechas.

(**Art. 462.**) Todos los gastos de la rendición de cuentas deben ser abonados por el pupilo, cuando las cuentas estuvieran en debida forma. ¿Se extenderá á los honorarios del procurador, abogado y contador que intervinieren? La tutela es un cargo personal y el tutor debe presentarse sin abogado y personalmente, á menos que por su enfermedad ó ausencia tuviera necesidad de la intervención de personas extrañas.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 459.*—El Cód. de Vaud, art. 264, manda al tutor dar cuenta anual de la tutela.—El Cód. de Chile, art. 416, y las citas del artículo siguiente.

*Faltos de la S. C. N.*—Aplicación del art. 459.—El defensor de menores debe intervenir en todo juicio en que se trata de los intereses de menores y su falta de intervención causa la nulidad del juicio.—XXX, 64.

sólo en la rendición de cuentas definitivas, sino toda vez que se le exigieren.

#### § 154. — DONDE DEBEN RENDIRSE LAS CUENTAS

El juez de la tutela debe entender en todo lo relativo á ella, porque es allí donde se encuentran los antecedentes del asunto, y por esa razón la ley ha dicho: *las cuentas deben ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela* (art. 463), y con las formalidades determinadas por la ley de procedimientos.

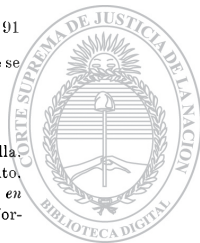
Los jueces deben apreciar según los casos esta necesidad, como si la administración fuera muy complicada y exigiera cuentas periciales en que fuera necesario hacer intervenir contadores. Si en el juicio hubiere algunos incidentes y el tutor fuere condenado, debe soportar las condenaciones; así como serán á su cargo todas las costas originadas por el menor para obligarlo á rendir cuentas.—ZACHARLÉ, § 230, nota 7.

Si las cuentas se prestaren á observaciones justas y el tribunal las aceptare en definitiva, los gastos no deben ser á cargo del menor, y sólo cuando estuvieren dadas en debida forma, este debe abonar los gastos de rendición de cuentas.—AUBRY y RAU, § 121, nota 12, y los autores citados. DE FREMOUVILLE, II, 1103. DURANTON, III, 627. TAULIER, II, 77. MARCADÉ, al art. 471. DEMOLOMBE. VIII, 104. DEMANTE, II, 202, *bis* y ZACHARLÉ, § 230, nota 7.

En cuanto á la forma de rendir las cuentas, la ley de procedimientos lo determinará la manera de hacerlo.—FREITAS, art. 1802, n° 11.

(Art. 463.) Las cuentas deben ser dadas en el lugar donde se desempeñe la tutela, y en el art. 404 se dijo, que el juez del discernimiento sería el único que conocería en el asunto hasta su conclusión. La redacción del presente artículo en correlación con aquel, ofrece alguna dificultad al parecer; pues se dijo que la residencia del menor ó de sus padres en nada influye sobre la competencia del juez que hubiere discernido la tutela, y á quien corresponde la dirección de ella, hasta que venga á cesar por parte del pupilo (art. 405); pero como en este caso, la tutela cesa por parte del tutor, no lo regiría directamente, y la dda viene al espíritu. Los arts. 431 y 432, prohíben al tutor sa-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 462.*—Cód. Francés, art. 471—Cód. Holandés, art. 468—Cód. Napolitano, art. 391—Cód. Sardo, art. 347—Cód. de Luisiana, art. 352—L. 1, § 9, Tit. 3, Lib. 27, Dig.







Si las cuentas se dieran al pupilo llegado á la mayor edad, el ministerio de menores no tendrá parte alguna.

Una vez presentadas las cuentas, *serán abonables al tutor todos los gastos debidamente hechos, aunque de ellos no hubiese resultado utilidad al menor, y aunque los hubiese anticipado de su propio dinero (art. 464)*, porque no se le puede exigir utilida-

dir de la República sin permiso del juez, así como sacar los pupilos fuera de la provincia sin dicho permiso, y suponiendo que esa autorización se conceda ¿ante qué juez deben rendirse las cuentas? Cuando la tutela cesa por parte del pupilo, no hay duda alguna, porque la disposición es terminante (art. 405); pero si cesa por el tutor, debemos aplicar el art. 404, y el juez del discernimiento será el competente para dirigir todo lo que á la tutela pertenezca, aunque los bienes estén fuera del lugar de su jurisdicción. En el único caso de haber salido el tutor de la jurisdicción del juez de la tutela con su autorización, no se deben pedir las cuentas en el domicilio del tutor. El lugar donde se desempeña la tutela es el del discernimiento, y sólo en un caso excepcional puede no serlo.—Véase TOULLIER, II, 1144. DELVINCOURT, al art. 275. DURANTON, III, 453. TAULIER, II, 26.

(**Art. 464.**) Se deben abonar al tutor los gastos debidamente hechos, dice el Código, tal como se encuentra en el art. 377 del Código de la República del Uruguay; Goyena, art. 263, agrega la palabra *legalmente* que no contiene el nuestro, limitando de una manera particular el sentido de la disposición. No son únicamente los gastos autorizados, como lo supone Goyena con razón, pues la expresión legalmente no sólo se refiere á la autorización de la ley ó del juez, sino á todos los gastos que por razón de la administración, fueron debidamente hechos. El tutor no necesita autorización para hacer los gastos de la administración á su cargo, y no creo como algunos, que le serán abonados únicamente los que aprovecharan al menor ó fueren hechos en casos de urgencia. Si son los de mera administración no puede caber duda, deben abonársele los debidamente hechos; si son de aquellos que necesita autorización previa, se debe distinguir: si fueren de urgente é imprescindible necesidad, ó si no lo son; en el primer caso, bastará demostrar la urgencia ó la necesidad; en el segundo, se debe ser más severo; pero como no es un gestor de negocios, ni una persona

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 463.—L. 32, Tít. 2, Part. 3ª. Véase la Catorcena.—L. 54, Tít. 3, Lib. 3, Dig.—L. 19, Tít. 1, Lib. 5, Dig.*

des; basta haberlos hecho en previsión de evitar perjuicios probables.

*Los saldos de las cuentas del tutor producirán el interés legal*

extraña á la administración, bastará demostrar que el gasto debió hacerse, para reconocerlo como bien hecho.

Respecto de los gastos autorizados, algunos suponen que el tutor pudo hacerlos teniendo la evidencia de su mal resultado, equiparándolo á los no autorizados, pero no se comprende la semejanza de casos; porque tener la evidencia del mal resultado y sin embargo hacerlos, es proceder de mala fe. De paso haremos notar la dificultad de probar al tutor que ha tenido la evidencia del mal resultado.

No estamos conformes en autorizar al tutor para cobrar los perjuicios recibidos en el desempeño de sus funciones, á pesar de la autoridad de Goyena; porque si el menor debe indemnizar á su tutor los robos, pérdidas y demás perjuicios recibidos en el desempeño de su cargo, sería necesario que el tutor entregase al menor lo que hubiese adquirido por ocasión de eso mismo; como, p. e., los negocios hechos merced á los viajes, los hallazgos que ha podido tener, etc. El que desempeña una función pública remunerada, debe someterse á los perjuicios casuales, que no vienen por ocasión de la función sino por un evento; si en un viaje para cobrar arrendamientos de sus pupilos sufre una lesión á consecuencia de un choque del ferrocarril, ó si en la estación le roban el dinero cobrado, etc., esos no son perjuicios sobrevenidos con ocasión de las funciones, pues han podido evitarse teniendo cuidado para no dejarse robar, ó demandando á la empresa en caso de colisión.

Los gastos de viaje, hotel, etc., relacionados con la administración, deben abonarse al tutor, aunque no hubiere resultado utilidad al menor; como si fuera á hacer contratos de arrendamientos ó á cobrarlos, y no hiciera ni una ni otra cosa; todo esto debe ser sin culpa del tutor, como lo enseñan el Código del Uruguay, art. 377, y Goyena, art. 263, pues si por su culpa no diera resultado, no debe cobrarlos. Pero como dicen Aubry y Rau, § 121, nota 7, no se les debe indemnizaciones por sus cuidados y trabajos, estando obligados los tutores á llevar á las entradas todas las cantidades recibidas por cuenta del pupilo, aun de aquellas no debidas, si el tercero á quien pertenecen no ha demandado la restitución. Demolombe, VIII, 109. Nosotros agregaríamos, que el tutor puede devolver esas cantidades indebidamente pagadas, sin responsabilidad alguna, y que su pupilo no podría acusarlo por haber procedido honestamente.





(**art. 466**), desde que la cuenta se cerró y si se disminuyesen por las observaciones hechas, los intereses se computarán sobre los saldos aprobados. Están en igualdad de condiciones, el me-

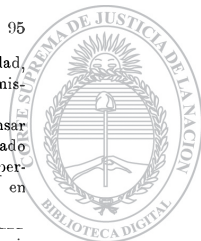
Si los gastos fueran debidamente hechos, es decir, de acuerdo con los reglas de una buena administración, ó con autorización cuando necesita de la judicial, deben serle abonados al tutor, sin tener en cuenta la utilidad del menor. El tutor no debe jamás hacerse responsable del resultado útil de los gastos, á menos de probarse mala fe de su parte; pues como dice la ley 3, tit. 4, lib. 27, Dig. basta que el tutor haya administrado los negocios de su pupilo con cuidado y prudencia, pues no exige el buen resultado.

Le serán devueltas al tutor, con los intereses correspondientes, las cantidades adelantadas de su propio peculio, sea para la administración, sea para los gastos personales ó de educación del mismo menor. Lo que la ley prohíbe á los tutores es hacer contrato alguno con sus pupilos; porque forman, se puede decir, una misma persona con ellos; pero cuando el tutor adelanta dinero de su peculio para la administración, no hace contrato con el menor, y será como dice Goyena, art. 263, por su generosidad doblemente acreedor al abono.

(**Art. 466.**) Los saldos de las cuentas del tutor producen interés legal, dice el Código, guardando silencio con relación á la época en que comienzan á correr esos intereses. El Dr. Velez Sarsfield en la nota cita el art. 474 del Cód. Francés. El de Chile, art. 424, Uruguay, art. 379 y Goyena art. 275; siguiendo al Francés hacen esta diferencia: cuando los saldos fueren en favor del tutor, devengarán interés legal desde que el menor sea requerido para el pago: cuando fueren en su contra; es decir, en favor del menor, los devengará desde la presentación de la cuenta, siguiendo la antigua doctrina, que consideraba al menor representado por el tutor, no como una persona mayor con iguales responsabilidades, sino como menor, y en vez de darle recurso contra su tutor se lo daba contra los demás.

Debemos considerar al pupilo representado por su tutor, ó al menor llegado á la mayor edad, como personas que no necesitan del auxilio especial del legislador, colocándolos en igualdad de condiciones con los demás; siguiendo esta teoría apoyada por el Código Civil Alemán nos decidimos á sostener que los intereses de los saldos en las cuentas presentadas por el tutor, sea en su favor ó en su contra, deben

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 464.*—L. 3. Tit. 4, Lib. 27, Dig.—Véase el art. 471, Cód. Francés.—Holandés, 468.—Napolitano, 394.—Sardo. 347.—de Luisiana. 372.



nor representado por su tutor, ó el pupilo y a mayor de edad, con el que ha sido su tutor; los intereses se deberán en las mismas condiciones en favor ó en contra del menor.

Ni el testador ni los jueces pueden en caso alguno dispensar al tutor de rendir cuentas, sea por el todo ó por determinado período de la administración, y si se hubieren incendiado ó perdido los papeles ó registros de esa época, deberá tenerse en cuenta esta circunstancia para facilitar la comprobación.

pagarse desde la presentación de la cuenta. ¿Por qué el tutor necesitará de una interpelación para gozar intereses sobre los saldos que le son debidos, y el menor representado por su tutor los devengará sin interpelación? Se comprende que si el nuevo tutor no cumpliera con su deber, haciendo la interpelación correspondiente, él sólo debería abonar el perjuicio á su pupilo, como en los demás asuntos, en que fuera negligente, pero no hay razón para hacer esa diferencia entre mayores de edad y en igualdad de condiciones, sólo porque el uno representa á menores ó incapaces. Apoya mi teoría el art. 1834, Cód. Civ. Alemán. En contra, el Cód. FRANCÉS y todos sus comentadores.

Los intereses de los saldos se deberán, pues, desde que la cuenta se cerró, y cuando hubiere discusión ó pleito sobre la misma, si la sentencia reformare esos saldos, se deberán desde el día de la sentencia que los hiciera exigibles, á menos de disponerse lo contrario en la misma, como si por la mala fe del tutor saliente hubiera sido objeto de condenaciones.—DEMOLOMBE, VIII, 134 y sig. TOULLIER, II, 1273. DELVIN COURT, I, 309.

En cuanto á los sobrantes de las rentas que no hubiera colocado ó las hubiese gastado en su provecho, deberá los intereses desde que los gastó ó dejó de colocarlos en los bancos.

El Dr. Llerena cree que debe acordarse al tutor el derecho de retención en ciertos casos, pero no se puede sostener con éxito tal teoría, pues el Código lo ha negado expresamente, cuando ordena la entrega de los bienes, inmediatamente que lo solicite el pupilo mayor de edad. Cuando se trata de derechos, es necesario que sean concedidos expresamente para ejercerlos, pues no puede limitar la voluntad individual, ni privar del goce de los bienes, sin que un contrato ó ley hayan restringido el derecho.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 466.*—Cód. Francés, art. 474.—Napolitano, 397.—Sardo, 351.—Holandés, 471.—de Luisiana, 353, y L. 2, Tit. 56, Lib. 5. Cód. Rom.—L. 23, Tit. 7, Lib. 26, Dig.—L. 3, Tit. 4, Lib. 27, Dig.



*Contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, ó que sea contenido de dolo ó culpa grave, el menor que estubo á su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido; y el tutor podrá ser condenado en la suma fijada, si ella pareciere al juez estar arreglada á lo que los bienes del menor podían producir (art. 461); pero cuando un nuevo tutor se recibiera de la tutela, se trataría de apreciar el perjuicio, averiguando los gastos que se pudieron hacer, y la renta del menor. No habrá entonces juramento, y debe desecharse en*

(**Art. 461.**) Cuando de la rendición de cuentas resultare dolo en el tutor, como si ocultare parte de las entradas ó aumentase los gastos, deberá perder sus emolumentos, ó si fuere removido por su culpa, en estos casos los gastos de la rendición deben ser de su cuenta, sin hacer distinción entre el tutor que concluye por la mayor edad, emancipación ó muerte del pupilo, y el que cesa por su renuncia aceptada. La ley sólo priva al tutor de sus emolumentos, cuando hubiera sido removido de la tutela por culpa, pero en el caso de rendición dolosa no hay remoción, y por consiguiente se podría decir, con visos de razón, que no puede ser privado de ese derecho. Pero la tutela es un cargo público instituido en beneficio de la comunidad, y las legislaciones más adelantadas la establecen como gratuita (Código Civil Alemán, art. 1836), dejando al tribunal tutelar la facultad de acordar remuneración en ciertos casos, y nuestro Código, siguiendo en ese espíritu dispone no se cobre remuneración alguna, cuando la renta sea apenas suficiente para los alimentos y educación del menor, por eso creo que pierde la remuneración. Un tutor que en el último acto de su administración, en presencia del juez no trepida en cometer un fraude, se puede asegurar que no ha administrado bien. Pero el artículo habla de cuando el tutor no dé verdadera cuenta de su administración, ó sea contenido de dolo ó culpa grave, dando derecho el menor para apreciar el perjuicio bajo juramento, y se puede extender al caso en que la cuenta fuere dolosa, pues el que oculta los hechos no da verdadera cuenta. No se pueden sentar principios generales en una materia sujeta á hechos que deben apreciarse según las circunstancias.

El Código de Chile, art. 423, de donde fué tomada la disposición estudiada, dice con más claridad, «contra el tutor ó curador que no dé verdadera cuenta de su administración, exhibiendo á la vez inventario, y las existencias, ó que en su administración fuere convencido de dolo ó culpa grave, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar

lo posible esta manera arbitraria de apreciar los perjuicios, cuando se tienen principios razonables para establecerlos.

Con el objeto de asegurar la completa independencia y libertad de jurar la cuantía del perjuicio recibido, etc.,» sin expresar tampoco si la remuneración debe perderse.

Culpa grave se repite en los arts. 453 y 461; de toda culpa en el 2291 y de falta grave en el 3384, sin recordar que al definir la culpa en el art. 512, cierra para siempre la clasificación de grave, leve y levisima de la antigua legislación; así, la culpa consiste únicamente, en la omisión de las diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que correspondieran á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y en vez de dar reglas abstractas de derecho, se ha reducido á una cuestión de hecho. Por eso ha dicho con razón el Dr. Segovia (art. 512), que la definición de la culpa está complementada por el art. 910, que determina la manera cómo deben juzgarse los hechos voluntarios, teniendo en cuenta la condición especial de la persona, sus facultades intelectuales y el grado de confianza que se haya debido tener en ella. El arbitrio del magistrado viene en estos casos á erigirse en ley (como en todas las cuestiones de hecho) y si bien es peligroso, más lo sería querer juzgar hechos diversos por reglas invariables. Como decía Bigot-Preameu, citado por el doctor Velez Sarsfield, debe tenerse siempre presente el hecho y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia é importancia de la culpa, así, el juez según la clase del asunto y las facultades del agente, debe decidir cuando ha habido culpa. En la tutela, se deposita una gran confianza en la persona del tutor, y se debe tener presente el grado de inteligencia de este para hacerlo responsable. Concluiremos con las palabras de la nota 5, de Massé y Verger, §. 548 sobre Zachariæ «la única ley es la conciencia del juez» y con las de Demolombe, III, n° 121 «el tutor podrá ser declarado responsable aun de la más ligera falta, si fuera reconocido como un hombre de una capacidad remarcable ó de una inteligencia privilegiada, que pone en sus propios asuntos todo el cuidado y atención posible».

Cuando la tutela se concluyera por la mayor edad del pupilo, y si el tutor no diera verdadera cuenta de la administración, el juramento del perjuicio recibido debe hacerlo personalmente el menor ya mayor; pero si la tutela concluye por renuncia ó remoción del tutor, el juramento no tiene lugar.

La ley ha debido dar una regla para apreciar el perjuicio recibido por el menor, que si no es posible probar, tampoco es conveniente de-





bertad del menor, llegado á la mayor edad, y que no obstante se encuentra bajo la influencia moral del tutor ejercida durante tantos años, la ley dice, *hasta pasado un mes de la rendición de las cuentas, es de ningún valor todo convenio entre el tutor y el pupilo ya mayor ó emancipado, relativo á la administración de la tutela, ó á las cuentas mismas* (art. 465), coartando la li-

jar á la conciencia del perjudicado el apreciarlo, conciencia difícil de formar, cuando el nuevo tutor se recibe del cargo después de una administración larga ó laboriosa, ó cuando el pupilo, llegado á la mayor edad, no está en condiciones de estudiar la administración que ha terminado. Corresponde á la ley de procedimientos la determinación de la cantidad, hasta donde debe admitirse el juramento sin prueba alguna, y ella debe llenar este vacío, pero no entregar al tutor infiel en las manos del perjudicado, sin otro control que la conciencia del juez. —Cód. de Chile, art. 423.

La ley deja al juez la apreciación del perjuicio sin más norma de conducta que su propia conciencia que no podrá formarla, pues faltan los hechos, que son los elementos necesarios para constituir la. Si la suma jurada pareciera al juez que está arreglada á lo que los bienes del menor podrían producir, será condenado el tutor saliente á abonarla, dice el Código, teniendo como criterio el producido de los bienes en el tiempo de la administración; pero para saber eso el juez necesita reunir antecedentes y comparar las épocas de la administración. La condenación por el sólo juramento de una de las partes, debe tener un límite del cual no se debería pasar. Hay sumo peligro en lanzar al juez en lo desconocido, porque puede dar por resultado un abuso intolérable. El juez debería aplicar la ley, examinar y apreciar hechos, dejando el dominio de la conciencia para otros funcionarios.

(Art. 465.) Cuando la tutela concluye por la mayor edad ó emancipación del menor, la rendición de cuentas no impide la entrega de los bienes: pues sólo se prohíbe al pupilo ya mayor, hacer contrato con el tutor, relativo á la administración. Se ha creído salvaguardar mejor

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 461.—Cód. de Chile. art. 423.*

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 461.—Aun cuando el tutor no haya pedido en tiempo oportuno que el juez fije la suma que debe invertir en la educación de sus pupilos, los tribunales, al obligarlo á la rendición de cuentas, deben fijar la que equitativamente pueda haber gastado y reconocerla como descargo sin necesidad de presentar justificativos.—Jur. Civ., VII, 489, Sér. 1<sup>a</sup>.*

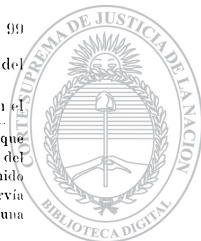
bertad de las personas capaces, en obsequio á la sinceridad del acto.

El mismo pupilo puede celebrar cualquier contrato con el tutor, defendiéndolo contra la natural influencia del tutor que lo ha gobernado durante tanto tiempo, y contra la propia ignorancia del pupilo ya mayor, respecto de una administración en que no ha tenido parte. Nuestro Código se ha separado del francés, art. 472, que servía de apoyo al art. 364 de Goyena, habiendo tomado literalmente una parte de este.

El francés autoriza el arreglo privado de la rendición entre el pupilo ya mayor y el tutor, pero cuando ha sido precedida de una cuenta detallada de la administración y de la entrega de los justificativos, y sólo podrá hacerse después de diez días de presentada, dando tiempo, como dice Demolombe, VIII, 59, para obligar en cierto modo y á pesar suyo, á examinar la cuenta y no aprobarla ciegamente; pero nuestro Código le ha exigido la presente, en el término ordenado por el juez, art. 460, y es dentro del mes de presentada, que no puede hacer convenio alguno sobre ella; pero sí después.

¿Bastará, pues, que la cuenta se haya presentado con los justificativos necesarios y hubiere pasado un mes de la presentación, para que pueda hacerse un arreglo cualquiera? Creo que sí; porque la previsión de la ley no puede ir más allá. ¿Y cómo podría conciliarse esta conclusión con la prohibición del art. 841, n° 5? Allí se prohíbe al menor emancipado transar sobre las cuentas de la tutela, de donde se deduce lógicamente que el mayor podría hacerlo, como lo enseñamos. No es necesario que las cuentas estén aprobadas, basta haberlas presentado al juez; pero la prohibición no se refiere sino á las cuentas de la tutela; así el tutor que dejó de serlo, es un extraño y puede celebrar cualquier contrato con el que fué su pupilo. Esta facultad está limitada por el art. 1808, n° 4, que prohíbe al tutor aceptar donaciones de sus pupilos antes de la rendición de cuentas y pago de los saldos, así como la del art. 3736 que prohíbe al tutor después de dejar de serlo, de recibir por testamento cualquier bien del pupilo mayor de 18 años, mientras no estuvieren aprobadas las cuentas de la administración.

La prohibición de hacer contrato relativo á la administración es para el pupilo ya mayor, pero puede realizarlo después del mes; también la es para el tutor ¿lo sería para los herederos ambos? Creo que no; porque los objetos de la ley desaparecen cuando la rendición de cuentas tiene lugar entre personas extrañas. La ley resguarda al pupilo mayor contra la influencia del tutor; obligándolo á reflexionar du-







tutor, en que su validez se encuentre afectada; pero cuando se trata de actos pasados durante su menor edad, como la rendición de cuentas, el juez debe entender en ello y darle un término

rante un mes, y no permite transar al emancipado, aun asistido de un tutor especial; pero no puede ni debe ir más allá en su previsión cuando se trata de personas extrañas, como son los herederos del tutor ó los herederos del menor. El Dr. Llerena es de esta opinión art. 465.

—Véase DEMOLOMBE, VIII, 78, y los autores citados por él. DEMANTE, II, 236 bis, DUCARROY, BONNIER y RUSTAING, I, 675.

La prohibición de hacer contrato alguno sobre la administración ó las cuentas de la tutela, no sólo se refiere á esta directamente, sino á cualquier contrato que incidentalmente, alterase, disminuyese ó modificase esas obligaciones legales del tutor. Así, el acto por el cual el pupilo mayor hubiera cedido en masa á su antiguo tutor, todo ó parte de los bienes sometidos á la administración, libertándolo de la obligación de dar cuenta de esos bienes, sería de ningún valor y lo mismo la convención matrimonial en que se estipulase cosa semejante.—AUBRY y RAU, § 121, nota 19 y los autores citados en dicha nota. DURANTON, III, 637. DEMOLOMBE, VIII, 67.

La nulidad del acto ¿es relativa ó absoluta? Es una materia tan erizada de dificultades y está tratada con tantas vacilaciones en nuestro Código, como tendré ocasión de demostrarlo á su tiempo, que ahora no entro en un estudio detenido; sólo diré que á mi juicio no hay nulidades absolutas ni relativas, como lo demuestro en el art. 1047; que por nuestro Código sólo hay actos nulos y anulables; pero los autores franceses, al comentar el art. 472, sostienen la nulidad cuya opinión sigue el Dr. Llerena al art. 465.

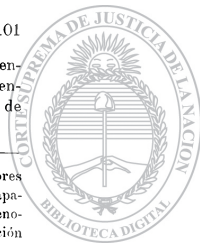
El Dr. Segovia, en el art. 1044, nota 9, la considera absoluta, con cuya opinión estoy de acuerdo, aunque que no con la clasificación.

Nosotros tenemos una disposición general que no se encuentra en el derecho francés, es el art. 18 que declara nulos y de ningún valor todos los actos prohibidos por las leyes, y el Dr. Velez Sarsfield, nota al art. 949, llama á las personas á quienes se prohíbe la ejecución de tales actos *incapaces de derechos*. El Dr. Segovia, al art. 1042, al referirse al texto del Código, dice: «Estos son los incapaces de derecho. Quedan aquí comprendidos los actos prohibidos á los padres, esposos, tutores ó curadores, art. 465. Esta nulidad se considera absoluta»; en lo que tiene razón, no habiendo confundido, como lo hace el Dr. Velez Sarsfield en la nota al mismo artículo, las nulidades absolutas con las relativas, al decir: como las mujeres casadas, los menores emancipados

no prudencial para hacer con libertad los arreglos convenientes. Cualquier contrato que se permitiera sobre las cuentas entre tutor y pupilo ya mayor, daría el resultado de libertarlo de la obligación de rendirlas.

respecto de algunos actos, los religiosos, comerciantes fallidos, tutores y curadores respecto de actos determinados, confundiendo á los incapaces de derecho con los de hecho. Las mujeres casadas, como los menores púberes no son incapaces de derecho, pero lo es el tutor en relación á ciertos actos con el menor que tiene bajo su guarda; á aquellos no se les prohíbe la realización de ciertos actos, se les exige sólo el consentimiento de determinadas personas, para resguardar sus intereses; mientras á estas se les prohíbe la ejecución de esos actos. Por mi parte les llamo actos nulos y anulables como lo clasifica el Código. Cuando el Código prohíbe un acto, suele agregar: so pena de nulidad, mientras en otros casos trae sólo la prohibición sin esa pena; pero en uno y otro caso el acto prohibido es nulo, art. 18. Así, la ley prohíbe al tutor contratar con su pupilo, el contrato es nulo aunque no lo pene; pero cuando se exige la autorización del juez, no hay prohibición, sólo falta el consentimiento de una persona que se ha creído necesario hacer intervenir, para rodear el acto de garantías eficaces de buena administración; el acto entonces es anulable. Por eso cuando la mujer contrata sin el consentimiento de su marido, ó el menor púber sin el de su tutor, ejecutan actos válidos, mientras no sean reclamados y anulados; la nulidad la llaman entonces relativa; contrata la mujer con su marido; el pupilo con su tutor; los actos son nulos, la nulidad es absoluta, no necesita ser declarada. Es necesario distinguir cuando la ley anula un acto, ó lo declara de ningún valor, de aquellos en que sólo exige la intervención de ciertas personas. Cuando tratemos especialmente la materia de las nulidades, expondremos nuestra teoría sobre este asunto tan erizado de dificultades. En contra, DEMOLOMBE, VIII, 92. ZACHARIE, § 224, nota 16. DURANTON, III, 639. TAILLIER, II, 79. MAGNIN, I, 719. DE FREMONVILLE, II, 1118 cit. por AUBRY y RAU.

La verdadera dificultad proviene del error de doctrina del art. 1047, pues, niega el derecho de alegar la nulidad absoluta al que conocía el vicio. Así, según la doctrina del Código, el mayor de edad que contrata con un loco declarado, ó con un niño de diez años, que no pueden consentir, no puede alegar la nulidad porque conocía el vicio, mientras esos mismos actos pueden ser declarados nulos á petición del Ministerio de Menores en interés de la moral ó de la ley, ó por el mismo juez,





En los casos de mayor edad ó de emancipación, *los que han estado bajo tutela, acabada esta, pueden pedir la inmediata entrega de los bienes suyos que estén en poder del tutor, sin esperar á la rendición ó aprobación de las cuentas (art. 467)*, presentando la prueba legal de su edad en el primer caso y de su matrimonio en el segundo, y el juez está obligado á darles posesión previo inventario, si aún no lo hubiera hecho el tutor.

aun sin petición de parte. Pero la verdadera doctrina enseña que el acto nulo no se puede validar hasta que no hayan desaparecido los vicios, y es nulo tanto para el incapaz como para el capaz.

La distinción hecha generalmente de que la nulidad relativa sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se ha creado, y la absoluta por cualquiera y aun de oficio, está contradicha por el art. 1047, pues prohíbe alegarla al que ejecutó el acto á sabiendas. Por el contrario, debe buscarse, según nuestra teoría en la prohibición de la ley, ó en la exigencia de llenar so pena de nulidad una forma determinada para la realización del acto; esto constituye la *nulidad absoluta*, así como la relativa se encuentra en la falta de concurrencia de ciertas personas, ó de autorizaciones necesarias que, viciando el acto lo reconocen como existente.— Véase la nota al art. 1047.

(**Art. 467.**) Cuando la tutela se concluye por parte del menor, hay verdadera cesación, pues no continúa como en los casos de muerte, remoción ó renuncia del tutor en que otro lo sustituye en el cargo: así en los casos de emancipación ó mayor edad, el pupilo puede pedir la inmediata entrega de los bienes sin esperar á la rendición de cuentas, ni á su aprobación, como los herederos pueden hacerlo en caso de muerte. La entrega de los bienes no está sujeta á condición de ninguna especie, ni pueden retenerse por saldos ó acreencias del tutor contra el pupilo, aunque fueran debidamente autorizadas ó justificadas. Bastará llegar á la mayor edad, ó á la emancipación, para que los jueces los pongan en posesión de los bienes, así que lo solicitaren.—Cón. DEL URUGUAY, art. 382, de donde fué tomado y FREITAS, art. 1809.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 465.*—No hay ley sobre la materia, ni en el Derecho Español, ni en el Romano. El Cód. Francés, art. 472, señala sólo diez días. Lo siguen el Sardo, art. 349, de Nápoles, 395 y de Holanda, 470.

## TÍTULO XIII

### DE LA CURATELA

#### CAPÍTULO I

##### CURATELA Á LOS INCAPACES MAYORES DE EDAD

###### § 155.—DE CURATELA EN GENERAL

La naturaleza de la curatela varía según el objeto de ella; así, se nombra curador al declarado demente, al presunto fallecido, á la herencia vacante, al menor emancipado denunciado como demente, á los bienes dejados por el padre natural á sus hijos naturales etc.

Por nuestra legislación, la curatela puede ser testamentaria, legítima ó dativa.

La curatela, como la tutela, es considerada como una carga pública y todos están obligados á desempeñarla, á menos de justa causa de excusación. Se da preferencia al curador nombrado en testamento, y si fueren varios, desempeñarán el puesto en el orden de su nombramiento. La curatela que podemos llamar legítima, porque es ejercida por los parientes del incapaz, sólo tiene lugar cuando el mayor libre de toda potestad, ha sido declarado incapaz por sentencia firme. La curatela dada por los jueces sólo tendrá lugar en los casos determinados por la ley, y cuando no estuviere designado el que debe desempeñar el cargo.

Las incapacidades establecidas para ejercer la tutela rigen para la curatela, y las facultades y restricciones, así como las responsabilidades impuestas á los tutores, se aplicarán igualmente á los curadores; sin embargo, debemos exceptuar la prohibición de no hacer contrato alguno durante un mes sobre las cuentas de la tutela, que no puede regir para el mayor que ha recobrado la razón.

Cuando las facultades y obligaciones de los curadores no estuvieran determinadas por la ley, se deben juzgar según las circunstancias y objeto de la curatela.



§ 156.—CURATELA DE LOS INCAPACES MAYORES DE EDAD  
Ó EMANCIPADOS

*Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes (art. 468), entendiéndose por tal al declarado por*

(Art. 468.) Tiene poca importancia la cuestión de averiguar si se dá curador ó tutor al menor no emancipado, porque rigiéndose la curaduría por las mismas reglas que la tutela, sólo hay pequeñas diferencias. Cuando la ley dice, se dá tutor al menor de edad, y curador al mayor incapaz, pone en uno y otro caso el límite para la tutela y la curatela. Después de eso no hay disposición del Código que autorice esta curatela del menor; pues el art. 149, único que habla de la *curaduría provisoria de los bienes* del menor púber denunciado como demente, se refiere al curador que debe nombrársele para que lo defienda en el juicio sobre incapacidad. Goyena, de donde fué tomado el nuestro dice explicándolo: al que es incapaz por su menor edad, se le socorre con la tutela; al mayor que lo es por otras causas, con la curaduría.—GOYENA, art. 278. Cód. DEL URUGUAY, art. 384. DEMOLMBE, VIII, 440.

El nuevo Código Español (24 de Julio de 1889) en su art. 200, hace desaparecer la curatela, considerándola como una institución muerta.

El Código dice: se dá curador al mayor de edad incapaz. y como el art. 54, nos 3, 4, 5 nos indica como tales á los dementes, sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, y á los ausentes declarados en juicio, debemos precisar la expresión de incapaz. Cuando se denuncia la ausencia y se pide la declaración, el juez debe nombrar un curador á los bienes, si no hubiere administrador, hasta la conclusión del juicio; pero no es de estos curadores de los que habla el artículo.

La incapacidad de administrar puede provenir de enfermedades mentales ó por ser sordo-mudos que no sepan darse á entender por escrito; en uno y otro caso se seguirán los trámites establecidos para la declaración de incapacidad. Y decimos enfermedades mentales, porque los alienistas reconocen como tales: 1º, la manía; 2º, la melancolía; 3º, la demencia; 4º, el idiotismo; mientras nuestro Código ha suprimido la melancolía, y siempre habla de la demencia. no como una de las tantas perturbaciones de la inteligencia, sino como el género que comprende la especie. Así dice, son incapaces de administrar sus bienes: el demente, aunque tenga lúcidos intervalos, etc., tomando la





sentencia. Se dará también curador, al menor emancipado en el mismo caso, y lo será la mujer legítima sea mayor ó menor de edad, ó en su defecto el padre, y la madre á falta de éste. Hay pues, impropiedad en decir, que sólo se da curador al mayor de edad. Si durante la curatela del marido ó de la mujer menor de edad, el matrimonio se declarase nulo, ambos entrarán bajo la potestad de sus respectivos padres, ó bajo el poder de sus tutores, si el matrimonio no fuera putativo; en caso de serlo, por la buena fe de ambos cónyuges, quedarán emancipados; y si lo fuera por la buena fe de uno de ellos, el incapaz de mala fe entrará bajo la potestad ó tutela en que antes se encontraba.

*Son incapaces de administrar sus bienes, el demente (declarado tal por sentencia firme) aunque tenga intervalos lúcidos, y el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir (art. 469);* ó si no sabe

demencia como comprensiva de las cuatro enfermedades mentales á que nos hemos referido. El título mismo *de los dementes*, así como la definición, nos está indicando esta confusión de las incapacidades mentales con la clasificación que debe hacerse.—Véase DEMOLOMBE, VIII, 420.

Ni la extrema vejez, ni la embriaguez habitual, bastarán por sí solas para hacer incapaz al individuo; pero servirán de punto de partida á los médicos legistas para calificar la enfermedad mental. Así en la extrema vejez, en que las facultades mentales se debilitan de una manera considerable, se podría encontrar la imbecilidad ó el idiotismo á que generalmente se llega, como podría hallarse la demencia ó manía en el estado habitual de embriaguez.—Véase DEMOLOMBE, l. c. 432 y 433.

El declarado incapaz lo es no sólo para la administración de sus bienes, como parece indicarlo el Código, sino para todos los actos de la vida civil, porque la incapacidad es *absoluta*. La administración es una expresión incompleta y debemos tomarla en un sentido lato y general.

(Art. 469.) El incapaz aunque tenga lúcidos intervalos debe estar sometido á curatela, y declarado irresponsable en la ejecución de ciertos actos. Así el declarado incapaz es irresponsable del acto ilícito, pues se reputa no haber tenido discernimiento, á menos de demostrar

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 468.*—Véase Cód. Francés. art. 489—Cód. de Nápoles, art. 412—Cód. Sardo. art. 368.



darse á entender por escrito como lo dice el art. 153. Los actos jurídicos realizados por el declarado incapaz son nulos, y no es permitido demostrar que el acto se verificó en un intervalo lúcido; pero los anteriores á la sentencia de interdicción serán válidos, mientras no se pruebe la denuncia, y en esos casos será permitida la prueba de haberlos realizado en un intervalo lúcido.

Cuando una persona mayor de edad ó emancipada ha sido declarada incapaz por sentencia firme, *será considerada como menor de edad, en cuanto á su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores, se aplicarán á la curaduría de los incapaces (art. 475).*

se que fué ejecutado en un intervalo lúcido; sucede lo contrario con el no declarado incapaz, pues se reputa responsable, mientras no se pruebe que ejecutó el acto en un momento de extravío. En el art. 921 exponemos los principios por los que debe regirse un punto tan delicado como el de la *capacidad del incapaz*, si es que podemos expresarnos así, para esterotipar nuestro pensamiento.

El sordo-mudo que no sabe leer ni escribir es incapaz, porque no puede manifestar de una manera inequívoca su voluntad, y la ley busca actos exteriores que la traduzcan de un modo evidente. La expresión usada generalmente por nuestro Código: el sordo-mudo que no sepa darse á entender por escrito, debemos considerarla como equivalente á no saber leer ni escribir. La incapacidad del sordo-mudo estaba consagrada por las leyes romanas, y si la civilización actual hace rara la curatela del sordo-mudo, porque casi todos saben darse á entender por escrito y aun consiguen hablar, no es menos necesario legislarla. —GOYENA, art. 279 y su com.CÓD. DE CHILE, art. 456.

(**Art. 475.**) La legislación anterior al Código obligaba á los menores púberes á nombrar curador, y la ley nueva concluyó con esas

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 469.*—L. 13, Tít. 1, Part. 6.<sup>a</sup>—Tít. 23, § 3, Lib. 1, Instit., y los Códigos citados en el artículo anterior. El Derecho Romano declaraba válido el testamento del demente, hecho en los intervalos lúcidos. Lo mismo podría inferirse de la ley citada. Pero el testamento era un acto revocable como no lo serían los demás que se permitieran al demente en los intervalos lúcidos. Los artículos citados de los Códigos extranjeros no hablan de los sordo-mudos. El Derecho Romano los declaraba incapaces. L. 8, Tít. 5, Lib. 26, Dig. Lo mismo el derecho de las Partidas, L. 60, Tít. 18, Part. 3.<sup>a</sup> L. 2. Tít. 11. Part. 5.<sup>a</sup>.

Los curadores necesarios, son: 1º, *El marido es el curador*

ficciones, dando á la tutela su verdadero carácter, la de continuación de la patria potestad. El Código extiende la tutela hasta la mayor edad, y la curatela la dá á los mayores declarados incapaces; equiparándolos, no á los menores púberes que pueden ejercitar válidamente los actos de la vida civil, cuando son autorizados por sus tutores, sino á los impúberes que son absolutamente incapaces por carecer de voluntad. Así, las reglas de la tutela aplicables á la curatela son las referentes á los incapaces absolutamente, pues si la ley no hace tal distinción, ella se impone por la naturaleza de la incapacidad. Si el menor púber no puede hacer contrato alguno sin la autorización de su tutor, la falta de esa autorización no invalida necesariamente el acto, que puede ser aprobado por el tutor ó sólo reclamado por él, mientras que realizado por el incapaz demente ó impúber es absolutamente nulo.

Las leyes de la tutela se aplican á la curatela de los incapaces, en cuanto al gobierno de la persona y administración de sus bienes; pero no respecto al modo cómo deben entrar á ejercer el cargo.

Los padres pueden nombrar en su testamento tutores para sus hijos, que serán preferidos á los legítimos, pero la curatela debe ejercerse en el orden designado por la ley, sin que puedan alterarlo. Existe curatela legítima fuera de la determinada por los arts. 476 y 478? ¿Debe observarse el orden indicado para la tutela legítima? Nada se opone en mi opinión, á la aplicación de esas leyes, si no contrarían las disposiciones del título especial de la curatela; por el contrario es conveniente hacerlo así, limitando el arbitrio judicial que puede causar tanto daño, cuando no se ejerce con prudencia.

Fuera de las designaciones determinadas en los arts. 476 á 478, la curatela legítima debe tener su aplicación, aceptando en esta parte la opinión de Goyena seguida por los Dres. Segovia y Llerena, de que la curatela legítima excluye la testamentaria; pero separándose en lo demás. En efecto, la curatela de los arts. 476 á 478, que podemos llamar legítima, pues está determinada por la ley, excluye á la testamentaria, pero no cuando el incapaz soltero estuviera bajo la curatela de su padre, que puede nombrarle curador en su testamento, y ese curador excluirá al abuelo ó al hermano mayor del incapaz, que en otro caso habrían sido llamados á desempeñarla.—GOYENA, art. 292 y 294.

Las demás diferencias en cuanto á la manera de concluirse la curatela y la tutela, del derecho que tiene el mayor de 18 años para pe-







*legítimo y necesario de su mujer, declarada incapaz, y esta es*

dir rendición de cuentas al tutor y otras semejantes, en nada alteran la perfecta igualdad que debe guardar respecto á la administración, remoción ó rendición de cuentas.—Cód. Frances, art. 509. Cód. SARDO, art. 392. Cód. VAUD, art. 309.

El juez competente para entender en el nombramiento de curador, así como en todo lo relativo á la administración y rendición de cuentas, lo será el del domicilio del denunciado como incapaz; pues allí solamente ha podido ser demandado, y como la resolución declarándolo incapaz, trae consigo el nombramiento de curador, de ahí su competencia; pero si el denunciado como incapaz fuera menor púber, el juez competente lo sería el del discernimiento de la tutela, es decir, el del domicilio del tutor y del menor, pues no han podido salir de su jurisdicción. Cuando se declarase la incapacidad del púber la tutela no cesaría, porque respecto del menor sólo concluye por su muerte, emancipación ó mayor edad, no habría razón para cambiar de tutor cuando el objeto de la ley al incapacitarlo, es impedirle que pueda celebrar actos personalísimos, en que no necesita autorización del tutor, como en el reconocimiento de hijos naturales, el otorgamiento de testamento u otros semejantes. En lo relativo á los contratos no puede en uno y otro caso celebrarlos; pero como menor sólo pueden ser anulados por su reclamación, mientras que como demente no tienen valor alguno.

El Dr. Llerena sostiene que el juez competente será el del domicilio real del demandado, sin dar la razón de la preferencia al del domicilio legal, que es el lugar donde la ley presume que reside el individuo sin admitir prueba en contra. El domicilio real de una persona se toma en cuenta cuando no existe domicilio legal. Y este autor hace una confusión cuando dice: «No puede ser de otro modo, si á un individuo mayor de edad demandado como demente, se le somete desde la demanda al domicilio del padre, sin atender al domicilio real del demandado, fundándose en que ha sido incapaz de constituir el domicilio por sí sólo, etc.» Pero ¿á quién puede ocurrírsele ir á buscar el domicilio de los padres de un mayor de edad, para denunciarlo como incapaz? Lo natural es demandarlo en su domicilio legal, si ejerce alguna función pública, ó en su domicilio real en caso contrario. El padre nada tiene que ver con su hijo mayor de edad que se encuentra en el pleno goce de sus derechos civiles. Para qué ocurrir á razonamientos semejantes, cuando lo natural es demandar al individuo ante el juez de su domicilio legal ó real?—Cód. Frances, art. 509. FREITAS, art. 1810.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 475.—L. 13, Tit. 16, Part. 6ª.—L. 5,*

*curadora de su marido (art. 476);* cuando los cónyuges estuviesen divorciados no podrán ser curadores el uno del otro.

(**Art. 476.**) La curatela de la mujer casada declarada incapaz, es ejercida por el marido necesariamente, en las circunstancias ordinarias de la vida matrimonial, y no debe considerarse como una continuación del poder marital muy limitado, pues se reduce á completar, la persona de la mujer, mientras en la curatela desaparece para no quedar sino la autoridad del curador. Curador necesario, dice el Código y Goyena, art. 292, le llama forzoso para determinar que entre marido y mujer no puede haber otro curador. Pero que resolveremos cuando se encuentran separados de hecho sin la voluntad de unirse, art. 3575, separados de bienes, art. 1299, ó divorciados? El Dr. Segovia sostiene, sin fundar su opinión, que la curaduría de los esposos no tiene lugar. El argumento que puede suministrar el art. 144, n° 1, es demasiado débil para resolver la cuestión de una manera fundamental.

La curaduría de los esposos se funda en la estrecha unión creada por el matrimonio y consolidada en la vida común que se traduce en cariños y cuidados; ahora bien, la mujer al casarse abandona su familia para formar un nuevo hogar, entregando su suerte y su porvenir al hombre elegido por su cariño, que á su vez, se constituye en sostén y guía

Tít. 11, Part. 5°.—Cód. Francés, art. 509, Holandés, 506, de Luisiana, 361 y 362, Prusiano 553.

*Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 475.*—Las disposiciones que facultan á los jueces para proveer la tutela á los menores por inacción de los parientes, no son aplicables á los incapaces, cuya curatela, debe ser desempeñada por los parientes que la ley designa.—Jur. Civ., VI, 479, Sér. 1°.

Los hermanos legítimos del insano, aun cuando no se encuentren especialmente designados por la ley, tienen preferente derecho para ejercer la curatela.—Jur. Civ., VIII, 256, Sér. 2°.

El nombramiento del curador de un insano, sólo puede recaer en un extraño, cuando existen causas graves que inhabilitan á los parientes llamados por la ley para ejercer el cargo.—Jur. Civ., I, 173, Sér. 4°.

El curador tiene derecho á cobrar comisión por la administración de sus bienes, aun cuando sea heredero y pariente del causante.—Jur. Civ., I, 123, Sér. 4°.

Los jueces pueden nombrar al pariente más idóneo, siempre que no exista ninguno de los llamados por la ley para desempeñar la curatela.—Jur. Civ., V, 492, Sér. 2°.

Procede la remoción del curador negligente en el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone para la guarda de la persona y bienes del insano.—Jur. Civ., VIII, 73, Sér. 6°.



*2º Los hijos varones mayores de edad, son curadores de su padre ó madre viudo declarado incapaz. Si hubiere dos ó más*

de la que ha unido á su destino; los hijos que le siguen, estrechan más esta unión con nuevos lazos; y todo viene á demostrar, que el matrimonio, ha creado una solidaridad entre los esposos. ¿Quiénes podrían sustituir en cariños y cuidados al que deberán tenerse entre ambos? Por otra parte, el marido es la cabeza de la familia y la guía con su poder marital y la patria potestad ¿cómo podría permitir que su mujer incapaz fuera llevada y gobernada por otra persona? La mujer que á su vez recmplaza al marido como jefe de esa misma familia, sería sometida á una totura moral, si viera separar á su esposo que debe ser cuidado por ella. Son estos los fundamentos de la curaduría de los esposos; cuando han desaparecido no hay razón para mantenerla. En el caso de separación voluntaria por el abandono de uno de ellos, como en el divorcio, la curaduría de los esposos no puede tener lugar, porque no se puede confiar el cuidado de un incapaz á una persona que no le tiene cariño, ó cuyo afecto se ha convertido en odio ó en profunda indiferencia. Pero estamos siempre en presencia del silencio de la ley y no podríamos llenarlo con razonamientos para hacer cesar una facultad concedida por ella. El Dr. Freitas, art. 1821 y el Código de Chile, art. 499, n° 2, donde nuestro artículo se ha inspirado contiene la disposición complementaria, de que no hay curatela de la mujer cuando está divorciada; pero nada dice, cuando está separada de bienes, ó simplemente separada sin voluntad de unirse.

Pensamos que los jueces deben usar de suma prudencia tratándose de la curaduría de los esposos, para concederla en los casos de divorcio ó separación voluntaria, porque si bien harán fuerza en su espíritu las palabras necesario y forzoso, deben ser también balanceadas por consideraciones superiores, que miran á la vida real, saliendo del dominio de la teoría.

La mujer menor de edad será curadora de su esposo declarado incapaz, sin que esto importe una excepción al art. 398, n° 1, como pudiera creerse, porque no hay ni puede haber tutela entre los esposos que se reemplazan el uno al otro en el gobierno de la familia. Así, la mujer curadora de su marido incapaz no es tutora de sus hijos, sobre los cuales ejerce la patria potestad, por estar suspendida en su marido, y por consiguiente las excepciones ó prohibiciones para los tutores no le alcanzan; por eso dice con razón, á nuestro juicio, el Dr. Segovia al art. 476: «que los incapaces señalados en el art. 398 no inhabilitan necesariamente al cónyuge y que debe librarse al juez de la aprecia-



*hijos, el juez elegirá el que debe ejercer la curatela (art. 477).*

3º Cuando los cónyuges estuvieren divorciados no podrán ser curadores el uno del otro.

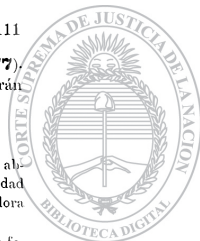
ción de cada caso, salvo los n.ºs 3, 2 y 16 que son de incapacidades absolutas » y en este orden de ideas sostengo, que la mujer menor de edad casada sin consentimiento de sus padres ó tutores debe ser curadora de su marido incapaz.

Admitiendo la curatela de los esposos como una necesidad de la familia que se refleja en la sociedad, no debemos sujetarla á las reglas ordinarias de la tutela y de la patria potestad. La necesidad de la curatela entre los esposos no autoriza á pensar que, los jueces, no puedan en determinados casos escusar al cónyuge de ejercer la curatela de su consorte. Así, cuando la mujer es paralítica ó está permanentemente enferma, ó tiene alguna otra causa que la imposibilite para el gobierno de la persona y bienes del marido, el juez debe nombrar otro curador entre los designados por la ley.

(**Art. 477.**) La ley dice, serán curadores de los padres incapaces, sus hijos varones mayores de edad, y en esta expresión no se comprenden los emancipados, que si bien no están sujetos á patria potestad alguna, no por eso dejan de ser emancipados. Goyena en la explicación del art. 293 dice: « mayores de edad, porque si no lo son han de estar en tutela pero podrán serlo los emancipados con arreglo al art. 275. » No es el hecho de no estar bajo tutela, lo que los autorizaría para ejercer la curatela de sus padres, sino la capacidad adquirida por la mayor edad. La emancipación se concede al menor casado, para satisfacer una necesidad de familia, que no se comprendería sin una autoridad marital; pero debe tenerse presente que la emancipación es una tutela disfrazada ejercida por el Juez, desde que el menor no puede vender ni enajenar sus bienes raíces, ni los fondos públicos, ni con-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 476.*—Cód. Francés, art. 506. Todos los Códigos extranjeros permiten sólo que la mujer sea nombrada curadora del marido.—Véase Goyena, art. 292.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 476.—Si existe oposición de intereses entre el esposo y la esposa insana, procede el nombramiento de curador especial hasta la solución del conflicto.—Jur. Civ., IV, 221. Sér. 1ª.





4º. *El padre, y por su muerte ó incapacidad la madre, son curadores de sus hijos legítimos, solteros ó viudos, que no tengan*

traer deudas por más de 500 pesos, ni estar en juicio. ¿Cómo podría ser curador de su padre, el que en sus propios negocios necesita de autorización judicial? Si la ley le reconoce autoridad marital sobre su mujer, si le concede patria potestad sobre sus hijos, no es seguramente por su capacidad, sino porque esa autoridad es necesaria al desenvolvimiento de la familia. Concediendo la curatela al menor emancipado, no sólo contrariamos el texto expreso de la ley, que dice mayores de edad, sino el espíritu que ha guiado al legislador al crear la curatela de los incapaces, dándola á los capaces. El menor emancipado se dice, está habilitado para todos los actos de la vida civil, pero su radio de acción es tan limitado, que se reconoce desde luego al incapaz declarado capaz para ciertos actos necesarios á la familia y á su poder marital. Creo con las palabras de la ley y con su espíritu, que los menores emancipados no pueden ejercer la curatela de los padres.

El orden de la curatela es el siguiente: 1º, los cónyuges entre sí, y cuando ambos fueren incapaces, sus hijos mayores de edad; esto mismo tendrá lugar cuando el cónyuge capaz no pudiera ejercerla por imposibilidad física ó por estar separado ó divorciado; 2º, los padres de los hijos legítimos solteros ó de los viudos que no tengan hijos mayores.

La ley habla del padre ó madre viudo, por vía de ejemplo, porque es el caso más común en que los hijos legítimos puedan ejercer la curatela de sus padres excluyendo á los padres del incapaz.

La autoridad del juez, sustituye al consejo de familia que no existe en nuestra legislación, y ha debido crearse como una necesidad para no entregar en la mano de un extraño como el juez, una autoridad fundada en el afecto y el cariño. Así, cuando hay varios hijos mayores, el juez decidirá cuál de ellos debe desempeñarla. ¿Y qué sabe el juez de una familia de la cual, tal vez ni el nombre conoce? Cómo elegiría con cordura el curador que convendría mejor á los intereses del incapaz?—Véase l. l. 2 y 4, tít. 10, lib. 27, Dig. GOYENA, 293. URUGUAY, 394.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 477.—LL. 2 y 4, Tít. 10. Lib. 27, Dig.—Proyecto de Goyena, art. 293.*

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 477.—El hijo mayor es el curador legítimo de su hermano incapaz.—Jur. Civ., VIII, 73, Sér. 1ª.*

*hijos varones mayores de edad, que puedan desempeñar la curaduría (art. 478).*

(Art. 478.) Cuando los hijos legítimos solteros ó viudos son incapaces y no tienen hijos varones mayores de edad, es el padre quien debe entrar á ejercer la curatela necesariamente. Si el padre hubiere sido privado de la patria potestad ó de la administración de sus bienes, después de probarse su ineptitud, ¿se le nombraría aún curador de su hijo mayor declarado incapaz? A pesar de la palabra necesaria de que se sirve la ley, el juez no debe entregar la curatela á un padre en tales condiciones, sin contrariar abiertamente el propósito del legislador. Por esa razón dijimos, que no se debe prestar una servil obediencia á la palabra, sino cuando traduzca fielmente el pensamiento. Si el padre es inepto ó indigno para desempeñar la curatela de su hijo, el juez no puede negarse á la evidencia de los hechos nombrándolo curador. ¿Cómo entregar al hijo privado de razón á un padre que no ha sido digno de tenerlo bajo su poder?

Por muerte ó incapacidad del padre, la madre viuda debe ser curadora de su hijo mayor declarado incapaz. Lo mismo sucedería en el caso de ausencia declarada de su marido, sin tenerse noticia de él.

La curaduría se rige por las mismas leyes de la tutela, y como no hay tutela legítima entre parientes naturales, art. 395, ninguno de los parientes ilegítimos tiene derecho para exigir se le nombre curador del incapaz; pero los jueces, interpretando la voluntad del legislador, deben preferirlos á los extraños, sobre todo cuando manifiestan un verdadero interés por ellos. Así, el hermano natural debería ser nombrado curador de su hermano incapaz, si no tuviera alguno de los impedimentos del art. 398.

Los padres naturales tienen patria potestad sobre sus hijos, y si bien es menos amplia que la de los padres legítimos, pues los jueces pueden restringirla, art. 329, no por eso deja de ser necesaria para la educación de los menores. Así, los padres naturales no pueden exigir la curatela de sus hijos mayores; pero los jueces deben preferirlos, por el cariño demostrado en el hecho del reconocimiento voluntario, tomando sobre sí los deberes de educarlos y alimentarlos; por el contrario, si el reconocimiento hubiere sido forzado, no debe confiárseles la curatela.

Y en esta parte se vuelve á repetir la palabra varones mayores de edad, á que nos referimos en la nota anterior, confirmando así nuestra interpretación, de no comprender á los menores emancipados. Las mujeres son excluidas como en la tutela por una preocupación que las





La curaduría legítima no se extiende á los padres naturales que hubieren reconocido á sus hijos, pero el artículo siguiente combinado con el 394 los autoriza á nombrar curador á los hijos naturales reconocidos que hubiesen sido declarados incapaces.

*En todos los casos en que el padre ó madre puede dar tutor á sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento á los mayores de edad, dementes ó sordo-mudos (art. 479), pero eso no establecerá el derecho de los padres*

hace descender del pedestal en que las ha colocado la civilización moderna; sólo hay una excepción para la abuela viuda, y sería conveniente extenderla á las hermanas mayores del incapaz, y en ciertos casos habría evidente conveniencia.— Véase GOYENA, art. 293, y Cód. DEL URUGUAY, art. 395.

(Art. 479.) El sobreviviente de los padres naturales puede nombrar tutores á los hijos que hubiere instituido por herederos, se dijo en el art. 394, y en el presente se repite, que en ese mismo caso pueden nombrar curador por testamento. Pero el curador es sólo para los menores incapaces, ó también para los mayores ¿Y cómo podrá nombrar curador al mayor de edad, si el mismo padre no puede exigir se le nombre á él mismo para el cargo? En efecto, es una excepción al principio enseñado en el artículo anterior y se comprende: si lo nombra su heredero ó le deja bienes, debe tener derecho para indicar la persona que se hará cargo del incapaz y de los bienes dejados.

Esta curaduría podría llamarse testamentaria y está sujeta á las reglas de la tutela; hay otra necesaria y comprende á los cónyuges entre sí, á los padres legítimos con relación á sus hijos, y á estos cuando sean varones mayores de edad; la curaduría legítima, comprende los mismos casos que la tutela legítima. El orden como debe ejercerse es el siguiente: 1º, la necesaria impuesta por la ley; 2º, la testamentaria; 3º, la legítima. La curatela está sujeta á las leyes de la tutela.

El curador testamentario se puede nombrar bajo condición, siempre que ésta no fuere prohibida, refiriéndonos á lo dicho en las notas sobre la tutela testamentaria.— Véase GOYENA, art. 294. Cód. DEL URUGUAY, art. 396.

El marido puede nombrar curador testamentario á su mujer inca-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 478.—Proyecto de Goyena, art. 293.*

naturales para exigir se les nombre curador de sus hijos aunque siempre deberían ser preferidos.

Los padres que han reconocido á sus hijos naturales, pueden nombrar curador á los hijos mayores, aunque los hubieran desheredado.

*El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos (art. 480):* porque así no se divide la autoridad.

paz, y este curador será el tutor de los hijos que tuviere; pero ese nombramiento no tendrá valor, si el incapaz tuviere hijos varones mayores, porque son sus curadores forzosos.

El nombramiento de curador puede hacerse á los hijos desheredados con justa causa. ¿Puede nombrársele curador al ausente declarado en juicio? La curatela es para los incapaces por falta de juicio ó discernimiento, ó por la imposibilidad de manifestar su voluntad, sin comprender á los demás incapaces. Los ausentes no necesitan de curador, por cuanto su incapacidad no es personal, por decirlo así, y sólo se nombra para los bienes, sujetándose á las reglas determinadas en el Tít. VIII de este libro.

(**Art. 480.**) El curador de un incapaz será curador de los hijos de este, cuando han estado bajo la potestad de su padre, pues si los hijos menores estuvieran emancipados, ó si el padre hubiera sido privado de la patria potestad, el curador del padre no sería curador de los hijos. Esta proposición no ofrece dudas respecto del menor emancipado, pues ha salido del poder de sus padres; en el segundo caso, cuando los menores tienen tutor cree el Dr. Segovia que pasarán bajo la guarda del curador nombrado al padre. Se comprende la razón de la ley en el caso ordinario y general, cuando el padre incapaz tenía los hijos bajo su poder, entonces deben quedar bajo esa misma autoridad, pues es natural que quien gobierne al padre tenga á los hijos en su poder: responde, además, á una exigencia de la vida real, el de no destruir la familia. Así, el esposo incapaz gobernado por su mujer tiene á los hijos bajo su autoridad; el hijo mayor curador de su padre, debe gobernar á los hermanos menores.

Pero cuando el padre ha sido privado de la patria potestad, en cuyo único caso puede darse tutor á sus hijos, ¿por qué el curador de ese

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 479.—L. 16, Tít. 10, Lib. 27, Dig. Véase Cód. Sardo, art. 390.*





## § 157. — OBLIGACIONES DEL CURADOR

La curaduría tiene por objeto principal, el cuidado de la persona del incapaz, porque los bienes son un accidente, por eso dice el (art. 481) *la obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y á este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes*, y si éstas no alcanzaren, debe ser autorizado el curador, después de una información previa, á invertir parte del capital. El ministerio de menores debe ser escuchado.

padre incapaz sería el tutor de los hijos que no han estado bajo su poder? Si recobrase mañana su capacidad, él no podría gobernar á los menores. A qué título entonces los gobernaría su curador? No hay razón para cambiar al tutor, por el curador del padre y no debe hacerse. Menos se comprende aún que la tutela deba continuar, á pesar de la curaduría, cuando el tutor es dado por los padres, pues no hay caso posible.

La disposición es tomada de Goyena art. 296, quien al explicar su alcance en el comentario, dice: «el curador debe desempeñar todo lo que estaba á cargo de la persona sujeta á interdicción, y representada por él», y como en el caso de la tutela de los hijos, éstos no se encontraban sujetos á la autoridad del interdicto, no debe cambiar el tutor por el curador nombrado al padre.

(Art. 481.) La obligación del curador es buscar por todos los medios posibles que el incapaz recobre su capacidad, y con este objeto puede gastar toda la renta de éste, y aun pedir autorización para emplear del capital mismo, cuando aquélla no fuera suficiente. El juez debe autorizarlo para que saque al incapaz del territorio de la República, si así lo ordenasen los médicos, ó para buscar en el extranjero la manera de curarlo. En este encargo, dice con razón Goyena, al art. 298, el curador se alejará de las sórdidas é inhumanas economías que puedan proponer los presuntos herederos. CÓD. FRANCÉS, art. 510.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 480.*—Cód. Holandés, art. 507.—Proyecto de Goyena, art. 296.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 481.*—Cód. Francés, art. 510.—Napoli-tano, 433.—Sardo, 393.





En cuanto á la manera como debe ser tratado, *el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos de que sea de temer que, usando de ella, se dañe á sí mismo ó dañe á otros. No podrá tampoco ser trasladado á una casa de dementes sin autorización judicial (art. 482).*

Todo dependerá de la clase de enfermedad mental, y es evidente que el curador no cumpliría bien su misión, si por conservar al demente su libertad personal, porque no hiciera daño, lo dejara vagar por las calles, exponiéndolo á la befa y ludibrio de los que no saben respetar á estos desgraciados.

(**Art. 482.**) La libertad personal concedida al demente debe ser compatible con su propia seguridad, y la de los demás que están ó pueden estar en inmediato contacto con él. Son cuestiones libradas á la prudencia del curador y del juez; pero si no hubiera peligro de ninguna especie, puede servir de regla la vida normal de un hombre de su condición para dejarle esa libertad. Otra cosa sería si hubiera el menor peligro.

Para hacerlo detener en una casa de dementes se necesita autorización judicial, y eso prueba la informalidad de nuestros procedimientos en la administración de los hospicios recibiendo á cualquiera que es llevado en calidad de demente. Semejante procedimiento facilita extraordinariamente la detención del demente; pero también se pone en la mano de los particulares el privar de su libertad al sospechado como tal. Si el curador del declarado incapaz necesita de una autorización especial para privarle de su libertad ¿cómo podría encerrarse á una persona en un manicomio, sin haber obtenido la declaración? Por ahora no hay gran peligro en ese procedimiento arbitrario: pero cuando la población crezca, sería necesario aplicar la ley en todo su rigor, si no queremos autorizar mistificaciones y delitos que se cometerán á la sombra de semejante libertad.

La libertad personal del incapaz tiene por límite no dañarse á sí mismo ó no dañar á otros. El Cód. Chileno, de donde fué tomado nuestro artículo dice con más propiedad, que *cause peligro notable ó incomodidad*, pues no sólo debemos defender á las personas del peligro, sino de las incomodidades, que los vecinos no tienen derecho para hacernos soportar, como las del art. 2618.— Véase Cód. de Chile, art. 446. Cód. del Uruguay, art. 399.

*Nota del Dr. Veléz Saravfield et al., 482.—Cód. de Chile, art. 466.*



Como el incapaz está á merced del curador y es necesario que éste no pueda sustraerse á la vigilancia del ministerio de menores, y á la jurisdicción del juez de la curatela, de ahí la necesidad de que *el declarado incapaz no pueda ser transportado fuera de la República sin expresa autorización judicial, dada por el consejo cuando menos de dos médicos, que declaren que la medida es conveniente á su salud (art. 483)*. El permiso debe ser concedido por el juez de la curatela previa audiencia del ministerio pupilar.

El curador del incapaz estará sujeto á todas las reglas dadas para los tutores, respecto al modo de tratar á los incapaces, y podrá excusarse y ser removido por las mismas causas.

(**Art. 483.**) Se dijo en la tutela, que los menores no pueden ser sacados de la República, ni de la provincia donde ejerce jurisdicción el juez de la tutela, sin permiso de éste, y la disposición se repite para la curatela; pero aquí, la autorización no queda librada al arbitrio judicial, es necesario precederla del examen de dos facultativos cuando menos, quienes declaren si la medida es conveniente para el incapaz. En la tutela, cuyas leyes se aplican á la curatela, el juez debe deliberar. en estos casos, si conviene hacerla cesar; en la curatela se debe seguir el consejo de los médicos. ¿Bastará el certificado de los médicos nombrados por el curador para acordar el permiso? Es una cuestión de hecho, y el juez resolverá según las circunstancias. El juez tiene una gran responsabilidad en estos asuntos, pues se puede precipitar el fin de un pobre demente rico, en vez de curarlo.

Aquí, como en el caso del examen facultativo para probar la demencia ó sordo-mudez, se dice que por lo menos deben ser dos médicos, sin fijar cuál debe ser el número. Este silencio puede dar motivo á cuestiones de muchísimo interés, y convendría decidir las de antemano.

En este caso, como en los anteriores se hace notar la falta del consejo de familia que debe de entender en todas estas cuestiones. El Cód. de Luisiana, art. 410, citado por el Dr. Velez Sarsfield, como fuente de la disposición establece: que la autorización del juez debe ser dada bajo la recomendación del consejo de familia, y por el dictamen juramentado al menos de dos médicos; atribuyendo como se comprende una grande importancia á esta medida.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 483.—Cód. de Luisiana, art. 410.*



## § 158. — FACULTADES DEL CURADOR DEL INCAPAZ

El curador del incapaz lo representa en todos los actos de la vida civil, y procede siempre solo. Tiene las mismas facultades que los tutores respecto de sus pupilos, en cuanto sean compatibles, teniendo en cuenta la edad de unos y otros. Así, en lugar de la educación que los tutores deben dar á los menores, los curadores deben contraer sus cuidados para que el demente recobre su capacidad, siendo responsables personalmente, si faltaren á este deber casi sagrado.

No deben privarles de su libertad personal, en cuanto esa libertad sea compatible con la seguridad y decencia de estos desgraciados, ni pueden encerrarlos en los hospicios de alineados, sino con permiso del juez, ó cuando de eso dependiera su probable curación.

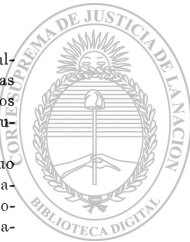
Carecemos de una ley especial como la francesa de 1838, que llenó los vacíos dejados por el Código Napoleón. No hacemos diferencia alguna entre los alineados colocados en un establecimiento público, de aquellos que se ponen en establecimientos particulares.

Las leyes francesas excluyen de la curatela á los herederos presuntivos del incapaz, sospechándolos de un interés bajo, y temiendo que descuiden la curación; puede existir un fondo de verdad en esta sospecha; pero entre nosotros será raro, por la manera cómo está constituida la familia argentina.

La curatela debe considerarse como momentánea y ocasional, porque *cesando las causas que hicieron necesaria la curatela, cesa también ésta por la declaración judicial que levante la interdicción (art. 484).*

---

(**Art. 484.**) Las causas que dan lugar á la curatela son generalmente ocasionales, y una vez desaparecidas los mismos parientes y aun el incapaz pueden presentarse al juez provocando un nuevo reconocimiento médico-legal, y el levantamiento de la interdicción. Y no porque una ni dos veces se hubiera encontrado no haber razón, se debe rechazar el recurso; queda al prudente arbitrio de los magistrados el examinar personalmente al incapaz, antes de dar curso á su solicitud. En estos asuntos no hay cosa juzgada, porque una solicitud rechazada, no pre-



Los curadores tienen por nuestro derecho las mismas facultades de los tutores, á diferencia de la ley francesa, que las limita á las medidas conservatorias de los bienes, y á los casos de urgencia, exigiendo para los demás casos la autorización judicial.

Nuestras leyes no proveén el caso de cuando un individuo fuere retenido en una casa de alineados, sin haber sido declarado incapaz. ¿Los actos entre-vivos del presunto demente podrían ser atacados alegando incapacidad? Opino por la afirmativa, siendo la carga de la prueba al que alega la demencia.

---

supone cosa alguna sobre el porvenir; ella sólo decide que en el momento de tramitarse ha existido ó no la causa de la interdicción. Así, las resoluciones favorables ó adversas sobre la interdicción, sólo demuestran el estado del individuo y la marcha de la enfermedad.

Cuando ha cesado la causa de la interdicción y ésta se levanta recobrando el interdicto su capacidad, debe venir la consiguiente rendición de cuentas, como lo dijimos al tratar de la tutela, con esta diferencia; el que ha recobrado su capacidad no está inhabilitado, como el menor, para hacer arreglo alguno sobre las cuentas de la curatela. Cuando se trata de las incapacidades que atacan la libertad individual, sólo deben admitirse las creadas expresamente por la ley, en vista de un gran interés público comprometido.

El Código, al defender al menor contra la influencia de su tutor, le ha prohibido hacer arreglo alguno sobre las cuentas de la tutela, hasta pasado un mes de su presentación; pero esto no puede tener lugar contra el interdicto que ha estado bajo el poder del curador, pues cuando recobra su capacidad y se despierta, por decirlo así, á la vida intelectual, no conserva ni vestigios de la autoridad ejercida por el curador.

Goyena, art. 308, de donde fué tomado el nuestro, dice: la declaración judicial que levante la interdicción debe hacerse con las mismas formalidades con que aquella se decretó, y agrega: el interdicto podrá por sí solo pedir la revocación, aun contra la voluntad de su curador, que en ese caso será parte en la causa. Siguiendo esta opinión podemos afirmar, que el levantamiento de la interdicción debe hacerse en un juicio semejante al que la produjo, es decir, audiencia del Ministerio de Menores, reconocimiento médico, intervención del curador, etc.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 484.*—L. 1. Tit. 10, Lib. 27, Dig.—Cód Francés, art. 512.—Sardo, 365.—Napolitano, 435.—Holandés, 516.

## § 159. — PROCEDIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR

*La declaración de incapacidad y nombramiento de curador pueden pedirla al juez, el Ministerio de Menores y todos los parientes del incapaz (art. 470), el cónyuge no divorciado, el respectivo cónsul, si el demente fuera extranjero, ó cualquiera del pueblo, si el demente fuera furioso ó incomodara á los vecinos.*

*Solicitada la declaración de incapacidad, el juez nombrará*

(**Art. 470.**) Para la declaración de incapacidad debemos armonizar este artículo con el 144, que determina el orden en que las personas pueden demandarla; esto ha hecho decir con razón al Dr. Segovia, que esta disposición es no sólo diminuta sino supérflua, porque el art. 144, acuerda el derecho de pedir la declaración á los esposos no divorciados, á los parientes, al Ministerio de Menores, al cónsul respectivo, si el demente fuera extranjero, y finalmente á cualquiera del pueblo cuando el demente fuera furioso ó incomodase á los vecinos. Como la disposición del art. 470 es incidental, debemos considerar subordinado el procedimiento á lo dispuesto en el título de los dementes.

La declaración de incapacidad lleva consigo el nombramiento de curador, y basta solicitarla por los que tienen derecho para comprender en ella la curatela. Si alguno de los parientes hubiera solicitado la interdicción, si fuera el padre, será el curador provisorio de los bienes; pero debe nombrarse al denunciado un curador para defenderlo, y no podrá ser designado el denunciante, desde que afirma la incapacidad y no puede defender lo contrario.—GOYENA, art. 280, Cód. DE CHILE, art. 459. Cód. URUGUAY, art. 385.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 470.*—A ejemplo de la tutela, L. 12, Tit. 16, Part. 6<sup>a</sup>—L. 1. 10, Tit. 58 y 6, Tit. 56, Lib. 6, Cód. Rom.—Cód. Francés, arts. 490 y 491—Cód. Napolitano, arts. 413 y 414—Cód. Sardo. art. 370—el de Luisiana, arts. 384 y 385, admite á los extraños y aun el procedimiento de oficio, si los parientes no se presentasen. El Cód. de Vaud aun admite á la Municipalidad, art. 290.

*Faltos de la Cdm., de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 470.—Los jueces no pueden hacer uso de la facultad que les confiere la ley para nombrar curador, cuando el pariente llamado, carezca de las condiciones que ella exige.—III, 339, Sér. 2<sup>a</sup>.

El nombramiento del curador de un insano, solo puede recaer en un extraño, cuando existen causas graves que inhabiliten á los parientes llamados por la ley á ejercer el cargo.—I, 173, Sér. 4<sup>a</sup>.





un curador provisorio para entender en el juicio de demencia ó sordo-mudez; este curador no debe confundirse con el nombrado para los bienes, ni con el definitivo que sólo se da cuando se ha declarado la demencia. Por esa razón *el juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino á los bienes, ó un interventor en la administración del demandado por incapaz (art. 471);* porque una cosa es el juicio de

(Art. 471.) Se deja al arbitrio judicial decidir la oportunidad de nombrar curador á los bienes teniendo presente que en el caso del art. 147, el curador es para sostener en cuanto sea posible la capacidad del denunciado; pero cuando la demencia fuere notoria, el curador provisorio será para los bienes y podrá ser nombrado el padre ó tutor, pero el menor continuará bajo la tutela ó la patria potestad. Así se armoniza esta disposición con la de los artículos citados. Debe tenerse presente, que faltando al juez el consejo de familia con que todos los Códigos modernos acompañan la institución de la tutela y de la curatela, los magistrados deben mostrar gran prudencia en los casos de denuncia de incapacidad, y como dice Goyena al art. 283, el tribunal después de haber oído al demandado (sino es sordo-mudo) y los facultativos, juzgarán de la necesidad y urgencia de este nombramiento, pues, en otro caso no debe hacerlo, como por regla general á nadie puede privarse de la administración de sus cosas, porque no bastará la denuncia de un pariente, tal vez interesado, para incapacitarlo, como parece desprenderse del art. 147. El juez debe llamar al demandado á su presencia y examinarlo con asistencia del Ministerio Público á fin de juzgar *prima facie* de su capacidad, para que las medidas provisorias no se resentan de esa participación que generalmente exigen los denunciantes. Debe recordarse que la presunción está en favor del demandado y antes de ser juzgado como incapaz, la ley lo reputa capaz.

El nombramiento de un curador interino para los bienes, importa privar al denunciado de la libertad de administrarlos, y es una especie de prejuzgamiento, aunque algunas veces necesario, de la resolución de la cuestión sobre incapacidad; pero del examen personal hecho por el juez resultará justificada la urgencia de ese nombramiento. Cuando los jueces deben decidir según su criterio es que se nota la necesidad del consejo de familia.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 471.—Cód. Francés, art. 497—Cód. Napolitano, art. 420—Cód. Sardo, art. 378—Cód. Holandés, art. 495.*



interdicción, y otra la administración de los bienes, cuando los tuviere.

Es, pues, facultativo del juez nombrar curador á los bienes, y convendría no alterar el estado de cosas, si el juez mediante un ligero examen, juzgase que los bienes no corren peligro; pues habría demasiada severidad en privar á una persona de la administración de sus bienes por sólo una denuncia, que puede no estar apoyada en hechos reales.

En estos juicios debe procederse con suma cautela, teniendo presente que muchas veces los denunciante son movidos por un interés impaciente, sobre todo cuando se tratare de los presuntos herederos del denunciante.

Concluido el juicio de interdicción, se aplicarán las reglas siguientes: *si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare (art. 472); los (actos) anteriores á la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados (art. 473), tomándose la palabra causa por la demencia misma.*

(**Art. 472.**) Una vez que la sentencia firme haya declarado incapaz á un individuo, sometiéndolo á la curatela, los actos practicados por él en adelante no tienen valor alguno, y no se puede alegar que fueron hechos en lúcidos intervalos; porque la ley lo ha incapacitado absolutamente (art. 54), y sería imposible resguardarlo, si fuera permitido demostrar que el incapaz ha estado en su sano juicio; la curatela sería inútil en la mayoría de los casos. El declarado demente ó sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, tienen imposibilidad moral de consentir, y cualquier acto que celebren es de ningún valor. La ley habla de los actos de administración, y se debe tomar por vía de ejemplo, porque si no puede hacer un acto administrativo, menos podría celebrar los que importen enajenaciones ó gravámenes.

El incapaz no puede consentir.—Véase CÓD. DE CHILE, art. 465. CÓD. DEL URUGUAY, art. 390, GOYENA, art. 289.

(**Art. 473.**) Los actos verificados después de declarada la incapacidad

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 472.*—Cód. Francés, art. 502—Cód. Holandés, art. 500—Cód. Sardo, art. 384, y véase L. 5, Tit. 11, Part. 5ª.—LL. 10, Tit. 10, Lib. 27 y 6, Tit. 1, Lib. 45, Dig.





En principio general, toda persona mayor de edad se reputa capaz, mientras una sentencia firme no haya declarado lo con-

trario, son de ningún valor; es decir nulos, porque no hay discernimiento, ni voluntad; falta el elemento esencial de todo contrato, el consentimiento; pero la ley habla de los actos celebrados después de declarada la incapacidad. ¿Y qué diremos de los verificados durante el juicio, cuando no hubiere interdicción previa? Por analogía con lo dispuesto en el art. 474 se puede decidir, que una vez interpuesta la demanda de incapacidad, los actos consumados durante el juicio están sujetos á la prueba dada sobre el estado de la persona que los realizó; en caso de duda, si el denunciado es declarado incapaz, cuando el otro contratante conocía la demanda de interdicción, se debe decidir en favor de la nulidad del acto.

Los actos ejecutados durante el juicio de interdicción son anteriores á la sentencia, y están cubiertos con la presunción de capacidad; será necesario demostrar lo contrario por el representante del incapaz.

En efecto, los actos anteriores sólo pueden ser anulados, si se prueba que la causa de interdicción existía públicamente cuando se ejecutaron, y esa prueba la tendríamos en el juicio mismo, ó si se demostrase la demencia en ese tiempo; pero la demanda de interdicción no establece presunción alguna, y bien puede alegarse la ignorancia de su existencia; es más conforme con la equidad suponer esa ignorancia, mientras no se demuestre lo contrario. La mayor parte de los actos ejecutados en esas condiciones se pueden defender por sí mismo demostrando la cordura y capacidad con que se han realizado; pues de su examen se deducirá la capacidad. Así, una locación por un precio superior al que se podría obtener ordinariamente; una compra por un precio menor del de plaza, etc., son actos que demuestran cordura. Otra cosa sería tratándose de donaciones donde es muy difícil discernir la justicia del móvil que no nos induce á realizar el acto. Los actos consumados antes de la sentencia de incapacidad se consideran válidos mientras no hubieran sido reclamados, y sólo pueden serlo cuando la demencia existiera públicamente al tiempo de su consumación.

La palabra públicamente, debe entenderse por una cosa notoria y de todos conocida, pues el juicio á pesar de ser público, puede ser ignorado de la generalidad. La notoriedad se refiere á cosas que están en conocimiento de todos los que viven en un lugar; pero no podría aplicarse á las personas de paso. «Hay mala fe notoria, dice Goyena art. 289, en contratar con un loco ó demente notorio y la prueba

trario, de donde resulta este principio que protege la estabilidad de los actos jurídicos y que el (art. 474) ha formulado así:

de la notoriedad puede hacerse por testigos..... y la apreciación de los hechos para constituir notoriedad queda reservado al justificado arbitrio del tribunal.» Tenemos como punto de partida para resolver la nulidad de los actos verificados por el denunciado incapaz, declarando nulos los consumados después de la ejecutoria de interdicción, y anulables los anteriores. Y cuándo entre los anteriores hubiere actos ejecutados bajo documento privado, cuya fecha cierta es desde el día de su presentación en juicio? Una letra girada antes de la sentencia. p. e., ó un recibo de cantidades adeudadas y pagadas adelantadas ¿serían considerados como actos consumados antes de la ejecutoria? Se debe atender á los términos claros del art. 1035, respecto de la fecha cierta del documento privado, y sería sumamente peligroso abrir la puerta para demostrar que el acto tuvo efectivamente lugar antes de la presentación. Opinamos con Goyena al art. 289, que si se permitiera la demostración de la verdad de lo alegado, vendría á ser ilusoria la ejecutoria de interdicción, prestándose á fraudes cuya averiguación sería difícil y las más de las veces imposible.

La nulidad de los actos ejecutados antes de la interdicción, no puede demandarse sino por el representante del declarado incapaz, demostrando la notoriedad de la causa de la interdicción. Demolombe opina que esta disposición (es la del art. 503, Código Francés) es derogatoria del derecho común, porque en general se tiene por válido todo acto de una persona que no ha sido declarada incapaz.—GOYENA, art. 289. Cód. DE CHILE, art. 465. DEMOLOMBE, VIII, 651.

(Art. 474.) El acto mismo debe contener la prueba de la incapacidad; así no hay prueba exterior fuera del acto, como, p. e., si se hubiera consignado en la escritura una cláusula disparatada, ó se hiciera una enajenación por un precio ridículo. El acto debe demostrar, que

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 473.*—Cód. Francés, art. 503—Cód. Holandés, art. 501—Cód. Sardo, art. 385—Cód. de Luisiana, art. 394, y véase L. 18, Tít. 1, Lib. 28, Dig.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 473.—Si bien los actos anteriores á la declaración de incapacidad pueden ser anulados, debe justificarse la notoriedad de la incapacidad en la fecha en que tuvo lugar el acto y la mala fe de los demás que en él intervinieron.—Jur. Com., V, 31, Sér. 3ª.

La declaración de demencia no anula los actos que hayan tenido lugar antes de su fecha siempre que la interdicción no existiera públicamente.—Jur. Civ., II, 518. Sér. 2ª.





*después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre-vivos, por causa de incapacidad, á no ser que ésta resulte de los mismos actos, ó que se hayan consumado*

en vez de ser el fruto de la razón ó de la reflexión tranquila, corresponde á un individuo que no pudo tenerlas.

Con la vida desaparece el principal elemento de examen para juzgar de la capacidad de una persona, y una vez muerta no sería posible demostrar su incapacidad, á menos de encontrarse esta en el acto mismo, ó en los actos consumados después de la demanda de interdicción.

Sólo pueden impugnarse los actos entre vivos, pero no los testamentos, ni las donaciones por causa de muerte. Cuando se habla de incapacidad, debe entenderse la que viene del desarreglo mental ó la del sordo-mudo, en su caso, excluyendo las demás; del mismo modo, cuando el Código se refiere á la nulidad de los actos entre-vivos, es la proveniente de esas incapacidades, sin tocar á las que puedan tener esos actos por vicios de forma ó del consentimiento.

El fallecimiento comprende los casos de fallecimiento presunto, pues no habría motivo para exceptuarlo, desde que la investigación está en las mismas condiciones.

Se habló de los actos consumados después de interpuesta la demanda de interdicción ¿Y qué se resolvería con relación á los comenzados antes y que vienen á consumarse después de ella? Como en el de una venta bajo condición suspensiva, realizada antes de la demanda y que se concluye después, cuando se ha cumplido la condición.

Quando la ley autoriza atacar los actos de una persona fallecida, por razón de incapacidad, concediendo un derecho que en realidad no debe permitirse, es porque hay elementos para juzgar de esa incapacidad, como son el acto mismo y la demanda de interdicción, que hace sospechar la incapacidad; así el contrato hecho con un individuo denunciado como incapaz, está bajo el peso de una sospecha, pero no de una presunción. En el caso estudiado nada hay que autorice esa sospecha, pues se realizó antes de la demanda, y son las consecuencias que han venido á tener efecto después. El acto se consideraría consumado y concluido antes de la demanda; porque la condición cumplida tiene efecto retroactivo.

¿Y qué se resolvería cuando el demandado como demente falleciere durante el juicio de interdicción, antes de dictarse la sentencia? La demanda de interdicción debe concluir por la muerte del denunciado,



*después de interpuesta la demanda de incapacidad*; porque sería imposible llegar al conocimiento de la verdad, abriéndose una ancha puerta para que los herederos pusieran en tela de juicio todos los actos realizados por una persona capaz. Pero la limitación puesta á los actos de la persona fallecida, no rige para la persona viva, que pueden ser atacados por falta de consentimiento, demostrando que no estaba en su razón cuando la demencia fuese notoria.

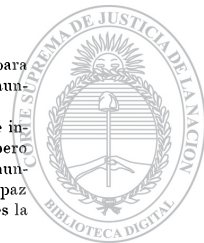
Los principios que se deducen son los siguientes: 1.º, presunción de nulidad que no admite prueba en contra, para los actos realizados después de la declaratoria de interdicción; 2.º, presunción de validez, para los actos realizados antes de la sentencia de incapacidad; esta presunción puede ser combatida; 3.º, presunción de validez para los actos ejecutados por la persona fallecida sin ser declarada incapaz, presunción que puede ser combatida demostrando que los actos se ejecutaron después de la demanda de interdicción y que el individuo estaba demente:

y quedará la duda sobre la incapacidad. En este caso falta uno de los elementos esenciales para juzgar de la capacidad del individuo, y la simple demanda, aun seguida de todos los informes médicos legales favorables á la interdicción, no bastaría para suplir la falta de la sentencia, y como la ley autoriza á impugnar los actos entre-vivos del fallecido, cuando se hubieren consumado después de la demanda de interdicción, tendría lugar esa impugnación, por parte de los herederos dando ellos la prueba. No sucedería lo mismo, cuando existiera la sentencia de primera instancia que hubiera sido apelada por el demandado, porque quedaría firme si sus herederos no la seguían, y siempre habría ejecutoria sobre la capacidad ó incapacidad del denunciado.

Por otra parte, hemos dicho al tratar de la demencia y sordomudez, que la incapacidad absoluta que estas producen no tiene lugar sino después de la sentencia ejecutoriada, pues toda persona se reputa en su sano juicio, hasta el momento de una denuncia confirmada por sentencia.—CÓD. FRANCÉS, art. 504. GOYENA, art. 290. CÓD. DEL URUGUAY, art. 391. CÓD. LUISIANA, art. 395. CÓD. VAUD, art. 304. CÓD. HOLANDÉS, art. 502.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 474.*—Cód. Francés, art. 504—Cód. Napolitano, art. 427—Cód. Sardo, art. 386, y véase L, 1, Tít. 14, Part. 3ª.



4.º, presunción de nulidad que no admite prueba en contra, para los actos ejecutados existiendo públicamente la demencia, aunque no hubiera sido declarada.

La demanda de interdicción no crea una presunción de incapacidad, en los casos de fallecimiento del denunciado, pero autoriza á atacar el acto demostrando la demencia ya denunciada. La acción de nulidad sólo pueden demandarla el incapaz ó sus herederos, y por consiguiente es relativa á ellos, pues la persona capaz no puede atacar el acto.

## CAPÍTULO II

### CURADORES Á LOS BIENES

#### § 160.—GENERALIDADES

Los curadores, como los tutores, pueden sólo tener por misión la administración de los bienes del incapaz, sin atender á la persona de éste.

Se dan en condiciones especiales, cuando las personas se encuentran ausentes en lugar no conocido, á diferencia de los curadores *ad-litem* ó defensores, que sólo tienen por misión defenderlos en el juicio que se les promueva, y en que necesariamente deben ser representados.

Se ha dejado al prudente juicio de los magistrados el nombramiento de curadores, lo que autorizará siempre algunos abusos, pues no tienen control, olvidando que la función judicial se debe reducir á dirimir las controversias entre las partes.

*Los curadores á los bienes podrán ser dos ó más, según lo exigiere la administración de ellos (art. 485), de modo que es fa-*

---

(Art. 485.) La curaduría de bienes tiene lugar en los casos legislados en el Código; pero el presente abraza sólo aquellos en que se nombra curador por falta de aceptación de la herencia, no habiendo albacea nombrado para administrar.

La curaduría de bienes del ausente con presunción de fallecimiento, art. 115, la curaduría del póstumo, art. 70, la del curador nombrado por el padre natural, art. 394, á los bienes que dejara su



cultativo de los jueces; pero los interesados pueden reclamar, cuando los nombramientos fueran perjudiciales al incapaz.

El nombramiento de los curadores, sus condiciones de idoneidad, etc., se regirán por las leyes análogas relativas a los tutores.

• § 161.—CUÁNDO SE NOMBRAN CURADORES, SUS FACULTADES

El propietario puede abandonar sus bienes, descuidarlos ó dejarlos que se destruyan; nadie le impide que use de su derecho, siempre que no perjudique á la comunidad; pero como ese abandono no sucede ordinariamente, el legislador ha supuesto con razón, que debió tener algún impedimento, y por eso autoriza á los jueces para nombrar un curador á los bienes del ausente, cuya declaración de presunción de fallecimiento se hubiere solicitado; por lo mismo, le nombra un defensor, cuando alguien le promueve una cuestión judicial.

Cuando se trata de bienes de una sucesión, como deben pertenecer á alguien, *se dará curador á los bienes del difunto cuya herencia no hubiese sido aceptada, si no hubiese albacea nom-*

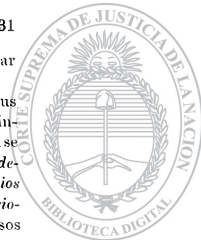
hijo, y la del caso de abandono del inmueble hipotecado, art. 3174, como lo hace notar con razón el Dr. Llerena, están sujetos á reglas especiales; pero creo que subsidiariamente deben aplicarse las de este título. Cuando los herederos beneficiarios quieran intentar acciones contra la sucesión, art. 3377, ó cuando el heredero beneficiario abandona la sucesión á los acreedores y legatarios, art. 3379, ó en el caso de la sucesión vacante, cuando se repudió la herencia, art. 3539, son diversas formas de la curaduría de que hablamos, cuando la herencia no fuere aceptada, y están comprendidas en este título. Nuestro Código ha seguido al Chileno, art. 481, n° 1, sobre la herencia yacente. De cualquier manera que una herencia quede vacante, debe nombrársele curador para representarla, y las acciones contra la sucesión, se dirigirán contra el curador.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 485.*—El curador especial, nombrado en virtud de existir oposición de intereses entre el incapaz y el curador titular, carece de personería para iniciar otras acciones que aquellas que motivaron su nombramiento.—II, 21, s6r. 2°.

*brado para su administración* (art. 486). El precedimiento lo determinarán las leyes de cada provincia, designando las personas que tienen derecho de intervenir, así como fijando la du-

(Art. 486.) La herencia se considera abandonada y se nombra curador cuando no hubiere albacea *nominado para su administración*, dice la ley, ó que habiéndolo no hubiere aceptado el cargo. El albacea tiene por nuestra legislación las facultades necesarias para la ejecución de la voluntad del testador, art. 3851, y no se comprendería un curador á los bienes dejados, si existiere una persona que deba administrarlos, cumpliendo la voluntad del difunto. Se dice, que el albacea no tiene por misión administrar la herencia, ni ejercer los derechos hereditarios como el curador de bienes, ni tiene las facultades que los arts. 488 y 489, acuerdan á este. Veamos si esto es exacto. Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo á las leyes, dice el art. 3851, agregando el Dr. Velez Sarsfield en la nota: «que el mandato hecho al albacea restringe los derechos de administración y libre disposición que pertenecen á los herederos». El albacea tiene, pues, la misión de administrar la herencia; veamos dentro de qué límites. La posesión de la herencia corresponde á los herederos forzosos ó instituidos; pero debe *quedar en poder del albacea* tanta parte de ella cuanto fuese necesario para pagar las deudas y legados, art. 3852. El albacea tiene, pues, facultades propias de administrador y liquidador aun en presencia de los herederos forzosos, y cuando estos no existan, le corresponde la posesión de la herencia, art. 3854. El albacea debe pagar las mandas, art. 3859, puede demandar á los herederos para la ejecución de las cargas impuestas, art. 3861; interviene sobre la ejecución de las disposiciones del testamento, art. 3862; y por fin, debe dar cuenta á los herederos de su administración, arts. 3868 y 3869. El albacea administra, pues, la herencia aun en presencia de los herederos, y la administra, sólo, cuando no los hay legítimos ó instituidos. Ejerce los derechos hereditarios como el curador de bienes, porque paga las deudas y legados, interviene en las contestaciones judiciales sobre las disposiciones que contenga el testamento, y liquida la testamentaria. Creemos, pues, que cuando hubiere albacea nominado, no es el caso de un curador de bienes, pues tendría las mismas facultades. Se dirá, el albacea representa al difunto y el curador á los herederos; pero no es exacto. Los herederos forman la continuación, por decirlo así de la persona del difunto; porque «la muerte, la apertura y transmisión de la herencia se causan en el mismo instante; no hay entre ellos el menor intervalo de tiempo.» nota al art. 3282, y





ración de la función del curador. El albacea, en caso de estar nombrado, es el administrador.

Las naciones extranjeras, velando por los intereses de sus connacionales, celebran tratados con la República, haciendo intervenir á los cónsules ó agentes diplomáticos; por esa razón se ha establecido, que en los casos de sucesiones, *si hubiese herederos extranjeros del difunto, el curador de los bienes hereditarios será nombrado con arreglo á los tratados existentes con las naciones á que los herederos pertenezcan (art. 487)*, sin que esos

el heredero, se puede decir, que para los objetos legales, es el mismo difunto, ó la prolongación de su personalidad. No hay, pues, una doble representación: la de los herederos y la del difunto, pues aquellos continúan la persona de este. La última parte de nuestro artículo ha sido agregada del art. 1240 del Código Chileno, formándose de los arts. 481 y 1240.

Cuando se hubiere nombrado el albacea y no aceptare, es como si no existiera, y así lo expresa el Código Chileno, cuando exige que *haya aceptado el cargo*. No creo se necesite nombrar curador cuando hay albacea, estando disconforme con el Dr. Segovia, art. 486. Y las conclusiones á que llega para excusar la presencia del albacea y el nombramiento de curador no las acepto sino en parte. Que el albacea ejerza su mandato, se comprende, pues de otra manera no habría quien administrase; pero que se le exija poder del testador para administrar cuando tiene por la ley facultades inherentes al mandato que desempeña, art. 3851, no es aceptable: pero estoy conforme con el mismo autor, respecto á la aplicación de nuestro artículo, cuando no hay aceptación de la herencia. Cuando la herencia no tenga representante por no haber sido aceptada y no hubiere albacea, corresponde el nombramiento de curador.—CÓD. DE CHILE, arts. 481 y 1240. CHACON sobre el mismo artículo. DR. LLERENA, al art. 486.

(**Art. 487.**) Para que los cónsules puedan nombrar curador á sus connacionales es necesario que estos se encuentren ausentes y no puedan presentarse inmediatamente. Si el fallecido pertenece á una nación y los herederos á otra, ¿á cuál de los cónsules corresponderá el nombramiento de curador? El Código dice, á los cónsules de la nación á que pertenecen los herederos, y así se deberá decidir, aun cuando estuvieran domiciliados en otra nación. En general, los jueces nombrarán curador á petición del cónsul de la nación á que pertenecía el finado, mientras se averigua la nacionalidad de los herederos.





tratados puedan ser alterados por las leyes provinciales, por que se consideran como leyes constitucionales. De modo que, si los tratados comprenden algo del procedimiento, que es de competencia provincial, las provincias no podrían alterarlo.

En cuanto á las facultades y manera de obrar, *los curadores de los bienes están sujetos á todas las trabas de los tutores ó curadores, y sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pagos de las deudas (art. 488)*, porque son nombrados provi-

Si no hubiere tratado con las naciones extranjeras, el nombramiento de curador será hecho por los jueces. Los tratados quedan incorporados á nuestro derecho público y priman sobre las demás leyes ordinarias de la nación.— Véase Cód. de Chile, art. 482.

(**Art. 488.**) El curador de la herencia no aceptada, sólo puede ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, dice la ley, pero esta no sería su única misión, pues debe liquidar la sucesión, cobrando los créditos y pagando las deudas, y el remanente irá á poder de los herederos si los hubiere, ó del Fisco Nacional ó Provincial, según los casos. Los actos de conservación y custodia deben extenderse pues, á los necesarios para la liquidación testamentaria, arts. 3541 y 3543. Esta opinión se confirma por las facultades concedidas al curador, para cobrar los créditos y pagar las deudas; y esto no podría hacer sino tuviera más misión que la de conservar y custodiar los bienes.

Las facultades están determinadas en el caso de la herencia vacante, arts. 3541 y 3543, y se ejercerán cuando no ha sido aceptada. La herencia se reputa vacante, si después de citados por edictos á los que se crean con derecho á la sucesión, pasado el término para hacer inventario ó deliberar, *ó cuando se hubiere reputado la herencia* y ninguno se presentara. Estamos, pues, dentro del caso de la no aceptación de la herencia del art. 486, y no vemos por qué no se aplicarían las disposiciones relativas al curador de la herencia vacante; quien puede cobrar las cantidades debidas á la sucesión, pero no recibir el dinero, ni el precio de las cosas vendidas, cuyo valor debe depositarse á la orden del juez.

<sup>1</sup> Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 487.—El curador nombrado por el cónsul, puede intervenir por apoderado ó procurador.—XI, 288, Sér. 6<sup>a</sup>.

Carece de personería para intervenir en la testamentaria, el curador especial de un heredero ausente nombrado por un tribunal extranjero.—VIII, 127, Sér. 6<sup>a</sup>.



soriamente hasta que se presenten los interesados, ó se hagan representar; y tienen por misión velar por la conservación de los bienes abandonados. Cesarán en la representación, así que los herederos hubieren justificado su carácter, y se les haya puesto en posesión de los bienes.

Los curadores de bienes no podrán ejercer las acciones judiciales que correspondan á la sucesión, sino con previa autorización del juez, por que no pueden entrar en pleitos dudosos; pero ¿si reclamasen por reivindicación los mismos bienes que administran, podrán defenderlos? No lo creo, porque la defensa en juicio no es un acto de administración, y se necesitará de una expresa para entrar en pleito. Así, cuando la ley dice que, *corresponde á los curadores de los bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados*, (art. 489. 1ª parte), se debe entender que se refiere á aquellos actos de mera admi-

(Art. 489.) Después de haber dicho en el artículo anterior, que los curadores no tenían más facultades, que las de mera custodia y conservación, el presente les acuerda el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados. ¿Hasta dónde pueden ir esas facultades? ¿Se limitan á cobrar y pagar después de ventiladas las acciones en juicio? ¿Pueden deducir las acciones, comprometiendo á la sucesión? Para contestar á estas interrogaciones necesitamos estudiar cuál es el objeto de la ley al nombrar curador de la herencia no aceptada. El legislador ha querido liquidar la herencia para entregar el sobrante, si lo hubiere, al Fisco Nacional ó Provincial, ó si la masa está insolvente, para pagar proporcionalmente las deudas del difunto. En este supuesto, el curador debe tener las facultades necesarias para exigir judicialmente el pago de lo debido á la sucesión, si constase en instrumentos públicos ó privados, y para contestar cualquiera acción no justificada. Sus facultades no deben exceder á las del albacea testamentario, á quien sustituye, porque el nombramiento de curador se hace cuando no hubiere albacea, ó cuando este no hubiera aceptado el cargo.

El curador de la herencia está sujeto á las trabas de los tutores y curadores; es decir, no puede ejecutar lo que á estos les fuere prohibido. El Código Chileno, art. 487, de donde han sido tomados estos artículos, prohíbe á los curadores alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enajenar aun los bienes muebles no corruptibles;

nistración, como el exigir el cumplimiento de los contratos, el cobro de las acreencias, etc., y por eso ha agregado para limitar el alcance de las facultades: *y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores* (art. 488, 2ª parte). En todos estos juicios debe intervenir el ministerio de menores.

#### § 162.—DE LA CESACIÓN DE LA CURADURÍA DE BIENES

Es necesario no confundir la curaduría, que se da exclusivamente para los bienes abandonados y sin dueño conocido, con la curatela de los incapaces; porque aquélla sólo tiene por objeto la administración de los bienes, mientras ésta se refiere al gobierno y cuidado del incapaz, y por accidente á los bienes que posea.

Teniendo por objeto los bienes cuya administración y conservación se le ha confiado, *la curaduría de bienes se acaba por la extinción de éstos, ó por haberse entregado á aquéllos á quienes*

sin embargo, los actos serán válidos si justificada su necesidad y utilidad el juez los autorizare.

Se hace notar, que el art. 488 no armoniza con el 3541 y se aconseja considerar á éste como una excepción de aquél, limitándolo á la herencia vacante y aplicando el 488 á los demás casos de curaduría. Manifesté mi opinión en el art. 487 y creo deben interpretarse ambos artículos correlacionándolos en cuanto fuere posible, y volveré á decir, que siendo la herencia vacante, uno de los casos, cuando se la hubiere repudiado; es decir, no aceptado, no veo por qué no regirán los arts. 3541 y 3543, complementados por los de este capítulo. Así, no tenemos necesidad de hacer excepciones que no se deben crear, sino cuando una necesidad insalvable nos obliga á ello. La armonía la encontraríamos en considerar como regla lo preceptuado en los arts. 3541 y 3543, complementados por lo dispuesto en lo relativo á la curaduría de los bienes.

---

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 489.—El curador nombrado al incapaz que tiene representante legal, sólo tiene personería para intervenir en el juicio para que fué nombrado.—VI, 139, Sér. 6ª.*



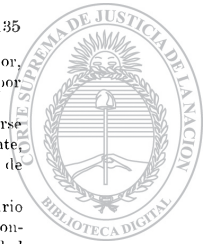
*pertenecian* (art. 490). Se acaba igualmente para el curador, por haber sido removido de la curatela por justa causa, ó por la renuncia del puesto.

Concluida la curatela, la rendición de cuentas debe hacerse á los herederos, quienes pueden aceptarla extra-judicialmente, si fueran mayores de edad; pero será judicial, si alguno de ellos fuera incapaz, é interviene el ministerio de menores.

El curador de bienes debe reputarse como un mandatario ordinario con todas las facultades para administrar, y, por consiguiente, cesará el curador en caso de muerte ó incapacidad sobreviniente.

---

(Art. 490.) La curaduría se acaba por la extinción de los bienes, y debe extenderse no sólo al caso de desaparición por cualquier evento, sino cuando por las ejecuciones ó reclamos de los acreedores hubieran sido vendidos para pagar las deudas; se concluirá igualmente, cuando los bienes hubieren sido entregados al Fisco Nacional ó Provincial. El Código Chileno, art. 491, dice: por la extinción ó inversión completa de los mismos. En cuanto á la rendición de cuentas debe hacerse judicialmente y documentada.



## TÍTULO XIV

### DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MENORES

#### § 163. — DE LOS DEFENSORES DE MENORES É INCAPACES

La organización interna del ministerio de menores, así como su manera de intervenir en los juicios, corresponde á las leyes orgánicas de los tribunales de provincia, y á las de procedimientos.

En la capital y territorios federales, así como en la provincia de Buenos Aires, el ministerio de menores lo forman dos categorías de empleados con completa independencia de funciones: los defensores de menores tienen á su cargo el cuidado y vigilancia de los menores, en cuanto al trato, educación y demás condiciones de existencia, y los asesores de menores intervienen en los juicios donde tengan interés los menores ó incapaces.

Cada uno de los estados federados tiene completa libertad para organizar estas oficinas, como mejor consultare sus intereses.

Por la ley orgánica de la Capital Federal, los defensores de menores no pueden deducir acciones judiciales, pues eso corresponde á los asesores letrados, á quienes darán cuenta en cada caso. Los defensores tienen obligación de cuidar á los menores huérfanos abandonados por sus padres ó tutores, colocándolos convenientemente; en estos casos no necesitan autorización judicial y proceden por sí tutelando á los menores abandonados; pero si tuvieran bienes deben ponerlo en conocimiento de los asesores, para que deduzcan las acciones correspondientes. á fin de que se les nombre tutor, art. 129, ley Org. de la Cap.

Los defensores de menores atenderán á las quejas por malos tratamientos que sufran los menores ó incapaces, comunicándolo al asesor cuando haya de deducirse alguna acción judicial. Pueden imponer penas de reclusión, con autorización



judicial, á los menores en caso de mala conducta. Tienen derecho para inspeccionar los establecimientos de beneficencia ó de caridad donde se eduquen ó atiendan menores, dando cuenta á quien corresponda de los abusos que notaren. Pueden hacer arreglos extra-judiciales con los padres naturales sobre la prestación de alimentos á los hijos naturales. Pueden hacer comparecer á cualquier persona para dar explicaciones ó constatar cargos por mal trato á los menores.

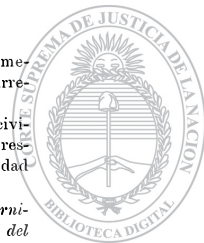
#### § 164.—DE LOS ASESORES DE MENORES

Los asesores deben intervenir en los asuntos judiciales en que tengan interés los menores ó incapaces. Se refiere á ellos el Código, cuando dice, que *el defensor oficial de menores debe pedir el nombramiento de tutores ó curadores de los menores ó incapaces que no los tengan; y aún antes de ser éstos nombrados, pueden pedir también, si fuese necesario, que se aseguren los bienes y se pongan los menores ó incapaces en una casa decente* (art. 491).

(Art. 491.) En la organización de nuestros tribunales existe el Defensor de Menores con facultades propias, quien atiende las quejas de los parientes, dando cuenta á los asesores letrados, para que las interpongan ante los jueces; son estos asesores los que intervienen en los pleitos, cuando están interesados los menores ó incapaces, sus facultades vienen de la ley; no intervienen los defensores para imponerles sus opiniones. Todo lo que corresponde al cuidado de los menores ó incapaces está á cargo del Defensor, pero si hay necesidad de acción judicial es el asesor quien la deduce; con este criterio, podemos sustituir la palabra asesor donde el Código dice Defensor de Menores, tratándose de las acciones judiciales. Es el asesor quien pide el nombramiento de tutor ó curador, así como su remoción.

Cuando los asesores piden tutor ó curador para el menor ó incapaz, pueden pedir igualmente se aseguren los bienes, dice el Código, refiriéndose sin duda á la curatela, pues en la tutela la única seguridad es el inventario; poniendo en la mano del tutor todos los bienes muebles que pueden llegar á constituir una fortuna, y de la que podría ser privado el menor, pues no tiene garantía alguna.





Los asesores proceden por instigación del defensor de menores ó de cualquiera del pueblo, que puede denunciar las irregularidades cometidas con los menores.

La intervención de los asesores es sólo en los asuntos civiles, porque en los criminales, los menores de cierta edad responden con su persona; y por los incapaces con incapacidad absoluta, sus tutores ó curadores por el daño que causaren.

*El nombramiento de los tutores ó curadores, como el discernimiento de la tutela y curatela, debe hacerse con conocimiento del defensor de menores (asesor en la capital) quien podrá deducir la oposición que encuentre justa, por no contener los tutores ó curadores al gobierno de la persona y bienes de los menores ó incapaces (art. 492).* La forma, modo y extensión de las facultades, así como las acciones que puedan deducir en juicio, corresponde á la ley de procedimiento, que las Provincias tienen facultad para dictar.

*El ministerio de menores (asesor en la Capital) debe intervenir en todo acto ó pleito sobre la tutela ó curatela, ó sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores ó curadores (art. 493, 1ª parte), haciendo las reclamaciones necesarias, pidiendo la*

(**Art. 492.**) La oposición de los asesores á los nombramientos de tutores hechos por los jueces tienen lugar, cuando los nombrados tuvieran impedimentos legales. No serían admitidos á discutirlos sino en los casos del art. 398. Téngase presente lo dicho respecto de los curadores necesarios.

Los asesores pueden pedir la remoción del tutor ó curador por mala administración, y si no pudieran demostrarlo siendo desechada su gestión, no tienen responsabilidad alguna, á menos de probarse mala fe.

(**Art. 493.**) Cuando el Código dice, el Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto ó pleito sobre la tutela ó curatela; no es solamente en esos asuntos donde ejerce su actividad y vigilancia, sino en todos los judiciales en que estuvieren interesados los menores ó incapaces. Debe armonizarse esta disposición con la del art. 494 y siguientes, que extiende la intervención á todo acto ó contrato en que se interese la persona y bienes de los menores ó incapaces. Ni uno ni otro principio son exactos, porque el Ministerio de Menores no interviene en los actos y contratos de los menores ó incapaces, cuyos guar-



remoción de los nombrados cuando hubiere causa, y supliendo en caso necesario la acción de los tutores ó curadores. *Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores é incapaces, y en las enajenaciones ó contratos que conviniese hacer (art. 493, 2ª parte).* Esta intervención se limitará al conocimiento oficial, que se les dará por medio de la notificación, pues no necesitan asistir al acto, basta tener conocimiento de él y estar en aptitud de poder reclamarlo.

Los asesores *pueden deducir las acciones que correspondan á los tutores ó curadores, cuando éstos no lo hiciesen (art. 493, 3ª parte)*, siendo su acción solidaria, y sin que puedan dificultar ó trabar la acción de éstos. Y la facultad de más importancia y transcendencia es la que pone en mano de los asesores, el derecho de *pedir la remoción de los tutores ó curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de relar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre las personas y bienes de los menores incapaces (art. 493, 4ª parte).*

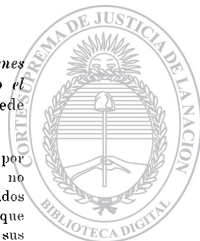
Los asesores vienen á quedar colocados en cierto modo, en la categoría del consejo de familia que el código francés establece, teniendo la vigilancia no solo sobre los tutores y curadores, sino sobre los menores que están bajo el poder de aquellos.

Y la ley ha querido que esta vigilancia se extienda á todos los actos que se ejecuten en nombre de los menores, y para ponerlos á cubierto de cualquier perjuicio ha dicho: *son nulos*

dadores no podrían aceptar una posición de dependencia que disminuiría su autoridad moral. El asesor interviene, pues, sólo en los actos judiciales de cualquiera clase, si los menores ó incapaces estuvieron interesados, sin tomar participación en los de carácter privado, que ejecutan los guardadores en uso de facultades concedidas sobre la persona misma de los menores referente á su trato, educación, etc.

Cuando los tutores ó curadores no dedujeren las acciones correspondientes á sus curados, el asesor puede hacerlo, dice el artículo, y necesitamos determinar los deberes de unos y de otros, haciendo cesar la confusión introducida por una disposición, que coloca al lado de cada uno de los guardadores una especie de pro-tutor, con facultades análogas á la de los tutores titulares.





*todos los actos y contratos en que se interesen las personas ó bienes de los menores ó incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el ministerio de menores (art. 494), pero esa nulidad sólo puede*

Los tutores ó curadores tienen sus obligaciones determinadas por la ley, y otras que nacen de las inherentes á su cargo. El asesor no puede intervenir en los asuntos de administración que están confiados exclusivamente al guardador, ni intentar demandas ó gestiones que este no hubiere creído oportuno deducir; porque si no cumple con sus obligaciones debe pedir su remoción. Pero el tutor debe pedir, p. e., la venta de la cosa que el menor tuviere en comunidad con otro; debe informar sobre la conveniencia de continuar ó hacer cesar el establecimiento social que el menor hubiere heredado, etc., y en todas esas gestiones, el asesor interviene directamente, si el tutor no lo hiciere, pero es preferible pedir la remoción por mala administración, antes de mezclarse directamente en lo que corresponde á los guardadores. La misión del asesor, es de mera vigilancia y debe excusar en cuanto sea posible el deducir las acciones que correspondan á los tutores ó curadores, haciéndoles una especie de concurrencia, cuando llenaría mejor su mandato, asegurando el fiel cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley.

(**Art. 494.**) La ley declara nulos los actos y contratos en que se interesen los menores ó incapaces, si no hubiere intervenido el Ministerio de Menores. Dijimos que la terminología del Código es inexacta en esta parte, porque el Ministerio no interviene sino en los actos judiciales. Así, un contrato firmado por el guardador donde no interviene el asesor es válido, porque el juez lo autorizó con su audiencia.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 493.—La oposición al tutor nombrado debe sustanciarse con audiencia del Ministerio de Menores, bajo pena de nulidad.—Jur. Civ., XI, 202, Sér. 4°.*

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 494.—El defensor de menores debe intervenir en todo juicio en que se trata de los intereses de menores, y su falta de intervención causa la nulidad del juicio.—XXX, 64.*

El asesor de menores tiene intervención necesaria en todo asunto en que se trata de la entrega de hijos menores al padre contra quien se alega su actual inmoralidad, y que abandonó á sus hijos en la infancia, sin proveer jamás á sus necesidades.—XXIII, 714.

Lo obrado en juicio ejecutivo contra un ausente, sin intervención del ministerio de menores, es nulo, aunque el ausente haya sido representado por un defensor.—XXXVII, 439.

ser alegada por el incapaz ó su representante, y por el ministerio de menores en su caso.

Cuando los tutores ó curadores celebran contratos á nombre de los pupilos ó incapaces, sin la autorización necesaria, los contratantes capaces no podrán demandar la nulidad, pero si obligar á que se den las autorizaciones para que el acto quede firme y valedero, ó en caso contrario se declare nulo.

En los juicios en que es parte una persona incapaz, es nulo todo lo actuado sin la intervención del Ministerio Público, XL, 97.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 494.*—Cuando se interesa bienes de incapaces, la falta de intervención del Ministerio de Menores, anula el juicio.—Jur. Civ., V, 457, Sér. 1ª.

Aun cuando no haya sido deducido el recurso de nulidad por falta de intervención del asesor de menores, la cámara puede declararla de oficio.—Jur. Civ., I, 214, Sér. 2ª.

Todo acto que afecte intereses de menores, llevado á cabo sin intervención del Ministerio Pupilar, adolece de nulidad.—Jur. Civ., VI, 327, Sér. 2ª.

El Ministerio de Menores, bajo pena de nulidad es parte en todo juicio en que tengan interés los menores aun cuando sea ejecutivo.—Jur. Civ., II, 211, Sér. 1ª.

Adolece de nulidad el juicio seguido sin intervención del Ministerio Pupilar, si existían menores interesados.—Jur. Civ., II, 383, Sér. 3ª.

El Asesor de Menores está obligado á intervenir en el juicio de alimentos en que haya menores interesados.—Jur. Civ., IV, 141, Sér. 5ª.

Es nula toda resolución dictada sin audiencia del Ministerio Pupilar, si existen menores interesados.—Jur. Civ., XI, 274, Sér. 4ª.



# LIBRO SEGUNDO

## DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES

### SECCIÓN PRIMERA.—DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL (\*)

#### TÍTULO PRIMERO

##### DE LA NATURALEZA Y ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES

###### § 165.—GENERALIDADES

Toda relación jurídica supone una ley que la ha creado y reconocido mediante un hecho que ha debido producirse, ó un

(\*) *Nota del Dr. Velez Sarsfield.*—Todos los Códigos de Europa y América, imitando al Código Francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripción: *De los contratos ó de las obligaciones convencionales*, equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusión en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse, Zachariæ, al llegar á esta parte del Código Francés, dice así: «Nada más vicioso que el método seguido por los redactores del Código.—Hay cinco fuentes de las obligaciones: 1° Los contratos ó convenciones; 2°, los cuasi-contratos; 3°, los delitos; 4°, los cuasi-delitos; y 5°, la ley. Era evidente que para proceder con orden, debieron abrazar en un sólo título todas las obligaciones en general; pero los redactores del Código, al contrario, han comenzado por dividir la materia de las obligaciones en general, en dos títulos: el uno de las obligaciones convencionales, y el otro de las obligaciones que se forman sin convención: y como para disimular la unidad natural de la materia que sometían á esta división ilógica, han afectado reservar el nombre de obligación para las que resultan de los contratos, dando á las otras el nombre de *engagement*, como si no fuesen palabras sinónimas. Este primer vicio que causa una mezcla de las ideas más incoherentes, nace de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento á la obligación y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato. Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas, y que, al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que sólo son una de las fuentes de las obligaciones.»

Otolan, conforme con Zachariæ, dice: «Hay dos fuentes de las obligaciones en el derecho civil. *Obligations aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Esta es la regla del Digesto. Cuando la jurisprudencia halla otros casos de obligaciones, los refiere sin embargo á las dos fuentes primitivas, y los asimila á ellas. Se dice que son figuras variadas de aquellas causas legítimas de las obligaciones, *varie causarum figure*; que





acto voluntario ó involuntario que ha puesto en relación á una persona con otra, ó con una cosa que le pertenece. Supone necesariamente dos personas, una sujeto activo del derecho, que recibe el provecho ó beneficio, la otra sujeto pasivo á quien perjudica ó cuya libertad restringe. Por eso en toda obligación encontraremos siempre, al sujeto activo ó acreedor que aumenta, por decirlo así, su esfera de acción extendiéndola más allá de su persona, y al sujeto pasivo ó deudor, que disminuye su libertad.

En las obligaciones, la voluntad individual desempeña uno de los más importantes papeles, y es una de las fuentes más fecundas; pero se debe reconocer que hay muchas y de gran transcendencia social, en que no obra la voluntad sino en la parte inicial, como sucede en las relaciones de familia y en los cuasi delitos. Por eso la ley es una de las principales fuentes de las obligaciones.

En principio general, la obligación es una restricción impuesta á la libertad.

*Las obligaciones son: de dar, de hacer, ó de no hacer (art. 495).*

(Art. 495.) Las obligaciones son de dar, hacer ó no hacer, dice el artículo, cuando en realidad toda obligación se reduce á hacer ó no hacer, porque el acto de dar es una acción. Dar, prestar, vender, locar, depositar, son otros tantos hechos comprendidos en la generalidad de la expresión, hacer. Si penetramos profundamente en la naturaleza

---

la obligación nace como nacería de un contrato (*quasi ex contractu*), ó como nacería de un delito (*quasi ex delicto*). Es preciso añadir las obligaciones que resultan de las relaciones entre las personas, por la constitución de la familia, que son las que se dicen originadas de la ley (*que ex lege nascuntur*). Tom. 2 tit. De las obligaciones.

Teniéndose presente, pues, los diversos orígenes de las obligaciones, se advertirá la razón de las diferencias de nuestros artículos, comparados con los de los Códigos de Europa y América. En estos se trata sólo de las obligaciones convencionales, y en nuestro proyecto, de las obligaciones en general.

Por esto también serán muy diversas las causas y los efectos de las obligaciones, determinadas en nuestros artículos, de las que señalan los Códigos citados.

Para tratar de los derechos personales en las relaciones civiles, tratamos de las obligaciones; porque la teoría de los derechos personales se reduce á la exposición de los principios concernientes á las obligaciones que forman su objeto. La relación que existe entre un derecho personal y la obligación que le corresponde, puede compararse á la que tiene el efecto con la causa que lo produce.



alguna cosa con relación á otra persona investida del derecho de exigirlo; toda manifestación creadora de derechos se traduce siempre en un hecho ó en una abstención.

de la vida humana nos encontraremos siempre en presencia de un hecho ó de una omisión, como el resultado de una relación de derecho que hacemos nacer. Como dice Ortolan (nº 69, Generalización): «lo único que se puede exigir inmediatamente de una persona, es que haga ó se abstenga de hacer; á esto se reduce todo derecho». En la legislación Romana, las palabras sacramentales, *dare, facere, prestare*, abrazaban toda la materia de las obligaciones, pero en el *facere* como en el *prestare* podían comprenderse todas. El mismo Dr. Velez Sarsfield, en su nota 495, dice: «tomo la palabra prestar, prestación es un sentido general que abraza la idea de entregar, suministrar ó procurar una cosa por otro título que el de la propiedad, y reservo la palabra dar para los casos en que se trate de la propiedad ó de algún derecho real»; sin embargo, en el art. 514, no sigue estas ideas y la aplica á la tenencia ó al uso de la cosa que no son derechos reales en su verdadera acepción.

En el derecho moderno estas ideas se han vuelto á abrir paso, y el proyecto de Código Alemán, art. 206, las consagra en su grande autoridad científica, aunque se han suprimido en el Código definitivo.

La terminología de nuestro Código en esta parte es defectuosa, confundiendo muchas veces la obligación con el contrato, y diciendo, p. e., si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja, etc., cuando debiera decir, si en el contrato se hubiera estipulado; porque la obligación es el resultado de un acto humano ó de la ley, jamás es el mismo acto; así la obligación nace de los contratos ó cuasi-contratos, de los delitos ó cuasi-delitos, ó de la ley y como puede ser generada por un contrato, puede serlo por un delito ó cuasi-delito, y en este sentido es mal expresada la idea, de que la obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto; sería exacta si se dijera, el contrato es de ningún valor, cuando está fundado en una causa ilícita. La obligación puede tener por origen un delito y ser válida; pero esa no es la causa en el sentido del derecho. El que ha cometido un delito, debe resarcir el daño, ha contraído una obligación nacida del hecho punible que la ha generado. Se podría decir impropriamente que el delito es la causa de la obligación, pues lo ha hecho nacer; pero no es así. En nuestra obra de Contratos, nº 108, decíamos: «la causa principal de un contrato no puede ser el motivo que nos propusimos al celebrarlo, porque ese motivo queda con frecuencia oculto en nuestro in-

Nuestro Código, reconociendo que sólo las personas pueden ser sujetos de las obligaciones, ha consagrado el principio de que, *á todo derecho personal corresponde una obligación personal*; (que) *no hay obligación que corresponda á derechos reales*

terior, nunca lo expresamos. Cuando realizamos un contrato, la causa no está en nosotros sino en el otro contratante, como sucede en los contratos bilaterales.» Nuestro Código habla de la causa de los contratos, no de las obligaciones como lo hacemos notar, art. 501 y 502.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 495.*—Nos abstenemos de definir, porque como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, ó por la inmediata aplicación de sus vocablos, ó por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña á la ley, á menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, á las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos á toda materia puramente doctrinal, á lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino á lo que depende de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande ó prohíba, debe sólo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de derecho.

Contrayéndonos al art. 495, entendemos por la palabra *dar*, las prestaciones que tienen por fin un cambio de derecho de las cosas, en el sentido que el deudor debe procurar al acreedor la propiedad ó algún derecho real. *Dare, est accipientis facere*. Instit. § 14, *De actionib.* La expresión es empleada, ya en un sentido amplio, ya en un sentido estricto. La misma expresión aun se aplica á actos que no se refieren al derecho de las cosas, sino que deben simplemente aumentar el patrimonio del acreedor por una cesión, p. e., ó librándole de una deuda.

*Prestar* equivale á entregar, suministrar, procurar alguna cosa por otro título que el de la propiedad. Nosotros tomamos la palabra *prestar*, prestación, en un sentido general que abraza una y otra idea.

La expresión *hacer, facere*, se emplea muchas veces tanto en el sentido positivo como en el sentido negativo (Instit. *verb. oblig.*, § 7—L. 75, Dig. *cod.*). El hecho comprende todos los actos ó omisiones que no pueden entrar en la acción: yo, puedo obligarme á construir una casa, ó puedo también obligarme á no impedir que un tercero pase por mi propiedad. Savigny, *De rechos de las obligaciones*, § 28.—Ortolan, *Generalización*, n° 69.





(art. 497), lo que es exacto tratándose de las obligaciones convencionales. Pero si examinamos, no la estructura íntima de la obligación, sino la relación jurídica, en toda su latitud y extensión.

(Art. 497.) La idea de obligación trae al espíritu la de un poder adquirido sobre los actos de una persona, restringiendo su libertad y sometiéndola á la nuestra. La obligación en este sentido, venga del contrato, de la ley ó del delito, es esencialmente personal. Así, á todo derecho responde una obligación que es su objeto inmediato, y donde la persona obligada debe encontrarse siempre.

Todo derecho tiene un sujeto activo, que podemos llamarle dueño del derecho, y un sujeto pasivo, que es el deudor de ese derecho, y bajo este aspecto todo derecho es personal; pero además de los sujetos activos y pasivos del derecho, tiene un objeto material ordinariamente llamado cosa, y bajo este nuevo aspecto, todo derecho es real en cuanto á su objeto, y personal con relación al sujeto. Así, cuando el Código dice, á todo derecho personal corresponde una obligación personal, agregando, no hay obligación correspondiente á derechos reales; copiando al Dr. Freitas, arts. 867 y 868, lo hace para corregir la nomenclatura del derecho francés, que distingue las obligaciones en personales y reales. Estas enunciaciones corresponden más bien á la doctrina que á la legislación. Es necesario no confundir la obligación con el derecho, pues este puede ser real según el objeto, mientras la obligación siempre será personal.—SAVIGNY, § 2, *Obligaciones*. ORTOLAN, § 67, *Generalización*. AUBRY Y RAU, § 299. ZACHARIÆ, § 524.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 497.*—Aubry y Rau, § 296.—El Código Francés distingue las obligaciones en personales y reales, como distingue los derechos. Sus comentadores dicen que una obligación es real, cuando incumbe al deudor, no relativamente á su persona, sino sólo en su calidad de poseedor de una cosa cierta; en otros términos cuando el deudor, obligado al cumplimiento de la obligación, no lo es personalmente ó con su patrimonio, sino sólo como poseedor de ciertas cosas; y que así la obligación da un tercer poseedor de un inmueble hipotecado, de pagar, ó hacer entrega del inmueble, es una obligación real.—Toullier, t. III, n° 344, y siguientes.—Zachariæ, § 529. Nosotros decimos que el derecho puede ser un derecho real, como la hipoteca; pero la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta no es una obligación accesoría. Cuando la cosa sale del poder del que la obliga, y pasa á otro poseedor, este se halla en la misma posición respecto del acreedor, que tiene un derecho real, que cualquiera otra persona, á quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posición de deudor. Marcadé dice, respecto á esto: «Cuando me habeis vendido vuestra casa, estais obligado á no molestarme en el goce del inmueble: pero esto no es una obligación de no hacer, pues no os privais de ningún derecho. Esta necesidad nada tiene que os sea personal: ella es común á todos; es para vos,



sión, veremos que el principio ofrece flancos de importancia. En efecto, el dueño de un derecho real ó el propietario de una cosa, es decir, «el sujeto activo del derecho se encuentra en presencia de los demás individuos que vienen á ser verdaderos sujetos pasivos, desde que están condenados á la inacción ú obligados á respetar ese derecho: de donde resultaría que un derecho real como el de la propiedad, ha enjendrado obligaciones ó limitaciones en los demás.

El principio de que á todo derecho personal corresponde una obligación personal, es de toda evidencia en las obligaciones convencionales, que tienen por objeto una prestación, sin la que no se concebiría la obligación.

En la terminología jurídica *el derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer ó no hacer ó de dar una cosa es una deuda (art. 496)*; así, se llama

(Art. 496.) Esto corresponde más bien á un Código de definiciones; el Dr. Velez Sarsfiel al decir en la nota 495 que no se debe definir, no debió incurrir en el error criticado. La ley manda, prohíbe ó permite, y cualquier definición que no contenga alguna de estas condiciones, está fuera del derecho positivo.

Por eso, el Dr. Freitas proponía un Código de doctrina donde tendrían su lugar las definiciones. El artículo es tomado de la nota 2 de MASSE y VERGER sobre ZACHARIE, § 524.

como para los otros, la consecuencia y la correlación de mi derecho real existente *erga omnes*. Esta necesidad general y común á todos corresponde á un derecho real. forma un deber que cada uno está sin duda en el caso de respetar como una obligación personal, más no constituye una obligación.—Sobre el art. 1101, n° 387.

Ortolan dice: «Derecho personal es aquel en que una persona es individual, mente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente á una persona á una prestación cualquiera, á dar, á suministrar, á hacer ó no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor ó menor.—Generalización, § 67.

*Faltos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 497.*—Es improcedente en el contrato la excepción de incompetencia, si la demanda ha sido decidida ante el juez del lugar del contrato, estando en el accidentalmente el demandado y aun cuando el cumplimiento de las prestaciones se hubiese estipulado fuera de la República.—Jur. Civ., XII, 162, Sér. 4°.

*Nota del Dr. Velez Sarsfiel al art. 496.*—Ortolan, Generalización, n° 63—Zacharie, nota 2, al § 525.



acreedor al dueño del derecho, y dendor al que puede ser compelido á ejecutar el hecho ó abstenerse de lo que tenía derecho de ejecutar.

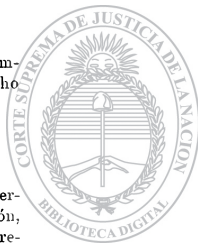
#### § 166.—FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

La necesidad jurídica á que se encuentra sometida una persona de hacer ó no hacer alguna cosa, nace de la convención, cuando varios poniéndose de acuerdo, han determinado sus relaciones de derecho; nace igualmente, cuando uno sólo hace el negocio de otro sin poder, obrando útilmente y con el objeto de prestarle un servicio, lo que se llama el cuasi-contrato de la gestión de negocios.

La obligación puede tener por origen un delito, en lo que se relaciona con el daño ó perjuicio causado que se debe indemnizar; nace igualmente de actos en que la voluntad de dañar no existe, como en los cuasi-delitos; y por fin, viene de la ley que crea la relación de derecho sin tener en cuenta la voluntad individual, y se forma cuando el hecho ha tenido lugar; como el nacimiento y la muerte, que son hechos generadores de derechos.

Se deben distinguir las fuentes de las obligaciones que les sirven de fundamento, con las causas ó motivos ocultos que mueven el ánimo del ejecutor; por eso debe entenderse que cuando la ley dice: *no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, ó de uno de los actos lícitos ó ilícitos, de las relaciones de familia, ó de las relaciones civiles* (**art. 499**),

(**Art. 499.**) El aforismo de que no hay obligación sin causa, es una de esas verdades que pasan como axiomas y no admiten explicación: sin embargo, haremos notar que la palabra causa no está tomada aquí en el sentido jurídico; es decir, como el origen de la obligación, sino como la acción eficiente que nos ha llevado á producirla. Se puede buscar la causa de una obligación producida por un contrato, pero no así la que es el resultado de un delito ó cuasi-delito; porque según sea la causa podemos declarar nulo el contrato; no porque en realidad no la tuviera pues en el sentido del artículo el contrato mismo ó la voluntad de las partes sería la causa de la obligación, sino porque cuando se con-



se aplica á las fuentes de donde esas obligaciones se derivan, y habría sido más exacto decir: no hay obligación que no provenga de alguna de las cinco fuentes destinadas á crearlas.

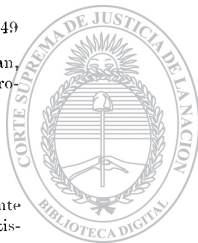
### § 167.—DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

La causa de la obligación es el móvil que impulsa al agente á contraerla, sea buscando un beneficio material, sea una satisfacción moral; por eso en toda obligación convencional, *aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe,*

traría el orden ó las disposiciones de las leyes, esas causas no deben producir obligación.

No hay obligación sin causa generadora que la haya producido, es decir, la obligación debe reconocer por origen una de las cinco fuentes de donde se derivan: contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos y la ley; pero debemos tener presente esta acepción de causa, para no aplicarla al art. 502. El presente artículo es doctrinario y axiomático: ha podido suprimirse.—FREITAS, art. 870. Comp. art. 792 y sig.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 499.*—El Cód. Francés y los demás Códigos que lo han tomado por modelo, han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como estas nacen, á más de los contratos y cuasi-contratos que son los actos lícitos, de los actos ilícitos, delitos ó cuasi-delitos, y de las relaciones de familia, la causa de ella debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no sólo en los contratos. Ortolan, después de hablar de las causas de las obligaciones que nacen de los contratos, continúa así:—Si una persona ha causado perjuicio á otra ya voluntariamente, y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de la razón natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado, nos dice que aquí hay un hecho productor de obligación. Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece á otra; si aparece enriquecida de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice también que hay en esto un hecho causante de obligación. Así, por un lado el consentimiento de las partes, los contratos por otro, los innumerables hechos que son producto, ya de la voluntad ó actividad del hombre, ya de causas que son independientes de él, por efecto de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya á otra, ó haberse enriquecido con perjuicio de alguno, nos ofrecen diariamente innumerables y repetidas causas de obligaciones. Añádase á esto, en la constitución de la familia, ciertas relaciones entre personas,





*mientras el deudor no pruebe lo contrario (art. 500)*, pero la causa no es el móvil interior que permanece siempre oculto, sino aquel que se traduce ordinariamente al exterior en una forma material y tangible. Así, cuando compro una cosa, la causa que reconoce la ley es el deseo de poseer la cosa comprada, sin averiguar los otros motivos que me hayan impulsado á ejecutar el acto; por esa razón ese móvil exterior debe ser lícito, pues

(**Art. 500.**) La obligación debe tener una causa, y la ley la supone existente aunque no se exprese; la prueba de la existencia no corresponde al deudor. Pero aquí debemos aplicar los principios del derecho relativos á la causa de los contratos, y no los que se desprenden de la causa en el sentido del art. 499; pues nadie podría demostrar jamás que una obligación no tenga una causa, pues cuando menos

que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de una con respecto á otras, por ejemplo, produciendo el hecho de la generación, obligación entre el padre y la madre por una parte, y los hijos por otra, por la causa de que unos han dado la existencia y los otros la han recibido, tenéis otra fuente de obligaciones según los principios de la pura razón filosófica. Tom. 2. pág. 160.

Por todo esto, el artículo dice que la causa de las obligaciones debe derivarse de uno de los hechos ó de uno de los actos lícitos ó ilícitos de las relaciones de familia ó de las relaciones civiles.

Marcadé, en su comentario al Cód. Francés, art. 1103, demuestra también que las causas de las obligaciones son diferentes de las causas de los contratos.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 499.*—El propietario no queda obligado con lo sub-contratantes, en tanto no se justifique el vínculo de derecho por el cual puede ser responsabilizado, sin haber intervenido en el contrato.—Jur. Civ., XIII, 245, Sér. 4°.

No procede el pago de los servicios, en tanto no se justifique su prestación.—Jur. Civ., XV, 218, Sér. 4°.

Para que exista obligación de pagar una deuda ajena, debe justificarse la causa en virtud de la cual se supone la sustitución de deudor.—Jur. Civ., XIV, 392, Sér. 4°.

La desaparición de la causa que dió origen á la obligación, produce la extinción y en consecuencia deben devolverse al obligado las sumas indebidamente pagadas.—Jur. Civ., VIII, 401, Sér. 3°.

La confesión ó reconocimiento de una deuda á favor de un tercero hecha por un deudor, no puede perjudicar á su acreedor, ni puede servir de base á una tercera.—Jur. Com., II, 504, Sér. 1°.

La inhabilidad de título opuesta á una ejecución fundada en escritura pública es improcedente, si se basa en la falta de causa para la existencia de la obligación.—Jur. Civ., I, 332, Sér. 4°.

de lo contrario la ley no lo protegería y dejaría sin efecto la obligación.

En los contratos bilaterales, la causa reside en cada uno de los contratantes; p. e., en la compra-venta, la causa de la obligación de pagar la suma de dinero, se encuentra en la obligación del otro de entregar la cosa, y vice-versa; en los contratos unilaterales, la causa es el deseo de hacer un beneficio.

Toda obligación debe ser fundada en una causa lícita, porque la ley no puede prestar su autoridad para dañar á la sociedad; así, *la obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria á las leyes ó al*

---

encontraríamos la voluntad del individuo como la causa generadora de la obligación. El artículo se refiere á la causa del contrato y por eso continúa en el siguiente, diciendo: aunque la causa expresada fuera falsa, el contrato sería válido, si se fundara en otra verdadera. Si la expresión causa se tomara en el sentido de que la obligación debe reconocer por origen el contrato, el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito ó la ley, siempre habría causa, y, por consiguiente, se podría encontrar la verdadera, pero no se toma en este sentido, sino como el motivo que nos ha movido á obrar.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 500.*—Cód. Francés, art. 1132.—Cód. Sardo, art. 1223.—Cód. de Nápoles, art. 1086.—Cód. Holandés, art. 1372.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 500.*—La falta de expresión de causa en una obligación, no lo hace ineficaz.—XXI, 451.

Corresponde al obligado probar que no ha existido justa causa de obligación.—XXI, 451.

Si el firmante de vales por una suma de dinero, para eximirse del pago, opone que aquellos son sin causa, ó que le han sido sustraídos, á él corresponde pagar estas excepciones.—XXVIII, 117.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cyp.—Aplicación del art. 500.*—Mientras no se justifique que al acto ilícito se debió la obligación que contiene un documento reconocido como auténtico, la prueba deducida para demostrar la falsedad de la causa de la obligación debe ser rechazada.—Jur. Com., III, 360, Sér. 1<sup>a</sup>.

La prueba de que falta la causa de aquélla, corresponde al deudor; la ley supone siempre su existencia.—VI, 331, Sér. 2<sup>a</sup>.

Para que exista obligación de pagar una deuda ajena, debe justificarse la causa en virtud de la cual se supone la situación del deudor.—XIV, 392, Sér. 4<sup>a</sup>.



*orden público (art. 502)*, ó á las buenas costumbres que están destinadas á mantener la decencia y moralidad de una sociedad.

La obligación puede contener en sí misma la causa que la ha producido, y en ese caso se dice: *la obligación será válida*

(**Art. 502.**) La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto, dice la ley, y debemos explicar con claridad la aplicación dada á las palabras causa ilícita, que anula la obligación. Cuando se comete un delito, el delincuente está obligado á resarcir el daño y la causa de la obligación es el delito que la hizo nacer, y no sería válida si tomáramos las palabras de la ley en su expresión material. La obligación tiene su origen en una causa ilícita, pero la causa de deber, es la equidad, pues todo el que ocasiona un perjuicio debe resarcirlo. El artículo se refiere á los contratos, así es que debe decirse: el contrato fundado en una causa ilícita es de ningún valor; y es de estas obligaciones de las que habla la ley.

La causa ilícita es la contraria á las leyes ó al orden público, agrega el Código, pero no se entiende por contraria á la ley, la que no se ajusta á sus mandatos, cuando son derechos concedidos al individuo y que éste puede renunciarlos, como, p. e., la renuncia á la evicción, la de retener el precio de la cosa comprada, etc., y el pacto en contrario no se reputará que viola las leyes.

Causa contraria á la ley, es la que va directamente contra las leyes prohibitivas ó de forma, que son leyes de orden público. Sería contraria á la ley la obligación que tuviera por origen un contrato entre el tutor y el menor; la compra hecha por el juez de los bienes de la testamentaria en que interviene, etc. Las leyes de orden público, son en general las que reglan las sucesiones, la familia, la forma de los actos; las que se refieren á la higiene y seguridad, así como á la manera de proceder en los juicios; cualquier contrato que tuviera por objeto violarlas, no tendría valor alguno.

Sería igualmente nulo todo contrato contrario á las buenas costumbres que tienen por base el decoro, ó la honestidad pública ó privada, como lo reconoce el Código en varias partes (arts. 21, 530 y 953) y lo indica el mismo Dr. Velez Sarsfield, en la nota, al dar como base de la disposición los arts. 1133 Cód. Francés, y 1224 Cód. de Cerdeña, pues ambos definen la causa ilícita, diciendo: es la prohibida por la ley, la contraria á las buenas costumbres ó al orden público. Un contrato que tuviere por objeto abusar de una mujer ó de pasearse desnudo por





aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera (art. 501), porque aparece como un acto regular de nuestra voluntad; pero si no está expresada, la ley la supone existente, mientras no se pruebe lo contrario.

Un contrato sin causa se reputaría nulo porque no es una manifestación consciente de nuestra voluntad.

Cuando el deudor atacare la obligación por falsedad de la causa expresada, el acreedor está autorizado para demostrar por todo género de prueba la existencia de una lícita que mantiene la validez de la obligación.

las calles no produciría obligación.—GOYENA, art. 998, y sus fundamentos.

(Art. 501.) La causa de deber no expresada en ciertos documentos comerciales se presume existente, y esa es la causa de la obligación á que se refiere el artículo. Cuando se dice, abonaré tal cantidad por haberla recibido, si no fuere cierto y se demostrase no haber existido tal entrega, la obligación subsistirá, si se prueba que esa cantidad es proveniente de una transacción, ó de daños y perjuicios convenidos en pagar; basta una causa lícita, aunque no sea la expresada en el contrato.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 502.*—Cód. Francés, arts. 1131 y 1133.—Cód. Napolitano, arts. 1085 y 1087.—Cód. Sardo, arts. 1221 y 1224.—Cód. Holandés, arts. 1371 y 1373.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 502.—Acto ilícito é inmoral, tal es la estipulación por la cual un periodista se compromete á hacer propaganda en favor de una empresa, y los Tribunales no pueden reconocer su validez.—Jur. Civ., I, 323, Sér. 2ª.

No pueden reconocer como lícitas y dignas de reenumeración aquellas diligencias ó trabajos ante los poderes públicos, que necesitan para desenvolverse de los favores de la amistad, de la influencia ó de las recomendaciones que se ponen en juego para con los funcionarios encargados del despacho del expediente.—Jur. Civ., I, 323, Sér. 2ª.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 501.*—Cód. de Luisiana, art. 1891.—Cód. Holandés. art. 1372.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 501.—El hederero, aun cuando no desconozca la validez del documento en que se funda la obligación, puede invocar la falsedad de la causa que él expresa, pero como excepción ante carga con la prueba.—X, 5, Sér. 4ª.



## § 168.—DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

Es una máxima de derecho, de que los contratos no obligan sino á los contratantes; y de ahí nace esta consecuencia: *las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores á quienes se transmitiesen* (art. 503), porque los representan activa y pasivamente; pero este principio tiene sus excepciones. cuando los derechos son inherentes á la persona en cuyo caso vive y se extingue con ella, como en los arts. 1396, 1670 y otros análogos.

Si bien es una regla general de que en los contratos se estipula para sí y sus herederos, puede convenirse que la obligación se extinguirá con la muerte de cualquiera de los contratantes, ó esta condición puede nacer de la naturaleza misma del con-

(Art. 503.) Cuando la obligación es el resultado de un contrato, esta no produce efecto sino entre acreedor y deudor y sus sucesores, lo que debería expresarse de una manera más jurídica diciendo, los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan á terceros: pero como hemos expresado que la obligación puede tener su origen en la ley, en un delito ó en un contrato, la expresión abraza por su generalidad todos los casos que dan nacimiento á una obligación, donde se encuentra el sujeto activo del derecho, el acreedor, y el sujeto pasivo, el obligado ó deudor.

Todo derecho personal supone necesariamente un obligado, y hay impropiedad en decir que la obligación produce el derecho, como que éste produce la obligación, porque ambos nacen simultáneamente, pues no se concibe el derecho sin la obligación, ni ésta sin la existencia del derecho, tratándose de las personas.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 503.*—LL. 11, Tit. 14, Part. 3.<sup>a</sup> y 3, Tit. 11, Lib. 1 F. R.—Cód. Francés, art. 1165.—Cód. Sardo, art. 1192.—Cód. Napolitano. art. 1118.—Cód. Holandés, art. 1376.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 503.—Un tercero carece de personería para exigir judicialmente el cumplimiento de aquellas en cuya formación no intervino; las relaciones de derecho son las únicas que pueden formar el litigio.—Jur. Civ., VIII, 435, 86r. 1<sup>a</sup>.

trato, p. e., si se tratara de *los derechos no transmisibles á los herederos del acreedor, como (de) las obligaciones no transmisibles, á los herederos del deudor, (que) se denominan en el Código: derechos inherentes á la persona, obligaciones inherentes á la persona (art. 498)*, y que no pasan del deudor ó del acreedor.

(Art. 498.) Cuando se trata de los derechos no transmisibles á los herederos, nuestro Código guarda silencio respecto á una disposición general, que debería servir de guía para conocer cuáles son los derechos inherentes á la persona. Así, una disposición como la del art. 1112 del Cód. Civ. Español habría sido conveniente: «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación (contrato), son transmisibles con sujeción á las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario; » porque lo adquirido por contrato ha entrado verdaderamente en nuestro patrimonio, siendo susceptible de transmisión, si en el contrato mismo no se estipulase lo contrario. Los derechos conferidos al individuo, como el casarse á tal edad, el reconocer hijos naturales, hacer testamento, etc., no son transmisibles porque no han sido adquiridos por acto propio del poseedor del derecho. Así, podemos distinguir de una manera general los derechos que son inherentes á la persona con decir, son aquellos que no hemos adquirido por contrato. Cuando en un contrato se ha buscado una condición especial en la persona de uno de los contratantes, como si se tratase de un retrato que debe hacer un pintor célebre, la obligación se extingue por la muerte del ejecutor: pero los herederos deben devolver lo recibido en virtud del contrato. No hay aquí ni un derecho ni obligación inherente á la persona como en los casos citados, por más que la calidad lo fuera; la obligación no ha podido cumplirse sin culpa del deudor y no son responsables sus herederos de esta falta de cumplimiento.

Entendemos por obligación inherente á la persona, la proveniente de un mandato expreso de la ley; es decir, la facultad que la ley concede al individuo considerándolo en su carácter de miembro de una comunidad social y política de existencia necesaria. Los derechos de padre, de hijo, de esposo y las obligaciones inherentes á estos estados se consideran que nacen y mueren con la persona á la que van ligados. La no transmisibilidad de un derecho ó de una obligación es efecto exclusivo de la ley que no ha considerado necesaria esa transmisión para mantener el orden social, y que por el contrario produciría una verdadera perturbación en admitirla en ciertos casos. Los derechos son tam-







El principio de que el contrato sólo obliga á los que intervinieron en él, no tiene excepción alguna, y cuando se dice, *si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada (art. 504)*; se confirma el mismo principio, porque el ter-

bién inherentes á la persona aunque procedan de contrato, cuando la ley expresamente los ha declarado intransmisibles, como en el art. 1396.

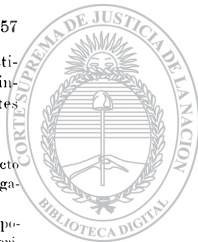
--Comp. FREITAS, art. 868.

(Art. 504.) El principio jurídico de que el efecto de los contratos no perjudican á terceros, no tiene su excepción cuando se trata de beneficiarlos, aunque puedan exigir el cumplimiento del contrato, si lo hubieran aceptado y hécholo saber al obligado antes de haberlo revocado: pues por el hecho de la aceptación deja de ser un extraño á la estipulación, interviene en ella y da su consentimiento. El Código Francés dice: «las convenciones sólo tienen efecto respecto de las partes contratantes: no perjudican á terceros y no les aprovecha sino en el caso previsto en el art. 1121;» es decir, cuando se estipula en favor de ellos, dándoles derecho para aceptar la estipulación, antes de ser revocada.

El derecho de aceptar una convención en la que no se ha intervenido, no es una excepción al principio de que los contratos no producen efecto contra terceros: pues, si bien es cierto, como lo hacen notar algunos, que una vez aceptado el derecho por el tercero, este viene á ser un acreedor y el promitente un verdadero deudor, también lo es que el tercero no ha podido intervenir en el acto por su sola voluntad, para completarlo, si la estipulación no le hubiera dado ese derecho, sin su intervención. Acepta el beneficio y hace irrevocable la estipulación por un hecho suyo, lo que no habría sucedido seguramente si el contrato no hubiese producido efecto respecto de él; luego es una confirmación del principio general.

El art. 504 trata evidentemente de contratos donde se estipula en favor de un tercero, y por eso criticamos la expresión impropia de que se sirve cuando dice, si en la obligación se hubiere estipulado, en vez de decir, si en el contrato. Encontramos acertada la crítica del Dr. Segovia de que este artículo, debería figurar en el título de los contratos. Véase nota 1195.

Para que la estipulación aproveche al tercero, es necesario la acep-



cero deja de ser un extraño en el contrato, pues acepta la estipulación y entra á formar parte, y como su voluntad debe coincidir con la de los contratantes, la aceptación debe venir antes

tación de este; antes de ella no ha adquirido derecho alguno, y el acto tendrá su verdadero valor, cuando haga saber la aceptación al obligado, si el contrato no estuviese revocado.

En caso de muerte ó incapacidad del obligado, la aceptación no podría tener lugar, porque falta la voluntad que debe encontrar al verificarse. Si la promesa proviene de un acto unilateral, en las donaciones, p. e., no podrá tener efecto por la muerte ó incapacidad del promitente; pero si es el resultado de un contrato bilateral, no podrá ser revocado sino por la voluntad de los que intervinieron en él, y se estará á lo convenido hasta la aceptación.

¿Cómo debe hacerse saber la aceptación al obligado? ¿Es necesario un acto auténtico ó basta un simple aviso? En los contratos unilaterales, la aceptación debe hacerse en la forma determinada por el Código para esa clase de actos, pero en los bilaterales basta pedir el cumplimiento para que se considere aceptado, y debe hacerse saber á ambos contratantes. Si sabiendo la aceptación el obligado conviniera en revocar el acto, la revocación no valdría, porque el tercero ha hecho suya la parte del contrato que le correspondía, y puede exigir su cumplimiento, independientemente del que creó en su favor, el beneficio aceptado.

El Dr. Llerena sostiene que los efectos del acto pueden oponerse á terceros; así un acreedor prendario, dice: «podrá oponer á otro acreedor que no tenga esta garantía, el convenio celebrado con su deudor: por el cuál y en razón de la prenda, deberá ser pagado con preferencia.» Ha confundido el efecto del acto respecto de los contratantes, con el efecto que produce con relación á la masa general de los individuos. En el caso propuesto, el acreedor prendario no puede oponer, en el sentido legal, á otro acreedor el convenio celebrado con su deudor, porque ese otro acreedor nada tiene que ver con la prenda, sobre la cual no tiene derecho; ese mismo efecto podría oponerle la masa general de individuos que deben respetarlo.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 504.*—Proyecto de Goyena, art. 977.—Cód. Francés, art. 1121.—Cód. Sardo, art. 1208.—Cód. Holandés, art. 1353.—Cód. Napolitano, art. 1073.



de que éstos la hayan dejado sin efecto, pues no podría hacerla revivir, si la obligación estuviera extinguida.

Es una consecuencia del principio enseñado, la extinción de la fianza por la novación de la obligación principal, porque habiéndose sustituido la primitiva obligación por otra en que no ha intervenido el fiador, éste debe quedar liberado, pero como la fianza es una obligación accesorio, la extinción de ésta por la renuncia ó remisión no altera la principal.

*Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son (art. 505):*

1º *Darle derecho para emplear los medios legales, á fin de*

(Art. 505.) Las obligaciones reconocen por causa el contrato, el cuasi-contrato, el delito, el cuasi-delito y la ley, y en cada uno de estos casos se debe encontrar un acreedor, el señor del derecho y un deudor ú obligado. La obligación es, pues, una consecuencia de uno de esos hechos y debemos buscar, no su efecto, sino el que produce el derecho puesto en acción. Cuando se dice por Marcadé (aceptado por el Dr. Velez Sarsfield en la nota 505) que una cosa es el efecto del contrato y otra el de la obligación, se comete una inexactitud; porque la obligación, en realidad, no es sino un efecto, ya del contrato, del delito, del cuasi-delito, del cuasi-contrato ó de la ley. Parece confundirse el derecho con la obligación, pues se comprende perfectamente que el acreedor de la obligación es el dueño del derecho. El contrato crea obligaciones, pero también las extingue, y en estos casos su efecto no ha sido el de producirlas; pero de ahí no se sigue que la obligación produzca un efecto y el contrato otro, sino que la obligación no ha nacido del contrato y ha tenido su origen en las otras cuatro fuentes indicadas. Así, en la terminología jurídica no hay exactitud cuando se dice: efecto de la obligación respecto del deudor, cuando se debiera decir, efectos del derecho para obtener el cumplimiento de la obligación, forzando al deudor á verificar el hecho. Debemos, pues, tomar la expresión de acreedor de la obligación, como equivalente de dueño ó poseedor del derecho personal.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 505.*—El Cód. Francés y los otros de Europa que regularmente lo siguen confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. ¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligación, cuando las más veces la obligación no es sino un efecto del contrato? Los efectos de los contratos son: 1º, crear obligaciones; 2º, extinguir obligaciones; 3º, transferir la propiedad ó

que el deudor le procure aquello á que se ha obligado (art. 505, núm. 1), confiriéndole las acciones correlativas, pues desde el

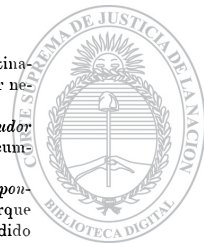
(Art. 505, n.º 1.) El dueño del derecho puede emplear los medios legales para compeler al deudor á cumplir la obligación: esos medios se reducen á las acciones concedidas para hacer efectivos los derechos. Las acciones varían en cada caso particular; unas tendrán ciertos privilegios como el de prenda ó anticresis, otras lo serán por la naturaleza del derecho que se ejerce, como el cobro del importe de la locación, cosa depositada, etc., y otras en fin, no tendrán privilegio alguno, entrando en los medios ordinarios y comunes á todos los acreedores. Se compele al deudor por medio de la justicia á realizar la prestación, cuando consistiere en entregar sumas de dinero, ó haciéndole tomar la cosa que debía entregar, si la tenía en su poder.

El Dr. Freitas, art. 879, señala entre los efectos necesarios de las obligaciones el que acabamos de indicar, y entre los accidentales por parte del acreedor, el derecho de demandar al deudor por acciones personales si este incurriese en falta, efecto que para nosotros es la consecuencia del derecho de exigir el cumplimiento de la prestación. —GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, DER. CIV. ESPAÑOL, III, 54.

sus desmembraciones. En cuanto á los efectos de la obligación, consisten únicamente en permitir al acreedor emplear los medios legales: 1.º, para forzar á su deudor á procurarle aquello á que se obligó; 2.º, para hacérselo procurar por otros, si hay lugar, á costa del deudor; 3.º, como último recurso, para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Si la obligación no produce jamás los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligación. Sin duda que si el contrato puede producir la obligación misma puede arrastrar consigo los efectos de esta obligación; mas los llevará como consecuencias ulteriores, y no como enjendrados por él. En segundo lugar, el contrato puede bien existir sin hacer nacer obligación alguna, produciendo sólo extinción de obligaciones, ó transmisión de derechos reales. En fin, si la obligación y por consecuencia sus efectos, pueden resultar del contrato, pueden también nacer de otro origen; por lo tanto, los efectos del contrato no pueden ser jamás producidos por la obligación. Y en cuanto á los efectos de la obligación, existen regularmente sin que haya ningún contrato. Recíprocamente un contrato podrá existir sin que haya ningún efecto de obligación; y en el caso mismo que ese efecto descendiese de una obligación, no sería sino como una consecuencia remota: no sería como efecto del contrato, sino como efecto de la obligación, la cual habría siempre producido ese efecto, aunque no tuviera el contrato por principio.—Tomo 4, núms. 460 y 461.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 505.—El acreedor de una obligación tiene derecho para pedir su cumplimiento y la indemnización de daños ó intereses, contra el deudor que por culpa propia dejó de cumplirla.—XXXV, 366.





momento que un derecho aparece, va con él la acción destinada á ponerlo en movimiento, para defenderlo en caso de ser negado ó violado.

2º *Para hacérselo procurar por otro á costa del deudor* (art. 505, núm. 2) cuando éste no pudiese ó no quisiera cumplirla, porque no se puede ejercer una violencia personal.

3º *Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes* (art. 505, núm. 3) por el perjuicio recibido, porque todo contrato se resuelve en daños é intereses, si no ha podido cumplirse.

*Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, ó el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida ó modificada por una causa legal* (art. 405, nº 3, al fin).

(Art. 505, nº 2.) Cuando la obligación fuera de ejecutar alguna cosa, en que el obligado no puede ser compelido forzosamente, el acreedor puede obtener de la justicia la autorización para hacerla á costa del deudor ó encargar á un tercero su ejecución. Todas las obligaciones se reducen en síntesis á una acción ó á una omisión; pero cuando se trata de la acción de dar ó entregar una cosa ó una cantidad de dinero, debe ejecutarse sobre los bienes del deudor inmediatamente; cuando consista en hacer personalmente ó por otro una obra cualquiera, el acreedor puede ser autorizado á ejecutarla á costa del deudor. La ejecución no equivale á una indemnización de daños y perjuicios, aunque los resultados sean semejantes, sino á la sustitución del ejecutor, dejando á la justicia proporcionar los medios para el verdadero cumplimiento.

(Art. 505, nº 3.) Cuando la obligación no se ha cumplido, ni ha sido posible hacerla ejecutar por otro, el acreedor tiene derecho á los daños y perjuicios causados por la inejecución; sólo una excepción puede oponerse á este principio, y es cuando la ejecución se hubiere hecho imposible sin culpa del deudor, como se dirá más adelante. Los daños y perjuicios comprenden el perjuicio real sufrido y la ganancia ó utilidad dejada de percibir.

(Art. 505, nº 3 al fin.) El acreedor ó poseedor del derecho ha sido investido por la ley de medios para obtener el cumplimiento de la obligación; pero el deudor tiene á su vez derechos contra su acreedor; así,

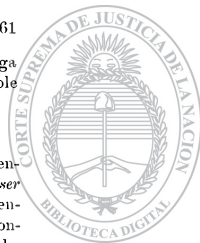
La liberación la obtendrá el deudor exigiendo la entrega del instrumento donde constatare la obligación, ú otorgándole otro en forma auténtica dejándolo sin efecto.

§ 169.—DEL DOLO, DE LA MORA Y DEL CASO FORTUITO

La ley no puede prestar su autoridad para favorecer el engaño ó la mala fe, y cuando dice: *el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación (art. 507)*, debe extenderse igualmente al acreedor, y la cláusula en que ambos contratantes se lo dispensaran sería de ningún valor por ser hecha contra la prohibición. Así, *el deudor es responsable al acreedor*

cuando ha cumplido exactamente con la obligación, es decir, habiendo prestado lo que estaba obligado, sin alteración de ninguna especie, respecto á la cosa, cantidad, lugar y persona, tiene derecho á obtener su liberación, pues la prestación ha extinguido el derecho del acreedor, y puede demandarla judicialmente; del mismo modo, puede repeler la acción del acreedor, cuando la obligación se hallare extinguida ó modificada. Fuera del pago, la obligación puede encontrarse extinguida por la renuncia de los derechos del acreedor, por la remisión de la deuda, por la imposibilidad del pago y por la prescripción; puede encontrarse modificada por la novación ó la transacción que extinguen la obligación primera, sirviendo de base á otra nueva. Cuando la obligación estuviere modificada, el deudor puede repeler la acción del acreedor, pues existe una causa que altera la primera obligación. Si hubiera alguna causa que anulare la obligación ó si fuera nula, son defensas legales de que el deudor puede hacer uso para obtener su liberación.

(Art. 507.) La responsabilidad por el dolo debe hacerse efectiva en todos los contratos, sin que pueda dividirse. Nuestro artículo se refiere al dolo del deudor; mas la doctrina y la jurisprudencia deben agregar el del acreedor; en una palabra, cuando en un contrato ambas partes renuncian al dolo, la cláusula se tendrá por nula, quedando subsistente el contrato. La ley Romana, dice: «no se puede convenir que no se responderá de su mala fe», l. 27, § 3, tit. 14, lib. 2, Dig. A más de la inmoralidad en consentir se estipule la libertad de engañar, se quitaría la base en que reposan todos los contratos, la buena fe; así, el dolo del deudor, como el del acreedor no pueden ser dispensados. Pero el dolo cometido ya, puede ser objeto de un contrato válido; así dice la ley de Partida: «los engaños fechos en ante la promisión se pueden qui-





*de los daños é intereses que á éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación (art. 506), aunque expresamente*

tar por pleito: non los que pudiesen facer después del día en que fué hecha la promisión», l. 29, tit. 11, P<sup>a</sup>. 5<sup>a</sup>. GOYENA, art. 1012.—Véase nota al art. 2099.

(Art. 506.) Si el deudor al cumplir la obligación causare perjuicios al acreedor debe abonarlos, cuando fueren el resultado del dolo con que la hubiera cumplido; porque este, como la culpa y la morosidad en el cumplimiento hacen responsable al deudor, y es de sentirse que artículos tan íntimamente ligados entre sí, se hallan divididos formando diversos grupos. Así, el art. 508 sobre la mora y el 511 sobre la culpa debieron formar uno sólo con el 506 y 507, como lo hace el proyecto de Goyena, arts. 1011 y 1012, de donde fueron tomados. Y como la obligación debe ser recíproca, la disposición era más justa extendiéndola como lo hace Goyena á ambos contrayentes, en caso de contrato. El artículo contiene una disposición general que abraza las obligaciones provenientes de cualquiera de las fuentes que les dan nacimiento, y debemos aplicarlo al cumplimiento de la obligación, ya provenga de contrato, de la ley ó del cuasi-contrato, estableciendo que si hubo dolo por parte del acreedor debe resarcirlo.

La obligación puede dejarse de cumplir en su totalidad ó sólo en parte, y en ambos casos se deben los daños y perjuicios, si hubo dolo en el deudor, y cuando se refieren á la entrega de sumas de dinero, son los intereses estipulados, y si no hubiere estipulación, los legales; pero en las demás obligaciones se deben regular por lo que los contratantes han previsto ó debido prever. Debe, pues, tenerse en cuenta el daño sufrido respecto á la cosa u objeto de la obligación, y no aquellos que por ocasión del dolo hubiere sufrido el acreedor en otros bienes. Los jueces deben ser muy prudentes al determinarlos, reduciendo en lo posible las exajeradas pretensiones del acreedor. Se ha decidido, que sólo se deben los daños y perjuicios justificados en juicio contradictorio, pero no hay tal necesidad, cuando se trata de intereses. El artículo se refiere al dolo en el cumplimiento de la obligación, no al que pudo preceder al formarla.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 507.*—L. 29, Tit. 11, Part. 5<sup>a</sup>, LL. 27, § 30 Tit. 14. Lib. 2 y 5, Tit. 7, Lib. 26, Dig.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 507.* — La cláusula en el conocimiento de no responder del contenido, ni de rotura, derrames y averías, aunque sea por falta de estiva, no exime al capitán de las responsabilidades por las averías causadas por dolo ó culpa grave.—XXXIII, 49.

hubiera renunciado al derecho de reclamarlo, ó si se impusiera una pena para el caso de contravención, dicha cláusula se tendrá por no puesta.

*El deudor es igualmente responsable por los daños é intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación (art. 508),* pero en principio se debe decir, *para que*

(Art. 508.) El deudor es igualmente responsable al acreedor por los daños y perjuicios provenientes de la mora. ¿Qué se entiende por mora? La falta del cumplimiento exacto de la obligación, pues se juzga con relación al tiempo, cosa, cantidad, lugar y persona, en la forma estipulada, y faltando cualquiera de esas circunstancias haría incurrir en mora al deudor. Cualquier ofrecimiento de cantidad menor que la debida, ó en otro lugar del convenido, lo constituiría en mora, si fuere interpelado por el acreedor, ó cuando no necesitara interpelación. ¿Pero si el acreedor hubiere ocasionado la mora? Puede ocurrir que lo haga ejerciendo un derecho perfecto, como si debiendo ejecutar algún hecho personal, el obligado hubiere sido preso por algún delito á petición del mismo acreedor, aun en ese caso responderá por los daños de la mora, porque debe imputarse á sí mismo la culpa de su prisión; en caso contrario, el acreedor sería responsable á su vez por el abuso, y no tendría derecho para reclamar daños é intereses, desde que por su culpa el deudor no ha podido cumplir la obligación.

En las obligaciones de tracto sucesivo, donde va cumpliéndose la obligación por hechos subsiguientes, la mora se constituirá desde el momento en que dejó de cumplirse la obligación correspondiente, si medió interpelación. Pero si el acreedor, por convención especial hubiera recibido parte de la prestación, dejando de cumplir lo restante, los daños y perjuicios provenientes de la mora, deben limitarse á la parte que faltare.

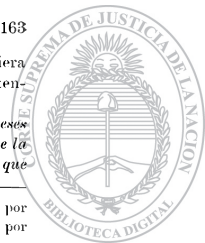
*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 508.*—Sobre la mora pueden verse las LL. 4, Tit. 3, 28, Tit. 8, 8, Tit. 14 y 33, Tit. 11, Part. 5ª. Véase Maynz que trata perfectamente la materia

*Fallos de la S. C. N.*—Aplicación del art. 508.—El deudor de una cantidad de dinero, está obligado á pagar intereses moratorios desde la interpelación judicial.—XIX, 225.

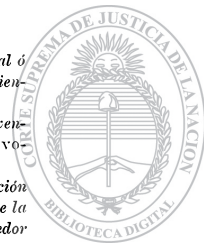
El deudor de sumas de dinero, debe los intereses de la mora.—LX, 51.

En la deuda de alquileres, el locatario debe los intereses moratorios desde el día de la demanda.—LIX, 157.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 508.—El deudor







*el deudor incurra en mora debe mediar requerimiento judicial ó extra-judicial por parte del acreedor excepto en los casos siguientes (art. 509):*

1º *Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca (art. 509, nº 1), porque la voluntad de las partes es la ley de los contratantes.*

2º *Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fué un motivo determinante por parte del acreedor (art. 509, nº 2), porque interpretando la voluntad de las partes*

(Art. 509.) La mora es la falta de cumplimiento de la obligación; pero los daños y perjuicios se deben desde la interpelación judicial ó extrajudicial por parte del acreedor. Por requerimiento judicial se entiende el acto de la demanda ante la autoridad. ¿Y si fuere incompetente? La interpelación existirá probada de una manera auténtica, y los daños é intereses se deberán. En contra, Aubry y Rau, § 308, nota 16, cuyas razones no me convencen. De cualquier manera que se haga saber al obligado la exigencia del acreedor para cumplir la obligación, como el protesto ante escribano, etc., bastará para incurrir en mora; pero la interpelación debe constar por escrito.—Véase GOYENA, art. 1007.

¿Cómo debe hacerse la interpelación cuando el deudor estuviere ausente ó se ignorase su paradero? Corresponde á las leyes de proce-

que al contestar la demanda reconoce la deuda, pero no la deposita, adeuda los intereses hasta el día del pago.—Jur. Com., III, 363, Sér. 2º.

El padre adeuda intereses por los fondos de los hijos desde la mayor edad de estos ó desde la fecha de su emancipación.—Jur. Civ., III, 23, Sér. 4º.

El vendedor que no entrega la cosa vendida, incurre en mora, y es en consecuencia responsable de los daños é intereses, pero sólo desde la fecha de la demanda.—Jur. Civ., VIII, 437, Sér. 2º.

El vencido no está obligado al pago de los intereses de la deuda, si reconociendo la obligación, el demandante incurrió en *plus-petito*.—Jur. Civ., XIII, 208, Sér. 4º.

El demandado por devolución de una suma indebidamente percibida, no incurre en mora que lo haga pasible de los intereses, hasta que por sentencia ejecutoriada se declare procedente la devolución.—Jur. Civ., III, 398, Sér. 5º.

Los daños y perjuicios por la mora en el cumplimiento de los contratos, cuando no existen en autos elementos suficientes para ser valorados, deben ser fijados por peritos.—VIII, 437, Sér. 2º.

se debe cumplir en la forma en que estas entendieron que debía ejecutarse.

3° Cuando la ley ordenase expresamente que el sólo ven-

dimiento el determinarlo; pero en general debe hacerse en el domicilio del deudor, si en la obligación no se hubiere determinado domicilio especial para su cumplimiento.

Dos escuelas luchan por hacer prevalecer sus opiniones, respecto á la mora en las obligaciones á plazo: una exige el requerimiento, la otra sostiene que el vencimiento del plazo es suficiente para producirla: puede verse en Mayns, § 264, nota 15 y sig.; nuestro Código se ha decidido por la primera, con una modificación muy importante, que consulta la intención y voluntad de las partes; teoría más conforme con la naturaleza de los hechos. El Cód. Civ. Alemán art. 284 confirma esta teoría.

La mora no se produce sin la interpelación; este es el principio general; pero estudiando la naturaleza del contrato, vienen diversas excepciones, unas que nacen de la ley, otras de la doctrina, y de la naturaleza de los hechos producidos.

En las obligaciones á plazo, p. e., cuando se hubiere estipulado expresamente que el mero vencimiento la produciría, ó cuando se hubiera señalado una pena si no se cumpliera. Debe, pues, mediar convenio escrito.

La interpelación tampoco es necesaria, cuando de las circunstancias particulares del contrato resultare la designación del plazo, como uno de los motivos determinantes por parte del acreedor, el retardo en ese caso debe equivaler á una completa inexecución; así, cuando se ha convenido en entregar el día 5 tal cantidad para abonar una letra que vence el mismo día, el plazo determina el objeto del cumplimiento, é indica de una manera indudable el motivo determinante de la estipulación. En el art. 1242, se encuentra un caso de mora sin necesidad de interpelación y el 1322 y 1721 contienen otros semejantes.

La ley habla de motivos determinantes por parte del acreedor, y debemos entender por tal á la razón que tuvo para fijar el plazo, razón que debe encontrarse expresada en el mismo contrato; pues se rechazará si la hubiera llamado para venir á alegar después.

No necesita interpelación para incurrir en mora, si el deudor por un hecho suyo la hace imposible, como si hubiera secuestrado el acreedor ó le hubiera hecho sustraer el documento donde consta la obligación, ó cuando la obligación resulte de una posesión de mala fe ó de





miento del plazo produciría la mora, como en los casos de los art. 466, 788, 2436 y otros.

4° Cuando la obligación no podía ser útilmente ejecutada sino en el tiempo designado.

La interpelación en las obligaciones de entregar sumas de dinero, debe hacerse judicialmente, ó por escrito cuando él se hubiere reconocido moroso y pide nuevo término.

un delito, como en el caso de sustracción de la cosa.—Véase MAYNZ, § 264, nota 17.

El Código habla sólo de la mora del deudor; pero en los contratos bilaterales, el acreedor tiene también obligaciones respecto de su deudor, quien tiene á su vez derechos sobre el acreedor; así, este incurre en mora respecto del deudor, cuando por un hecho suyo ó una omisión culpable hace imposible ó impide la ejecución de la obligación, ó se negare á aceptar la prestación ofrecida en el lugar y tiempo convenido.

La mora de que habla el artículo se aplica á las obligaciones nacidas de contrato, y por esa razón se considera al acreedor como deudor á su vez, y se le reputa moroso en el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

El Dr. Llerena hace la distinción entre la mora y el retardo, distinción inaceptable, porque el Código habla sólo de mora, y la expresión retardo se puede tomar como equivalente de aquella. Se podía decir que el deudor no está en retardo ó mora sino desde la interpelación, salvo los casos indicados. Bastará el reconocimiento del deudor de haber caído en mora para no necesitar de la interpelación, con lo que estoy de acuerdo; pero si por una carta pido disculpa por el retardo, no constituirá la mora exigida por la ley, ni es el reconocimiento; debe reconocerse moroso, ó conformarse á pagar los daños causados; sólo así no necesitará de interpelación. El deudor no se liberta de las consecuencias de la mora demostrando que sin su culpa no le fué posible cumplir con la obligación; sólo por excepción se concede esto, si probase que la imposibilidad provenía de caso fortuito ó fuerza mayor. La buena fe y el empeño puesto por el deudor en el cumplimiento, no lo libentan de los daños ocasionados por la inejecución, pues de admitir semejante teoría sería lanzarnos en un semillero de pleitos. El deudor podría demostrar que tenía dinero á recibir de tales ó cuales individuos y no se le pagaron; que tenía depósitos en el banco que ha quebrado, etc., y sería cosa de entregarse á una averiguación inútil.

Cuando se hubiera estipulado intereses, si al vencimiento no se abonase la suma adeudada, éstos se deberán sin interpelación.

Debemos limitarnos á los términos de la ley: la falta de cumplimiento de una obligación que ocasiona perjuicio trae como consecuencia su indemnización, independientemente de la buena fe del obligado.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 509.*—Por las leyes de Partida y por las del Cód. Romano, el simple vencimiento de la obligación á plazo equivalía á una interpelación, y esta no era, por lo tanto, necesaria.—L.L. 18 y 31, Tít. 11, Part. 5ª. En las otras obligaciones era necesaria la interpelación.—LL. citadas de Partida, y 32, Tít. 1, Lib. 22, Dig. El artículo es conforme al 113º del Cód. Francés, 1272 de Holanda, 1093 de Nápoles y 1230 del Sardo. Estando ausente el deudor, la protesta, dice la ley Romana, hace las veces de petición.—L. 23, Tít. 1, Lib. 22, Dig., y L. 2, Tít. 2, Lib. 22, id. Respecto al inciso 2º, véase la L. 44, Tít. 14, Part. 5ª. Sobre todo este artículo trata Mayuz extensamente en el § 264.

El dendor se encuentra también constituido en mora sin necesidad de interpelación: 1º, cuando la interpelación se hace imposible por una causa que proviene de su persona; 2º, cuando la obligación resulta de una posesión de mala fe ó de un delito; 3º, todas las veces que el retardo en la ejecución equivale á una inexecución completa. Véase á Mayuz, Derecho Romano, § 264.

El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho ó por una omisión culpable, hace imposible ó impide la ejecución de la obligación, por ejemplo, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución, ó rehusando concurrir á los actos indispensables para la ejecución, como la medida ó el peso de los objetos que se deben entregar, ó la liquidación de un crédito no líquido. (La cita anterior).

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 509.*—El deudor de una cantidad de dinero, está obligado á pagar intereses moratorios desde la interpelación judicial.—XIX, p. 225.

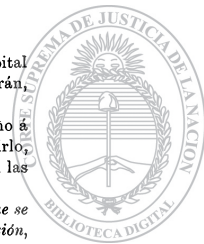
Contra el deudor de una obligación de hacer, no puede pedirse la indemnización de perjuicios por su inexecución, si no se prueba que ha incurrido en mora.—XXXIV, p. 398.

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 509.*—El que incurre en mora, debe ser condenado en las costas y gastos que el acreedor haya hecho al exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación.—Jur. Civ., VI, 185, Sér. 1ª.

Para que el deudor se constituya en mora debe intervenir el requerimiento judicial ó extrajudicial por parte del acreedor.—Jur. Civ., I, 68, Sér. 2ª.

Para que proceda la rescisión del contrato de arrendamiento por medio del desalojo por falta de pago del precio de locación, el locador debe justificar que exigió extrajudicialmente el pago en la debida oportunidad.—Jur. Civ., VII, 267, Sér. 4ª.





Si el crédito no tuviera intereses, la demanda del capital únicamente, no los haría correr, pero si se pidieran, se deberán, aunque el crédito no estuviera liquidado.

Es una máxima de derecho de que el que causa un daño a otro, aunque sea involuntariamente, está obligado á resarcirlo, y se aplica con más razón á la falta de cumplimiento en las obligaciones.

*El deudor no será responsable de los daños é intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito ó fuerza mayor, á no ser que el deudor hubiera tomado á su cargo las consecuencias del caso fortuito, ó este hubiera ocurrido por su culpa, ó hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito ó fuerza mayor (art. 513).* En principio, nadie debe responder

(Art. 513.) La regla de nuestro artículo, reconoce cuatro excepciones: 1º, cuando expresamente se hubiera pactado tomar sobre sí el riesgo del caso fortuito; 2º, cuando el caso fortuito ocurrió por culpa del deudor; 3º, cuando ocurriese estando constituido en mora que no fuere causada por caso fortuito; 4º, cuando por la ley lo hubiere declarado á cargo del deudor.

El deudor incurre en mora sin necesidad de interpelación, cuando esta se hace imposible por su culpa.—Jur. Civ., IX, 134, Sér. 2º.

No es procedente la resolución del contrato cualquiera que sea el número de mensualidades vencidas, en tanto no se justifique que existe mora por parte del locatario.—Jur. Civ., VIII, 349, Sér. 4º.

Justificada la mora en el pago del alquiler estipulado, procede la rescisión del contrato de locación.—Jur. Civ., III, 191, Sér. 4º.

La falta de cumplimiento á una obligación de no hacer, hace pasible al autor, de los daños y perjuicio que cause.—Jur. Com., VI, 400, Sér. 4º.

La estipulación del pago adelantado de la mensualidad, no importa la fijación de fecha cierta, por cuya omisión se incurra en mora.—Jur. Civ., XIII, 44, Sér. 3º.

La demanda por indemnización de daños y perjuicios por falta de cumplimiento á una obligación de hacer, debe ser rechazada, si no existe mora por parte del deudor.—Jur. Civ., IV, 323, Sér. 5º.

No procede el pago de intereses moratorios en tanto no exista justificada en autos por interpelación judicial, la mora del deudor.—Jur. Civ., XIII, 85, Sér. 4º.

Para que exista mora en el pago del alquiler, el acreedor debe justificar el requerimiento judicial ó extrajudicial hecho en el domicilio del deudor, siempre que no exista lugar designado para el pago.—VIII, 349, Sér. 4º.

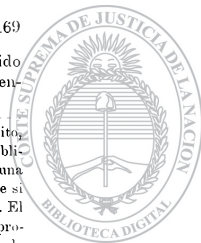
del caso fortuito ó fuerza mayor, porque el daño ha provenido de hechos en que la voluntad del deudor no ha tenido intervención.

Cuando se ha tomado sobre sí las consecuencias del caso fortuito, el deudor ha renunciado al derecho de considerar extinguida la obligación por imposibilidad física ó legal. Cuando la expropiación de una cosa hace legalmente imposible su entrega, si el deudor tomó sobre sí todos los riesgos debe pagar al acreedor los perjuicios causados. El caso fortuito ocurrido por culpa del deudor es á su cargo. ¿Debe probar entonces, que no vino por su culpa? No; porque está dentro de la regla general: no se responde del caso fortuito, sino cuando se hubiere pactado, ú ocurriere estando en mora; si no ha sucedido una ni otra cosa es necesario que se pruebe la culpabilidad para hacerlo responsable. Un caso fortuito ocurre impidiendo el cumplimiento de la obligación, apliquemos la regla general: el deudor no es responsable por las consecuencias de la inexecución. ¿Qué es necesario para que el deudor responda de él? Probar que por convenio lo tomó sobre sí, ó que estaba en mora, cuando se produjo ó en fin, que hubiere ocurrido por su culpa y corresponde la prueba al demandante, por la conocida regla: de quien afirma debe probar su afirmación. Aquí nos encontramos con una regla que dice: el deudor no responde del caso fortuito, sino en tales ó cuales casos; producido éste, el acreedor debe demostrar que no se encuentra el deudor en los casos exceptuados.

Troplong, sostiene la opinión contraria, sin llegar á contestar los argumentos, de que no se puede obligar al deudor á probar que no es culpable de falta alguna, pues la presunción de que todo hombre se reputa inocente, mientras no se pruebe lo contrario, sería destruida.

La tercera excepción es cuando el caso fortuito se hubiere producido estando el deudor constituido en mora; como esta era una especie de culpa, por eso responde de ella; pero si la mora hubiere provenido de caso fortuito ó fuerza mayor, el deudor queda libertado de este segundo caso fortuito. Así, cuando el Gobierno, en caso de guerra, retiene por una medida general cierta clase de objetos entre los que se encuentran los que debe entregar, si después perecen esos objetos por un rayo ó un incendio el deudor no será responsable del caso fortuito. Al deudor corresponde la prueba del caso fortuito en virtud del cual se hubiere constituido en mora.

La ley no comprende más excepciones que las indicadas, pero la jurisprudencia debe llenar ese vacío abrazando los casos de terremoto, inundación ú otros semejantes, cuando la cosa hubiera perecido igual-





Los efectos de la mora cesarán, si el acreedor ha renunciado expresamente á los daños y perjuicios, ó si por actos posteriores se presumiera esa renuncia, como si hubiera recibido la cosa debida sin hacer reserva alguna.

*En las obligaciones recíprocas (es decir, en aquellas en que ambos son acreedores y deudores), el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple ó no se allana á cumplir la obligación que le es respectiva (art. 510); pero el ofrecimiento*

mente en poder del acreedor. — Véase FREITAS, art. 884. GOYENA, art. 1014.

La prueba del caso fortuito corresponde siempre al deudor, pues al acreedor le basta justificar la legitimidad de su crédito.

(Art. 510.) El Código habla de las obligaciones recíprocas como término equivalente de los contratos bilaterales donde los contratantes son deudores y acreedores á la vez, como en la compra-venta, p. e., el vendedor es deudor de la cosa y acreedor del precio, y el comprador acreedor de la cosa y deudor del precio; en estas obligaciones uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple con la obligación. Se puede decir que hay verdadera compensación de moras, no admitiéndose la acción de daños y perjuicios que pueden ser más graves y de mayor consideración en uno que en otro; pero que no se deben tener en cuenta porque se ha faltado al cumplimiento por ambas partes.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 513.*—LL. 3, Tit. 2, y 8, Tit. 8, Part. 5<sup>a</sup>, al fin. Sobre la mora, L. 1, Tit. 3, § 37, Lib. 16, Dig., y L. 6, Tit. 24, Lib. 4 Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1149—Cód. de Nápoles, art. 1102—Cód. Sardo, art. 1238.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 513.*—La falta de cumplimiento de un contrato, por parte de la Municipalidad no puede fundar una acción por daños y perjuicios si el hecho tuvo lugar por fuerza mayor. Jur. Civ., VII, 196. Sér. 4<sup>a</sup>.

Los perjuicios sufridos por los pasajeros, en virtud de hechos casuales que pudieran ser evitados por medidas administrativas de las empresas, no pueden calificarse de caso fortuito.—Jur. Civ., VIII, 226, Sér. 2<sup>a</sup>.

La acción de daños y perjuicios no es procedente cuando la mora proviene de causa extraña no imputable á la parte.—Jur. Com., I, 321. Sér. 1<sup>a</sup>.

Al depositario judicial que alega el caso fortuito en que pereció la cosa, corresponde justificarla plenamente.—VII, 401. Sér. 6<sup>a</sup>.

Las frecuentes lluvias fuera de la estación natural, importan el caso fortuito ó fuerza mayor, previsto en el contrato de construcción.—I, 300, Sér. 4<sup>a</sup>.



debe ser efectivo, y sólo se tendrá como tal el que se hiciera ante las autoridades competentes.

No hay ofrecimiento privado, aunque se hiciera en escritura pública, que dé derecho á una de las partes para demandar los daños y perjuicios; así en la compra-venta, p. e., la obligación

Es un sistema más sencillo el compensar las moras, que el de entrar á veriguar los perjuicios causados á ambos contratantes. En todo contrato bilateral no se puede demandar su cumplimiento sin haberlo cumplido por su parte, ó allanarse á cumplirlo, dice el Código. Basta el ofrecimiento para hacer constituir en mora al otro contratante. ¿Qué importa el término de allanarse á cumplirlo? No es suficiente el ofrecimiento extrajudicial, y es necesario que al requerir el cumplimiento haga por su parte la promesa formal de cumplir su obligación: pues las prestaciones deben ser simultáneas, á menos que uno de ellos estuviere sujeto á una condición ó gozare de plazo. Al ofrecimiento hecho por uno de los contratantes, se puede contestar con una promesa análoga por la otra parte, y las ejecuciones deben ser simultáneas, si no hubiera convención en contrario. Para hacer incurrir en mora es necesario cumplir con la prestación relativa, y desde ese momento tiene derecho para exigir los daños y perjuicios. La mora tendrá lugar desde el ofrecimiento de cumplir con la prestación, cuando la otra parte se resistiere á hacerlo. Este era el sentir de la ley 31, tit. 1, lib. 12, Dig., y parece que lo es del Código de Chile, art. 1552, cuando dice: «ó no se allana á cumplirlo en la forma y tiempo debido». Y así ha sido juzgado en nuestros tribunales.—Véase GOYENA, art. 1007.

El Código de Luisiana, art. 1907, citado por el Dr. Velez Sarsfield, como concordante, dice: «la parte que desea constituir á la otra en mora debe por su parte ejecutar el contrato», y esa expresión encierra la verdadera inteligencia del artículo, pues no basta el ofrecimiento si no está seguido de ejecución, para hacer incurrir en mora á la otra parte.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 510.*—Cód. de Luisiana, art. 1907—L. 31 al fin, Tit. 1, Lib. 12, Dig., y véase LL. 27, Tit. 5, y 35, Tit. 11, Part. 5<sup>a</sup>.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 510.*—Uno de los obligados no incurre en mora, y por consecuencia en pena, si el otro no cumple ó se allana á cumplir la obligación que le es respectiva, máxime cuando por los hechos posteriores de las partes, resulta extinguida la obligación primitiva en que se estipula la pena.—XXIV, 118.





de entregar la cosa que tiene el vendedor, no puede ser exigida por el comprador si no ofrece pagar el precio.

El caso fortuito que libera al deudor de los daños y perjuicios por el no cumplimiento de la obligación, es todo acontecimiento proveniente de una causa extraña á la voluntad del deudor, y según los términos del (art. 514), *caso fortuito es el que no ha podido preverse, ó que previsto no ha podido evitarse.*

(Art. 514.) El caso fortuito proviene de la naturaleza, la fuerza mayor del hecho del hombre. Los casos fortuitos son: las pestes, tempestades, terremotos, inundaciones, fuego del cielo, como decían las leyes antiguas, y en fin, toda conmoción de la naturaleza, que por su intensidad y fuerza salga del orden común. Los hechos naturales deben revestir caracteres que salgan del curso ordinario, aunque por su fuerza y violencia puedan reputarse como irresistibles. Así, p. e., un río que jamás sale de su lecho, y otro que tiene sus períodos más ó menos fijos para sus crecientes, no pueden considerarse bajo el mismo punto de vista; la creciente en el primero es un hecho extraordinario, mientras en el segundo es de curso ordinario. La fuerza mayor se refiere al hecho del hombre, cuando asume un carácter que no se puede resistir, como la guerra ó partidas armadas, ó bandas de ladrones que por su número hicieran imposible la resistencia. Entre los hechos de fuerza mayor, debe registrarse la ley que saca del comercio las cosas objetos de la obligación, ó impide la transmisión voluntaria, como en los casos de expropiación.

El caso fortuito para libertar por completo al deudor de los daños y perjuicios causados por la inexecución, no debe haberse podido prever. ¿Hasta dónde ó cómo podrá juzgarse de la previsión? Es una cuestión de hecho que los jueces resolverán atendiendo á las circunstancias especiales de cada caso, debiendo exigir en el agente el cuidado y previsión que cualquier hombre pudiera tener.

Cuando una persona toma sobre sí la responsabilidad de los casos fortuitos, responderá de los que han podido preverse, según la naturaleza y objeto de la obligación, y que previstos no pudieron evitarse. El Cód. Francés nos da una base segura para apoyar nuestras conclusiones. «El arrendatario de una chacra, puede tomar á su cargo el caso fortuito, por una estipulación expresa» dice el art. 1772, es el primer caso de nuestro art. 513, y agrega en el siguiente: «esta estipulación no se extiende sino á los casos fortuitos ordinarios, como el granizo, el rayo, la helada; pero no comprende los extraordinarios como la guerra

El caso fortuito, por su generalidad, abraza la fuerza mayor y se aplica á los hechos que se presentan con un carácter de irresistibles, como la guerra, inundaciones, etc. Se comprende igualmente en el caso de fuerza mayor, lo que las legislaciones europeas llaman el *hecho del príncipe*, y que resulta de un acto arbitrario del poder, y que entre nosotros sólo podría aplicarse al cambio de legislación con efecto retroactivo.

#### § 170.—DE LA CULPA DEL DEUDOR

La antigua legislación sometía las acciones humanas á reglas fijas é invariables, y partiendo de tipos abstractos é idea-

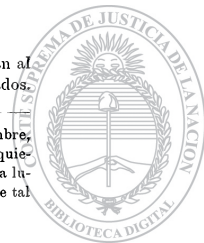
é inundaciones, á menos de haber tomado sobre sí los casos fortuitos previstos y los imprevistos.» Resulta de este artículo, en que el Dr. Velez Sarsfield apoya el nuestro, que cuando se toma sobre sí el riesgo de los casos fortuitos en general, por una estipulación expresa, se debe entender que son los ordinarios.

Si se trata de la conducción de mercaderías por medio de vapores, los casos fortuitos previstos de que respondería el acarreador, si los hubiera tomado, serían los ordinarios, de varaduras, roturas en la máquina, choques, fuego, etc.

El Dr. Velez Sarsfield, dice en la nota, las violencias ó vías de hecho de los particulares no se cuentan en los casos de fuerza mayor, y el Dr. Segovia observa: «ese principio no se armoniza con los arts. 1517 y 2237 y los arts. 1528 y 1529, demuestran que las vías de hecho de los particulares, toman el carácter de casos fortuitos cuando son imponentes é irresistibles» confundiendo la fuerza mayor proveniente de un hecho humano, con el caso fortuito. Dice el art. 1517: «es caso fortuito, á cargo del locador, el deterioro de la cosa causada por hechos de terceros, aunque sea por motivos de enemistad ó de odio al locatario» estando mal empleada la expresión de caso fortuito, pues debe ser fuerza mayor cuando asumiera los caracteres del art. 1529. La fuerza mayor, para ser tal, debe presentarse con los caracteres de irresistible, pues como se agrega en el 2237 no es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas, si no lo hicieren con armas ó por escalamiento que no pudiese resistir el posadero.

La violencia ó la fuerza de los hechos humanos que asumen el carácter de irresistibles, no se deben tomar con relación al agente ó á la posición en que se encuentre colocado, porque así nos veríamos obli-





les, determinaba los casos de culpa del deudor, que varían al infinito según las circunstancias de que se encuentren rodeados.

gados á aceptar como fuerza mayor hechos ordinarios; un hombre, p. e., obligando á una mujer por la fuerza á ejecutar un hecho cualquiera, no produce un hecho de fuerza mayor, comete un delito que da lugar á una indemnización y castigo; el hecho humano debe ser de tal naturaleza que se imponga á todos por su fuerza irresistible.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 514.—L. 11, Tít. 33, Part. 7ª y L. 6, Tít. 21, Lib. 4, Cód. Rom.* Los casos fortuitos ó de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza ó por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo: la impetuosidad de un río que sale de su lecho.—L. 15. Dig. *Loc. Cond.*; los terremotos ó temblores de la tierra (id.), las tempestades.—L. 2. Dig. *Si quis caution*; el incendio.—Dig. *De incendiis*; las pestes, etc.—L. 5, § 4, Dig. *Commodato*. Más los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, mientras que por su intensidad no salgan del orden común. No se debe, por lo tanto, calificar como caso fortuito ó de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los ríos; etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que también traen daños imprevistos.

Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, ó fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo á disminuir los derechos de los ciudadanos. Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor, porque son delitos, y como tales están sujetos á otros principios que obligan á la reparación del mal que causen.

El artículo habla de *casos fortuitos previstos*, pero no debe entenderse de una previsión precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el art. 1773 del Cód. Francés, dice: «La estipulación que pone los casos fortuitos á cargo del tomador de una hacienda de labranza no se entiende sino de los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca, y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etc.»

*Fallos de la Caa. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 514.—*Las frecuentes lluvias fuera de la estación natural, importan el caso fortuito ó fuerza mayor previsto en el contrato de construcción.—Jur. Civ., I, 300. Sér 4ª.

El embargo de los bienes de uno de los contratantes, que le impida el cumplimiento del contrato, aun declarado indebido, no puede ser considerado como caso fortuito.—Jur. Civ., IV, 144, Sér. 4ª.

Los vicios ó defectos del material ó tren rodante, no es un hecho imposible de prever, y en consecuencia, no puede alegarse como caso fortuito ó fuerza mayor.—VIII, 148. Sér. 3ª.



La culpa lata, leve y levisima ha desaparecido de nuestra legislación, porque no responde á las necesidades de la civilización actual, que individualiza á medida que penetra más en la naturaleza de las cosas.

La responsabilidad de una persona, no debe juzgarse en abstracto, sino según cada caso especial, atendiendo á las circunstancias en que se ha producido; por eso la ley ha dicho: *la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar* (art. 512), indicando así, que

(Art. 512.) Es imposible encontrar una regla segura para someter hechos tan diversos, cuando no se puede prescindir de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, que alteran el criterio con que debe juzgarse cada hecho. ¿Cómo someter á la misma regla al hombre inteligente que por su profesión ó industria debe prever ciertas cosas exigiéndole la misma previsión y cuidado que al ignorante? La culpa ó la gravedad está en relación con las circunstancias, como el hecho se ha producido. Un abogado, tratando de cosas relativas á su profesión, tiene mayor responsabilidad que si no lo fuera, y aun entre los mismos abogados, esa responsabilidad sería mayor, si fuera un hombre notable por su ciencia; así, nuestro artículo ha condensado todas estas ideas, no en una regla invariable, que no podría encontrarse, sino en el criterio del juez, cuya conciencia ilustrada por los hechos viene á servir de ley encada caso. Debe tenerse presente, sin embargo, que las leyes no toman en cuenta la facultad de una persona determinada sino en casos especiales, art. 909. Para averiguar la culpa, debe estudiarse la naturaleza de la obligación; si es de hacer y necesita del hecho personal del obligado, ó si es de no hacer, donde la abstención forma la base de la obligación; luego debe considerarse en los contratantes su calidad, grado de competencia ó de responsabilidad, ligando todo esto con el tiempo y lugar en que debe cumplirse. Así, la obligación de entregar una suma de dinero á determinada persona, no se cumpliría si no entregándola al poseedor del derecho, á no ser que este se negare á recibirle, en cuyo caso se consignaría la cantidad; debe ofrecerse en el tiempo estipulado, pues el acreedor podría rechazarla si fuera antes ó después de incurrido en mora por su interpelación; debe ofrecerse la misma cantidad ó cosa estipulada, pues podría rechazarla con derecho, si la ofreciera por partes, y finalmente debe ofrecerse el

cada caso se debe someter al criterio del juez quien, oyendo á las partes, decidirá si hubo á no culpa.

cumplirla en el lugar designado en la obligación. Cualquiera omisión del deudor por la cual deje de ejecutarse la obligación, sino probase que no le es imputable, lo constituiría responsable de los daños y perjuicios. La regla general es que la inexecución parcial ó total de una obligación hace responsable al deudor de los daños y perjuicios y sólo puede libertarse si justifica el caso fortuito ó fuerza mayor que no le sea imputable, ó la imposibilidad física ó legal de cumplir la obligación, ocurrida sin su culpa.—Véase arts. 453, 461, 506, 888, 909, 1069, 2191 y 3864.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 512.*—Las leyes de Partida reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levisima. El Derecho Romano no reconocía en verdad sino las dos primeras.

Si la utilidad es común para deudor y acreedor, se presta sólo la culpa leve. Si únicamente es de utilidad para el acreedor, el deudor presta sólo la culpa grave; pero si es de utilidad sólo para el deudor, este presta la culpa levisima. El tipo que se tomaba para la graduación de las culpas era el buen padre de familia, más ó menos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo habla juzgado así y decía: «La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues á pesar, de ella, será necesario á cada culpa que ocurra poner en claro si la obligación del deudor es más ó menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme á la equidad. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones».

Zachariæ dice también respecto á esto: «La teoría de la prestación de las culpas es una de las más obscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levisima. Sin duda hay culpas, que por razón de las circunstancias, de la posesión de las partes respecto á las obligaciones especiales que les son impuestas, son más graves ó más ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerarla en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve ó como culpa levisima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce. Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa. Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios é igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia é importancia de las culpas, y entonces las divisiones teóricas son





La falta de cumplimiento de una obligación establece la presunción de culpa por parte del deudor, presunción que puede desvanecerse por la prueba contraria; pero si éste hubiera demostrado que no cumplió la obligación por caso fortuito, el acreedor puede probar á su vez, que ocurrió por culpa del deudor, en cuyo caso deberá los daños é intereses.

Cuando la mora ocurriera por culpa del acreedor que ha impedido el cumplimiento de la obligación, el deudor queda exonerado de toda responsabilidad; sin embargo, en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho.

Para que el deudor incurra en responsabilidad respecto del acreedor, es necesario que la falta de cumplimiento provenga de su parte, por eso dice el (art. 511): *el deudor de la obligación es también responsable de los daños é intereses, cuando por*

(Art. 511.) Este artículo debió formar parte del 506, como lo hicimos notar, componiendo un todo homogéneo con el art. 507 y 508, porque la mora no ocurrida por caso fortuito ó fuerza mayor, es una especie de culpa. El deudor de una obligación, como el acreedor, son responsables de los daños y perjuicios ocasionados por su culpa, cuando no se hubiere cumplido con la obligación, y si hemos citado un caso de entrega de hacienda es para hacer más comprensible el perjuicio que el acreedor puede causar con no recibirla, y podríamos extenderlo á toda obligación que trajera aparejada un gasto, por el mero hecho de no ser aceptada por el acreedor.

Se confunde la imposibilidad de cumplir con la obligación, con la inexecución por culpa propia del deudor, que son casos diversos.

Los daños y perjuicios se deberán cuando el deudor no justifique

---

más bien un embarazo que un socorro. La sola ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el Código toma por término de comparación de los cuidados que incumbe al que está obligado á velar por la conservación de una cosa, la diligencia de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificación que excluyen los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido, al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del Código se reduce á un consejo á los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos á la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito que modifican su obligación para hacerlas más ó menos estrictas.

*culpa propia ha dejado de cumplirla*, confirmando así el principio de que es necesario la intervención de la voluntad para hacerlo responsable.

que la inexecución ó el retardo no le es imputable, ó cuando proviene de caso fortuito ó fuerza mayor de que no deba responder.

Se ha juzgado repetidas veces que los daños y perjuicios ocurridos por culpa del deudor son los que se previeron ó pudieron preverse al tiempo del contrato, y que son una consecuencia inmediata y directa de la inexecución.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 511.*—Justificada la existencia de un contrato de sociedad y la utilidad reportada, cada uno de los socios tiene derecho á la parte de utilidad que se haya fijado, aun cuando por ignorancia haya recibido una suma menor.—Jur. Com., III, 511, Sér. 2°.

El locatario que abandona el predio arrendado antes del vencimiento del término estipulado en el contrato, está obligado á indemnizar al locador los daños y perjuicios que cause su falta de cumplimiento al contrato.—Jur. Civ., VI, 260, Sér. 4°.

Si el acreedor de una obligación de hacer á término fijo, se opone al cumplimiento del contrato, fundándose sólo en el vencimiento del plazo, carece de acción para reclamar daños y perjuicios que no sean la consecuencia natural y lógica de aquel hecho.—Jur. Civ., III, 213, Sér. 5°.



## TÍTULO II

### DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

#### § 171.—CARACTERES DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Los deberes jurídicos son siempre susceptibles de una coacción exterior para exigir su cumplimiento, y la autoridad pública pone la fuerza al servicio del que tiene el derecho, mientras los deberes morales quedan librados al fuero de la conciencia y no pueden ser objeto de sanción sin perder su carácter de voluntarios. Esta manera de considerar los deberes, sirve de fundamento á la diferencia esencial que existe entre la obligación civil y la natural.

La ley no debía ocuparse de los deberes morales, ni intervenir en el fuero de la conciencia, dejando á cada uno la responsabilidad de los actos puramente voluntarios que no dañan á los demás.

El Código Civil Alemán ha suprimido las obligaciones naturales, considerando que no deben figurar en un código, destinado á reglar los derechos que cada uno puede ejercer, limitando la actividad de los demás.

El Código hace la división de las obligaciones y las define así: *las obligaciones son civiles ó meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho á exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ella (art. 515).* La obligación natural viene á quedar en la

(**Art. 515.**) El carácter principal de las obligaciones naturales es, impedir por medio de una excepción la repetición de lo pagado; sin embargo, producen otros efectos, como el derecho del deudor para reconocer su deuda de una manera civil, convirtiendo la obligación natural; el de servir de base á una obligación civil accesoria, como la fianza, prenda ó hipoteca.





categoría de los deberes morales que están fuera de la acción de la ley, y son de tal naturaleza que si ella interviene deja de ser un deber para transformarse en una obligación. ¿Por qué auto-

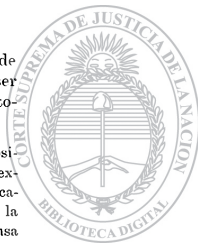
Las obligaciones naturales no pueden ser regidas por una disposición general que las abrace en su conjunto, sino consideradas como excepciones; pero respecto á los otros caracteres escapan á una clasificación uniforme. Así, unas tienen por base una causa reprobada por la ley, como las deudas de juego prohibido ó del pago hecho por causa torpe, cuando la torpeza existe en ambas partes, mientras en los otros se trata de obligaciones civiles válidas extinguidas por la prescripción, ó de obligaciones sólo anulables por falta de autorización en los agentes, como en las contraídas por la mujer casada sin licencia del marido. Es necesario estudiar, pues, cada grupo separadamente; los cinco enumerados en el Código son los principales, pero no los únicos, como tendremos ocasión de demostrarlo. La obligación natural es aquella que en el fuero del honor y de la conciencia obliga al que la ha contraído.

Tomemos el primer grupo: los que teniendo el suficiente juicio y discernimiento, necesitan la autorización de otra persona, como las mujeres casadas y los menores adultos. Estos contraen obligaciones anulables, pero son válidas hasta que no hayan sido declaradas nulas. De este grupo es necesario separar á los que no pudieron prestar su consentimiento, por imposibilidad física ó moral como los impúberes, los dementes, sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, y los ausentes declarados. No debemos agregar las obligaciones contraídas por la fuerza ó violencia, ni tampoco aquellas prohibidas por la ley, como la de los tutores contratando con sus pupilos.

Las obligaciones de este grupo son civiles, y sólo se convierten en naturales después de haber sido anuladas, porque pueden ser ejecutadas, sin que el contrayente capaz pueda alegar la incapacidad de la otra parte.

El segundo grupo abraza las obligaciones que han comenzado por ser civiles y se han declarado, por sentencia, extinguidas por la prescripción.

Las obligaciones que proceden de actos jurídicos á los cuales faltan las solemnidades prescriptas por la ley, forman el tercer grupo. La falta de la forma designada como en el caso de los arts. 976 y 988, y en los testamentos por acto público, anulan por completo el acto; y se reputa como si no hubiera existido; pero en el fondo se encuentra la obligación natural entre las personas que han creído formar un acto



rizar á retener lo pagado, cuando el que lo ha hecho se arrepiente y quiere recobrar lo que dió? Habría sido mejor dejar á la voluntad del individuo una completa libertad.

válido, y pueden volverlo á realizar dándole la forma ordenada por la ley; mas no sería la misma obligación, sino una nueva.

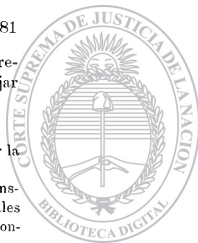
Hay otros actos sólo anulables por efecto de forma, como los instrumentos públicos, con enmiendas ó borraduras en partes esenciales art. 989, pues anuladas las obligaciones nacidas de esos actos, se convertirían en naturales. La diferencia es esta: los actos sin la forma esencial no han existido, mientras los otros han sido válidos hasta el momento de su anulación. En ambos casos la obligación natural existe, porque se ha formado un vínculo entre las personas que lo realizaron, y si no da acción civil para ejecutarlo; pero reconocida ó ejecutada la obligación, da derecho para retener lo recibido.

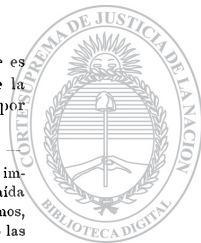
¿Se refiere el Código únicamente á las nulidades, de forma, al hablar de testamentos nulos por defecto sustancial? No lo creo; trae el caso por vía de ejemplo; ese no es el único tipo de un acto jurídico nulo.

La obligación anulada por haber sido contraída por una persona incapaz de derecho, cuando se funda en una prohibición expresa de la ley no produce obligación natural, pues se juzga como si no hubiera existido, así, p. e., la obligación contraída por el menor púber con su tutor, no pueden dar origen á una obligación natural.

La incapacidad relativa de hecho, como la de los menores púberes ó de las mujeres casadas, no puede ser comparada con la incapacidad de derecho relativa á ciertos actos. La incapacidad de hecho, puede ser absoluta ó relativa; la relativa de la mujer casada para contratar sin el consentimiento de su marido, depende de la falta de una formalidad creada por la ley en su exclusivo beneficio, pero el acto es válido y sólo anulable por ella, su marido ó sus herederos; mientras la incapacidad del menor impúber y la del demente, que no tienen voluntad, no puede formar vínculo alguno, porque no existe el consentimiento.

La incapacidad de derecho anula el acto, porque se funda en una prohibición de la ley, y todo acto ejecutado en esas condiciones es de ningún valor, art. 18, y en apoyo de esta opinión podríamos traer la disposición del art. 794 sobre el pago sin causa (dando derecho para repetir lo pagado) cuando se funda en una obligación cuya causa fuera contraria á las leyes ó al orden público, lo que demuestra la exactitud de la tesis que sostenemos. Es cierto que no se puede repetir lo pagado en virtud de una convención que debía procurar á cada una de las par-





La ley no penetra en el fuero de la conciencia, porque es extraña á su dominio, y porque la conciencia se forma de la convicción del individuo, que si bien tiene por objeto y por ideal la verdad, no por eso llega á ella inmediatamente.

tes una ventaja ilícita; pero esta excepción es más bien una pena impuesta, y no altera el principio general de que la obligación contraída contra las leyes, no produce ni aún obligación natural; así sostenemos, que las obligaciones contraídas contra la ley, el orden público ó las buenas costumbres no tienen valor alguno, ni producen obligación natural, salvo las excepciones de los arts. 794 y 795. Hay convenciones dice Colmet de Santerre, V, n° 174 *bis* IX, que la ley prohíbe absolutamente por un interés social y no deben enjendrar, ni aun la obligación natural, pues no se debe olvidar que la obligación natural es una obligación civil, con una sanción menos enérgica, que la obligación civil propiamente dicha.

Las reglas indicadas nos bastarán para encontrar cuándo una obligación nula producirá una obligación natural. La obligación nula por falta de consentimiento en el agente, como en el caso del demente, ó cuando lo fuere por ser contraria á la ley, al orden público ó á las buenas costumbres, no producirá obligación natural. Las obligaciones anuladas por los vicios de fuerza, dolo etc., producen obligación natural, porque ha existido consentimiento aunque viciado, son válidas y ejecutables mientras no se anulen.

Al cuarto grupo corresponden las obligaciones que no hubieran sido reconocidas en juicio por falta de pruebas, y en estas obligaciones pueden encontrarse confundidas la forma con la prueba, cuando se tratare de obligaciones con una forma designada, como sucede en los testamentos, ó cuando la forma escrita es esencial. Esta clase de obligaciones pueden ser comprendidas en el grupo anterior, cuando la prueba y la forma se confunden.

Se comprenden también en este grupo, las obligaciones no reconocidas porque el pleito se perdió por error ó malicia del juez. ¿Cómo se pueden demostrar estos extremos sin atacar la inviolabilidad de la cosa juzgada? El caso será muy raro, porque el proceso no puede ser juzgado nuevamente, y suponer que lo fuera, corrigiéndose el error ó la malicia, se daría la razón al acreedor, y la obligación sería civilmente eficaz. Sólo cuando el juez fuera destituido, procesado y castigado por la malicia de la sentencia, podría tener lugar la obligación natural. Podría también demostrarse la malicia y el error en un juicio criminal

La ley toma por base los deberes naturales y los convierte en obligaciones, dando los medios materiales para hacerlos cumplir, porque son necesarios para la existencia de la sociedad.

seguido al juez por prevaricato fundado en la violación de la ley al dictar el mismo fallo.—Véase CÓD. DE CHILE, arts. 1470, n° 1 á 4 y 1472.

Corresponden finalmente al quinto grupo, las deudas de juego prohibido, las contraídas por causa torpe, cuando hay torpeza por ambos ó proporcionan á las partes una ganancia ilícita. «La ley, dice Colmet de Santerre, rehusa toda acción á propósito de estas deudas, por lo que será necesario anular la novación ó la fianza que las hubiere tenido por objeto»; la ley se limita á no concederles acción civil, reconociéndolas en el fondo, cuando han sido cumplidas voluntariamente. Estas obligaciones no pueden dar origen á una obligación civil. Véase sobre esta materia Colmet de Santerre continuador de Demante V, 174 y sig. que la trata extensamente. LAROMBIÈRE, III, al art. 1235, n° 8, y sig. AUBRY y RAU, § 297, nota 7. POTHIER, *Oblig.*, n°s 173, 175 y 193. DEMOLOMBE. XXVII, n. 34, y sig. Comp. 2057 y 2067.

Hemos dicho que los cinco grupos de obligaciones se han puesto como ejemplos, sin que estén incluidos todos los casos. Las obligaciones que provienen de fuerza, no están comprendidos en ninguno de los grupos estudiados, así como las anulables por vicios del consentimiento; las extinguidas por la remisión, como en el caso del fallido que ha hecho concordato con sus acreedores dándole carta de pago, y el que sin mandato hubiera pagado por otro una deuda de juego.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 515.*—La obligación civil se funda en el derecho civil, y es garantizada por las instituciones civiles, por medio de una acción. Hay obligación natural siempre que, según el *jus gentium*, existe un vínculo obligatorio entre dos personas. Este vínculo, á menos que la ley civil no lo repruebe expresamente, merece ser respetado; pero mientras no esté positivamente sancionado, no hay derecho para invocar la intervención de los tribunales, institución esencialmente civil, es decir, que el acreedor no tiene acción para demandar la ejecución de su derecho. Por el derecho Romano no habla obligación civil ni pretoriana, por los actos que originaban la obligación natural. Sólo ocasionalmente y por medios menos directos, podía el acreedor hacerla valer. Sin embargo, ella producía muchas veces los efectos de las obligaciones ordinarias. La obligación natural servía de causa de compensación como una obligación ordinaria.—L. 6, Dig. *De compent.* Exclula la repetición de lo que se habla pagado aun por error.—L. 10, Dig. *De oblig. et act.*, y L. 19, Dig. *De condit. indebiti*; podía ser asegurada con fador.—Instit. *De fidejuss.*, § 1, ó con prendas ó hipotecas.—L. 5, Dig. *De Ping.*, ó ser transformada por la novación en



pero cuando ellos no la perturban, debe respetar la libertad del individuo que lleva en su ejecución el premio, traducido en la satisfacción íntima de haberlo cumplido, ó la pena, en la ver-

una convención obligatoria.—Ley 1, Dig. De *Novat.*—Nuestras leyes les dan casi los mismos efectos.—L. 5, Tít. 12, Part. 5ª, LL. 4, 6, 18 y 31. Tít. 14, Part. 5ª. Por estos efectos de tanta importancia, Duranton juzga que hay un blanco en los Códigos en materia de obligaciones, y que corresponde á los jueces en virtud del art. 4 del Cód. Francés, decidir cuándo hay una obligación natural.

Zacharie procura en el § 525, nota 10, establecer reglas generales sobre las obligaciones naturales. «Es preciso, dice, para determinar los efectos de las obligaciones naturales, hacer varias clases de ellas. Hay obligaciones naturales que la ley reprueba por el desfavor inherente á su causa, como las deudas de juego. Esas obligaciones no dan ninguna acción; pero lo que ha sido voluntariamente pagado no puede repetirse. Sin embargo, como la ley prueba la causa de la obligación, y por consiguiente, la obligación misma, reprueba también las obligaciones accesorias que tengan por objeto asegurar la ejecución.

«Hay obligaciones que la ley rehusa reconocer por razón de la inhabilidad de las personas que las han contraído, por ejemplo, las obligaciones de una mujer casada. Estas obligaciones, sin embargo, pueden ser afianzadas, porque no reprobando la ley el principio de la obligación, no puede reprobear las obligaciones accesorias que tienen por causa la primera obligación. Pero otra cosa sería, y entonces la obligación no podría ser afianzada, si en vez de ser contraída por una persona inhábil bajo el punto de vista de la ley civil, lo fuese por una persona naturalmente incapaz, como, por ejemplo, un demente ó un menor que no hubiese llegado á la edad del discernimiento. En estos casos, ni aún habría obligación natural. Pero si el fiador hubiese conocido la nulidad de la obligación, su fianza sería firme, menos como fianza que como obligación de pagar la cosa que hacía el objeto de la obligación nula. Hay obligaciones que han comenzado por ser obligaciones civiles, pero que contra el ejercicio de ellas el deudor ha adquirido una sentencia que las declara inadmisibles, porque están prescritas, ó por otras causas legales; sin embargo, pueden ser afianzadas y no dan lugar á repetir lo pagado. Hay obligaciones civiles que continúan existiendo como obligaciones naturales, cuando por razones políticas ó de orden público, la ley les retira la acción que les había concedido. Resulta de todo lo que precede, que el efecto común de todas las obligaciones naturales, es impedir la repetición de lo pagado, porque se ha pagado lo que verdaderamente era debido; pero que ellas no pueden ser compensadas, porque la compensación es de derecho, y el pago es de hecho. Resulta igualmente que las obligaciones naturales pueden ser garantidas y afianzadas, cuando no son reprobadas por la ley civil, ó contrarias al orden público; pero resulta también que la obligación natural, si puede servir de base á una excepción, no puede por sí misma dar ninguna acción al acreedor, porque la acción que consiste en poner en ejercicio los medios coercitivos establecidos por la ley civil, no puede ser llamada al socorro de una obligación que la ley civil desconoce ó reprueba. Una distinción análoga sirve para resolver la cuestión de si las obligaciones naturales pueden, por medio de una novación, venir á ser obligaciones civiles. Ellas no son susceptibles de novación, cuando



güenza que trae el reproche de sí mismo, de no haber vencido la inclinación hacia el interés.

En mi opinión, las obligaciones naturales deben desaparecer del Código Civil.

#### § 172.—ENUMERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Las obligaciones naturales á las que la ley civil no presta su fuerza para hacerlas ejecutar, se pueden dividir segun el sistema del Código, en tres grandes grupos; corresponden al primero:

1° *Las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles y que se hallan extinguidas por la prescripción (art. 515, n° 2), habiéndose declarado así por una sentencia ejecutoriada.*

2° *Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorización del marido, y los menores adultos (art. 515, n° 1) cuando la obligación hubiera sido declarada nula por sentencia, y la mujer ó el marido la cumplieran, ó el menor, ó el tutor la ejecutaren.*

Las obligaciones naturales que forman el segundo grupo son:

1° *Las que proceden de actos juridicos, á los cuales faltan las*

---

son contrarias á la ley ó al orden público, sino únicamente en el caso que puedan valer como obligaciones civiles. En cuanto á la cuestion de si las obligaciones naturales pueden, por medio de la ratificación ó confirmación, llegar á ser obligaciones civiles, creemos que la afirmativa es cierta para aquellas que han llegado á ser naturales, después de haber sido primitivamente civiles, como las obligaciones prescriptas, ó que son naturales por razón de la inhabilidad del obligado. Mas las obligaciones naturales reprobadas por el derecho civil, como las de juego, no son susceptibles de ratificación. Nos inclinamos á creer que lo mismo sería respecto á las obligaciones que, primitivamente civiles han venido á ser naturales en virtud de las leyes políticas ó de orden público, que han abrogado los contratos de donde ellas resultaban.\*

Creyendo justa la observación de Duranton, sobre la falta que advierte en los Códigos, respecto de las obligaciones naturales, tomamos lo dispuesto en el de Chile, el único en que se encuentran leyes positivas sobre dichas obligaciones.

*Filtos de la S. C. N., Aplicación del art. 515, inc. 1°.*—La fianza por la obligación contraída por una mujer casada, sin la venia marital, es válida; y el fiador es responsable por los daños procedentes de su falta de cumplimiento.—II, 228.



*solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento al cual faltan formas sustanciales (art. 515, n° 3), y que ha sido declarado nulo por sentencia firme.*

2°. *Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, ó cuando el pleito se ha perdido, por error ó malicia del juez (art. 515, n° 4).*

Las obligaciones de este grupo pueden servir de base para fundar una obligación civil que no podrá ser atacada por falta de causa; así, el heredero que se hubiese obligado á pagar el legado, podría ser compelido á ejecutarlo, ó si hubiese entregado la cosa legada no tendría derecho para reclamarla; del mismo modo, el que ganó el pleito porque el demandante no pudo probar su acción, puede reconocer la obligación, no importando ese reconocimiento una confirmación.

Las del tercer grupo son *las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos, pero á las cuales la ley por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego (art. 515, n° 5)*, y como la ley las desconoce, no pueden servir de fundamento para una obligación civil, y lo único que autoriza es á retener lo que voluntariamente se hubiere pagado; pero si se hubiera firmado una obligación para pagarla, ésta no valdría.

Se pueden clasificar entre las del 1° y 2° grupo, las obligaciones que resultan de la remuneración de servicios que no daban acción para demandarlas en juicio, como, p. e., si el que ha sido salvado de un gran peligro, se obliga á entregar al salvador una cantidad de dinero, firmándole un documento; si el mandatario que se obligó á ejecutar gratuitamente el mandato, ha recibido un documento en que el mandante se declara deudor; y con mayor razón, si en una y otra hipótesis ha recibido dinero. En la misma categoría podrían colocarse los pagos hechos por el fallido que ha recibido carta de pago de sus acreedores con una quita del 50 °. y entrega cantidades á cuenta ó paga el 50 °. remitido. Otro tanto sucedería con aquel á quien se le remitió un crédito y que lo pagase.

Autorizaría á retener lo pagado por deudas contraídas ver-



balmente, cuando la cantidad pagada pasara de 200 \$, estando autorizado el acreedor á probar por testigos la existencia de la deuda; porque no se trata de cobrar, sino de retener lo recibido.

#### § 173.—EFECTO DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Se ha dicho que las obligaciones naturales están desprovistas de acción para demandarlas en juicio, luego su efecto inmediato es el de ser propuestas como excepciones para rechazar la demanda y retener lo pagado.

Para que la excepción sea eficaz, es necesario que el pago sea hecho voluntariamente, por persona que tenga capacidad para realizarlo.

Se entiende por pago para el efecto de retener lo recibido, por causa de una obligación natural, al cumplimiento de la prestación: porque cuando da nacimiento á otra obligación no es en verdad un pago.

La obligación natural produce dos efectos: 1º, el de servir de fundamento á una obligación civil; 2º, el de retener lo pagado; por eso, se dice, *el efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenia capacidad legal para hacerlo (art. 516)*, pero *la ejecución parcial de una obligación na-*

(Art. 516.) El efecto de las obligaciones naturales cumplidas es dar una excepción al acreedor para retener lo recibido; pero es necesario que la obligación se cumpla, entendiéndose por cumplimiento el pago de las cantidades debidas, ó la ejecución del hecho ofrecido en la obligación natural.

Cuando el acreedor de una obligación prescripta se ha obligado á entregar un documento reconociéndola nuevamente, ha cumplido con una obligación natural al entregarlo; pero en estos casos es necesario tener presente, que hay obligaciones naturales que no pueden convertirse en civiles, como las provenientes de deudas de juego prohibido, y si dieran origen á una obligación, no tendrían valor. Cuando la obligación natural no puede convertirse en civil, el pago se entenderá por el cumplimiento de la prestación, sin dar lugar á una nueva obligación.







*tural, no le da el carácter de obligación civil; tampoco el acreedor*

Cuando en la nota el Dr. Velez Sarsfield dice que la «expresión de lo *pagado* comprende no sólo la dación ó entrega de cualquiera cosa, sino también la ejecución de un hecho, etc.» debió agregar para completar el pensamiento, que importaría el pago de todo eso, cuando esa fuera la obligación; porque si debiendo abonar una cantidad por deuda de juego, ó por una causa contraria á la ley, sólo entregase un documento no se consideraría que la había pagado. Se paga cumpliendo la prestación ofrecida. Algunas obligaciones naturales pueden convertirse en civiles entregando documentos que hagan exigible la obligación.

El pago debe ser voluntario, y esta palabra se tomará en el sentido de libertad de acción, cuando el agente procede por su propio movimiento; es decir, teniendo conocimiento de la causa de deber, sabiendo que nadie puede molestarlo y haciéndolo sólo por un sentimiento de honor ó de conciencia. El que paga por error en los incisos del art. 791 no tiene lugar á repetición.

El pago debe hacerse, además, por persona capaz, es decir, cuando haya desaparecido el vicio que anulaba la obligación, respecto de la persona. La mujer casada ó el menor de edad, que hubieran anulado la obligación contraída, podrán cumplirla cuando ambos hubieran recobrado su capacidad.—Cód. Chile art. 1470.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 516.*—En esta expresión lo *pagado*, se comprende no sólo la dación ó entrega de cualesquiera cosas, sino también la ejecución de un hecho, la fianza de una obligación, la subscripción de un documento, el abandono de un derecho, el perdón de una deuda. La significación jurídica de pago en toda su extensión, se advertirá en el título que trata de los pagos. Véase Ortolan, II, pág. 417.

La razón de la disposición del artículo es que el pago voluntario de una obligación natural, es la renuncia de hecho de las excepciones, sin las cuales la acción del acreedor hubiese sido admitida. El pago, pues, en tal caso, no es una mera liberalidad, ni el deudor de la obligación natural puede á su turno decir que ha pagado lo que no debía. La obligación natural puede así ser causa legítima de obligaciones civiles que se contraigan por la novación de ella, y ser considerada como obligación principal para admitir, en seguridad de su cumplimiento, obligaciones accesorias.

Vidal publicó en 1845, en la Revista de Legislación de Fœlix, una larga y excelente disertación sobre las obligaciones naturales, la cual obtuvo el primer premio en el concurso abierto por la Facultad de Derecho de París, en 1840. En ella hace ver las razones filosóficas que tuvieron las Leyes Romanas para dar á las obligaciones naturales los efectos que hemos indicado. Marcadé también las expone por otro género de consideraciones sobre el artículo 1235, núm. 693, y en el núm. 751, sobre el art. 127.

*puede reclamar el pago de lo restante de la obligación (art. 517); pues el único efecto que produce es el de proporcionar una ex-*

(Art. 517.) Cuando una obligación natural se hubiera ejecutado parcialmente, el acreedor tiene derecho para mantener las cosas como estaban, sin estar autorizado para reclamar lo demás; la parte no ejecutada queda siempre desprovista de sanción positiva. El principio de ejecución de una obligación natural, no es una confirmación y sólo está garantida cuando se hubiere cumplido en su totalidad, es decir, pagado en el sentido del art. 516. La confirmación de la obligación natural debe ser siempre por acto expreso reconociendo lo que se confirma y se supone que el acto no ha sido anulado aún.

No tiene razón de ser entre nosotros la cuestión de averiguar, si la obligación natural puede confirmarse tácitamente por la ejecución parcial, según los términos del art. 1063, porque dice el presente, que eso no importa una confirmación.

La nota del Dr. Velez Sarsfield tomada de Massé y Verger sobre Zachariae, § 525, n° 10, dice: «son confirmables las obligaciones que han llegado á ser naturales, después de haber sido primitivamente civiles, ó que son naturales por razón de la inhabilidad del obligado: mas las obligaciones naturales reprobadas por las leyes, no son confirmables». En nuestro derecho una obligación civil anulada que está en la categoría de natural no es susceptible de confirmarse en el sentido legal de la palabra. Se confunde la confirmación, con el nuevo acto por el cual una obligación natural viene á convertirse en civil, sirviendo de base á la nueva obligación. Confirmar es hacer desaparecer los vicios de un acto sujeto á una acción de nulidad, art. 1059; es decir, un acto no declarado nulo. Así, el marido confirma el acto celebrado por su mujer sin su consentimiento; el que tiene una deuda prescrita, confirma esa deuda reconociéndola nuevamente; pero una vez que esos actos han sido declarados nulos por la justicia, no son susceptibles de confirmación, porque no existen para la ley; pero como las obligaciones naturales pueden servir de base para formar una nueva obligación en ciertos casos, la formada nuevamente sería válida. Se ha dicho que el principal efecto de la obligación natural era dar derecho á retener lo pagado en virtud de ello, mientras el efecto de la confirmación, como dice Laurent, XVII, n° 31, «válida la obligación desde su formación: no siendo esto posible respecto de la deuda natural, la confirmación no puede tener efecto ni convertir la deuda en obligación civil, pues la ley sólo atribuye un efecto al pago de esa obligación, y es que lo pagado no está sujeto á repetición.»





cepción eficaz al acreedor para repulsar el cobro, pero no confirma lo restante de la obligación, que permanece en el mismo

Quando se dice que la obligación natural puede ser confirmada, se incurre en una inexactitud de expresión; sólo puede servir de base á una obligación civil, ó puede ser confirmada, cuando aún no ha sido declarada nula.

El reconocimiento voluntario de una obligación natural, convirtiéndola en civil, no es un acto de confirmación ni de ratificación como lo creyó Toullier, VI, n° 291, sin embargo de haber determinado en el n° 186 con claridad, que las obligaciones naturales sólo servirían de fundamento á las nuevas obligaciones civiles que se contraían teniéndola por base: por eso hacen notar con razón, Aubry y Rau, § 297, nota 22, «que una obligación natural no se transforma en obligación civil, por un simple acto de confirmación expresa ó tácita, de donde se sigue esta consecuencia (es nuestro artículo) que la ejecución parcial de una obligación, no autoriza al acreedor para reclamar, por una acción, el pago de lo restante». Al tomar esta parte nuestro artículo aceptando la consecuencia, aceptó el principio de donde se deducía, y sin embargo en la nota enseña, que el pago parcial de una obligación natural, es una mera confirmación de ella. El pago no confirma obligación alguna, y en las naturales sólo produce el efecto de no poder ser repetido.

Larombière, III, 9, hablando de que la ejecución voluntaria no confiere á la obligación natural el carácter de obligación civil, saca la consecuencia de que no es susceptible de confirmación, ni ratificación y agrega: «después de esos actos, la obligación natural queda siempre como estaba en un principio desprovista de toda sanción legal.»—

Hemos debido insistir en esta parte por más que la cuestión no tenga grande importancia práctica, porque los Dres. Segovia y Llerena han incurrido en este error, inducidos por la nota de Massé y Verger que transcribe el Dr. Velez Sarsfield al pie del art. 515; y la errónea apreciación de la nota de Aubry y Rau, § 297, en que dice lo contrario de lo afirmado por dichos autores.

La confirmación de la obligación anulable, puede hacerse antes que se haya convertido en obligación natural.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 517.*—El pago parcial de una obligación natural, es una mera confirmación de ella, que nada de nuevo le agrega. En las obligaciones civiles, el pago parcial no importa sino el reconocimiento de la deuda, y lo mismo debe ser en el pago parcial de una obligación natural, el cual será el reconocimiento de esa obligación.—Véase á Aubry y Rau, sobre Zachariæ, § 297.



carácter, según la máxima de derecho romano: *confirmatio nihil dat novi*.

Las obligaciones naturales del 1º y 2º grupo, que suelen dar origen á obligaciones civilmente eficaces, pueden ser objeto de contratos accesorios, por eso dice la ley: *las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias (art. 518)*; pero no podrán garantizarse las del tercer grupo, porque no pueden servir para fundar una obligación civil.

La obligación garantida debe ser natural, porque si fuera civil y se declarase nula ó ineficaz por la prescripción, ó cualquier otra causa, la accesoria quedaría sin efecto.

No se pueden garantizar las deudas de juego prohibido, sin

(**Art. 518.**) Las obligaciones naturales pueden ser aseguradas por terceros; pero es necesario que se hayan constituido cuando las obligaciones fueron anuladas y quedaran destituidas de toda sanción civil, porque si se estipularon antes, como si se afianzó una deuda prescripta, no quedará firme, sino cuando la nulidad proviniese de alguna incapacidad relativa al deudor, art. 3122. Para que las fianzas ó hipotecas sean válidas, es necesario que se establezcan sobre obligaciones naturales reconocidas como tales, pues el fiador sabe que afianza una obligación natural.

La obligación natural se puede afianzar cuando no es reprobada por la ley ó contraria á las buenas costumbres.

Cuando se habla de garantías de una obligación natural, se supone que son terceros los fiadores, pues de otra manera no habría obligación accesoria. Si el mismo deudor diera prenda ó hipoteca garantiendo la obligación natural, sería una nueva obligación que tendría por causa la obligación natural.

Larombière admite el principio, á condición de que la caución opere novación en el carácter jurídico de la deuda y sustituya en relación al fiador con una obligación civil la natural.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 515, 516, y 518.*—Sobre estos tres artículos véase el Cód. de Chile, art. 1470 y 1472. Savigny, en su obra *Derecho de las obligaciones*, §§ 11 y 12, trata extensamente de las obligaciones naturales y de sus efectos jurídicos, y en el § 11, de cuándo exista la obligación natural para poder servir de excepción ó causar los efectos designados en los arts. 516 y 518.

que obste á esta conclusión el art. 1993 donde se enseña, que toda obligación puede ser afianzada *aunque sea derivada de un acto ilícito*, porque en este caso se refiere al origen de la obligación, en que la causa generadora puede ser un delito. Así, no podría ser afianzada la obligación de pagar una cantidad determinada por cometer un delito; pero una vez ejecutado, puede ser afianzada la obligación de resarcir el daño causado.

Se puede establecer como un principio general en esta materia, que cuando el pago hecho responda á un sentimiento de honor y de conciencia, satisfaciendo el individuo deseos que nacen de la dignidad, debe ser siempre mantenido, autorizando al que lo ha recibido para que lo retenga. Así, cuando el adquirente de un bien raíz ganado por la prescripción, pagare el precio á su verdadero dueño, vencido en el juicio, no haría indudablemente un acto de mera liberalidad, porque satisface un escrúpulo de su conciencia.

---



## TÍTULO III

### § 174.—DE LOS DAÑOS É INTERESES EN LAS OBLIGACIONES QUE NO TIENEN POR OBJETO SUMAS DE DINERO

Toda obligación confiere al acreedor el derecho de pedir su cumplimiento, y en caso de inexecución incompleta ó total, el resarcimiento de los daños é intereses que le hubieren causado; pero en principio general, no se deben los daños é intereses sino cuando la obligación dejó de cumplirse por falta imputable al deudor; por consiguiente, no los deberá cuando la obligación no se cumplió por caso fortuito ó por culpa imputable al acreedor.

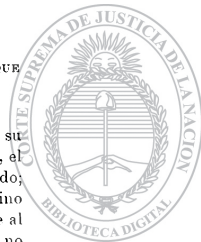
En un contrato bilateral, cuando uno de los obligados no hubiere cumplido sino en parte la obligación por ser imposible la restante, el otro contratante, que será á la vez deudor y acreedor, podrá pedir que se reduzca su obligación correlativa, proporcionalmente á lo que ha recibido, y esta acción no debe confundirse con la de daños y perjuicios.

*Se llaman daños é intereses el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inexecución de ésta á debido tiempo (art. 519); el primero se llama daño emergente y el segundo lucro cesante.*

---

(Art. 519.) Daños é intereses son el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir; pero en la estimación de este daño como en la del lucro no se puede llegar á una regla uniforme, y deben apreciarse según los casos ocurrentes. El daño y el perjuicio es una cuestión de hecho que los jueces deben resolver. *Quatenus cujus intersit, in facto, non jure consistit.* Reg. 24, tit. 17, lib. 50, Dig.

Se deben los daños y perjuicios ocasionados por la inexecución de la obligación á su debido tiempo, dice el Código; y no se entiende en un sentido limitado y restrictivo, que comprenda sólo el tiempo, sino abrazando el lugar, cantidad, cosa ó persona. La inexecución de la obligación por dolo, culpa ó mora del deudor, ya se trate de una obligación positiva





*En el resarcimiento de los daños é intereses sólo se comprenderán los que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520); es decir, los que*

de hacer, ó negativa, obliga á los daños y perjuicios cuando no se cumplió en la forma y modo estipulado. La inejecución debe tomarse en su expresión general y amplia.

Los autores establecen diferencias entre los perjuicios *moratorios* y *compensatorios*, entendiendo por estos, cuando el deudor abona en los casos de inejecución, para poner al acreedor en el mismo estado en que se encontraría, si la obligación se hubiera ejecutado de una manera completa y satisfactoria, y por *moratorios*, los perjuicios ocasionados por el retardo en el cumplimiento.—Véase l. 13, tit. 8, lib. 46, Dig. art. 1149. Cód. DE VAUD, art. 850. Cód. FRANCÉS, y nuestros arts. 506, 508 á 512, 576, 622, 1068.

(**Art. 520.**) La ley 1, tit. 47, lib. 7, Cód. Rom. da una regla general para estinar los daños é intereses, cuando la cantidad ó la naturaleza de la cosa fuera determinada; ordenando que su valor no pueda pasar del doble del objeto contratado; pero la ley 21, § 3, tit. 1, lib.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 519.—La Ley Romana dice: «Quantum mihi abes, quantumque lucrare potui.»*

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 519.*—Los que deben indemnizarse en caso de ejecución de la obligación, proveniente de fuerza mayor precedida por culpa ó mora del deudor, son los que se previeron ó pudieron preverse al tiempo de contratar, y que sean una consecuencia inmediata y directa de la inejecución ó de la mala ó tardía ejecución del contrato, XII, 271.

El resarcimiento de los daños é intereses, comprende el valor de las pérdidas sufridas, y el de las utilidades que se han dejado de percibir, como consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación contraída, XVII, 358.

Aun cuando, por regla general, no es imputable al obligado la inejecución de los hechos que constituyen la obligación, cuando dicha inejecución proviene de fuerza mayor, le es imputable cuando la fuerza mayor es precedida de culpa ó mora por parte del deudor. En ese caso, la obligación se convierte en indemnización de daños y perjuicios—XII, 271.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 519.*—Para fijar la suma de los daños y perjuicios dentro de la cual el damnificado debe prestar el juramento estimatorio, los jueces deben tener presente además de las pérdidas justificadas la ganancia dejada de percibir.—Jur. Civ., X, 228, Sér. 1ª.

Los daños y perjuicios fundados en la falta de cumplimiento de una obligación de hacer, deben ser plenamente justificados por el demandante.—Jur. Civ., II, 272, Sér. 5ª.

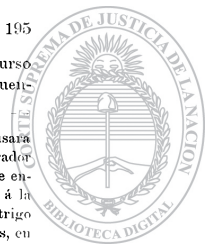
resultan de un hecho que acostumbra á suceder según el curso natural y ordinario, pues no debe responder de las consecuen-

19, Dig., establece con más justicia, que cuando el vendedor rehusara hacer la entrega de la cosa, debía ser condenado á pagar al comprador todo lo que por esta falta le hubiese ocasionado, con tal que no se entienda, dice, sino del interés que tiene el comprador con relación á la cosa vendida, poniendo el ejemplo de un hombre que ha comprado trigo y por defecto de la entrega se le mueren de hambre sus esclavos, en cuyo caso no podrá pedir sino el valor del trigo y no el de los esclavos. La legislación moderna ha hecho cesar estas incertidumbres, sin fijar de una manera precisa una regla general dentro de la cual puedan estimarse; pero ha determinado los límites, autorizando á cobrar los que fueran una consecuencia inmediata y necesaria de la falta de ejecución. Consecuencia inmediata de un hecho, es lo que acostumbra á suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, art. 901, y para restringir y precisar más la expresión, se dice inmediata y necesaria. La consecuencia debe provenir inmediata y necesariamente de la inejecución. Cuando un caballo vendido no se me entrega, el vendedor me deberá la diferencia de precio entre el pagado para reemplazarlo y el convenido: esa es la consecuencia inmediata de la no entrega; pero si compré el caballo para repartir vino á mi clientela, y por no tenerlo he perdido de vender tal cantidad de vino, esa no es una consecuencia necesaria de la inejecución, porque pude adquirir otro caballo inmediatamente; el daño ó pérdida debe venir necesariamente como consecuencia de la inejecución de la obligación. Cuando las consecuencias se han previsto en el mismo contrato, debe responderse de ellas, aunque no sean inmediatas.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 520.*—Proyecto de Goyena, art. 1016,—Cód. Frances, art. 1150. Los otros Códigos copian al Francés. El principio de donde se originan las obligaciones de pagar daños é intereses, lo deriva Marcadé de la misma obligación que debía cumplirse. La deuda, dice, de daños é intereses es el resultado de una convención accesoria, tácitamente estipulada entre el deudor y el acreedor. Esta intención probable de las partes no ha podido comprender sino el perjuicio que podía preverse ó que fuese consecuencia inmediata de la inejecución de la obligación, según el curso ordinario de las cosas (sobre el art. 1151 del Cód. Francés).

*Fallas de la S. C. N.—Aplicación del art. 520.*—Los perjuicios que deben indemnizarse por falta de cumplimiento de una obligación, consisten en los que son consecuencia inmediata y necesaria de dicha falta.—XV, 118

*Fallas de la Cdn., de Apel. de la Cap.,—Aplicación del art. 520.*—La falta





cias mediatas, que son las resultantes de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

*Aun cuando la inexecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y no los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes (art. 521); equiparándolo á los casos de culpa ó*

(Art. 521.) Este artículo formaba con el anterior uno sólo en el proyecto de Goyena, art. 1016, y era más lógico, porque se trataba de la inexecución de obligaciones por culpa ó dolo del deudor. Cuando hay dolo, los daños e intereses no se deberían limitar á las consecuencias inmediatas y necesarias, sino también á las mediatas, y aun á las casuales, si se tratase de hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad ha sido perjudicial por causa del hecho, arts. 904 y 906. La ley dice, el deudor responde de los daños y perjuicios ocasionados por su dolo y no los que el acreedor hubiere sufrido en sus otros bienes. ¿Qué importa esta limitación? La responsabilidad es mayor en caso de dolo, y bastará, como dice Goyena, que el daño haya sido ocasionado por el dolo, y que sin este no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata ó inevitable, para que deba resarcir los perjuicios. Examinemos el ejemplo de Pothier, n° 166, l. c., estudiándolo con arreglo á los principios del artículo: «Un vendedor de animales me ha vendido como sana una vaca que sabía estaba infestada de una enfermedad contagiosa; esta ocultación de la enfermedad es un acto doloso por su parte, y le hace responsable no sólo de la vaca vendida, objeto de su obligación, sino también del que he sufrido en mis otros animales á los que se ha comunicado el contagio;» nuestro artículo decide lo contrario, haciéndolo responsable sólo de la vaca perdida, tratándose de la inexecución de la obligación: pero en el caso propuesto el contrato se ha ejecutado y se encuentra bajo las reglas de los arts. 903 á 906 y deberá responder de todos los perjuicios. Responder sólo del daño ocasionado por el dolo, y no del sufrido por el acreedor en sus

de cumplimiento de un contrato obliga al culpable por los daños y perjuicios, que ocasione.—Jur. Civ., IV, 144, Sér. 4°.

Los jornales abonados á los oficiales durante la paralización de una obra, no pueden conceptuarse consecuencia inmediata de aquel hecho, y por lo tanto no pueden ser incluidos en la indemnización.—Jur. Civ., II, 81, Sér. 4°.

Los daños y perjuicios que el obligado debe pagar por la falta de cumplimiento al contrato, son todos los que resultan como consecuencia necesaria,—Jur. Civ., XIII, 266, Sér. 4°.





negligencia, lo que reputo insostenible ante los principios enseñados por el mismo código. El deudor doloso debiera estar sujeto á todas las consecuencias producidas por su dolo, desde que se ha valido de maquinaciones para no ejecutar la obligación.

La diferencia capital que debiera existir entre la inejecución por culpa ó negligencia del deudor, y la ocurrida por dolo es, que en aquella no debe pagar sino la pérdida sufrida y la utilidad que dejó de percibir y que son una consecuencia inmediata y prevista, mientras que el doloso debería indemnizar todo daño; pero nuestro artículo enseña lo contrario.

Las partes pueden estipular de antemano las pérdidas é intereses para el caso de inejecución de la obligación, y como la voluntad de ellas es la ley de los contratantes, siempre que no contrarién el orden público ó la moral ó buenas costumbres, resultará que, *cuando en la obligación se hubiere convenido que si ella no se cumpliese se pagaría cierta suma de dinero, no puede darse una cantidad ni mayor ni menor (art. 522)*; porque se pre-

*otros bienes*, quiere decir, pues, que comprende las consecuencias de la inejecución de la obligación y no á las de la ejecución dolosa de que debe responder. — Véase COD. DE CHILE, art. 1558. GOYENA, art. 1016. POTHIER, *Obl.*, I, n° 166. AUBRY y RAU, § 308, nota 42.

(**Art. 522.**) Cuando los daños y perjuicios pueden preverse señalando sus consecuencias, y se determinan indicándose una pena por la inejecución, se estará á lo estipulado; lo mismo sucederá cuando los daños y perjuicios se hubieran estimado de antemano. Como la pena es el resultado de un contrato, sea esta insuficiente ó exagerada ó aun-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 521.*—Pothier, parte 1, cap. 2, art. 3.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 521.—Justificada la existencia de un contrato de locación de servicios, el locatario no puede exigir del locador el pago de los daños y perjuicios sin justificar que la falta de cumplimiento es por culpa exclusiva del principal, ni aun los gastos verificados por su parte, mientras no pruebe que tenia autorización especial para llevarlos á cabo.—Jur. Civ., VII, 23, Sér. 2°.

La suma acordada por la rescisión de un contrato, debe conceptuarse la utilidad que su cumplimiento debía reportar, en tanto no se justifique plenamente que debe imputarse á los daños y perjuicios resultantes de su inejecución.—Jur. Civ., V, 400, Sér. 3°.

sume que en esa cantidad se han estimado los daños y perjuicios; es una obligación con cláusula penal en que se deberá la cantidad ofrecida, aunque no se hubieran ocasionado perjuicios.

Las reglas precedentes no rigen para las obligaciones de entregar sumas de dinero, en que los daños y perjuicios se reducen al pago de los intereses de la suma debida.

que no esté en relación con la importancia del contrato, debe cumplirse, y los jueces no pueden alterarla. Sin embargo, debemos hacer notar que la Suprema Corte Nacional, constituyéndose en tribunal de equidad ha alterado la cláusula penal.

La pena se hará efectiva en su totalidad si la inejecución ha sido total; si parcial ó cumplida de una manera irregular, la pena se disminuirá proporcionalmente, ó el juez determinará la cantidad cuando no se convinieran los contratantes, pero si se estipuló para los casos de inejecución parcial ó irregular, se estará á lo convenido, como se deberá en su totalidad, si la ejecución parcial importara la inejecución total, como en el caso de la pintura de un cuadro dejado sin concluir.

El objeto de la cláusula penal, no es principalmente determinar los daños y perjuicios, sino asegurar el cumplimiento de la obligación, por eso se concede al acreedor el derecho para pedir la ejecución ó la pena á su voluntad.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 522.—Cód. Francés, art. 1152—Holandés, 1258.—Napolitano, 1104.—El Sardo añade en el art. 1243: «A menos de resultar con evidencia que la suma es enormemente excesiva, en cuyo caso podrá el juez reducirla.»—El Cód. de Luisiana, art. 1928, dice: «Sin embargo, si la obligación ha sido ejecutada en parte, los daños sobre que hayan convenido los contrayentes, pueden ser reducidos á la pérdida ó privación de la ganancia realmente sufrida.» En contra del artículo: Goyena, art. 1018, y Pothier, *De las obligaciones*, parte 1, cap. 2, art. 3. La ley Romana decía á este respecto: *Non illud inspicitur sed que sit quantitas, queque conditio stipulationis.**

---



## TÍTULO IV

### § 175.—DE LAS OBLIGACIONES PRINCIPALES Y DE LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS

Las obligaciones se dividen en principales y accesorias: la principal es la que da nacimiento á la otra, y sin la que ésta no existiría, por eso dice el Código: *de dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra (art. 523)*, sin que esto importe establecer que dos obligaciones no puedan ser principales á la vez.

La correlación existente entre dos obligaciones pueden en-

(**Art. 523.**) Se llama obligación principal á la que sirve de base á un contrato que tuvo por único objeto el producirla, y accesoria á la que va unida á esta y sin la cual no habría existido. De dos obligaciones no es la una principal y accesoria la otra, necesariamente, sino cuando la segunda es una consecuencia de la primera, ó cuando esta le sirve de razón de existencia.

Cuando la ley hace nacer una obligación que es una consecuencia de la principal, esa segunda viene á ser accesoria en cierto sentido, como en la obligación de pagar daños y perjuicios por la inejecución de la obligación principal, pero no es una pena como lo ha creído el Dr. Llerena ni lo dice Toullier citado en su apoyo, sino la consecuencia de la inejecución. La fianza, prenda, hipoteca, etc., son obligaciones accesorias de diversa clase; en ellas el segundo contrato tiene su origen en la obligación afianzada y sirven de medio para llenar el objeto que se propuso la principal, por eso quedan sin efecto cuando la obligación principal se anula, con excepción de la nulidad proveniente por incapacidad relativa del principal obligado, á diferencia de la primer especie, que siempre queda sin efecto, cuando la obligación se anulare.

Esta división parece más doctrinaria que práctica y sirve, como lo enseña Merlin, para determinar la competencia de los tribunales, pues debe ejecutarse la obligación accesoria, donde debió serlo la principal.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 523.—Zachario, § 538.*





contrarse en los casos siguientes: *con relación á su objeto, ó con relación á las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como son las cláusulas penales (art. 524, 1ª parte), en que no existirán si la principal se declarase nula, porque tiene por fin garantirla, y no se garante lo que no existe.*

*Las obligaciones son accesorias á las personas obligadas, cuando éstas las contrajeren como garantes ó fiadores (art. 524, 2ª parte), y llevan la condición de que no existirán, si la obliga-*

(Art. 524.) Las obligaciones son accesorias con relación á su objeto, cuando se contraen con el fin de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, como sucede con la cláusula penal, pues el objeto es hacer cumplir la obligación; pero también son accesorias con relación á las personas, cuando estas las contraen como garantes ó fiadores, aunque estas garantías tengan el mismo objeto que la cláusula penal. Cuando la fianza ó garantía fuera acompañada de prenda ó hipoteca, estas vendrán á ser accesorios de la obligación principal; pero no *obligaciones accesorias*, como lo observa el Dr. Segovia, equivocándose el Dr. Llerena al suponer que, cuando son constituidas por terceros toman el nombre de *obligaciones accesorias*, pues confunde la obligación de la fianza, con el accesorio, que es la prenda ó hipoteca. No hay obligación que corresponda á un derecho real, art. 497, y la prenda ó la hipoteca siguen esta regla; pero son accesorios de la fianza y pasan como tales á los derechos del acreedor. La hipoteca ó la prenda, sea dada por el mismo obligado ó por un tercero, no cambia la naturaleza de ellas, ni las constituye en obligaciones, pues son derechos reales constituidos en favor del acreedor. Incurre en otro error al afirmar, que cuando la prenda ó hipoteca son constituidas por terceros, toman el nombre de obligaciones accesorias y *subsisten no obstante la nulidad de la obligación principal*, estableciendo una regla de lo que es una excepción. La regla de derecho es, anulada la obligación principal, se anula la accesoría, exceptuándose cuando la nulidad fuese por alguna incapacidad relativa al deudor, en que el fiador será responsable como único deudor, art. 1994, excepción restringida por el art. 3122, reduciendo la incapacidad á una excepción puramente personal.

El Dr. Freitas, art. 873, de donde fué tomado el artículo, dice: «las obligaciones son accesorias con relación á su objeto, cuando no fuere el principal de la prestación sino una consecuencia ó dependencia de ella.»



ción principal no existe, á menos que esta se declare inexistente por incapacidad relativa del deudor.

Es necesario distinguir las obligaciones accesorias de los accesorios de una obligación que se relacionan con esta: así las obligaciones accesorias pueden tener accesorios, y por eso el Código dice: *los accesorios de la obligación vienen á ser no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda ó hipoteca* (art. 524, 3ª parte); de modo que cuando este cede sus derechos van comprendidos los accesorios en la cesión.

Con relación á la obligación misma, la de pagar los daños é intereses por la inejecución, no es obligación accesoria porque reemplaza á la principal y no existe, sino en defecto de ella.

En los casos en que coexistan una obligación principal y otra accesoria, como ésta se encuentra íntimamente ligada á la otra y no existe sin ella, resultará que, *extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria; pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal* (art. 525); porque esta no necesita de ella para exis-

La distinción de obligaciones accesorias con relación al objeto ó á las personas, es puramente doctrinaria y se comprendía en un proyecto como el del Dr. Freitas.

(Art. 525.) La extinción de la obligación principal, sea por la prescripción, nulidad ó cumplimiento de la obligación, extingue la accesoria porque le falta la base donde reposaba. Cuando la obligación principal se anulare por incapacidad relativa de hecho del deudor, la fianza subsistirá y con ella los accesorios de prenda ó de hipoteca. Es necesario distinguir los casos de nulidad por vicio de forma, prohibición de la ley ó falta de consentimiento (en que no existiendo la obligación principal no puede existir la accesoria), de las otras nulidades de hecho donde la obligación existe, aunque puede ser anulada por

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 524.*—Zacharie, § 538. Toullier, VI, n.º 463 á 466.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación al art. 524.—La garantía hipotecaria prestada á un pagaré no puede ser ejecutada como hipoteca directa, debe ejecutarse el pagaré como obligación principal.—Jur. Civ., VIII, 69, Sér. 1ª.



tir. Así, la fianza ó la hipoteca pueden extinguirse existiendo la obligación que garantían, sin perjudicarla. Por esa razón, las obligaciones accesorias pueden ser nulas sin que anulen la principal, pero *si las cláusulas accesorias de una obligación fueren cláusulas imposibles, con apariencias de condiciones suspensivas, ó fueren condiciones prohibidas, su nulidad hace de ningún valor la obligación principal (art. 526)*; desde que su exis-

reclamación del agente incapaz. La cláusula penal se pone para asegurar el cumplimiento de la obligación, previendo el caso de inejecución, y determinando de antemano los daños y perjuicios que causare esa inejecución. y no puede tener efecto cuando la obligación se anulare.

La nulidad es completa, cuando abraza todo el acto, y parcial cuando sólo toma una parte de él; un ejemplo sería el de la mujer casada que con poder de su marido celebra un acto para el que estaba autorizada acompañándolo de otro para el que no lo estaba, asegurando su cumplimiento con cláusula penal. Ejecutado el acto para el que estaba autorizado y haciendo declarar nulo el otro, no incurriría en la pena.

Cuando la obligación principal es una obligación natural, como la ley reconoce su existencia sin darle los medios para exigirla civilmente, la obligación accesoria que le sirve de garantía tiene su razón de ser; en este caso se confirma el principio general enseñado, de que mientras exista el fundamento de la obligación, la accesoria tiene todo su valor.

Cuando el deudor hubiera garantido con hipoteca una obligación nula, la hipoteca se anularía, siguiendo la obligación principal.

Cuando la obligación accesoria se extinguiera por cualquiera causa, no tocaría en lo más mínimo á la principal; lo mismo sucederá respecto de los accesorios de la obligación, que no deben confundirse con la obligación accesoria.—Véase FREITAS, art. 1026. Cód. de Chile, art. 1536.

(**Art. 526.**) En una obligación principal pueden encontrarse cláusulas accesorias imposibles, contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes, y si estuvieren impuestas como condición suspensiva anularían por completo la obligación. Pero ¿si fueran puestas

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 525.*—L. 56, Tít. 5, Part. 5ª, L. 43, Tít. 3, Lib. 46. Dig.

tencia está sometida á una condición que no puede cumplirse.

como condición resolutoria? Se tendrán por no puestas, como en el caso de no hacer una cosa imposible. Cuando se hace depender el cumplimiento de una condición prohibida, la obligación no puede formarse pues la prohibición es un obstáculo legal; pero cuando esta condición no existe ni ha suspendido la formación del vínculo, entonces la cláusula imposible se tiene por no puesta. ¿Por qué se anularía la obligación, si la adquisición del derecho no depende de condición alguna? Un ejemplo de cláusula accesoria imposible sería, cuando se me legara una cosa manifestándose el deseo de que permaneciera célibe: si este deseo fuera una condición, anularía la obligación.

---





# TÍTULO V

## DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

### CAPÍTULO PRIMERO

#### DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES EN GENERAL

##### § 176.—GENERALIDADES

Lo condición tomada en un sentido especial es una declaración de la voluntad individual, ó de la ley.

Lo esencial en toda condición es dejar incierta la obligación, sea que haya producido su efecto y se espere el acontecimiento para hacerla irrevocable ó para destruirla, sea que no haya existido hasta que el acontecimiento se produzca.

En este sentido se dice: *la obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de condición alguna* (**art. 527**); es decir,

---

(**Art. 527.**) El Dr. Freitas procedió lógicamente definiendo lo que se entiende por condición, para no incurrir en la impropiedad notada por Goyena al proponer el art. 1029, definiendo la obligación pura tan sólo por contraposición á la condicional. Decir que una obligación es pura, cuando su cumplimiento no depende de condición alguna, es dejar al espíritu en la incertidumbre, lanzándolo en otra idea sin aclarar la primera. La ley de Partida procede con más propiedad cuando dice: «obligándose un ome á otro á dar ó facer alguna cosa por promisión, llamada *pura*..... El juez debe asmar según su albedrío fasta cuanto tiempo sería cosa guisada para poder cumplir lo que prometió».—L. 13, Tit. 11, Part. 5ª.

Es pura la obligación que no necesita de la autorización de ciertos hechos posteriores para existir y hacerse efectiva; la condicional sería la que estuviere subordinada á esos acontecimientos para su existencia. Pothier, dice: se llama obligación pura en un sentido más estrecho, á la que se ha contraído sin ninguna de las modalidades ó modificaciones de que vamos á hablar.

Se llama pura la obligación, porque ella existe de una manera cierta, sin estar subordinada á circunstancia alguna; así la obligación á plazo



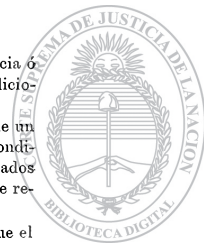
cuando no está subordinada la adquisición ó resolución del derecho á un acontecimiento incierto y futuro. Por el contrario, *la obligación es condicional, cuando en ella se subordinare á un acontecimiento incierto y futuro que puede ó no llegar, la adquisición de un derecho ó la resolución de un derecho ya adquirido (art. 528).*

cierto es una obligación pura. No se deben confundir las cláusulas que modifican una obligación, con la condición. — Véase AUBRY y RAU, § 302. TOULLIER, VI, n° 505. DURANTON, XI, n° 40 á 43. GUTIÉRREZ y FERNÁNDEZ, IV, pág. 76, y § 2, tit. 16, lib. 3, INSTITUTAS.

(Art. 528.) El artículo define la obligación condicional, tomando la definición de condición que da Freitas, art. 567, confundiéndola con la de la obligación. La condición es una declaración de la voluntad ó de la ley que hace depender de un acontecimiento futuro é incierto, la existencia de una relación jurídica. La obligación nace, cuando se realiza el acontecimiento, si la condición es suspensiva; termina ó desaparece, si es resolutoria: la condición en este sentido, viene á confundirse con el acontecimiento mismo, diciéndose que la condición se ha cumplido, cuando el acontecimiento ha tenido lugar. El Cód. Civ. Francés, art. 1181, incurre en error como lo hacen notar sus comentadores, al suponer que podía constituirse una obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes. La condición debe tener necesariamente estos caracteres: 1º, que el acontecimiento sea futuro, porque si es pasado la obligación no ha podido estar en suspenso, ó ha producido efecto, ó no ha tenido lugar desde que el acontecimiento se ha realizado; 2º, el acontecimiento debe ser incierto, porque si es cierto la obligación no está en suspenso, ella existe sometida á un plazo; 3º, debe ser posible, porque si no lo es, anula la obligación; 4º, no debe ser contraria á las buenas costumbres ni prohibido por las leyes. Se podría enseñar, que no hay sino una condición, la suspensiva, que subordina la existencia del derecho al acontecimiento previsto, porque la obligación no nace hasta que se realiza el acontecimiento; mientras en la condición resolutoria el derecho se ha adquirido, y el acontecimiento previsto no es una condición de existencia,

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 527.*—L. 12, Tit. 11, Part. 5ª—Instituta, Lib. 3, Tit. 16, § 2. Por estas dos leyes la definición es muy lata, porque exigen para que la obligación sea pura, que no tenga condición ni tampoco plazo ó día señalado.





Hay contratos que suponen necesariamente la existencia ó la realización de ciertos hechos; pero no constituirán condiciones si expresamente no se les ha dado tal carácter.

Cuando la forma empleada por las partes no indicara de un modo claro el carácter suspensivo ó resolutorio de una condición, se tratará de interpretar la voluntad de los interesados según los antecedentes del caso, y si hubiere duda, se debe resolver en favor de la validez del acto.

La característica de toda obligación condicional, es que el acontecimiento á que estuviere sujeta sea incierto y futuro, pues *la condición que se refiere á un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condición. ni suspende la obli-*

pues existe ya; pero nuestro Código enseña lo contrario y tenemos que someternos á su mandato claro.

Es necesario distinguir el acontecimiento incierto y futuro, del plazo incierto, y por eso nuestro artículo agrega: que puede ó no llegar, para diferenciarlo con el que necesariamente debe ocurrir, aunque sea incierta la fecha cuando deba suceder. Una obligación subordinada al día de la muerte de una persona, cuyo acontecimiento es futuro, é incierto en cuanto al tiempo en que sucederá, no es una obligación condicional.—DURANTON, XI, n° 11 y sig. POTHIER, n° 203, *Oblig.* MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 534, nota 10.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 528.*—L. 8, Tít. 4, Part. 6ª.—LL. 12 y 16, Tít. 11, Part. 5ª.—Instit. Lib. 3. Tít. 16, § 4.—Zacharie, § 534, nota 10.—Cód. Francés, art. 1108.—De Nápoles, 1121.—Sardo, 1260.—Zacharie, nota 2, dice: «Un acontecimiento pasado, aunque incierto para las partes, ó futuro, pero que indudablemente ha de llegar, no es una condición. En el primer caso, la obligación debe considerarse pura y sin condición. En el segundo, la obligación es sólo á término, pero no condicional.» Esta doctrina es conforme á la L. 12 citada de Partida, y á la L. 2, Tít. 4, Part. 6ª, y al § 6, Tít. 16, Lib. 3. Instituta.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 528.*—El término para la prescripción de créditos condicionales, sólo empieza á correr desde el día del cumplimiento de la condición.—Jur. Com., IV, 50, Sér. 2ª.

Aun cuando se fije término para el cumplimiento de un hecho, si este puede ó no suceder, la obligación se conceptúa condicional y no á plazo.—Jur. Civ., X, 189, Sér. 3ª.

La obligación de pagar cuando se tenga medios, importa una condición.—Jur. Com., II, 162, Sér. 3ª.



*gación, y sólo difiere la exigibilidad de ella (art. 529):* como sucede con el plazo, ó con la condición de entregar una cosa, cuando ocurriese la muerte de una persona determinada, en que el acontecimiento es cierto.

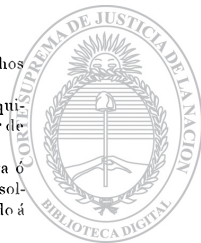
Las condiciones se dividen en suspensivas ó resolutorias; son suspensivas, cuando el nacimiento de la obligación está en suspenso, y su formación definitiva depende del acontecimiento que puede ó no realizarse; no hay verdadera obligación, pero

(Art. 529.) Cuando el acontecimiento es incierto en cuanto á la fecha, pero cierto respecto del hecho mismo, entonces no importa una condición, porque la obligación ha nacido y su exigibilidad sólo depende del tiempo en que necesariamente ocurrirá. No se suspende el cumplimiento de la obligación como sucede en el plazo. se suspende la formación de la misma, como ocurre en la condición suspensiva. En la resolutoria, por el contrario, la obligación se ha formado, existe con todos sus caracteres, pero está subordinada al acontecimiento incierto y futuro que puede destruirla; por eso hemos dicho que no era verdadera condición. Lo que es cierto y evidente tratándose de un contrato entre dos personas, no lo es cuando se refiere á ciertos actos, en que el acontecimiento cierto puede llegar á ser una condición. Así, la muerte de una persona es un acontecimiento cierto, pero puede ser puesta como una verdadera condición; p. e., en el caso de la l. 1., § 2, Dig. *de cond. et den.*, si se grava al heredero con un legado que debe pagarlo cuando él muera, es un legado condicional. Toda condición que se refiera á un acontecimiento que sucederá, no es tal condición, porque le falta uno de los principales elementos, la incertidumbre; pero si el acontecimiento futuro se pone como condición indicando un plazo dentro del cual deba ocurrir, se reputará como condición porque la incertidumbre respecto de él existe.—Véase POTHIER, n° 202. *Oblig.*

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 529.*—Las citas del artículo anterior, y Pothier, *De las obligaciones*, pág. 103.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 529.—La cláusula que defiere el cumplimiento á la época en que tenga lugar un hecho futuro necesario, aunque incierto, se conceptúa plazo y no condición.—Jur. Civ., IX, 50, Sér. 1ª.

Aunque cuando se fije término para el cumplimiento de un hecho, si éste puede ó no suceder, la obligación se conceptúa condicional y no á plazo.—Jur. Civ., X, 189, Sér. 3ª.



como puede existir, la ley acuerda al acreedor ciertos derechos conservatorios.

La condición es resolutoria cuando el derecho se ha adquirido, pero su pérdida ó irrevocabilidad se ha hecho depender de un acontecimiento incierto y futuro.

En los casos de duda, sobre si la condición es suspensiva ó resolutoria, se debe investigar la voluntad de las partes, resolviendo cada caso según las circunstancias que hayan precedido á la obligación.

Las condiciones pueden considerarse bajo el punto de vista de los hechos que deben realizarse para que el derecho se adquiera ó se pierda; en este sentido se llaman condiciones *casuales*, cuando el acontecimiento es independiente á la voluntad humana; *potestativa*, cuando su cumplimiento depende de las partes ó de un tercero; *mixtas* cuando participan de la naturaleza de ambas condiciones.

Las condiciones pueden dividirse en afirmativas ó negativas, según que consistan en la ejecución del hecho para que la obligación tenga efecto, ó en la omisión ó no realización del hecho.

#### § 177.—DE LAS CONDICIONES IMPOSIBLES Ó PROHIBIDAS

Siendo el carácter principal de la condición la incertidumbre, no hay condición, cuando es cierto que el hecho no sucederá, y por esa razón, si se ha puesto como condición un hecho prohibido por la ley, la obligación no existirá; así, *la condición de una cosa imposible, contraria á las buenas costumbres, ó prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación (art. 530)*; por-

(**Art. 530.**) Las condiciones son imposibles de una manera absoluta, cuando contrarian las leyes de la naturaleza, como sería la de traer la luna á la tierra; ó sólo son relativamente imposibles, por las dificultades insuperables que ofreciera su cumplimiento, como la de que el hombre volara, ó la de hacer un viaje en globo á Europa; en uno y otro caso, semejante condición anularía el contrato; pero es necesario que la imposibilidad exista al tiempo de formarse el acto; porque si viniera á serlo posteriormente á consecuencia de obstáculos sobrevientes, no sería considerada como imposible. En las cargas impues-



que interpretando la voluntad de los agentes se juzga que no han realizado un acto serio. ¿Quién puede imponer seriamente como condición de un contrato el tocar el sol?

tas para adquirir irrevocablemente una cosa legada, si el hecho no fue absolutamente imposible, pero llegare á serlo después sin culpa del adquirente, la adquisición subsistirá. La ley dice: la condición imposible anula la obligación y extiende la disposición á los testamentos, contra el Cód. Francés, art. 900 y 1172. El Dr. Velez Sarsfield en la nota al art. 3608, queriendo dar la razón de esta disposición y criticando con Marcadé la del art. 1172, se pregunta: «¿Por qué disponer lo contrario en los testamentos? Contestamos porque así lo ordenaba la ley Romana; pero en Roma, agrega, era un deshonor morir intestado: esta idea hacía decidir que las condiciones imposibles ó ilícitas eran como no escritas.» De Marcadé, III, al art. 900. Coin Delisle al examinar esta cuestión, dice: «la razón natural exige que en los contratos que por sí mismos constituyen un todo indivisible y donde cada cláusula se entiende que ha determinado el concurso de las dos voluntades, las condiciones imposibles ó contrarias á las leyes siendo nulas llevarían consigo la nulidad del contrato, porque todo hecho que hace obrar á los contratantes en un sentido contrario á sus deberes, debe determinar la nulidad del acto; pero en los testamentos es diferente; allí no ha intervenido sino la voluntad del testador, quien se ha equivocado al imponer una condición que no se puede cumplir, y ese error no debe pesar sobre el beneficiado. La disposición del Código Francés se encuentra, pues, justificada separando las donaciones». Nuestro Código ha seguido la opinión contraria, art. 3608. La condición imposible anula toda disposición, pero es necesario distinguir la imposibilidad, de la extinción, falta ó no ejecución de la condición, porque el hecho hubiera tenido lugar, cumpliéndose uno de los casos previstos: como si he legado una cantidad, si tal vapor volviera de Europa, y ese vapor ha naufragado: aquí no hay imposibilidad en la condición, se ha cumplido uno de los casos previstos, y es cierto que el vapor no vendrá de Europa, pues ha desaparecido.

Hay imposibilidades que no lo son, sino con relación al agente, pero que pueden desaparecer, como, p. e., la de hacer un cuadro al óleo, quien no entiende de pintura, estas imposibilidades no son perpetuas por su naturaleza, y pueden cesar por el arte ó por un acontecimiento previsto y no deben anular la obligación. Basta que la condición sea posible en sí, para que sea válida, aunque fuera imposible al legatario. Si se hubieran puesto en un contrato, dará derecho á los daños y



Para que las condiciones se reputen tales, suspendiendo ó resolviendo un derecho, es necesario que se impongan expresa-

perjuicios; si en un legado, será necesario que el legatario haga lo que se impone, para hacerlo suyo. La extrema dificultad de una condición posible no será suficiente para anular la obligación.

Cuando en un contrato ó testamento se ha impuesto alternativamente una condición imposible y otra que no lo es, la obligación no se anulará, porque cuando una de las prestaciones no puede ser objeto de la obligación, la otra se debe al acreedor.— Véase arts. 637 y 638.

Se anula igualmente la obligación, cuando la condición fuera contraria á las buenas costumbres.

¿Qué se debe entender por contrario á las buenas costumbres? ¿Serán como lo supone Chardon, III, 582, la falta de cumplimiento á los deberes impuestos por las leyes divinas y humanas y que el Dr. Velez acepta al transcribir la nota? En general se puede aceptar la limitación teniendo en cuenta que las costumbres cambian según el grado de civilización á que haya llegado una nación, y de las leyes que traduzcan esa civilización. Así, en Oriente cada hombre de importancia tiene su harem; entre nosotros sería una inmoralidad, y reputaríamos contrario á las buenas costumbres la condición de tener un harem. Aunque en general las leyes y las buenas costumbres se prestan mutuo apoyo, sin embargo, un hecho puede ser contrario á las buenas costumbres sin ser contrario á las leyes. Las buenas costumbres son, pues, todos aquellos actos que están de acuerdo con el ideal de una sociedad dada y se refieren á las ideas morales y religiosas; así, la caridad, el respecto á nuestros padres, etc., forman un conjunto de actos que no se deben contrariar sin herir las buenas costumbres. La condición impuesta á un donatario de no libertar á su padre prisionero, se tendría por no escrita y entre nosotros anularía la obligación; pero el ultraje á las buenas costumbres debe encontrarse en el que impone la condición, para que anule la obligación, pues si su intención es pura é inocente la condición valdría. ¿Pero qué diremos cuando las buenas costumbres estuvieran en contra de la ley? Hay leyes contra las cuales se levanta la conciencia pública, como sucedió ahora 33 años con la de matrimonio civil. Muchas veces las leyes se adelantan á la civilización de una sociedad, contrariando costumbres arraigadas; en esos casos, la condición que sea contraria á esas costumbres, pero conforme á las leyes no anulará la obligación. Se dice: la condición prohibida por las leyes, anula la obligación. Basta que la condición sea contra una prohibición de la ley, ¿ó es necesario que la condición sea prohibida? Cualquier

mente por las partes ó por la ley; así es que las obligaciones se reputarán como puras y simples, desde que no hayan sido sometidas á una condición contraria á las leyes de orden público, dejan sin efecto la obligación, pues las leyes se pueden alterar solo cuando miran al interés individual.

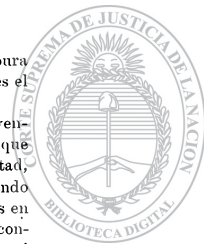
La condición se confunde muchas veces con el acto ó acontecimiento que le sirve de base, bastará pues, que el acto impuesto como condición sea prohibido por la ley para que deje sin efecto la obligación. Pero cuando la condición fuere para asegurar el cumplimiento de un deber, será válida.

En los contratos pueden ocurrir tres hipótesis: 1º, que la condición ilícita tenga por objeto el hecho del estipulante; 2º, que tenga por objeto el hecho del promitente; 3º, que tenga por objeto el hecho de un tercero. Cuando el estipulante deba ejecutar el hecho ilícito para obtener el beneficio, la convención será nula, porque se provoca á una de las partes á ejecutar un acto contrario á la moral. Si el promitente es el que se obliga bajo una pena á no violar las reglas que garanten las buenas costumbres ó el orden público, la obligación será válida; no obstante Larombière sostiene, con muy buenas razones, la nulidad del contrato. No se puede estipular la condición de no violar los principios de la moral y de orden público, dice, porque tal estipulación importaría una violación (I, al art. 1172, n° 9.); pero las leyes Romanas, 121, § 1, t. 1, Lib. 45 Dig., como la generalidad de los autores, enseñan que tal condición es válida, porque no hay inmoralidad. En efecto, ¿dónde se en contraría la violación de la ley, cuando el promitente se obligara á pagar tal suma si viviera en concubinato? En vez, de alentar, tiende á separarlo del mal camino en que pudiera entrar, imponiéndose una pena determinada de antemano. Pero como lo hace notar Pothier, la condición de no hacer una cosa ilícita, puede hacer nulo el contrato, porque es contrario á la justicia, estipular una suma de dinero á obtener una ganancia por no hacer un acto de que estamos obligados á abstenernos. Así, un contrato acordando una suma de dinero por no matar á tal persona, sería nulo.

Cuando el hecho ilícito deba ó no ser ejecutado por un tercero, como en el contrato de seguros contra ladrones ó piratería, el acto es perfectamente legítimo. Se puede concluir, como regla general, que es nula la obligación cuando el estipulante deba percibir una suma si realizare un acto ilícito ó faltare á un deber, y que es válido si el promitente se obligase á pagar esa suma si verificare un acto ilícito, y con más razón lo será cuando el acto deba ser realizado por un tercero.







das á condiciones y en caso de duda sobre si la obligación es pura ó condicional, debe resolverse en favor de la primera, que es el hecho normal y ordinario.

En general, los individuos pueden disponer en sus convenciones. ó en los actos de última voluntad, las condiciones que les convengan; pero la ley en ciertos casos limita esta facultad, teniendo en vista un interés superior. Nuestro Código, siguiendo esta teoría, universalmente enseñada, anula las obligaciones en que se impongan condiciones de hacer cosas imposibles, ó contrarias á las leyes ó buenas costumbres, y llevando la doctrina á sus extremos, anula las obligaciones testamentarias, cuando ha-

Debemos, finalmente, hacer una diferencia entre los contratos y los testamentos, aunque del texto de los art. 3608, 3609 y 3610 resulta que se deben considerar en las mismas condiciones. Las condiciones que forman la base de un contrato, y que ha decidido á las partes á conformarse buscando un acuerdo de voluntades, no pueden tener el mismo efecto en los testamentos; en estos no hay estipulante ni promitente que puedan acordarse para hacer un acto ilícito; hay beneficiante y beneficiado; aquél no puede imponer carga ó condición ilícita, imposible ó prohibida por la ley, y el beneficiado tomará el legado ó la herencia cuando no hubiere alguna de estas condiciones. Así, la herencia dejada bajo la condición de no cometer el heredero adulterio ó cualquier otro delito, será recibido por éste sin que se anule el testamento, como habria sucedido cuando hubiera sido el resultado de un contrato.

Y la diferencia se hace más sensible si tomamos otras condiciones no prohibidas por el Código; como sería, p. e., si por contrato me obligara á abrazar el estado religioso, ó á ejercer toda la vida una profesión determinada ó de no profesar una religión; condiciones que á mi juicio anularían un contrato, mientras que impuestas en un testamento no lo anularían; porque se considerarían como una circunstancia de más agregada á las que influyen sobre la vida de una persona para inclinarla á hacer ó no hacer tal elección, y porque siempre tiene en su mano la libertad de rechazar lo que se le impone renunciando á la herencia ó legado. La condición de no abrazar profesión ú oficio alguno sería nula igualmente; porque se condenaría al individuo á ser un miembro inútil á la sociedad en que vive.

La doctrina no puede crear prohibiciones, pues los autores ó jueces se convertirían en legisladores; pero hay casos que no pueden comprenderse rigurosamente en las prohibiciones, como los que acabamos

bría sido más lógico tomar las condiciones como no escritas, dejando que se cumpla la voluntad del testador. Por eso ha dicho, que *son especialmente prohibidas las condiciones siguientes:*

1<sup>a</sup> *Habitar siempre un lugar determinado, ó sujeta la elección de domicilio á la voluntad de un tercero* (art. 531, n<sup>o</sup> 1); porque

de estudiar. Así, entre los casos de cambiar ó no de religión, se puede colocar el de ser religioso ó de no serlo. Si hay un gran menoscabo á la libertad y á la sociedad el que una persona se comprometa á habitar siempre en un lugar, lo hay en mayor grado al obligarse á permanecer ocioso en una sociedad.

(Art. 531, n<sup>o</sup> 1.) Anula la obligación la condición de habitar siempre en un lugar determinado, porque hay un interés público en conservar la libertad de cambiar de lugar; pero si se impusiera un término para esa habitación, la condición sería válida. si no abrazara la vida entera del obligado. ¿Qué diríamos cuando la condición fuera de no habitar un lugar determinado? La prohibición es de sugetar al individuo toda su vida á un lugar determinado fijando su domicilio y atacando de una manera fundamental la libertad humana, pero prohibirle el domiciliarse en tal lugar, sólo la restringe en pequeña parte. Debemos atenernos, pues, á los términos de la ley que no comprende el caso.

---

*Nota del Dr. y clez Sarsfield al art. 530.*—Aubry y Rau, § 308, explican muy bien las condiciones de que trata este artículo.

Las condiciones imposibles tienen una íntima analogía con las prestaciones imposibles, y lo que diremos respecto de estas, debe aplicarse á las condiciones.

En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas. La condición, p. e., impuesta á un donatario de no emplear lo que se le deba en librar á su padre preso por deudas, se tendría por no escrita, porque ella tendría el efecto inmediato de inducir á un hijo ingrato á faltar á sus primeros deberes. La ofensa á las buenas costumbres debe ser efecto inmediato y cierto de la condición. Cuando la condición por sí misma no ofende las buenas costumbres, pero sin embargo da lugar á temer que sea ocasión de faltar á sus deberes, á quien se impone, tal condición no entra en la prohibición del artículo, porque la equidad enseña que las acciones de los hombres deben juzgarse por lo que les sea personal y no por el hecho de otro. El ultraje á las buenas costumbres debe encontrarse en la voluntad del que impone la condición, para que ella deje sin efecto el acto. Si su intención es pura é inocente, la condición vale, aunque sea un medio para que la otra parte falte á los deberes civiles ó religiosos. Véase Chardon, *Del Dolo y Fraude*, III, 365.





tienen un carácter de permanencia haciendo desaparecer una de las libertades más necesarias al hombre y que contribuyen al progreso humano; pero no serían prohibidas si fueran accidentales ó por tiempo determinado.

2ª *Mudar ó no mudar de religión* (art. 531, n° 2); porque se coarta la libertad de conciencia, que es una de las más preciosas del ser racional.

3ª *Casarse con determinada persona, ó con aprobación de un tercero, ó en cierto lugar ó en cierto tiempo, ó no casarse* (art. 531, n° 3). Esta condición, para ser prohibida, necesita que tenga por

---

La condición de habitar en un lugar determinado ó de sujetar la elección de domicilio á la voluntad de un tercero, no debe anular la obligación en ciertos casos, como si se estipulara la permanencia en tal lugar cuidando á un individuo enfermo, ó si se impusiera la condición de ejercer las funciones inamovibles de que se encuentra investido, en el mismo lugar donde las ejerce.—COIN DELISLE, l. c. n° 22. DURANTON, VIII, n° 132.

(Art. 531, n° 2.) La condición de mudar ó no de religión ataca una de las libertades que el hombre tiene en mayor precio y que ha sido objeto de garantías especiales en nuestra constitución: la libertad de conciencia. La ley supone al individuo con una religión, ¿pero si es materialista y la condición fuera para que tomase una religión? Sería válida, interpretando literalmente la ley, porque ella no prohíbe sino la condición de cambiar de religión ó que le privara de cambiar la que tiene, y se armoniza con los deseos que se debe suponer al legislador, de admitir como lícito un acto que beneficia á la sociedad, porque es peligroso para ella un hombre sin creencias religiosas.

(Art. 531, n° 3.) Nuestro Código ha llevado al extremo el deseo de velar por la libertad humana, cuando anula cualquier condición que pueda coartarlas tratándose del matrimonio. Anular la obligación porque se imponga por condición el casarse con determinada persona, es arriesgar, herir la misma libertad que se quiere proteger. ¿En qué se atacaría la libertad, legando una cantidad á una persona que no puede casarse por carecer de medios, para que lo hiciera con la que está de novio? Se puede suponer más aún: que el legado se hace al padre ó la madre natural, de un niño para que lo legitimen por el subsiguiente matrimonio.



fin no sólo limitar la libertad, sino anularla. El matrimonio es un contrato en que se necesita más que en ningún otro, un consentimiento libre y espontáneo, no sólo por la duración, que abraza toda la vida de dos personas, sino por las relaciones íntimas, y los afectos que está destinado á mantener, irradiando sobre la familia los sentimientos más puros.

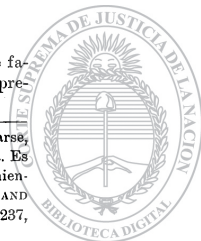
4<sup>a</sup> *Vivir célibe perpetua ó temporalmente, ó no casarse con persona determinada, ó divorciarse* (art. 531, n° 4); debiendo

En determinados casos los jueces no deben ceñirse al texto material de la ley y admitirán como válidas las condiciones de casarse con determinada persona, si se demostrase que en vez de contrariar la libertad se la ha favorecido.—COIN DELISLE, l. c., n° 35. DELVINCOURT, II, nota 3, pág. 60. DURANTON, VIII, n° 125. TOULIER, V, n° 251.

El casarse en cierto lugar debe tomarse como equivalente de hacerlo con alguna de las personas que viven allí, no á que el matrimonio se celebre en tal ó cual lugar, pues no contraría la libertad de elegir la persona para casarse. Así, sería válido el legado bajo la condición de que cuando el legatario se resolviera á casarse lo hiciere en tal ciudad; y sería nulo, si impusiera casarse con alguna de las personas que vivieran en esa sociedad. De casarse en cierto tiempo, esta condición de debe tomar con extrema prudencia, como en el caso de casarse con determinada persona. ¿Por qué se declararía nulo el legado con la condición de que una persona no se casara antes de los 20 años? Y así como fijamos la edad de 20 años podría señalarse la de 16, en que la condición resultaría estar conforme con nuestras costumbres y con las leyes físicas que exige el desarrollo para ciertas funciones. ¿Por qué se privaría al padre de aceptar para su hijo un legado con tal condición que interpreta su voluntad? Y, ¿por qué ese mismo padre no podría imponer tal condición á sus hijos? La prohibición debe tomarse con ciertas reservas, y siempre que los jueces no encontraran un ataque á la libertad, deben considerar válida la obligación.

La condición de no casarse está comprendida en la de vivir célibe toda la vida, y como tal la examinamos.

(Art. 531, n° 4.) La condición de vivir célibe perpetua ó temporalmente, anula también la obligación, y, sin embargo, habría casos en que los jueces debieran admitir su validez, en los testamentos, como los demostraremos al estudiar el art. 3609. ¿Por qué se anularía el legado de una renta, por ejemplo, dejado á una persona mientras permanezca



tener en cuenta que serán válidas aquellas condiciones que favorezcan el desarrollo físico, impidiendo los matrimonios prematuros.

soltera? El objeto no es coartar la libertad, ni obligarla á no casarse, sino de proveer á su subsistencia, mientras no tenga quien lo haga. Es lo más natural favorecer á una parienta, velando por su bienestar mientras esté soltera. Tales legados deben declararse válidos.—ROLAND DE VILARGUES, V<sup>o</sup>. *Condición de no casarse*. n<sup>o</sup> 8. TROPLONG, I, 237, Comp. Liege, enero 8 de 1806.

El vivir célibe durante cierto tiempo es una condición que anularía un contrato, pero no un testamento, si el tiempo determinado no abrazara la vida de la persona, ó por lo menos aquella edad en que se pueda aspirar á casarse. Sobre todo debe quedar al prudente arbitrio de los magistrados determinar, según las circunstancias y la intención de las partes, si la condición ha tenido por objeto privar por completo de la libertad á un individuo, ó sólo limitarla prudentemente encaminándola hacia su propia conveniencia. Se juzgaría válido un legado dejado á un estudiante de derecho con la condición de recibirse de abogado; y sería nulo un contrato con esa estipulación.

Debe tenerse presente la diferencia entre el cargo y la condición, que se hace en el art. 558 al cual nos referimos.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 531.—1<sup>a</sup> Savigny, Origen y fin de las relaciones de derecho, § 123.*

2<sup>a</sup> Savigny, lugar citado, n<sup>o</sup> 4.

3<sup>a</sup> LL. 64, § 1 y 72, § 4. Dig. *De Cond.*—Chardon, en el tratado *Del Dolo y Fraude*, III, desde la pág. 367, trata extensamente este punto.

4<sup>a</sup> LL. 22, 63 y 72, Dig. *De Cond.*—Respecto al divorcio, L. 5, Cód. de Instit. Véase L. 3, Tít. 4, Part. 5<sup>a</sup>, al fin.—L. 21, Tít. 11, Part. 5<sup>a</sup>.—L. 31, Tít. 7, Lib. 44, Dig.—Cód. Francés, art. 1172.—Cód. de Nápoles, art. 1125.—Cód. Sardo, art. 1263. Cód. Holandés, art. 1290.—Pothier, n<sup>o</sup> 240. Marcadé sostiene que el artículo del Código Francés, igual al nuestro, no puede comprender la condición negativa ó de no hacer, y que lo contrario sería un error. Aun cuando la condición de no hacer, dice, tuviese por objeto una cosa contraria á las leyes ó á las costumbres, una cosa ilícita, no habría siempre nulidad, y sería las más veces, conforme á las reglas de derecho y á la sana moral, mantener y reconocer válida la condición y la obligación de que depende. Cuando, por ejemplo, para fortificar vuestra voluntad y ayudarlos á vencer una pasión que os arrastra á una mujer casada, hemos convenido que os cedería por precio determinado la casa de campo que deseabais comprarme, pero con la expresa condición: «Si dejáis de ir á casa de esa mujer», es claro que nada hemos hecho que no fuera muy honorable. La religión y la ley exigen cumplir ese contrato. Si al contrario, se trata de un malvado que sólo ha querido hacerse pagar su abstención de un acto malo, es evidente que mi promesa no es obligatoria.

Las condiciones imposibles, contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes, anulan la obligación, pero sucede lo contrario con *la condición de no hacer una cosa imposible* (que) *no perjudica la validez de la obligación* (art. 532); porque

(Art. 532.) Se nota á primera vista la diferencia entre este artículo y el 530.

Hemos dicho en el artículo anterior que repugna á la justicia la estipulación de recibir pagos por abstenerse de lo que estamos obligados por la ley á no hacer; y habría inmoralidad en ser pagados por no robar ó no asesinar; pero no podría regirse por principios invariables y absolutos, quedando á la apreciación de los magistrados el averiguar la intención inocente ó inmoral de los contratantes. La separación de las condiciones de no hacer una cosa imposible que no invalidan la obligación apoyan la interpretación que hemos dado. Hay diferencia entre la causa y la condición: la obligación sería válida si la condición no fuera ilícita, y no obstante se anularía si la causa lo fuera. Así, te doy mil pesos si no me quitas los muebles: la obligación es nula apesar de que la condición es lícita, porque la causa es ilícita.

Hemos hablado de las condiciones sin hacer distinción entre la suspensiva y la resolutoria. La condición de hacer una cosa imposible anula la obligación, si es suspensiva; p. e., os venderé mi casa si tocáis el sol; la obligación es evidentemente nula; pero si la ponemos como condición resolutoria es válida; porque no podrá ser resuelta. Debemos, pues, decir: cuando la condición imposible es puesta como resolutoria no anula el contrato; pero si es negativa lo anularía; p. e., os vendo mi casa por mil pesos y la venta quedará resuelta si no tocáis el sol;

El autor, para dar visos de justicia al agente que se abstiene de una acción ilícita, le da el carácter de agente pasivo meramente en el primer ejemplo, y en el segundo ya es activo; ya exige un precio por no cometer un crimen, dándole iguales funciones, y poniéndolos en iguales casos; todo su argumento desaparece, si traducimos el primer ejemplo, diciendo uno de los agentes ha exigido, por dejar el adulterio en que vive, que el otro le dé una suma de dinero y que bajo esa condición se abstendrá del crimen: ¿le daría el señor Marcadé el derecho de demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación cuando se hubiese en verdad abstenido y no se le diese el dinero prometido? No es preciso, por otra parte, que la causa ilícita de una obligación lo sea para ambos contratantes; basta que lo sea para el que pretende ser acreedor en la obligación.

*Fallo de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 531.—*La prescripción de las acciones no es cuestión de orden público, y en consecuencia, el término puede ser libremente pactado por las partes contratantes.—Jur. Com. VIII, 53, 86r. 4°.



se supone impuesta, no como condición, sino como un agregado sin importancia alguna, como una especie de broma del que la impone.

§ 178.—DE LA MANERA COMO DEBEN CUMPLIRSE LAS CONDICIONES

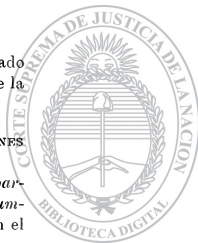
*Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosimilmente, quisieron y entendieron que habían de cumplirse (art. 533), atendiendo á la voluntad manifestada en el*

en ese caso no hay venta. LAROMBIÈRE, II, al art. 1173, n° 6. COLMET DE SANTERRE, V, n° 93, *bis* II. DEMOLOMBE, XXV, n° 312.

Las condiciones de cosas imposibles anulan la obligación y las de de no hacerlas las dejan subsistente, cuando son puestas como suspensivas, pues en las resolutorias resulta lo contrario. Larombière observa, que la condición resolutoria puede muy bien convertirse en suspensiva y vice-versa cambiando el hecho positivo de la una en negativo de la otra y reciprocamente. Así, en el ejemplo propuesto, os vendo mi casa y la venta quedará resuelta si tocais el sol, si la invertimos así: os vendo mi casa si no lo tocais, en ambos casos el contrato sería válido; pero este razonamiento no puede aplicarse á las condiciones ilícitas ó prohibidas por las leyes, y lo mismo cuando la condición resolutoria dependiese del no cumplimiento de un hecho imposible: porque sería necesario hacer lo imposible para impedir la resolución.

(**Art. 533.**) Cuando la condición fuera de hacer alguna cosa será hecha de la manera estipulada, y así queda resuelta la debatida cuestión sobre si debía cumplirse literalmente *in forma specifica*, o *per equipollens*. Cuando me he obligado á entregar mil pesos al menor A. he cumplido la condición dándoselos á su tutor, y no la habría llenado si se los entregara al menor y los hubiera malgastado. Los jueces deben interpretar en cada caso el cumplimiento de las condiciones atendiendo á la intención de los contratantes. Cuando he ofrecido mil pesos á B., si su maestro, pintor de renombre, hiciera mi retrato, el hecho personal de un tercero forma el objeto de la condición, y no puede cumplirse sino por la persona indicada. Lo que sucede en los contratos no puede tener una rigurosa aplicación en los testamentos donde

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 532.*—L. 17. Tít. 11, Part. 5ª—Lib. 3, Tít. 20, § 10, Instit.—Cód. Francés, art. 1173—Holandés, 1291—Sardo, 1264—de Nápoles, 1126.





acto mismo, ó tratando de interpretarla. En caso de duda sobre si la obligación es pura ó condicional, debe reputarse pura y simple: si la duda fuese sobre la condición misma, se debe distinguir; si es impuesta por el donante en un acto unilateral, se interpretará de la manera que fuere más favorable á la validez del acto; si hubiera sido impuesta en un contrato, se interpretará del modo que sea más favorable al obligado.

Uno de los caracteres de las condiciones, es que no pueden cumplirse por partes, y por eso se dice: *las prestaciones que tienen por objeto el cumplimiento de una condición, son siempre indivisibles (art. 534)*, y no se juzgan cumplidas sino cuando lo

sólo se debe interpretar la voluntad de una persona, que no puede explicarla ya y el arbitrio de los jueces tiene mayor latitud en esos casos.

Cuando se pone una condición que no es personal al obligado, el heredero deberá ejecutarla, porque las partes han considerado el hecho con independencia del ejecutor; así, en el ejemplo de Pothier, l. c., n.º 70, si me obligo á pagáros cierta suma, si durante este año haceis cortar el bosque que teneis en vuestra heredad y que me hace helar los viñedos; es una condición que deben cumplir los herederos del obligado.

Los efectos activos y pasivos de las obligaciones se transmiten á los herederos y sólo se exceptúan las inherentes á la persona.

La condición potestativa se transmite á los herederos en ciertos casos, porque sólo exceptúan las inherentes á la persona.

(**Art. 534.**) Este artículo y el siguiente debieron formar uno sólo, como se encuentra en el mismo párrafo de Pothier, Obl. n.º 215: pero tomémoslo aisladamente, completando la aplicación, con lo que dire-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 533.*—L. 119. Dig. De Verb. oblig.—Savigny, III, 141. Pothier, dice: «Si el hecho puesto en la condición es un hecho personal, si es el hecho de una persona elegida para hacerlo, más bien que el hecho en sí mismo, si las partes han tenido esto en mira, en tal caso la condición para que la obligación exista, no puede ser cumplida sino por la persona misma.» (n.º 207 de las Obligaciones).

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 533.—Las convenciones deben cumplirse de la manera que las partes verosimilmente quisieron y entendieron que debían de cumplirse.—Jur. Com., IV, 221.

Justificada que se ha llevando la condición de cuyo cumplimiento dependía la obligación de dar, el dador debe ser condenado al pago.—Jur. Civ., V, 50, Sér. 3.º.

La condición se considera cumplida, desde que el hecho ha tenido lugar de la manera que lógicamente debía suceder.—Jur. Civ., X, 189, Sér. 3.º.





han sido integralmente. Así, el cumplimiento parcial de una condición, no dará derecho á una parte proporcional de la obligación á la que va impuesta, y si la condición pasara á varios herederos, por muerte del obligado á cumplirla, en nada alteraría la indivisibilidad; así se ha establecido que, *el cumplimiento de las condiciones es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible. Cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la obligación (art. 535).*

mos en el siguiente. Se dice, son indivisibles, no porque no puedan ser varias y alternativas, sino en el sentido de que deben ser cumplidas en su totalidad, y no por partes. Si las prestaciones son varias y puestas copulativamente, se reputan como una sola é indivisible; si son puestas alternativamente, será indivisible la que se hubiere elegido. Esto ha hecho confundir á algunos haciéndoles decir, que el cumplimiento de la condición es cuestión de intención, y que si el juez encuentra que los contratantes han querido que la condición sea divisible, no habrá inconveniente. Los jueces no pueden declarar divisible una prestación, cuando la ley dice lo contrario, á menos que el acreedor lo consienta y la acepte por partes. Así, dice Pothier: «el cumplimiento de la condición es indivisible aunque el hecho objeto de la condición sea alguna cosa divisible,» citando el ejemplo, de que alguien me haya legado una cosa con la condición de dar á su heredero una suma de dinero, y agrega: «el cumplimiento de esta condición es indivisible en el sentido de que el legado estará en suspenso hasta el pago total de la cantidad, sin que la entrega parcial de alguna suma pueda dar derecho á pedir parte del legado.»

Cuando son varios los hechos que constituyen la prestación impuesta como condición, ellos deben cumplirse en su totalidad.

Es por esta razón que si se ha legado á P. una casa con la condición de dar al heredero del testador cuatro mil pesos, y muere antes que aquel, habiendo entregado sólo mil, el legado habría caducado y sus herederos sólo podrían recibir lo entregado por la *conditio sine causa*. Si el legatario de la casa sobreviviese al testador, sus herederos tendrían derecho para entregar lo restante, y tomar el legado. Cuando se dice, pues, que la prestación es indivisible, se refiere á los hechos que la constituyen.

**(Art. 535.)** El objeto de la condición puede ser una cosa divisible

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 534.—L. 13, Tit. 4, Part. 6ª.*



Cuando en la obligación se ha determinado el tiempo en que debe cumplirse la condición, se juzgará que no lo ha sido, si ha pasado el tiempo sin cumplirse, y si la condición fué suspensiva, la obligación se considerará como inexistente; si ha sido resolutoria, el derecho se adquirirá irrevocablemente. Si la condición sólo se cumplió en parte, el que la cumplió podrá reclamar lo entregado, y cuando importara un hecho de que se apro-

como si se tratara de entregar sumas de dinero ó cantidades de cosas; pero la prestación quedará siempre indivisible, y si uno de los interesados consiente en recibirla por partes, no bastará para que la obligación correspondiente renazca en la parte cumplida. La indivisibilidad establecida por la ley en nada altera la voluntad de las partes que pueden pactar lo contrario, ó aceptar la divisibilidad haciendo uso de un derecho propio; esto se establece sólo como principio para cuando no hubiere convenio entre los interesados.

Cumplida en parte la condición no hace nacer en parte la obligación, y esta no sería exigible si lo restante no pudiera cumplirse. En ese caso sólo podrá repetir lo entregado, porque no ha existido causa para recibirlo. La condición divisible y la obligación divisible también, no hacen que la prestación lo sea. En la aplicación de estos principios es necesario no confundir la condición con la carga ó precio señalado á la cosa. Así, cuando hacemos una transacción con A. abandonándole mis derechos sobre tal inmueble bajo la condición de que pagará diez mil pesos; si fallece dejando dos herederos, no habiendo pagado sino cinco mil, si uno de estos pagare los 2500 que le corresponden y el otro no lo hace, no tendría derecho para rescindir el contrato, perjudicando al otro heredero, porque en este caso la condición ha sido el precio de una cosa.

Cuando una condición afirmativa se hubiere impuesto con la indicación de un tiempo determinado para su cumplimiento, se debe considerar como no cumplida por el hecho de haber corrido el término, sin que los jueces puedan acordar prórroga alguna: pero si la condición fuere negativa, para cuya realización no hay tiempo determinado, no se reputará cumplida, sino cuando fuera cierto que el acontecimiento no se realizará.—Véase AUBRY y RAU, § 302, nota 33. DEMOLOMBE, XXV, 340.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 535.—L. 56, Dig. De Cond. et Dem.—Pothier, De oblig., nº 215.—Aubry y Rau, § 302.*



vechó el acreedor ó con el que se enriqueció, tendrá derecho á reclamar lo aprovechado.

Cuando la condición se refiera á hechos que el acreedor puede hacer ejecutar por otro, se reputará cumplida, si es autorizado por el juez para hacerlo; pero la obligación bajo condición suspensiva no existirá, si se han elegido condiciones personales en el obligado, y pasara el tiempo designado sin haberla cumplido, así como quedará firme é irrevocable en el mismo caso, si la obligación es bajo condición resolutoria.

*Cuando en la obligación se han puesto varias condiciones disyuntivamente, basta que una de ellas se cumpla para que la obligación quede perfecta; pero si las condiciones han sido puestas conjuntamente, si una sólo deja de cumplirse, la obligación queda sin efecto (art. 536),* pues, en el primer caso es la voluntad ex-

(**Art. 536.**) Cuando se hubieren puesto varias condiciones disyuntivamente, cualquiera de ellas que llegara á cumplirse, se tendrá por formada ó disuelta la obligación, sea la condición suspensiva ó resolutoria; si alguna se hace imposible bastará pueda cumplirse la otra; pero si las condiciones son puestas copulativamente, no se juzgarán cumplidas si una sola dejase de cumplirse. Pothier, hace una distinción en el ejemplo siguiente: un padre grava el legado ó su hijo con una sustitución en estos términos: *si muere sin hijo ó sin hacer testamento*, diciendo que la sustitución no puede tener lugar sino cuando las dos condiciones se hayan cumplido: aquí las dos condiciones han sido puestas copulativamente, aunque en una forma disyuntiva; para que la sustitución tenga lugar es necesario que muera sin hijos, si los tuvo no hay sustitución; pero si no los tuvo é hizo testamento, tampoco tendrá lugar la sustitución, porque á pesar de la conjunción las dos condiciones deben cumplirse: este ejemplo da á entender que no basta la partícula disyuntiva ó copulativa para decidir cuándo deben ser conjuntas ó alternativas las condiciones. Como lo hace notar Duranton, XXI, 49, la disyuntiva ó se toma muchas veces en sentido de la copulativa, y en sentido inverso debe tomarse algunas veces como disyuntiva.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 536.*—L. 129, Dig. De Verb. oblig.—Pothier, en el n° 223.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 536.—La obligación cuyo cumplimiento depende de dos condiciones conjuntas, la falta de una de

presa del imponente que el obligado pueda elegir cualquiera de las condiciones y, en el segundo, debe cumplirlas todas sopena de dejar sin efecto la obligación, si son condiciones suspensivas ó de quedar adquiridos los derechos, si fueren resolutorias.

§ 179.—CUANDO LAS CONDICIONES SE JUZGAN CUMPLIDAS

Cuando la condición es afirmativa se reputará cumplida así que el acontecimiento previsto se hubiere realizado: si fuera negativa, cuando no se realizara, ó fuera cierto que no se realizaría. Así, *se juzgarán cumplidas*:

1º *Cuando las partes á quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncien* (art. 537, 1ª parte); porque en-

(Art. 537.) ¿Cuándo se juzgan cumplidas las condiciones? Es una materia que abraza este y los siguientes artículos. Cuando la parte á quien aprovecha el cumplimiento renuncia voluntariamente la condición, esta se juzga cumplida; pero si fueren dos ó más personas á quienes aprovecharse y una sola la renunciara, se juzgará cumplida? A. y B. han prometido al corredor M. dos mil pesos, si les hace adquirir una casa por tal precio, obtenido el consentimiento del dueño, A. renuncia á comprarla y B. la adquiere sólo. ¿Ambos deben pagar la suma prometida, ó sólo el que la compró? Considerando la obligación como condicional, la suma ofrecida es debida por ambos, como la deberían si hubieran renunciado á adquirirla.

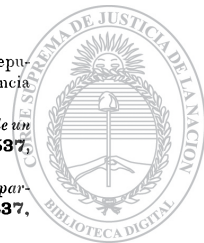
Si la condición depende de la voluntad de un tercero y este se niega á cumplirla ó rehusa su consentimiento, se reputará como si no hubiera existido la obligación.

Para juzgar si una condición se ha cumplido, es necesario clasificarla primeramente, si es casual ó depende del azar y no está en la mano del acreedor ni del deudor su cumplimiento, ó si es potestativa en que su cumplimiento depende de alguno de los interesados ó de un tercero. El artículo en su 1ª parte se refiere á las condiciones potestativas, porque no se puede renunciar voluntariamente á condiciones que dependen del azar. Cuando el acreedor ha renunciado á la condición

ellas exime al obligado hasta el total cumplimiento de ambas.—Jur. Civ., VII, 253, Sér. 1ª.

Justificado que se ha llenado la condición de cuyo cumplimiento dependía la obligación de dar, el deudor debe ser condenado al pago.—Jur. Civ., V, 50, Sér. 3ª.





tonces la obligación queda como si fuera pura y simple, reputándose cumplida la condición ó que no ha existido. La renuncia debe hacerse por persona capaz.

2° *Cuando dependiendo* (la condición) *del acto voluntario de un tercero. éste se niegue al acto ó rehuse su consentimiento* (art. 537, 2ª parte); porque es cierto que el hecho no se realizará.

3° *Cuando hubiere dolo para impedir su cumplimiento por parte del interesado á quien el cumplimiento no aprovecha* (art. 537, 3ª parte).

4° *La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento sucederá en un tiempo fijo, caduca, si pasa el término sin*

potestativa, la obligación no se ha formado; pero si el deudor ha impedido la ejecución, producirá efecto; así, cuando me obligo á entregar á mi vecino tal suma, si corta en su campo un árbol que me quita la vista, la condición no se habrá cumplido y no habrá obligación, si el vecino se niega á cortarlo; pero se juzgará cumplida, si yo le impedido que lo corte, oponiéndome por la fuerza.

En las condiciones potestativas no se deben tener en cuenta los acontecimientos de fuerza mayor ó fortuitos que impidieron su cumplimiento, pues de cualquiera manera que no se haya cumplido, la obligación no se ha formado.

Cuando el deudor, por medio de engaños ó dolosamente, ha impedido que la condición se cumpliera por el acreedor ó por un tercero, se juzgará cumplida para él, á menos de demostrar que la condición no se habría cumplido, aunque él no hubiera usado de los medios dolosos.

La ley habla del dolo del deudor para impedir el cumplimiento de la condición, lo que excluye la culpa en el sentido del art. 512, de la que no respondería en este caso. Puede impedirse el cumplimiento de una condición usando de un derecho, entonces solo habrá responsabilidad por parte del deudor, pues el que usa de su derecho, á nadie daña.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 537.*—Sobre este artículo y los tres siguientes, véase á Savigny, *Derecho Romano*, III, págs. 141 y siguientes, y Aubry y Rau, § 302.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 537.*—El cumplimiento de la condición á cargo de un tercero se considera llenado si se declara así, aunque particularmente éste se niegue á cumplirla.—Jur. Civ., VII, 322, Sér. 1ª.

Se juzga cumplida la condición, cuando dependiendo del acto voluntario de un tercero, éste rehusa su cumplimiento.—Jur. Civ., IV, 221, Sér. 1ª.

*realizarse, ó desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse (art. 539); esto solo tendrá lugar cuando la condición se ha puesto como resolutoria, pero si lo fué como suspensiva, la obligación no se habrá formado.*

5º Cuando la condición es negativa, como en el caso de *la obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento*

(Art. 539.) La condición puede imponerse para que se realice dentro de un término señalado, haciendo nacer la obligación, cuando es suspensiva, ó disolviéndola si es resolutoria, como si he prometido prestaros á interés diez mil pesos, si dentro de un mes viene mi padre y pasa el tiempo sin haber llegado, la obligación no ha nacido; si vendi mi casa con la condición que quedará resuelta la venta si viene mi padre dentro de un mes y este no viene, queda firme é inatacable la enajenación. Cuando pasa el término sin realizarse la condición suspensiva, la obligación no caduca, porque no hay obligación; en la condición resolutoria, la obligación existe y puede cesar por el cumplimiento de la condición, pero si ha pasado el tiempo sin cumplirse, queda firme la obligación contraída. Si es cierto que la condición no se cumplirá dentro del plazo, produce el mismo efecto que si se hubiese vencido el plazo sin cumplirse. De la misma manera, cuando la condición no ha tenido plazo y es evidente que no puede cumplirse, como si he prometido vender mi casa cuando llegue P. y este muere sin venir al país.

Lo que parece claro con relación á los contratos ofrece dudas y aun autorizaría á resolver de una manera contraria en los testamentos; p. e., si por contrato me obligo á entregaros una cantidad, cuando hubieras dado libertad al esclavo P. y este fallece antes que hayais cumplido la condición; no podrás pretender la cantidad porque los contratos se deben interpretar como dicen los juristas *quantum sonant*, como está estipulado; mientras las disposiciones de última voluntad son susceptibles de una interpretación más extensa. En el caso propuesto, un legado dejado bajo esa condición se reputaría adquirido como lo establece POTHIER, l. c., nº 213 y DEMOLOMBE, XXV, nº 339.

*Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 539.*—L. 27. Tít. 1. Lib. 45. Dig.—Cód. Francés, art. 1176—Holandés, 1214—de Nápoles, 1120—Sardo, 1267. Sobre este artículo y los dos siguientes, Savigny, III, pág. 141.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 539.—Procede la fijación, por los tribunales, del plazo para el cumplimiento de una obligación condicional.—Jur. Cív., III, 134, 86r. 4º.





*no se verifique en un tiempo fijo, queda cumplida si pasa el tiempo sin verificarse (art. 540).*

*6º Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse. Se tendrá por cumplida cuando fuere indudable que el acontecimiento no sucederá (art. 541).*

(Art. 540.) Este artículo es exactamente como el anterior con la diferencia que la condición es negativa, en vez de ser positiva. Cuando la condición es que el acontecimiento no se realice en un tiempo fijo, esta condición se reputa cumplida, si el tiempo ha pasado sin verificarse, y la obligación nace. Si he ofrecido prestaros á interés tal suma, si no hubiere guerra entre Chile y la Argentina dentro de un año, debo la cantidad pasado el año, sin que hubiere guerra.

Como se ha dicho en el artículo anterior, la obligación no se habrá formado si antes del año la guerra estallara. La redacción del artículo induce á creer que se tiene por cumplida la obligación, cuando es la condición, pues se comprende que siendo la obligación condicional, la exigibilidad de esta nace desde el cumplimiento de la condición.

(Art. 541.) Cuando no hubiere tiempo fijado para el cumplimiento de la condición, los jurisconsultos romanos se dividían en dos escuelas, que como lo hace notar Marcadé (al art. 1177, del Código Francés), no tienen razón de ser. Por nuestro Código la condición debe cumplirse en el tiempo que verosimilmente entendieron las partes que debía efectuarse.— Véase lo dicho al art. 533.

Los jueces deben determinar según las circunstancias de cada caso, investigando la voluntad de los interesados al formar la condición, cuando es que debe considerarse cumplida, y fijar un término para que se realice. Así, en el ejemplo de Pothier (Oblig., n° 9) cuando he ofrecido una suma á mi vecino si él corta un árbol que está en su terreno y que quita la vista á mi casa, los jueces, á petición mía, pueden señalar un plazo para que la condición se cumpla por el vecino ó renuncie á ella libertándome. No es justo que yo espere indefinidamente el cumplimiento de la condición.

Otra cosa sucederá cuando no teniendo plazo, fuera indudable que el acontecimiento no ocurrirá, como si he ofrecido prestar á interés

---

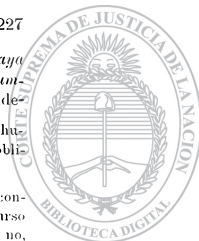
*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 540.*—L. 27, Tít. 1, Lib. 45, Dig.—Cód. Francés, art. 1177—Holandés, 1295—Sardo, 1268—de Nápoles, 1130.

7<sup>o</sup> *Se tendrá por cumplida la condición bajo la cual se haya obligado una persona, si ella impidiere voluntariamente su cumplimiento (art. 538)*: porque ha renunciado tácitamente al de una cantidad cuando llegare tal buque, sin indicar plazo, y aquel hubiere naufragado, siendo evidente que no llegará, en ese caso la obligación no se habrá formado.

(**Art. 538.**) Cuando se ha contraído una obligación bajo una condición, cada una de las partes se han conformado en esperar el curso natural de las cosas, esperando que el acontecimiento se realice ó no, según el desenvolvimiento ordinario de los hechos: cualquiera intervención de una de ellas para que no se realice, es una violación de la promesa, y por eso se juzga cumplida la condición, cuando el obligado impide voluntariamente su cumplimiento. En esta materia tan difícil, es necesario recurrir en cada regla á ejemplos que la expliquen, y así lo hacen todos los autores; seguiremos este método, con tanta más razón, cuanto que las disposiciones de nuestro Código son sacadas de ejemplos. Así, cuando he prometido prestaros á interés diez mil pesos, si el buque que tengo en el Paraguay entra al puerto dentro de quince días, y telegrafio posteriormente al capitán, de detenerse en el Rosario hasta el vencimiento del plazo, es evidente que debo prestaros la cantidad prometida, porque he impedido voluntariamente el cumplimiento de la condición. La ley romana dice: una condición se considera cumplida cuando aquel á quien aprovecha se opone á su cumplimiento, l. 81, § 1, tit. 1, lib. 35, Dig. Pero supongamos que el capitán roba y vende los aparejos del buque, y lo hago prender en el Rosario, deteniéndose el buque por esa causa; como mi objeto ha sido asegurar

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 541.*—Marcadé, sobre el art. 1177, del Cód. Francés, dice en el caso de nuestro artículo: «Si la condición negativa para la cual no se ha fijado término, es potestativa para el deudor, y consiste en un hecho que interesa al acreedor: si p. e., os habeis obligado á darme quinientos francos, si no haceis cortar en vuestro terreno un árbol que daña mi casa, yo puedo hacer fijar un plazo, pasado el cual debeis pagarme la suma de dinero, como que la condición se ha cumplido. Es verdad que una de las dos escuelas de los juriconsultos romanos era de opinión contraria, pero sobre esta opinión no puede ya haber duda alguna, en virtud de la disposición que declara que la condición debe cumplirse, de la manera que las partes entendieron verosimilmente que ella lo fuese».

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 541.*—Si el donante no se reserva el derecho de obligar al cumplimiento de las condiciones impuestas para perfeccionar la donación, se considera que el acto es condicional y no de modo.—IX, 49, Sér. 4<sup>a</sup>.







recho que podría ejercer en esos casos, y la ley le impone como una pena, privándole del derecho de elegirla.

mis bienes haciendo uso de un derecho perfecto, no será responsable por la falta de cumplimiento de la condición. Cuando se usa de un derecho que trae como consecuencia la falta de cumplimiento de la condición, la obligación no habrá nacido y nadie será responsable. En el ejemplo de Pothier, cuando me obligo á venderos mi casa, si en el término de seis meses prestais á Pablo cien mil francos; pero siendo vuestro acreedor os ejecuto, poniéndoos en la imposibilidad de entregar á Pablo la suma convenida, la condición no se reputará cumplida, pues usé de un derecho para obtener lo que se me debía, y no para impedir la condición, que habría podido cumplirse si hubieras tenido el dinero suficiente.

En los ejemplos citados se habla solamente de un derecho que el deudor pudo ejercer libremente, porque no se ha comprometido á no ejercerlo, pero en el ejemplo propuesto por el Dr. Llerena de la acequia en construcción, que debo concluir en diez días, y me he obligado á no usar del agua mientras la acequia se construyera, no uso de mi derecho empleándola antes del tiempo convenido; entra en las condiciones ordinarias en que el obligado impide voluntariamente el cumplimiento del contrato.—DEMOLOMBE, XXV, 349. TOULLIER, III, 610. DURANTON, IX, n.º 62.

No se debe hacer distinción entre la condición suspensiva y la resolutoria; porque en ambos casos producirá el efecto de tenerse por cumplida la condición. Pero deben de estudiarse cuando las condiciones se cumplen en un sólo hecho, diferenciándose de las que necesitan actos sucesivos; porque entonces es necesario que la negativa del deudor sea en cada acto para dar lugar al precio estipulado. Me he obligado á entregarte tal cosa bajo la condición que me trabajarás diez días en tal obra, te presentas el primer día y no quiero recibirte, no tendrás derecho de demandarme la cosa ofrecida, sino cuando te hubieres presentado los diez días y te hubiese rechazado.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 538*—Saviguy, III, 144, y siguientes. Las LL. 14, Tit. 4, y 22, Tit. 9, Part. 6.ª, confirman la resolución del artículo. Ellas hablan de las condiciones en las últimas voluntades: pero Gregorio López opina que debe ser lo mismo en las obligaciones.—Cód. Francés, art. 1178—Cód. Sardo, art. 1289—Cód. Holandés, art. 1293—Cód. Napolitano, art. 1131.—L. 89, *Dr Verh. Oblig.*, y LL. 24 y 81, Tit. 1, Lib. 3.ª, Dig.

*Fallos de la S. C. N.*—*Aplicación del art. 538*—El acto voluntario del obligado que impide el cumplimiento de la condición, autoriza á considerar ésta como cumplida en su contra—XXXIV, 348.

Las condiciones se imponen generalmente, refiriéndose á acontecimientos extraños á las personas contratantes; pero también pueden ser potestativas, cuando dependan de la voluntad del obligado, en estos casos el no cumplimiento resolverá la obligación, si ha sido impuesta como resolutoria.

#### § 180. DEL EFECTO DE LAS CONDICIONES

Cuando la condición ha suspendido la obligación, esta se considera como si nunca hubiera existido, si la condición no se cumple ó es cierto que no se cumplirá; pero cuando ha tenido lugar, es decir, *cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo* (art. 543). Así, cuando una

(Art. 543.) La obligación condicional suspensiva no existe hasta que la condición no se cumple; pero una vez realizada, nace con efecto retroactivo al día de la estipulación. Este efecto se funda en la presunta voluntad de las partes, que al estipular desean tenga valor desde su formación.

Los contratantes ó sólo el promitente en los testamentos y legados, han querido que la obligación contraída bajo condición, exista ó no desde que el acto haya tenido lugar; así, la obligación ha existido de *presente* se puede decir, una vez cumplida la condición, ó dejó de tener lugar de presente también, si no se cumplió. No sucede lo mismo en la condición resolutoria.

En las obligaciones condicionales, los autores hacen la siguiente distinción aceptada por el Dr. Velez Sarfield, en su nota: cuando la acción se limita á dar ó entregar una cosa, la obligación condicional suspensiva tendrá efecto retroactivo y se considerará formada en el momento de la estipulación; pero en las de ejecutar personalmente una cosa no se concede el mismo efecto, pues el obligado no lo está sino desde que la condición se cumplió.

Por nuestro derecho, sea la condición de entregar ó de ejecutar, el mismo efecto retroactivo debe producirse, porque en el segundo caso se considera que el obligado á ejecutar lo estuvo desde la estipulación; pero esto no tiene sino importancia muy secundaria. El efecto retroactivo no tiene gran alcance, pues la fecha de la obligación no confiere prioridad entre los acreedores quirografarios, y sólo tendría en los casos de concurso ó quiebra, y entre los acreedores privilegiados. En los casos de una hipoteca convencional ó por un crédito eventual, como





cosa legada bajo condición suspensiva se ha entregado por error al legatario, puede ser reclamada, pues mientras la condición no se cumpla, sólo tiene derecho para tomar las medidas conservatorias necesarias.

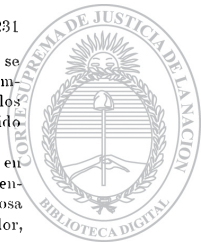
ella se registraría en los términos de su constitución, se consideraría constituida desde su fecha, si la condición se cumpliera, y sería preferida á cualquiera otra posterior. ¿Qué se debe resolver respecto de los frutos? Véase el art. 548 y lo dicho allí.

¿Si pendiente la condición se operase un cambio en la legislación? Se trata de un derecho adquirido, y la ley nueva no puede alterarlo sin destruir la base sobre la que reposan los actos jurídicos, y por regla general están fuera del radio de acción de la nueva ley. El cambio de legislación en nada puede tocarlos; otra cosa sería si la ley misma señalara un efecto retroactivo, como puede hacerlo; entonces caerían bajo su acción. Hemos dicho en el art. 3, que las leyes pueden retroaccionar, á no ser en materia penal, y una prueba de ello es el efecto retroactivo señalado á las obligaciones condicionales.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 543.—L. 1, Tít. 4, Part. 4ª.—L. 14, Tít. 11, Part. 5ª.—L. 11, Tít. 4, Lib. 20, Dig.—L. 3, Tít. 20, § 24, Inst.—Cód. Francés, art. 1179.—Cód. Holandés, art. 1297.—Cód. Napolitano, art. 1132.—Cód. Sardo, art. 1270.* Marcadé hace notar las consecuencia del artículo, en su comentario al art. 1179. Dice así: «La obligación condicional, y en general todo derecho condicional, cualquiera que sea su naturaleza, no es un derecho que *exista* según que el acontecimiento tenga ó no lugar; es un derecho que, según la condición prevista, *existe ó no* desde el presente. El derecho no tiene ni tendrá jamás existencia alguna, si la condición no se cumple. Pero tiene existencia actual, si más tarde la condición se cumple. El cumplimiento de la condición tiene pues necesariamente un efecto retroactivo en el momento mismo de la obligación. El cumplimiento de la condición, retrotrayendo sus efectos al momento de contraerse la obligación, y haciendo que ésta se encuentre haber sido pura y simple, hace que todos los derechos reales que el deudor habría podido conferir *pendente conditione* sobre el inmueble que debía entregar, queden sin efecto».

La última consecuencia que el autor deduce, parte del antecedente, que se halla sólo en el Cód. Francés, de transferir la propiedad de los bienes raíces por sólo el contrato sin necesidad de la tradición. Para nosotros, el efecto retroactivo que produzca la condición, no anularía los derechos reales, constituidos durante la condición, sino que el deudor se hallaría, por ejemplo, en el caso del que ha vendido el bien raíz á uno, pero no habiéndolo entregado, lo vende á otro, ó constituye en él derechos reales.

Zachariæ limita el efecto retroactivo de la obligación en el caso del artículo á las obligaciones de dar, y no á las obligaciones de hacer: «Esto es verdad, dice, en las obligaciones de dar la condición cumplida, tiene entonces un efecto



Cuando la condición no ha suspendido la obligación y se ha puesto como resolutoria del derecho adquirido, una vez cumplida deja sin efecto el contrato y debe entregarse la cosa con los frutos pendientes, pero no los percibidos, porque habiendo sido verdadero dueño los ha adquirido legítimamente.

Si la cosa objeto de la obligación condicional ha perecido en su totalidad sin culpa del deudor, aunque la condición suspensiva se cumpla, la obligación no tendrá efecto desde que la cosa no existe. Si la cosa sólo existe deteriorada, sin culpa del deudor, la entregará en el estado en que se encuentre, según los casos.

Cuando la condición suspensiva se refiere á hechos personales que debe ejecutar el obligado, habiendo elegido sus calidades, si falleciere sin ejecutarlos, la obligación quedará sin efecto; pero podrán cumplirla los herederos, si la condición fuese de aquellas en que no se ha elegido la persona por sus condiciones especiales.

Cuando la condición es resolutoria, si la cosa se perdiera sin culpa, el adquirente soportará la pérdida, pues es el verdadero dueño; si la condición es suspensiva la cosa se perderá para el promitente, porque es dueño de ella.

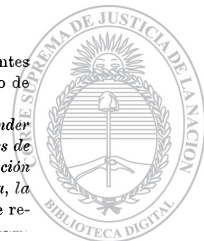
*Los derechos y obligaciones del acreedor y deudor que fallieren antes del cumplimiento de la condición, pasan á sus herederos (art. 544),* si son de los que fueren transmisibles y que

(Art. 544.) Las obligaciones condicionales no pueden ser alteradas por la nueva legislación: de ahí se deduce esta consecuencia: los

retroactivo al día en que ha sido contraída, porque la cosa que hace el objeto de la obligación de dar, es necesariamente el objeto de los derechos recíprocos en el tiempo intermedio á la obligación y al cumplimiento de la condición. El cumplimiento, pues, de la condición, hace remontar ó cesar los efectos de la obligación al día en que ella se celebró. Mas en las obligaciones de hacer es otra cosa. la condición suspensiva ó resolutoria no tiene efecto retroactivo. Si se trata de una condición suspensiva, es evidente que no es obligado á hacer sino cuando la condición se cumpla. Si se trata de una condición resolutoria, y antes del cumplimiento de ella se ha hecho lo que ella obligaba, este cumplimiento no impide que la cosa haya sido hecha, (§ 534, nota 21).

*Faltos de la Ctm. de Apet. de la Ctp.—Aplicación del art. 543.*—Justificado que se ha llenado la condición de cuyo cumplimiento dependía la obligación de dar, el deudor debe ser condenado al pago.—Jur. Civ., V, 50, Sér. 3ª.

—Llenada la condición es ineludible el cumplimiento de la obligación.—Jur. Civ., XI, 132, Sér. 3ª.



no se extinguen con la persona; porque los derechos inherentes á esta, como los alimentos, el derecho que confiere el pacto de preferencia, etc., no son transmisibles.

*La obligación contruida bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; pero si la condición hiciere depender la obligación de un hecho que puede ó no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida (art. 542),* porque en el primer caso se re-

derechos se transmiten tanto á los herederos del deudor como del acreedor, salvo los inherentes á la persona, ó cuando así se hubiera estipulado en el contrato ó resultase de una disposición de la ley, como en los legados condicionales, art. 3799, en que caducan si el legatario muriese antes de cumplirse la condición ó de vencerse el término incierto; sin embargo, debe hacerse notar, que los legados se transmiten á los herederos cuando la condición ó término incierto se ha puesto sólo para la entrega del legado; como si me legan tal cosa que me será entregada cuando muera Pedro, este derecho lo transmito á mis herederos.

Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente á los herederos y sucesores, art. 1195, lo que equivale al principio del art. 1122, Cód. Francés, «se juzga que el estipulante lo hace para sí y sus herederos y causa habientes». Formando la obligación condicional, parte del patrimonio de una persona, ella debe transmitirse por las reglas generales del derecho de sucesión.—DEMOLOMBE, XXV, 363.

(Art. 542.) Las condiciones son potestativas ó casuales: potestativas, cuando dependen del obligado; pero éstas admiten una subdivisión; las que dependen de la sola voluntad, se colocan en primer rango, como os alquilaré mi casa cuando quiera; de aquellas que dependiendo de la voluntad del obligado, se sujetan á un hecho que puede ó no ejecutar, que se colocarán en otro rango, como si ofrezco alquilaros mi casa, si dentro de un mes he ido al Rosario. En el primer caso la obligación será nula; porque es absolutamente potestativa; pero en el segundo no está sometida exclusivamente á la voluntad del obligado, pues, á pesar mío puede llegar á realizarse.

Así, en el segundo ejemplo, puedo ser obligado por acontecimientos no previstos á tener que ir al Rosario, y entonces se realiza la condición. Algunos juriconsultos romanos, sostenían *que si ita stipulatus*

---

*Nata del Dr. Velez Sarsfield al art. 544.—Las citas y concordancias del artículo anterior.*

puta que no hay un acto serio, cuando el obligado deja á su exclusiva voluntad el cumplir la condición, mientras en el segundo, un acontecimiento cualquiera puede hacer que el acto se ejecute y la condición se cumpla.

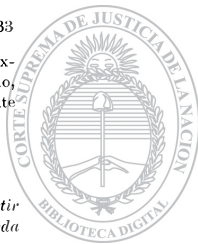
§ 181.—DE LAS OBLIGACIONES BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA

*La obligación bajo condición suspensiva es la que debe existir ó no existir, según que un acontecimiento futuro é incierto suceda ó no suceda (art. 545); es decir, la obligación no existe en*

*fuero, cum vulueris.... alii inutilem, si antequam contituas, morieris, l. 46, § 2; tit. 1, lib. 45, Dig.; es decir, que era válida la estipulación, no dejando á la elección del obligado sino el tiempo en que debiera hacerla; pero por nuestro derecho no sería sostenible tal opinión. Por el contrario, cuando hay un hecho que el obligado puede ó no ejecutar, entonces la obligación está en suspenso, hasta que ocurra el hecho; p. e., prometo alquilaros mi casa, cuando ejecutare tal acto, el vínculo no se ha formado; pero lo estará si el hecho se verifica, y no se realizará sino privándome de ejecutar el acto.*

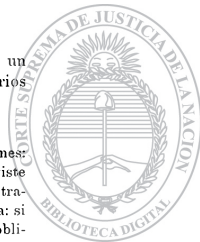
(Art. 545.) Al estudiar el art. 528, observamos los caracteres principales de las condiciones en general y nos referimos á lo dicho allí; pero agregaremos algunas consideraciones sugeridas por la proposición de Zachariæ, § 534, nota 10, seguida por Demolombe, XXV, 281, de que la condición suspensiva, relativamente á una de las partes, puede ser considerada como condición resolutoria respecto de la otra ó vice versa; y con todo el respeto que nos merecen jurisprudencias tan

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 542.—Instít. De Verb. Oblig., [§ 4.—Zachariæ, en el § 534, nota 16, dice, respecto á la resolución del artículo anterior, que es igual al artículo del Cód. Francés: "Toda obligación es nula cuando ha sido contratada bajo una condición potestativa, de parte de quien se obliga. Esta disposición es demasiado general: sólo es verdadera, en el caso de la condición puramente potestativa; es decir, de la que hace que el obligado sólo lo sea cuando él quiera. Pero la obligación es válida, cuando la condición potestativa se halla modificada por una circunstancia que le quite lo que pueda tener de puramente voluntario, de tal suerte que ella dependa, no de la sola voluntad del deudor, sino de un hecho que esté en su poder ejecutar ó no. Por ejemplo, si yo os vendo alguna cosa con la condición de que irá á París, la obligación es válida, porque hay un vínculo de derecho, desde que me encuentro colocado entre la obligación de no ir á París ó de venderos la cosa prometida en venta". Lo mismo, Savigny, III, 140.*



realidad, como un derecho exigible, pero la ley reconoce un derecho en suspenso, y concede al acreedor actos conservatorios para resguardarlo.

notables nos permitimos disentir en virtud de las siguientes razones: la condición suspensiva deja sin formarse la obligación, esta no existe si la condición no ha tenido lugar; en la resolutoria sucede lo contrario, la obligación formada se disuelve. Se raciocina de esta manera: si he prometido venderos mi casa, si tal acontecimiento sucede, esta obligación que es suspensiva para el acreedor que espera el acontecimiento, es resolutoria para mí, porque me obliga a vender la casa; pero eso no es dar su valor jurídico a las palabras. La obligación ha estado en suspenso para acreedor y deudor, y el acontecimiento ha determinado si debe considerarse como existente ó no; por mi parte no estaba obligado sino á esperar se realizara el acontecimiento ó que fuera evidente que no se realizaría; cuando el acontecimiento tiene lugar, él no ha venido á destruir derecho alguno adquirido, como sucede con la condición resolutoria; esto sucede en las condiciones suspensivas; en las resolutorias que no pueden ser suspensivas para una de las partes, el raciocinio se ajusta más y adquiere mayor claridad. He adquirido un derecho, comprando una casa, p. e., con la condición de que la venta quedará sin efecto si tal acontecimiento sucede: aquí no hay condición suspensiva, ni la adquisición se puede decir que no sea definitiva; es cierto que mi derecho no es irrevocable, porque realizada la condición él se resuelve; pero esto no lo suspende, desde que lo ejerzo en toda su plenitud. El vendedor no tiene un derecho adquirido bajo una condición suspensiva, como lo dicen Aubry y Rau, § 266, nota 13, citada por el Dr. Velez Sarsfield en la nota al art. 3117, porque un derecho semejante supone un título de adquisición cuya eficacia está subordinada á un acontecimiento futuro é incierto, y ese título no puede resultar en favor del vendedor, del acto mismo por el cual ha transmitido su propiedad; porque él no es propietario, dejó de serlo desde que transmitió la cosa al comprador. Para que la condición resolutoria fuera suspensiva para el enajenante, sería necesario que la obligación no hubiera producido efecto. Es cierto que algunas veces pueden confundirse estas condiciones según los términos en que fueron hechas, como en el ejemplo de Duranton, XI, 44, la venta de mi casa quedará realizada mediante 10.000 francos si algún otro no me dá durante un mes un precio superior; la condición es aquí suspensiva. Pero digo: os vendo mi casa por diez mil francos, y la efectúo; no obs-





Cumplida la condición se considera como si la obligación hubiera existido desde que se contrajo; por esa razón habría sido más exacto decir: la obligación existe pero no definitivamente.

Mientras la condición no se cumpla el deudor no puede ser compelido á ejecutar la obligación: pero en cambio no puede disponer libremente de la cosa ofrecida, porque *pendiente la condición suspensiva, el acreedor puede proceder á todos los actos*

tante, si algún otro me diera en el mes un precio superior, no habrá venta: la condición entonces será resolutoria.

El Dr. Llerena enseña, que las obligaciones bajo condición suspensiva existen para ciertos efectos, en lo que estamos conformes, porque la ley acuerda derechos conservatorios al que puede llegar á ser acreedor; pero agrega en seguida: «en estos casos la condición no suspende la obligación, sino su ejecución;» lo que no es exacto, pues si la condición no se cumple, la obligación no existe y los derechos conservatorios sobre una obligación que no se sabe si existirá son una precaución de la ley, que no altera la naturaleza de la obligación. Se confunden los dos términos que necesariamente debe recorrer la obligación condicional: 1º, su formación primitiva que crea derechos en expectativa; 2º, su existencia real cuando la condición se cumple y se puede exigir la ejecución del contrato. Jamás la obligación suspensiva pasa al segundo estado sin haber recorrido el primero, y si se sustrae á la aplicación de la ley nueva, es porque esta no puede alterar ni destruir la relación jurídica creada por la voluntad de las partes, para el caso de suceder el acontecimiento previsto.

¿Cuáles son los derechos del deudor sobre la cosa ofrecida pendiente la condición? Se deben admitir los actos de mera administración, y pueden hacerse las convenciones que quisiere con este objeto, bajo la condición de cesar, cuando cese su derecho.

La obligación bajo condición suspensiva debe tener estos caracteres: 1º, suspender la obligación; 2º, que el acontecimiento sea futuro, porque si fuera sobre un hecho pasado la obligación no estaría en suspenso; 3º, que sea incierto, porque si hubiera la certidumbre, la obligación no estaría suspensa, existiría, y sólo la ejecución estaría pendiente.

\* *Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 545.*—Mareadé sobre el art. 1181 del Cód. Francés.





*conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos (art. 546).*

(Art. 546.) Este derecho nace de la ley, no de la convención, sólo á ella debemos referirnos, limitándolo á los actos meramente conservatorios de esos derechos. ¿Cuáles son las medidas conservatorias que puede ejercer el futuro acreedor? La limitación existe en el mismo artículo: las que sean necesarias y permitidas por la ley para la garantía de sus intereses; para las segundas nos atenderemos á lo que el Código acuerde expresamente; pero, ¿qué diremos de las necesarias? ¿Se dejarán al criterio de los magistrados el juzgar sobre la necesidad de una medida conservatoria no acordada expresamente por la ley? Nuestra opinión afirmativa, se funda en la palabra necesaria, que no tendría sentido si sólo abrazare las medidas conservatorias permitidas por la ley, y porque la ley misma supone que no puede haber previsto ciertos actos. Son derechos conservatorios autorizados por la ley, los ejercidos por el acreedor hipotecario sometidos á una condición resolutoria, pidiendo se le dé una colocación actual á su crédito, dando fianza de restituir la suma si se cumple la condición, como el de pedir el depósito de los fondos, ó fianzas á los acreedores posteriores, arts. 3155 y 3156, ó impedir al propietario de un inmueble hipotecado; ó impedir la formación de inventario de una sucesión, ó la separación de los bienes de la herencia de los del heredero, arts. 3433 y 3434, ó oponerse á una partición privada, art. 3465. En los casos de concurso, el acreedor bajo una obligación condicional puede pedir una colocación actual, si la condición es resolutoria, dando fianza, ó pedir una fianza si es suspensiva. Puede oponerse á la venta y entrega de la cosa que le está vendida bajo una condición suspensiva. ¿Podrá embargar la cosa que le ha sido prometida bajo condición suspensiva? Un acto semejante importaría la ejecución de una obligación que aún no existe, y excedería el límite de la medida conservatoria, pues privaría al propietario del uso y goce de la cosa á que tiene derecho, mientras la obligación no esté formada y así se ha decidido por varias cortes francesas.—DURANTON. XI, 70. COLMET DE SANTERRE, V, 99, *bis* I. DEMOLOMBE, XXV, 370. LAROMBIÈRE, II, nos 3 y 4.

Debemos concluir, pues, que las medidas conservatorias necesarias que el acreedor bajo condición suspensiva puede tomar, son las tendientes á garantizar su derecho que puede nacer con el acontecimiento, sin herir ni menoscabar los que el dador debe ejercer sobre sus bienes; y decimos el acreedor bajo condición suspensiva, porque el adquirente



El enajenante de una cosa determinada, prometida bajo condición suspensiva, continúa siendo dueño de ella, y percibe y hace suyos los frutos que la cosa ha producido, y como verdadero propietario son á su cargo los riesgos y peligros; así cuando la cosa llegare á perecer sin su culpa, pendiente la condición, el acreedor no puede reclamar la ejecución de la obligación, ni los daños é intereses.

bajo condición resolutoria es el verdadero dueño, hasta que la condición no venga á privarle esa calidad.

Si los acreedores bajo condición suspensiva, que no lo son en realidad, pueden tomar medidas para conservar sus derechos futuros é inciertos, con más razón lo tendrán los acreedores á plazo, que tienen verdaderos derechos y sólo está en suspenso su ejecución. El art. 3154, autoriza al acreedor á término para pedir una colocación actual, cuando se distribuye el precio del inmueble hipotecado y el art. 2002, lo autoriza á pedir fianza si se hiciera el deudor insolvente ó cambiare de domicilio á otra provincia. Las medidas conservatorias que puede pedir el acreedor á plazo, se extienden á los casos de concurso, y á todo acto autorizado por las leyes de procedimientos, así como á los de enajenación de bienes por ausentarse del país el deudor.

Cuando la ley habla de medidas permitidas no se refiere, como se ha creído, á las no prohibidas, porque aquí se trata de derechos que sólo son tales por el reconocimiento de la ley y que no existen sin ella. El principio constitucional que garante á todos los habitantes el derecho de hacer todo lo que no está prohibido y que traduce por el de «nadie está obligado á hacer lo que la ley no manda, ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe» se aplica á las acciones inherentes á la persona y que esta puede ejecutar en interés ó daño de sí misma, pero no á los demás; así, cuando la ley calla respecto de un acto, el individuo puede ejecutarlo si no daña á terceros. Para ejercer derechos contra terceros, es necesario que esos derechos le sean expresamente concedidos, pues nadie puede restringir la libertad de una persona, sin haberse constituido un derecho sobre ella, art. 910.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 546.*—Cód. Francés, art. 1180—Holandés, 1298—Sardo, 1271—L. 4, Tit. 6, Lib. 42, Dig. Es verdadero acreedor, aun pendiente la condición. L. 42, Tit. 7, Lib. 44, y L. 55, Tit. 16, Lib. 50, Dig.—Pothier, n° 222—Zachariæ dice: «Si el deudor quebrase antes del cumplimiento de la condición, el acreedor podría obligar al concurso á darle fianza de la ejecución de la obligación llegado el caso, pues sin esta fianza sus derechos serían comprometidos por la disminución del activo que le servía de garantía.» (§ 537, nota 4.)



Los derechos reales de hipoteca ó anticresis constituidos por el deudor sobre la cosa ofrecida condicionalmente, no producirán efecto, si la condición se cumple, porque no han podido constituirse sino bajo la misma condición, y los acreedores sólo tendrán derecho contra el obligado.

Pendiente la condición, el adquirente de un inmueble puede interrumpir la prescripción contra los terceros poseedores, siempre que corriese en su contra, ó que corriendo en contra del deudor pudiese serle opuesta. La prescripción no corre entre acreedor y deudor durante la condición.

#### § 182.—DEL EFECTO DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Como el vínculo que produce la obligación bajo condición suspensiva existe realmente, aunque permanezca en suspenso, de ahí resulta que una vez cumplida la condición, la obligación se considera formada desde que se contrajo, pero sus efectos con relación al deudor y los terceros no son los mismos que en la obligación pura y simple. Así, los frutos percibidos por el deudor los ha hecho suyos, por más que la ley haga remontar (por el efecto retroactivo) la validez de la obligación al mismo momento de contraerse, y los terceros hacen suyas las cosas adquiridas de buena fe.

*Si la condición no se cumple, la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado (art. 548, 1ª parte) y el deudor*

(Art. 548.) Cuando la condición suspensiva no se ha cumplido, la obligación se reputa como si jamás hubiera existido, y este artículo confirma de una manera categórica este principio; pero como se han confundido las nociones sobre la condición suspensiva, tomando las palabras que Zachariæ trae precisamente para demostrar con más claridad los efectos de las condiciones, es necesario explicar esta confusión entre el texto y la nota. Así dice Zachariæ en el texto: «Si, p.e., el acreedor ha sido puesto en posesión de la cosa que era el objeto de la obligación, deberá restituirla con los aumentos y los frutos que hubiere percibido;» lo que era lógico, pues jamás había tenido derecho, y nuestro Código cambió las palabras, diciendo: *pero no los frutos percibidos*. Y para aumentar las dificultades apoyó el Dr. Velez Sarsfield este artículo en la nota de Massé y Verger sobre Zachariæ, correspondiente á otro caso diferente. Véase cómo ha sucedido: supone Zacha-



*puede repetir lo que durante la condición hubiese pagado al acreedor*

riae en el texto que si la condición se cumple, se reputa formada la obligación desde un principio y agrega: «si el objeto de la obligación era un inmueble y el deudor hubiera dispuesto de él, el acreedor podría atacar esta disposición (lo que entre nosotros no se puede hacer sino en caso de mala fe ó fraude), y el deudor estará obligado igualmente á entregar la cosa con los aumentos que haya recibido, así como los frutos percibidos por él.» Los anotadores Massé y Verger contradicen esta conclusión en la nota, y el Dr. Velez Sarsfield la trae en apoyo del artículo, introduciendo así una confusión. La nota está en armonía con nuestra legislación en el caso de la venta de un inmueble bajo condición suspensiva, en que el deudor debe la cosa con los aumentos, pero no con los frutos que han sido del dueño, mientras la condición no se ha cumplido, armonizándose así con el art. 1372, n° 2, donde el comprador condicional es mero administrador de cosa ajena, debiendo restituirla con sus aumentos y frutos, y teniendo derecho á compensarlos, sólo cuando hubiere pagado el precio. de que habla el inc. 3°. Pero tal como se encuentra nuestro artículo, no se comprende por qué razón habría de conservar los frutos el tenedor de la cosa prometida bajo condición suspensiva, desde que no se ha cumplido la condición y su derecho jamás ha existido. Sólo suponiendo buena fe en su posesión podría hacer suyos los frutos percibidos. Pero, ¿cómo se podría suponer esa buena fe, cuando sabe que la cosa no le pertenece ni tiene derecho á poseerla?

Sólo podríamos explicarlo, aplicando lo que dijimos en el art. 547, cuando el deudor voluntariamente sabiendo que no tiene obligación de entregar la cosa prometida lo ha hecho, cambiando la obligación suspensiva en una resolutoria. Si hubo error en la entrega de la cosa podrá reclamarla con sus frutos y aumentos. No comprendiendo este artículo el caso de venta condicional expresamente legislado por el art. 1370 ha perdido mucho de su importancia; pero deberá corregirse en el porvenir aclarándolo en el sentido indicado.

En la legislación francesa la venta transfiere la propiedad por el título y la inscripción sin necesidad de tradición, y eso autorizaba á afirmar que el inmueble ofrecido se debía con los frutos, desde que la obligación tiene efecto retroactivo; pero los autores retroceden ante la realidad del hecho que debe ceder á la ficción de la ley. La verdad es que la cosa ofrecida bajo condición suspensiva no ha salido del dominio del promitente; ha sido suya hasta el momento de cumplirse la condición y ha percibido con perfecto derecho los frutos. — DURANTON,



*dor* (art. 547), porque no hay causa para retener lo recibido.

XI, 82. TOULLIER, VI, 541, 545 y 548. COLMET DE SANTERRE, V, 98, *bis* 7. DEMOLOMBE, XXV, 401, y los anotadores de ZACHARIE, MASSÉ y VERGER apoyan esta opinión que es contradicha por AUBRY y RAU, § 302, nota 62. MARCADÉ al art. 1179, n° 2, y LARONNIÈRE, II, al art. 1181, n° 14.

Por nuestra legislación no hay discusión posible; el cumplimiento de la condición que hace retroaccionar la obligación no alcanza á los frutos, art. 1370 y nota al art. 549. El que ha ofrecido una cosa bajo una condición suspensiva, no debe los frutos percibidos pendiente la condición, porque la cosa es suya hasta el cumplimiento de la condición; pero si entregó la cosa voluntariamente, esos frutos los retiene el acreedor, y la única razón para sostener tal conclusión es la de admitir que se ha cambiado la condición suspensiva en resolutoria, por la voluntad del promitente al entregar la cosa; así, el que la toma con condición resolutoria hace suyos los frutos y la restituye sólo con sus aumentos. El Dr. Llerena incurre en error al enseñar, que en la venta condicional «aun cuando no se haya entregado el precio, el acreedor hace suyos los frutos percibidos», porque se deduce todo lo contrario del art. 1370, n° 2, pues el comprador condicional que recibe la cosa es considerado como administrador de cosa ajena, y por el inc. 3 es admitido á compensar los frutos percibidos con los intereses del precio pagado; lo que importa ordenar la restitución de los frutos, cuando no lo hubiere pagado.

La restitución de la cosa será con los aumentos tenidos por sí, dice el artículo, lo que limita el derecho del dueño, y no podrá tomarla sin pagar los otros aumentos que no sean naturales; es decir las mejoras hechas por el tenedor de la cosa.

(Art. 547.) La obligación bajo condición suspensiva no existe

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 549.*—Zachariæ, dice: «El efecto retroactivo de la condición no puede hacer que él no haya tenido el derecho de poseer. Hasta el cumplimiento de la condición ha tenido de buena fe la posesión de la cosa, y por consiguiente el derecho de percibir los frutos (§ 585, nota 9). Duranton sostiene la opinión contraria, y Marcadé discute la cuestión y la opinión de Duranton. (Sobre el art. 1179 del Cód. Francés.) Respecto á los frutos, en contra: Aubry y Rau, § 302.

*Frutos de la S. C. N.—Aplicación del art. 548.*—El desistimiento de un juicio subordinado á una condición que no se ha cumplido, no autoriza á reabrir el mismo juicio ante otro juez. Dándose aquél como no sucedido, la causa debe continuar ante el juez de su radicación.—LII. 47.



*Si el adquirente ó acreedor (bajo condición suspensiva) hubiese sido puesto en posesión de la cosa que era el objeto de la obligación (si la condición no se cumple) debe restituirla con los aumentos que hubiere tenido por sí, pero no los frutos que haya percibido (art. 548, 2ª parte), en lo que no hay equidad, pues se le autoriza á retener lo que no es suyo, ni le pertenece por título alguno.*

Si la cosa ofrecida bajo condición suspensiva pereciere sin

hasta que la condición se cumple, y todo lo que se hubiere pagado ó entregado en virtud de esa obligación puede repetirse, porque no hay causa; el pago ha debido hacerse por error, como lo suponen Aubry y Rau. Pero ¿si hubiere sido hecho voluntariamente y con pleno conocimiento de causa? ¿No se podría decir, que han consentido en cambiar la condición suspensiva en resolutoria? Todos los Códigos hablan del error, porque ninguno supone una alteración consciente del contrato. Así, cuando he prometido vender una casa por diez mil pesos, si dentro de un año viene mi hermano del Rosario, y sabiendo que no teneis derecho á exigírmela, la entrego voluntariamente y recibo el precio, he ejecutado la obligación que no existiría sino cuando la condición se cumpliera, y voluntariamente hemos cambiado sus términos por estos otros: me devolverás la casa entregada si mi hermano no viene del Rosario dentro de un año. La ley Romana, dice: *Sub conditione debitum per errorem solutum prudente quidem conditione repetitur*, l. 16, tit. 6, lib. 12, Dig. En el caso supuesto no hay error, el pago se ha hecho conscientemente, y no se puede repetir hasta que no se cumpla la condición, ó sea evidente que no se cumplirá. Pero no será lo mismo si he entregado un pagaré por la deuda prometida, porque esto no es un pago en el sentido jurídico, como algunos lo suponen, el pago extingue la obligación; un pagaré la novaría cuando más. En el único caso en que la entrega de un pagaré importaría un pago, sería cuando me hubiera obligado á entregar el pagaré, porque entonces cumplo con la prestación ofrecida, art. 725. El pago puede repetirse, no sólo en su totalidad sino en cualquier cantidad.—Comp. POTHIER, *Oblig.* 218. DURANTON, XIII, 688. DEMOLOMBE, XXV, 358. LAROMBIÈRE, al artículo 1181, n° 5.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 547.*—L. 32, Tít. 14, Part. 5ª—L. 16, Tít. 6, Lib. 12, Dig. El fundamento de la ley citada de Partida lo da la L. 14, Tít. 11, Part. 5ª; y Aubry y Rau, § 302.



culpa del deudor la obligación quedaría sin efecto, y no daría derecho á reclamación.

*Si en la obligación se tratare de cosas fungibles, el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, y sólo lo tendrá en los casos de fraude (art. 549);* porque se pueden reemplazar las ofrecidas por otras de la misma especie y calidad, y si el adquirente sabía estaban ofrecidas á otro puede tomarlas; pero si, en el mismo caso, se confabulara con el enajenante para defraudar á sus acreedores, responderá por la cosa recibida.

*Si se tratare de bienes muebles, el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino cuando sean*

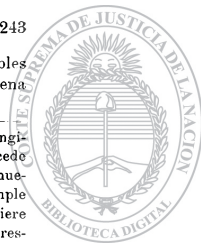
---

(Art. 549.) Cumplida la condición, la obligación se retrotrae al tiempo en que se contrajo, como si hubiera sido pura y simple; pero este efecto no alcanza á los frutos que hubiere percibido el deudor, porque le pertenecen antes de la tradición, según el art. 583. Veamos ahora el efecto retroactivo respecto de terceros en las cosas fungibles. Dice el artículo, cuando la obligación condicional fuere de entregar cosas fungibles, cumplida la condición no tendrá efecto retroactivo contra terceros sino en caso de fraude; así, cuando he vendido las mil bolsas de trigo de mis graneros, bajo la condición de entregarlas cuando llegue el vapor tal, si cumplida la condición resultare que las he enajenado á otro, el comprador no podrá reclamarlas, á menos de probar confabulación entre el comprador y vendedor para defraudaros. ¿Y si el tercero hubiera adquirido las cosas fungibles sabiendo que estaban vendidas condicionalmente, pero el deudor es solvente? Hay mala fe en la adquisición, según el art. 592, pero esto no autoriza á atacar el acto; se necesita el fraude. En el comercio se debe dejar gran latitud á la adquisición de las cosas fungibles, responsabilizando únicamente al enajenante por su acción, y liberando al adquirente, aunque conociera la promesa de venta. Se trata de cosas fungibles que desaparecen generalmente con el primer uso, y el efecto retroactivo no podría tener lugar; además, autorizar la reivindicación del segundo adquirente, sería dar una doble garantía al acreedor condicional. Las transacciones y el comercio no serían posibles, si diéramos efecto retroactivo á la obligación contra los terceros adquirentes de mala fe.

*poseedores de mala fe (art. 550)*; porque en las cosas muebles la posesión vale por título, y el que las ha adquirido de buena fe las hace suyas, excepto el caso de robo ó pérdida.

(Art. 550.) Pero lo que no se permite tratándose de cosas fungibles, por la imposibilidad de extender el efecto retroactivo, se concede cuando las obligaciones condicionales tuvieren por objeto cosas muebles. La facilidad con que se transmiten en el comercio por la simple tradición, hace válida la transmisión á terceros, y sólo cuando hubiere mala fe por parte del adquirente, tendrá efecto retroactivo á su respecto. Sin embargo, aunque el adquirente á título gratuito tenga buena fe, la enajenación puede anularse cuando los acreedores fueran defraudados, y en los del art. 2778. La buena fe del adquirente á título oneroso, basta que exista en el momento de la adquisición, como se desprende del art. 2358. Si la obligación condicional fuere alternativa, se debe distinguir: si la elección corresponde al acreedor ó al deudor; en el primer caso, si se ha enajenado una de las cosas ofrecidas puede demandar la que quedare, ó hacer la elección entre las demás si fueran más de dos; pero no podrá reivindicarla del tercero, sino en los casos de mala fe; en el segundo, como el deudor puede elegir la que debe entregar, el acreedor no podrá demandar á los terceros, sino cuando hubiere enajenado todas las ofrecidas en la alternativa, y alguno de los adquirentes fuera de mala fe; y llegamos á esta conclusión, en virtud de estas razones: 1º, cuando de dos objetos prometidos alternativamente uno de ellos no puede ser prestado por culpa del deudor ó por otra causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado; 2º, habiéndose enajenado los dos objetos ofrecidos alternativamente, debe concederse al acreedor el derecho de reclamar alguno de ellos, si hubiere mala fe en los adquirentes; 3º, que en los casos de fraude, el derecho del acreedor condicional alternativo es evidente, si el deudor ha quedado insolvente al entregar las cosas obligadas.

Las razones que había para negar efecto retroactivo á la obligación condicional, cuando se ofrecieron dos cosas muebles alternativamente (si la elección corresponde al deudor), y que han sido enajenadas, no bastan para alterar los principios establecidos en el Código. Se dirá, mientras el deudor no ha elegido la que deba entregar, el acreedor no puede exigir una de ellas determinadamente; pero si esto es cierto cuando se contrae la obligación, no lo es cuando las cosas ofrecidas comienzan á desaparecer ó á no poderse prestar; así, de dos cosas ofrecidas, si una no puede prestarse, la otra se debe de derecho, quedando así determinada la cosa debida.—Comp. Dr. Segovia al art. 550, nota 11.







Como en los inmuebles la propiedad no se adquiere sino mediante la tradición, el que ha adquirido y recibido la cosa ofrecida á otro, no tendrá responsabilidad alguna y la hará suya; por eso se dice: en la obligación bajo condición suspensiva, *si se tratare de bienes inmuebles, el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino desde el día en que se hubiese hecho tradición de los bienes inmuebles (art. 551):*

(Art. 551.) Si la obligación condicional comprendiere bienes inmuebles, el efecto retroactivo contra los terceros no tendrá lugar, sino desde la tradición. Cuando un inmueble ha sido ofrecido bajo condición suspensiva, y después ese mismo lo ha sido pura y simplemente sin haberlo entregado; si cumplida la condición se entregara al primero, el segundo no tendrá derecho, porque el efecto retroactivo habrá hecho adquirir la propiedad al primero; en el mismo caso, cuando ambos tienen instrumento público, tendrá derecho el acreedor condicional, porque cumplida la condición, la obligación se retrotrae al tiempo de la estipulación. Cuando el segundo acreedor hubiera tomado posesión del inmueble, el efecto retroactivo no alterará su derecho, y sólo responderá si supo que el inmueble estaba vendido condicionalmente. Arts. 594 y 599.

Cuando en la venta condicional la cosa vendida se hubiere entregado al comprador aunque éste no adquiere la propiedad de ella, pues es considerado como administrador de cosa ajena, su posesión impide al segundo comprador la adquisición y podría resistirse á entregarla, si fuere demandado, ejerciendo una medida conservatoria necesaria para el cumplimiento de su obligación.

El efecto retroactivo de la obligación condicional sólo es aplicable al deudor, y no á los terceros, á menos de fraude ó mala fe. El nuevo adquirente puede demandar la entrega de la cosa comprada cuando ignoraba que estaba vendida á otro, y el enajenante no puede oponerse alegando haberla ofrecido condicionalmente.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 549, 550 y 551.*—Las resoluciones de estos artículos son los derivados naturales de las leyes que se darán en otro lugar sobre el dominio de las cosas fungibles, de los muebles y de los bienes raíces. En los Códigos que siguen al Cód. Francés, el efecto retroactivo de las obligaciones condicionales es diverso, tanto respecto de las cosas como respecto de los frutos, porque parten del antecedente de que el dominio de las cosas se adquiere sólo por la obligación convencional, sin necesidad de tradición. Toda esta materia quedará bien clara en el título *De las obligaciones de dar*.

porque recién ha adquirido la propiedad; sin embargo, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 594.

Cuando la condición suspensiva se cumpliera, la obligación se considera formada desde que se estipuló, pero es sólo con relación á la integridad de la cosa misma; es decir, debe entregarse con los aumentos y mejoras que hubiere tenido por sí misma, no con los frutos percibidos, en lo que debemos reconocer una excepción al principio de la retroactividad, pues, si la obligación se considerase realmente formada desde la estipulación, la cosa debería entregarse con todos los frutos, pues el adquirente habría sido dueño desde la promesa.

*En los casos en que los terceros poseedores de los bienes sujetos á obligación condicional, sean poseedores de buena fe, queda á salvo al acreedor el derecho de demandar á la parte obligada, por el pago de lo equivalente y de la indemnización de las pérdidas é intereses (art. 552).*

En las obligaciones bajo condición potestativa, que dependen de un hecho que el obligado puede ó no ejecutar, si antes

(Art. 552.) Cuando los terceros poseedores son de buena fe el acreedor sólo puede reclamar del deudor el pago de lo equivalente y los daños y perjuicios sufridos, y para eso deben aplicarse los principios siguientes: si la obligación condicional fué de entregar cosas inciertas no fungibles, en que la elección corresponde al deudor, art. 601, y la condición se cumpliera, es necesario individualizarla y una vez verificada tendrá preferencia contra los posteriores adquirentes que no hubieren tomado posesión; si la obligación condicional fuera alternativa y hubiere enajenado las comprendidas en la alternativa, deberá la última, que pudo ser prestada, si la elección le pertenece; y si correspondiera al acreedor, deberá la que éste elija: en las obligaciones facultativas, deberá la prestación principal.

El pago de lo equivalente se debe hacer previa la estimación de la cosa, según lo determinen las leyes de procedimientos, así como la indemnización de las pérdidas é intereses que son independientes. En los casos de venta condicional de cosas muebles por un precio dado, debe quedar á la voluntad del acreedor el hacer apreciar la cosa, haciéndose pagar la diferencia entre el valor real y el precio convenido, y además las pérdidas é intereses, ó sólo cobrar estos, cuando reputare que no vale más del precio convenido.



de realizar el hecho hubiera enajenado la cosa ofrecida, se reputará que la obligación ha dejado de existir y no dará derecho alguno al acreedor, aunque el hecho se realizara después.

§ 183.—DE LAS OBLIGACIONES BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA

*La obligación es formada bajo condición resolutoria, cuando las partes subordinaren á un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido (art. 553), y la obligación produce el*

(**Art. 553.**) Algunos autores han sostenido que la condición resolutoria para el estipulante, era hasta cierto punto *suspensiva* para el promitente, opinión que hemos combatido en el art. 545; pero admitimos que se puede confundir algunas veces, según los términos, y transformarse por los contratantes. La obligación bajo condición resolutoria es como una obligación pura y simple; que puede ser revocada cuando el hecho incierto y futuro previsto se ha realizado. Cuando el acontecimiento tiene lugar, el derecho adquirido en toda su plenitud queda resuelto, volviendo las cosas al estado en que estaban cuando se contrató; pero los aumentos naturales pertenecen al que viene á ser propietario, y en esta condición no sucede como en la suspensiva; aquí el derecho existente, real, se resuelve por la realización de la condición, sin efecto retroactivo al día en que se contrajo.

La condición resolutoria, en los contratos, debe pactarse expresamente, porque de otra manera sólo puede exigirse su cumplimiento, art. 1204, pero en las disposiciones de última voluntad se la presupone según los hechos, y en caso de duda la presunción es en favor de la condición resolutoria, si la cosa se ha entregado, art. 1372, así como en los casos de venta, con cláusula de poderse arrepentir el comprador y el vendedor, habiéndose entregado el precio y la cosa, ó si la venta fuere con pacto comisorio, arts. 1373 y 1374. Los romanos no decían que el contrato estuviera sometido á una condición resolutoria, porque lo reputaban en tal caso, como puro y simple: *erit pura emptio que sub conditione resolvitur*; decía Ulpiano (l. 2, *De in diem additione*, Dig.) porque el contrato se ejecutaba inmediatamente, sin ser alterado por la condición y producía su efecto. La condición resolutoria sólo afecta al contrato, y en este sentido se dice, que lo tiene en suspenso, habiéndose confundido este efecto con el de la suspensión de la obligación.

Si antes que la obligación se hubiere ejecutado, la condición reso-





efecto de una pura y simple. El acreedor es verdadero dueño con un derecho resoluble, y puede deducir todas las acciones correspondientes al propietario, sean posesorias, ó petitorias cuando son inmuebles.

El que adquirió una cosa bajo condición resolutoria en dominio con otros, puede pedir su división, y prescribirla contra el mismo enajenante ó contra cualquiera. La prescripción corre contra el adquirente, pues es verdadero propietario, sin que el enajenante pueda alegar como causa de suspensión, el que la condición no se ha cumplido.

*No cumplida la condición resolutoria, ó siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado á ella queda irrevocablemente adquirido, como si nunca hubiese habido condición (art. 554).*

lutoria se cumpliera, el acreedor nada puede exigir; pero si ha sido demandado el deudor por haber incurrido en mora, y durante el juicio la condición se cumpliera; el acreedor tendría derecho á los daños y perjuicios originados por la falta de cumplimiento hasta el momento en que la condición se cumplió. La condición resolutoria va implícita en los contratos comerciales, art. 216, Cód. Com.

(Art. 554.) Cuando la condición resolutoria se ha puesto en un contrato ejecutado inmediatamente, si el acontecimiento no se cumple el derecho queda irrevocable; pero si las cosas no se han entregado y viene á disolverse el contrato por el no cumplimiento de la condición, no hay derecho alguno.

La condición resolutoria no tiene efecto retroactivo entre los contratantes, como lo enseñamos en el artículo anterior; porque la obligación ha existido desde un principio como si fuera pura y simple: cuando la condición no se ha cumplido, el contrato adquiere esa irrevocabilidad que afectaba sólo el porvenir de la obligación. ¿Qué efecto retroactivo podría concederse á un contrato perfecto desde su origen y que no se altera cuando la condición se cumple? Pero cuando la condición lo resuelve; la obligación tiene efecto retroactivo respecto de los terceros.

La obligación quedará irrevocable también, cuando el acontecimiento es cierto que no se cumplirá. En las ventas se admite como condición resolutoria, la facultad de volver á adquirir la propiedad dentro de un plazo que no pase de tres años, art. 1381, pero en realidad no es una condición resolutoria, sino un contrato, en que el com-



y se debe considerar en el mismo caso la obligación bajo condición resolutoria cuya condición se cumple después que la cosa ha perecido sin culpa, porque encontrándose el comprador en la imposibilidad de devolverla, no tiene derecho á reclamar el precio, por eso se dice, *si la cosa objeto de la obligación ha perecido, las partes nada podrán demandarse* (**art. 556**); por el con-

prador se obliga á vender la misma propiedad, por el mismo precio dentro del plazo estipulado.

Con respecto á la capacidad de los agentes, el Dr. Llerena opina debe juzgarse con arreglo á la que tenían cuando la condición se cumplió, lo que no creo. Si se tratara de la condición suspensiva podría ofrecer alguna duda, pero se disiparía ante la disposición terminante de que la obligación se retrotrae al tiempo en que se contrajo, como si sólo existiera desde ese tiempo; más en la condición resolutoria no puede existir la menor duda; es un contrato concluido y las personas deben ser capaces en el momento de celebrarlo; el cumplimiento de la condición sólo afecta la irrevocabilidad, y no se puede decir que ha habido confirmación, pues sólo se confirman los actos anulables, y por la voluntad de las partes; los hechos ocurridos después, é independientes de la voluntad de los contratantes, jamás importan confirmación. Cuando siendo menor me he obligado á vender mi casa por tal precio, si tal acontecimiento sucede (caso de condición suspensiva), si el acontecimiento se realiza siendo mayor de edad, puedo resistirme á entregar la casa porque la obligación se retrotrae al día en que se contrajo; y con mayor razón podría alegar nulidad, si la hubiera vendido y entregado bajo una condición resolutoria, y viniera á ser irrevocable la venta por el no cumplimiento de la condición. Se ha resuelto por nuestros tribunales que la condición de objetar las escrituras dentro de un plazo fijo, se considera resolutoria y el contrato concluido, si no se han objetado.

Cuando la condición se cumple ó es cierto que no se cumplirá, se reputa que la obligación ha sido pura y simple.

(**Art. 556.**) El artículo ha venido á decidir una de las cuestiones más debatidas entre los juriconsultos franceses; por una parte, Duranton, Gauthier la Chapelle y Larombière, sosteniendo que en caso de

---

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 554.*—Cuando en un contrato de compra-venta de bienes raíces el comprador se reserva objetar las escrituras en plazo fijo, el contrato queda irrevocablemente celebrado si vence el plazo sin que se haga objeción—XVI, 24.



trario, *cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que*

haber perecido *totalmente* la cosa objeto de la obligación enajenada bajo condición resolutoria, la pérdida debía ser soportada por el vendedor; mientras Delvincourt, Toullier, Marcadé, Massé, Massé y Verger, Valette, Mourlon, Colmet de Santerre y Demolombe sostienen la redacción de nuestro artículo, que nada se debe, y que la cosa se pierde para el comprador; resolución acertada y ajustada a los principios del derecho.

El artículo se refiere a la pérdida total de la cosa, porque respecto de la parcial, entra en la obligación de entregarla como se encuentra, con los aumentos que tuviera por sí ó con los deterioros, salvando en este último caso la culpa del comprador, de la que debe responder siempre. Pero debemos estudiar dos casos: 1º, cuando la cosa ha pasado a poder del adquirente; 2º, cuando está aún en poder del promitente. En el primer caso, como la adquisición ha tenido lugar y la propiedad se ha transmitido por la entrega, y el comprador condicional es verdadero dueño, para él ha debido perecer; en el segundo, es acreedor de una cosa cierta cuyo dominio debe serle transmitido y como no ha adquirido la propiedad de ella, sería aplicable el art. 578, y la obligación quedaría disuelta para ambas partes, si la cosa se pierde sin culpa del deudor, resolución contraria a la del derecho francés, porque en este se adquiere la propiedad sin la tradición. La máxima de que la cosa perece para su dueño, es de estricta aplicación, porque mientras no se haya hecho la tradición continúa siendo la cosa del vendedor. La cosa perece en este caso para el vendedor y debe entregar el precio recibido. Un ejemplo mostrará mejor la verdad de la teoría. He vendido un caballo por mil pesos, con la condición de que la venta quedará sin efecto si estalla la guerra con el Brasil, dentro de seis meses; en consecuencia, he recibido el precio y entregado el animal: la guerra se declara a los cuatro meses, cuando el caballo ha muerto sin culpa del comprador, la condición resolutoria no encuentra obligación que resolver, y el precio ha sido bien adquirido por mí: el caballo ha muerto para el comprador; si yo no hubiera entregado el caballo, no obstante haber recibido el precio, en ese caso cumplida la condición, debo el precio, porque no he transmitido la propiedad del caballo, y he continuado siendo dueño.

Debemos hacer otra distinción, que explicará mejor el alcance del artículo: 1º, cuando la condición resolutoria no se cumple; 2º, cuando se ha cumplido.

En el primer caso, como la propiedad revocable que había adquirido por contrato, en los casos de enajenación, ha venido a quedar irre-



se hubiese recibido en virtud de la obligación (art. 555), y esa

vocable por el cumplimiento de la condición, la cosa ha perecido para el dueño que tenía la cosa: esto no puede ofrecer la menor duda; la dificultad nace en el segundo caso, cuando el dominio se revoca y es del que hemos tratado. Hablamos en general de la venta, porque es el contrato más común: pero estos principios se pueden aplicar del mismo modo á la locación ó á cualquier otro contrato.

Por nuestro derecho no ofrece la menor duda, la cosa perece para el comprador, y si tomamos, por ejemplo, la venta con pacto de retroventa; la casa incendiada ó destruida sin culpa del dueño actual, perecería para él.

No estamos de acuerdo con la crítica que algunos hacen á este artículo, llamándolo innecesario, porque existe la disposición del art. 578, que no puede sustituirlo sino en parte, pues, allí se ofrece la cosa y se va á transferir sobre ella derechos reales, mientras en el presente esos derechos reales se han transferido. El artículo debió generalizar el principio legislando los casos de imposibilidad de devolución, y sobre todo distinguir cuando la cosa hubiere pasado al poder del estipulante, de cuando quedare poder del promitente ó vendedor. De lo expuesto se deduce: 1º, en la obligación resolutoria cuando la cosa perece por caso fortuito estando en poder del adquirente, perece para él; 2º, si la cosa está en poder del promitente ó vendedor, perece para éste, quien deberá el precio en todos los casos; 3º, que el artículo se refiere á la pérdida total ocasionada por caso fortuito.—Comp. DRES. SEGOVIA al art. 556, y LLERENA sobre el mismo artículo.

(Art. 555.) Cuando la condición se ha cumplido, produce un

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 556.*—Durantón, XI. n.º 91, enseña lo contrario, sosteniendo que cumpliéndose la condición después que la cosa no existe, se opera, sin embargo, la revocación de la obligación, y obliga á aquel á quien la cosa debía ser restituida, á volver el precio que ha recibido. Pero para esto sería necesario que la condición resolutoria se cumpliera en un momento en que pudiese producir efectos. Si os vendo un caballo por cien pesos, bajo la condición de que la venta quedará sin efecto, si tal buque viene de la India, y este llega en efecto, después que el caballo entregado y pagado, ha perecido por un caso fortuito, la condición entouces se cumple inútilmente, pues que ya no hay objeto sobre que pueda recaer. La resolución de la obligación no puede tocar vuestro derecho de propiedad, pues que este derecho no existe, no existiendo el caballo, objeto de la obligación. No pudiendo formarse la obligación de volver el caballo, falta del objeto de ella, no puede tampoco formarse la obligación de restituir el precio por falta de causa.—Marcadé, sobre el artículo 1183 del Cód. Francés, discute y rebate extensamente la opinión de Durantón, y de sus doctrinas hemos tomado el artículo.







tituirá con los aumentos y los frutos pendientes; porque *verifi-*

virtud del contrato, y si son bienes raíces, el dominio se revoca con efecto retroactivo; el enajenante está autorizado para tomar la cosa libre de todas las cargas con que la hubiere gravado el propietario condicional, art. 2670, y tendrá *acción real contra terceros* que sobre ella hubieran adquirido aparentemente derechos reales, art. 599; y no podría ser de otra manera, porque es bajo garantía de la ley que el vendedor ha hecho la transmisión. ¿Y con qué derecho habría enajenado el inmueble pura y simplemente, cuando estaba sujeto á una condición resolutoria? Nadie puede transmitir á otro sobre un objeto un derecho mejor y más extenso del que gozaba, dice el art. 3270, y como él no tiene sino un derecho resoluble ó revocable sólo en esa condición ha podido transmitirlo. El vendedor se priva del dominio bajo una condición, y con esa condición lo adquiere el vendedor. El vendedor tiene, pues, la acción real de reivindicación para reclamarla de cualquier poseedor. El error que hacemos notar lo lleva á afirmar «que respecto de la transmisión de esos derechos, con relación á tercero, deben aplicarse los arts. 494 y 495» y no el 599. En los arts. 494 y 495, se habla de cuando se ha ofrecido á dos ó más transferir el dominio de un inmueble, y hace tradición de él al último y dice, si la tradición se hiciera á persona de buena fe, el acreedor anterior sólo tendrá derecho á exigir del deudor una cosa equivalente y los daños y perjuicios; pero el art. 599, se aplica al derecho del dueño de la cosa contra los terceros que la hubieran adquirido; pues el art. 597, principia así: *con relación á terceros*, cuando la obligación de dar cosas ciertas tuviere por fin restituirlas á su *dueño* (como en el caso de venta con condición resolutoria cumplida la condición) y continúa en el art. 599, «si la cosa fuese inmueble, el acreedor tendrá acción real contra terceros, etc.» Sobre todo, véase la nota del Dr. Velez Sarsfield donde enseña, que cumplida la condición resolutoria se considera como si el contrato no hubiera existido. Véase lo dicho en el art. 1371.

Lo que generalmente induce en este error tan fundamental es el principio absoluto sentado por el art. 577, que antes de la tradición de la cosa no se adquiere sobre ella ningún derecho real, y, es siguiendo este principio que dice el art. 1371, nº 2, tratándose de la venta bajo condición resolutoria: *el vendedor no volverá á adquirir el dominio de la cosa, sino cuando el comprador le haya hecho tradición de ella*, lo que será verdadero; pero en nada excluye que ese vendedor pueda deducir una acción de reivindicación, contra terceros poseedores; porque ese mismo artículo dice en su primera parte: «si la condición (re-



*cada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos*

solutoria) se cumple, se observá lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas á sus dueños,» aplicándose, por consiguiente, el art. 599, que concede acción real al vendedor para reclamarla de cualquier poseedor, como sucede en el legado de cosa determinada, art. 3766, donde el legatario es propietario de la cosa legada sin haber entrado en posesión y tiene acción reivindicatoria; y lo mismo tiene lugar en las sucesiones, pues el heredero es *propietario* de la herencia, aunque *ignórase* que le ha sido deferida, art. 3420, y puede deducir las acciones posesorias y petitorias que correspondían á su autor, art. 3421: esto quiere decir, que sin la posesión y por una mera ficción de la ley se adquiere la propiedad, sin la tradición real. En los dos casos citados de la herencia y el legado la ley supone que el heredero es el mismo testador. y para explicar la acción real concedida al enajenante de un inmueble bajo condición resolutoria, es necesario suponer que el comprador condicional lo representa y posee por su intermedio, y realizada la condición el vendedor puede, ejercer las acciones reales, que corresponden al dueño contra cualquier poseedor. Nos hemos entendido en esta nota por las consecuencias que puede traer un error semejante.—Comp. LAROMBIÈRE, II, art. 1184, n° 72. DEMOLOMBE, XXV, 518. MERLIN, *Cuestiones y Resolución*. TROPLONG, I, *en*ta II, n° 631. y *Privilegios*. II, 691.

Respecto á las cosas muebles que el dendor hubiere transferido á terceros, el dueño no tendrá derecho sino contra los poseedores de mala fe, su acción se limitará contra el enajenante. art. 597, y en cuanto á los deterioros se observará lo dispuesto en los arts. 584 y siguientes.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 555*—Véase las LL. 38 y 40, Tit. 5, Part. 5ª —L. 4, Tit. 3, Lib. 18, Dig.

Cód. Francés, art. 1183—Holuadés, 1801—Sardo, 1274—Napolitano, 1186. Respecto á las leyes citadas de Partida y títulos del Digesto, debemos decir, que la condición resolutoria ordinaria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de *pacto comisorio*. En la condición resolutoria, desde que esta se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida; lo contrario sucede en el *pacto comisorio*. A pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte. Cuando yo os he vendido mi casa, estipulando que la venta será resuelta, si no me pagáis el precio en el término fijado, el cumplimiento de esta condición no trae necesariamente la revocación de la obligación, y podré obligaros á cumplir la obligación, ó perseguiros para obtener el precio que rehusáis pagarme.—Véase Aubry y Rau, § 302, notas 47 y 48.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 555.—La don-



en el tiempo intermedio (art. 557), y podrá exigir la restitución del precio pagado, sin los intereses que serán compensados con los frutos; sin que tenga responsabilidad alguna por los deterioros sobrevenidos sin su culpa.

(Art. 557.) Según los principios enseñados por el Código, tanto en la obligación bajo condición suspensiva, como en la bajo condición resolutoria, una vez cumplida la condición, se retrotrae al día en que se contrajo. Cuando la condición suspensiva se cumple, la obligación se forma; pero los frutos percibidos por el dueño hasta el momento de cumplirse la condición, los hace suyos y entrega la cosa sólo con sus aumentos naturales; sucede lo contrario, cuando la condición resolutoria se cumple y disuelve la obligación; como el adquirente (tomamos el caso de venta) ha sido dueño de ella, ha percibido los frutos con perfecto derecho, y sólo debe devolverla con los aumentos ó deterioros naturales que haya tenido. Pero pueden ocurrir dos casos: 1º, que la cosa no haya pasado á poder del comprador; 2º, que habiendo pasado, no se haya pagado el precio. En el primer caso, como la propiedad no se adquiere sino con la tradición, en cuanto á los peligros, la cosa perece para el que todavía continúa siendo dueño, así como los frutos le pertenecen, hasta que se hubiere constituido en mora por la interpelación judicial ó extrajudicial. En el segundo, cuando ha recibido la cosa, hace suyos los frutos percibidos hasta el momento de disolverse la obligación, debiendo los intereses del precio, si estaba en mora; los peligros de pérdida ó destrucción son á su cargo, porque es verdadero propietario aunque con un título revocable; esto es lo que nuestro artículo llama no deber los frutos percibidos en el tiempo intermedio.

Como se ha dicho, cumplida la condición, la obligación queda disuelta *juris et de jure* como lo afirma el Dr. Llerena, y por eso sin duda dice: «el acreedor no tiene necesidad de demanda judicial para que le entreguen la cosa», en lo que tendría razón, si el deudor la entregase voluntariamente, pero si se resiste es natural hacer intervenir á la justicia. El acreedor pedirá la posesión de la cosa y tendrá que discutir judicialmente la resolución, si ella fuera atacada por el deudor. Lo que dice Demolombe, XXV, 472, citado para apoyar aquella opinión, es que la resolución se opera por el sólo poder de la voluntad de las partes.

ción por toda la vida, queda revocada por la muerte del donatario, y para decretar judicialmente la reversión, basta notificar el fallecimiento cuando es la única condición impuesta.—Jur. Civ., VIII, 383, Sér. 2º.



Los derechos reales de hipoteca, anticresis ó las servidumbres que el adquirente hubiere constituido sobre el inmueble, quedarán sin efecto, una vez resuelto su derecho, y de la misma manera, las transacciones celebradas ó los derechos reconocidos en juicio. El inmueble debe volver al vendedor libre de toda gravámen real que le hubiere impuesto ó consentido el adquirente.

Siendo el adquirente verdadero dueño de la cosa, todos los actos de goce, administración y percepción de frutos deben ser reconocidos como realizados dentro de los límites de su derecho, cesando en seguida con la resolución de éste. Así, hace suyos los frutos percibidos, pero podrá ser condenado en los daños ó intereses, si la venta fuera resuelta por falta de pago del precio y de los intereses, porque entonces se le autorizaría á retener sin compensación los frutos de la cosa que era suya á condición de pagar su precio.

La condición resolutoria resuelve el contrato, y restituye las cosas al estado anterior por el hecho de realizarse, sin que haya

La voluntad de las partes crea estas situaciones, y es innecesario decir, que los contratantes pueden convenir que los frutos pertenecerán al vendedor, en caso la condición se cumpla, resolviendo la obligación.

Con relación á terceros, nos referimos á lo dicho en el art. 552.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 557.*—Cód. de Chile, art. 1488. Duranton es también de opinión contraria á la doctrina de este artículo. Zachariae contesta sus observaciones, diciendo que el efecto retroactivo, tanto en las condiciones suspensivas como en las condiciones resolutorias, no tiene influencia alguna sobre la restitución de los frutos. El efecto retroactivo no tiene lugar sino respecto á la obligación de restituir la cosa con todos sus accesorios esenciales; pero no puede extenderse hasta borrar los hechos cumplidos, y hacer desaparecer el derecho que ha tenido el que ha adquirido la cosa en el tiempo intermedio entre la formación de la obligación y el cumplimiento de la condición. El efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida, no se extiende hasta obligar al que ha percibido los frutos de la cosa, cuya propiedad le pertenecía durante la condición, á restituirlos á aquel á quien el acontecimiento de la condición ha hecho propietario, pero que hasta entonces no tenía sino la expectativa de la propiedad bajo una condición, § 536, nota 4.

Al concluir este capítulo juzgamos con Marcadé que la división de las condiciones en causales, potestativas y mixtas, no presenta ninguna utilidad, y que no debe adoptarse en los Códigos.

necesidad de una declaración de la autoridad (con excepción del art. 559), y del pacto comisorio, en que los jueces deben resolver su disolución.

§ 184.—DE LOS CARGOS IMPUESTOS PARA LA ADQUISICIÓN  
Ó RESOLUCIÓN DE LOS DERECHOS

El cargo ó modo es una disposición onerosa por la cual una persona hace una promesa á otra exigiéndole una prestación en cambio de la que recibe. Se confunde muchas veces el cargo con la condición, no obstante de tener caracteres bien marcados, que la diferencian en la manera de expresarse y en los efectos que resultan.

Para que la disposición sea modal, es necesario que no tenga únicamente por objeto el interés del donatario y legatario, porque como dice la l. 71, Tit. 1, Lib. 35 Dig.; si un testador ha legado á Ticio una suma de cien, á fin de que compre un fundo, el legatario no debe dar caución, porque él solo debe aprovechar del legado.

El modo se distingue de la condición en la manera como está expresado el deseo; en el caso de la ley 80, tit. y Lib. cit. Dig.: dono tanto á un tal si me hiciere un monumento, ó dono tanto á un tal para que me haga un monumento; en el primer caso hay condición y modo en el segundo. Así, es que *los cargos impuestos no impiden la adquisición del derecho, ni su ejercicio, sino fueren impuestos como condición suspensiva. En caso de duda se juzgará que no importan una condición (art. 558).*

(Art. 558.) El cargo se distingue de la condición y del simple consejo, como dice Savigny, § 128, Der. Rom., copiado en la nota con que se apoya el artículo. El *modus* ó cargo sirve para determinar la extensión ó forma en que se debe ejercitar un derecho, es una limitación que la voluntad se impone á sí misma, sobre todo en los testamentos, porque si bien el *modus* puede establecerse en un contrato, lo que sucede muy rara vez, tiene lugar en su generalidad en los actos unilaterales. En los contratos toma la forma de una condición ó de una convención accesoria, mientras en los testamentos, el disponente limita su misma voluntad.





Las palabras: para que haga tal cosa, ó á fin de que haga tal cosa, ú otras semejantes, indican el modo ó la carga impuesta.

El *modus* no impide la adquisición del derecho, ni su ejecución, mientras la condición suspende todo derecho; el *modus* limita la propia voluntad del que lo admitió como el resultado de un acuerdo común, es coercitivo, y la condición sólo es suspensiva, y finalmente no expone á la pérdida total del derecho, y la imposibilidad del *modus* sin culpa deja subsistente el legado, mientras la condición anula la obligación. El consejo ó simple promesa, es la manifestación de un deseo que tiende á influir sobre la voluntad del que lo recibe sin limitarla.

El modo ó carga, que puede confundirse algunas veces con la condición, deja de ser tal cuando es impuesto como condición, para seguir la legislación especial á que están sometidas éstas, pero en caso de duda, se juzga que no hay condición sino modo.

En los contratos, p. e., cuando he vendido una casa por tal precio con la condición de pasarme una renta durante tantos años, esta obligación no es una condición, ni un modo de ejecución, es simplemente una convención accesoria que forma parte de la principal y que puede hacerse ejecutar; pero si la venta ha sido puesta como una condición de la existencia del contrato mismo, como si se estipulare que quedaría rescindida ó sin efecto, si no se entregare la renta, sería una condición resolutoria; por eso hemos dicho, el modo tiene lugar en las disposiciones de última voluntad. Lego mi casa con la condición que me harás un sepulcro; no hay condición resolutoria, pues el no cumplimiento no hace perder el derecho, ni suspensiva porque el legatario adquirió inmediatamente la casa; pero es una carga ó modo; el legatario ha limitado su promesa, exigiendo una prestación en cambio. Así, para distinguir si es un cargo ó una condición no debe atenderse á las palabras, sino á la intención de las partes.—Comp. TROPLONG, I, 402. DEMOLOMBE, XX, 567. AUBRY y RAU, § 701, nota 6 y 7.

Cuando el cargo se hubiere puesto como condición suspensiva, la propiedad de la cosa no pasará al gravado con el cargo, hasta que no la hubiere cumplido, y si no hubiere término fijado, los interesados pueden pedir al juez lo determine dando por anulado el acto, si se pasare el tiempo sin cumplirlo.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 558.*—Lo que en este capítulo llamamos *cargos*, en las Leyes Romanas y en los escritores de derecho se llama *modo*. El Lib. 6, Tit. 45 del Código lleva la inscripción: *De his que sub modo legata vel fidei-commissa relinquuntur*.

Makelvey define el *modo* de la manera siguiente: «Entiéndese por *modo* toda

y casi siempre la cuestión será de hecho, resolviéndose según las circunstancias.

Si el cargo hubiera sido puesto expresamente como condición resolutoria, para los casos de falta de cumplimiento, la

disposición onerosa por medio de la cual el que quiere mejorar á otro, limita su promesa, exigiendo de él, y obligándole á una prestación en cambio de lo que recibe. Y agrega: «Comunmente el modo contiene al mismo tiempo una condición, ó bien está expresado como condición, y entouces el acto mismo viene á ser condicional.» El modo puede existir lo mismo en los actos de beneficencia que en los de título oneroso; pero es de advertir que en los primeros tiene el donador en los casos que no se ejecute el modo, la elección de intentar su acción, bien sea para la ejecución del modo, ó para la restitución de lo que ha dado mientras que en los segundos se limita su acción á pedir la ejecución del modo. Derecho Romano, § 179.

Las convenciones que tienen por objeto transferir un derecho sobre bienes, pueden contener disposiciones sobre la suerte ulterior de la cosa transmitida por medio de una obligación contratada por el que la recibe. Las principales disposiciones de este género entran en el contenido de las transacciones mismas. Si el comprador de una casa, p. e., se obliga á no cobrar alquileres al vendedor que la ocupa por el término de un año, sería meramente una convención accesoría, y la acción que resulta del contrato basta para su ejecución; mas, hay ciertas materias en que este procedimiento es insuficiente y para las cuales era preciso establecer una especie de convenciones accesorias, y esto es el modo. Esta es la expresión técnica para designar esta institución, aunque en un sentido general sirve comunmente para determinar los caracteres particulares de un derecho, como, p. e., su extensión, ó el modo de su ejercicio.

La distinción entre el modo y la condición puede reducirse á lo siguiente: la condición es suspensiva pero no coercitiva. El modo es coercitivo, pero no suspensivo. Así el modo no impide la adquisición del derecho, y no expone al peligro de una pérdida total. El goce del derecho se obtiene dando caución, y sin ejecutar el acto. Si el acto se hace imposible, la imposibilidad no trae ningún perjuicio. Por lo tanto, la distinción entre estas dos formas, tiene una grande importancia. Siempre debe buscarse para fijar si es la una ó la otra, la intención verdadera del agente, en la apreciación de las circunstancias. Si la intención es dudosa, el modo como restricción menor, debe admitirse con preferencia á la condición. Aunque la L. 1 del título citado del Cód. Romano, dice: *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptum pro conditione observatur*, no establece por esto una asimilación completa entre ambas cosas, sino que el modo debe ser cumplido como la condición, lo cual puede hacerse con una fianza.

Es preciso no confundir el modo con aquellas declaraciones de voluntad que no encierran obligación jurídica. Si una suma de dinero, p. e., es legada para que el legatario construya una casa, esta declaración debe sólo considerarse como la expresión de un consejo ó como la ocasión que da lugar á la liberalidad. Para admitir una obligación serían necesarias circunstancias particulares que hicieran verosímil la intención de imponerla. Véase LL. 13, § 2, Tit. 1, Lib. 24, Dig. y 71 id., 2, § 7, Tit. 5, Lib. 29, Dig. Savigny, Derecho Romano, III, § 123.





obligación no se disolverá *ipso jure*, como sucede en esta clase de condiciones, por eso se establece, que *si hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuestos, será necesaria la sentencia del juez para que el beneficiado pierda el derecho adquirido* (art. 559); mas, *si el hecho no fuere absolutamente imposible, pero llegase á serlo después sin culpa del adquirente, la adquisición subsistirá y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno* (art. 565).

(Art. 559.) Cuando los cargos impuestos lo hubieren sido como condición resolutoria, entonces no serán verdaderos *modus* y se regirán por lo dispuesto en las condiciones, pero es necesario la sentencia del juez para privarle de la cosa; de donde se deduce, que aún cuando la obligación no se hubiere cumplido, y aún incurso en la mora, puede cumplirla antes de la sentencia. La condición resolutoria, en estos casos depende generalmente de un hecho positivo que el obligado debe ejecutar para la adquisición irrevocable del derecho, mientras en los otros se considera disuelto el contrato si la condición se cumple. Y la razón de esta diferencia la podremos encontrar en las disposiciones de última voluntad, ó en los contratos unilaterales donde el testador, limitando su voluntad de beneficiarlo, ha impuesto un *modo* de adquisición, y sólo la justicia puede decidir si se ha cumplido ó no. Habiéndose establecido la diferencia entre los cargos y las condiciones es de absoluta necesidad que la condición resolutoria se haya impuesto expresamente, pues, cualquier duda debe interpretarse en favor de la libertad del gravado con el cargo.

(Art. 565.) Cuando el cargo no hubiere sido imposible absolutamente en el momento de imponerse, si después viene á serlo sin culpa del gravado, la adquisición subsistirá. Se debe, pues, determinar la culpa del adquirente que no sólo consiste en la mora, como pudiera creerse, sino en la omisión de aquellas circunstancias que exigieron la naturaleza de la obligación, como lo dijimos en el art. 512. La regla general es, no se incurre en mora sino por la interpelación judicial ó extrajudicial, y sólo en determinados casos se hace una excepción á esa regla.

---

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 559.*—La prescripción de un derecho condicional, como la reversión de un legado, no puede verificarse ni aún iniciarse siquiera, antes de que la condición se cumpla.—Jur. Civ., IX, 269, Sér. 2°.





Quando el cargo no importara una condición resolutoria, los bienes dejados se adquirirán en plena propiedad, y por esa razón se ha dicho: *sino hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos, no se incurrirá en la pérdida de los bienes adquiridos: y quedará á salvo á los interesados el compeler judicialmente al adquirente, á cumplir los cargos impuestos (art. 560)*, como si fuera un contrato bilateral sin pacto comisorio.

La imposibilidad de cumplir el cargo, debe sobrevenir á la imposición y el adquirente responderá del caso fortuito ó fuerza mayor, si así hubiera sido impuesto, y si no existe cláusula expresa, sólo cuando por su culpa hubiere sobrevenido la imposibilidad, de acuerdo con lo dicho en el art. 513.

Quando se ha legado una casa á M. con cargo de hacer un cuadro de tal batalla, si el cargo no tenía plazo, ni el juez lo hubiere determinado aún, y el pintor viene á quedar ciego ó paralítico, habrá adquirido la casa sin cargo alguno; si por el contrario hubiere vencido el plazo y después de la interpelación, le viniera la enfermedad, la reversión tendría lugar con la consecuencia natural para los terceros que la hubieran adquirido, pero se necesita para esto la sentencia del juez, como se dijo en el art. 559. ¿Y qué se decidiría si la imposibilidad hubiera sobrevenido por imprudencia del gravado, como si á consecuencia de un duelo quedara imposibilitado de pintar el cuadro?

La ley habla de culpa en el cumplimiento de la obligación, refiriéndose á la conducta que debe observar el obligado respecto de la obligación misma, no á su conducta general en la sociedad, y por eso creemos, que en el caso propuesto, la casa se adquiriría sin cargo alguno, excepción hecha de cuando el cargo fuera impuesto como condición resolutoria.

**Art. 560.)** Cuando no hubiere condición resolutoria, la cosa dejada en testamento ó por contrato será adquirida de una manera irrevocable por aquel á quien se le impuso el cargo. Los herederos del testador ó demás interesados en el cumplimiento del cargo, podrán demandar judicialmente su ejecución ó los daños y perjuicios, debiéndose tener presente que el obligado no incurre en mora sino desde la interpelación judicial. En los casos de imposibilidad de cumplirlo, sin su culpa, debe juzgarse por lo dispuesto en el art. 513. En las dona-

Los cargos pueden ser impuestos para que se cumplan dentro de un plazo determinado, y así deberá hacerse; pero *si no hubiere plazo para cumplir los cargos, deberán cumplir en el plazo que el juez señale (art. 561)*; teniéndose en cuenta, la voluntad del imponente y las circunstancias del obligado.

Los cargos impuestos pueden ser personales al beneficiado, por haberse elegido sus aptitudes especiales, y en ese caso, *si el gravado falleciere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda*

ciones el cargo se impone como condición resolutoria, y puede pedirse la revocación, arts. 1849 y 1850.

Cuando el testador no ha dejado herederos, ¿quién podrá demandar el cumplimiento de los cargos? Como el fisco nacional ó provincial es el sucesor de todo aquel que no tiene heredero, el fiscal podrá pedir el cumplimiento de los cargos, los daños y perjuicios, ó la pena, si hubiera cláusula penal, para el caso de no cumplirlos.

(Art. 561.) Cuando no se hubiere determinado plazo para la ejecución del cargo, el juez, á solicitud de los interesados, puede señalarlo, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso y tratando en cuanto sea posible de interpretar la voluntad del imponente. Si el cargo se ha puesto como condición suspensiva, sin determinar plazos para la ejecución en los testamentos y legados, los herederos ó interesados pueden pedir al juez la determine; del mismo modo se procederá cuando se manda entregar la cosa legada, bajo condición expresa de resolverse el legado, caso de no ejecución. El Dr. Freitas, de donde fueron tomados estos artículos, dice: el juez puede conminar al obligado á cumplir los cargos dentro de un plazo dado, bajo pena de secuestro, y aunque nuestro artículo no contiene tal conminación, como no limita la facultad del juez, creo podrá usar de los medios coercitivos necesarios para hacerlo cumplir, ó asegurar el pago de las indemnizaciones caso de no ejecutarlos. La falta de cumplimiento, no da derecho á privarle de la cosa legada.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 561.*—Cuando en una tercería de mejor derecho, se manda entregar al ejecutado la suma embargada bajo fianza de devolverla al tercerista, si los demás bienes del deudor ejecutado por éste no alcanzan á cubrir su crédito, y se declara el mismo de pago preferente, se entiende que el tercerista tiene el cargo de seguir y terminar las ejecuciones relativas. No habiéndose designado plazo para cumplir con ese cargo, el tribunal debe fijarlo.—XXIV, 363.





*sin ningún efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos ó á sus herederos legítimos (art. 562, 2ª parte); pero, en caso contrario, el derecho se reputará adquirido debiendo cumplir el cargo los herederos del beneficiado. En principio general, la obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos, pasa á los herederos del que fuese gravado con ellos, á no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes á su persona (art. 562, 1ª parte).*

(Art. 562.) En general la no ejecución de los cargos no priva de la adquisición de los bienes legados, haciendo consistir en esta circunstancia, una de las esenciales diferencias de las condiciones; así, cuando el gravado no ha podido ó no los ha cumplido, la obligación pasa á sus herederos á no ser que los cargos sean inherentes á su persona; en este caso, si el gravado fallece sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin efecto y los bienes vuelven al imponente ó á sus herederos. ¿Es una excepción al principio general consagrado por el art. 560, ó sólo debe considerarse así, cuando los cargos se hubieran impuesto como condición? La redacción del artículo, nos autorizaría á aceptar la última interpretación, si los antecedentes y la fuente de donde fué tomado no nos convencieran de que es una excepción al principio general. El artículo, dice: la obligación de cumplir los cargos *impuestos para la adquisición de los derechos*, pasa á los herederos, lo que autoriza á pensar que sólo cuando fueren impuestos como condición, si esta no se cumple, la obligación no se produce, y la adquisición no tiene efecto; pero si atendemos á que el artículo ha sido tomado casi al pie de la letra de los arts. 663 y 664 del Dr. Freitas, debemos pensar de otra manera; dice Freitas: «si el cumplimiento de los cargos fuese inherente á la persona del gravado y este falleciere sin cumplirlos, la adquisición se resolverá, *ann cuando no haya condición resolutoria* (que es la parte suprimida por el Código) revirtiendo los bienes para el disponente ó sus herederos». El legislador ha querido hacer una excepción considerándolo, no como un cargo, sino como una condición. Así, cuando ha legado la suma de diez mil pesos á un pintor célebre con el cargo de hacer un retrato de familia, si el pintor fallece sin haberlo realizado, sus herederos deben devolver la suma recibida á los herederos del imponente. Y se comprende la razón; el imponente ha querido tener un cuadro que otro no podía ejecutar, y el encargo se traduce por una condición resolutoria; mientras en los demás casos, los herederos lo ejecutarán ó responderán por los daños y perjuicios. Cuando una obligación inhe-



Siendo el cargo una obligación del beneficiado, éste debe cumplirlo en el tiempo que se hubiere determinado, y cuando no hubiese tiempo, el juez, á solicitud de los interesados, lo fijará, teniendo en cuenta la voluntad del imponente y las circunstancias del gravado.

Cuando el cargo se hubiese impuesto como condición resolutoria, la *reversión no tendrá efecto respecto de terceros, sino en los casos que puede tenerlo la condición resolutoria (art. 563).*

Si el cargo se hubiese puesto en beneficio de una tercera persona, esta tendrá derecho para pedir su cumplimiento, pues, se debe considerar fideicomiso.

*Si el hecho que constituye el cargo fuere imposible, ilícito ó immoral, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto (art. 564);*

rente á la persona es impuesta en un testamento, se debe considerar como puesta bajo condición resolutoria, y se debe devolver lo recibido, cuando no se cumple ó es cierto que no se cumplirá. ¿Se resolvería lo mismo en los contratos bilaterales? No, seguramente, porque la regla es que se debe exigir el cumplimiento de los estipulado ó los daños y perjuicios.

(Art. 563.) Cuando la cosa legada hubiere sido enajenada á terceros, en el caso único de haberse impuesto un cargo inherente á la persona, la reversión sólo tendría lugar contra los adquirentes de mala fe, en las cosas muebles, y siempre en las inmuebles; porque el tercer adquirente del inmueble conoce por el título que está sujeto á una condición resolutoria, y no puede adquirirlo sino con un derecho revocable; sólo el enajenante puede hacerlo irrevocable, cumpliendo el cargo impuesto.

Además de este caso de reversión, la regla rige para todos los demás de condición resolutoria, con la única diferencia de ser necesaria la sentencia judicial para que la condición surta su efecto. Así, la acción reivindicatoria que el imponente ó sus herederos podrían ejercer sobre los inmuebles entregados con cargo, bajo condición resolutoria, debe ser precedida de la sentencia declarando perdido el derecho; por esta razón los jueces estudiarán la diferencia entre el cargo y la condición, aplicándola al caso ocurrente.

(Art. 564.) Lo dicho en los arts. 530 y 531 es aplicable á los cargos impuestos, cuando fueren imposibles, contrarios á las buenas costumbres ó prohibidos por las leyes, que anulan el acto jurídico, donde

porque no hay un acto serio, y sucede lo mismo que en las condiciones.

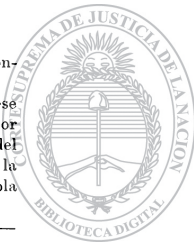
Se dijo que la condición era potestativa, cuando dependiese de un hecho que el obligado podía ó no realizar; el cargo es por su naturaleza potestativo, porque depende de la voluntad del legatario, ó del que debe aprovechar de la disposición, con la diferencia de que ésta es siempre válida, aunque no se cumpla el cargo.

---

fueren impuestos; pero si fueren de no hacer una cosa imposible, se tendrán por no puestos, quedando válido el acto. Cuando el cargo fuese para que el beneficiado hiciera algo que se refiriese á su manera de vivir, como si legara una casa á B. para que entrase en la carrera sacerdotal, aunque el gravado fuera católico, en cuyo caso llevaría implícita la obligación de no casarse, el cargo sería válido, la adquisición se haría bajo una condición personal, y la reversión no tendría lugar si el beneficiado falleciere sin cumplirlo; lo mismo sucedería en el caso de imponerle que ejerciera determinada profesión. En cuanto á la devolución de los bienes recibidos, se seguirán las reglas dadas para las condiciones.

¿Valdría el cargo impuesto para no hacer una cosa inmoral? Nos referimos á lo dicho en el art. 531 debiendo decidirse según las circunstancias especiales de cada caso, teniendo en vista la intención del imponente.

---



## TÍTULO VI

### DE LAS OBLIGACIONES A PLAZO

#### § 185.—DIFERENTES ESPECIES DE PLAZO

*La obligación es á plazo, cuando el ejercicio del derecho que á ella corresponde estuviere subordinado á un plazo suspensivo ó resolutorio (art. 566).*

(Art. 566.) El plazo es el espacio de tiempo que se concede á una persona para cumplir con lo convenido, y se distingue de la condición en que esta se refiere á un acontecimiento futuro é incierto. El plazo es suspensivo ó resolutorio como las condiciones, con la diferencia que debellegar necesariamente la época designada. Una obligación de pagar una suma de dinero á los 90 días no suspende la obligación, como en la condición suspensiva, sino su ejecución, y cuando el plazo es resolutorio como en la venta con pacto de retro-venta, la obligación no se resuelve por el vencimiento, pues el vendedor debe cumplir á su vez con la obligación contraída. Cuando el término fuere incierto, como en los legados (art. 3761), el legado caduca, si el legatario muere antes del vencimiento del término. art. 3799. Es necesario distinguir la obligación nacida del contrato, de la proveniente de los testamentos; en el contrato, si el contratante falleciere antes del vencimiento del término incierto, el derecho pasa á los herederos del fallecido, mientras en los testamentos la obligación se anula; porque entonces el plazo incierto importa una condición suspensiva. La ley 79, tit. 1, lib. 6, Dig. trae dos ejemplos que harán más clara esta materia: mi heredero, dice, dará á Ticio cuando este muera, la suma de cien, siendo aquí un legado puro y simple, pues se entregarán los cien á sus herederos; pero si digo, mi heredero cuando muera legará á Ticio cien, es condicional, porque si Ticio muere primero que mi heredero, el legado habrá caducado.

El plazo puede ser expreso ó tácito; según resulte de una cláusula expresa del contrato, de la naturaleza y objeto de este, ó del lugar en que se ha convenido.

Pero como lo hace notar Goyena al art. 1045 de su proyecto, el plazo puede señalarse, no para el cumplimiento ó principio de la obligación, sino como término de su duración, p. e., si os doy una renta





Se distinguen varias clases de plazos: aquel del cual parte la obligación que debe ser ejecutada y en que es exigible, los autores le llaman término primordial; y el plazo á contar del cual la obligación cesará, que se llama término final.

*El plazo suspensivo ó resolutorio puede ser cierto ó incierto. Es cierto, cuando fuese fijado para terminar en designado año, mes ó día, ó cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación ó de otra fecha cierta (art. 567), comprendiendo la definición el término primordial y el final.*

hasta que te casas ó te recibas de abogado; en estos casos la obligación es pura y no condicional.—LL. 13 y 21, tit. 2, lib. 3, Dig. L. 31, tit. 9, part. 6ª. L. 4, tit. 11, part. 5ª. POTHIER, II, 108, *Oblig.*

(**Art. 567.**) El plazo para comenzar ó terminar una obligación es cierto, cuando se designa día, mes y año, ó cuando se indicare una fecha cierta, como el día de *Natividad de 1898*, que son fechas ciertas: así una obligación puede terminar en día de mi cumple-años del 98 y sería el plazo tan cierto como si se hubiera indicado el mes y día de 1898, ó puede comenzar á ejecutarse desde ese tiempo. El plazo cierto puede ser puesto como suspensivo, dice la ley, pero debe entenderse que es sólo suspensivo de la ejecución, porque la obligación existe; cuando se pone como resolutorio produce el mismo efecto de la condición resolutoria, disuelve la obligación una vez cumplido. He alquilado mi casa por dos años, cumplido el plazo la obligación ha terminado; aquí el plazo es resolutorio, pero si prometo alquilar la casa dentro de dos años, el plazo es suspensivo, porque tiene la ejecución en suspenso hasta llegar el plazo. Freitas divide el plazo (art. 636), de esta manera: «1ª, cuando fuera fijado para terminar en el día, mes y año; 2ª, cuando lo fuera por la designación de cierto espacio de tiempo á comenzar, ó de la fecha de los actos jurídicos, ó de otra fecha cierta» . . . haciendo la diferencia entre comenzar y terminar, diferencia suprimida con razón en nuestro Código, pues el plazo será siempre cierto, sea que comience ó termine en alguno de esos plazos.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 566.*—L. 12 y siguientes, Tít. 11, Part. 5ª. —Inst. Lib. 3, Tít. 16, § 2.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 566.*—Las obligaciones á pagar el día en que se termine una obra, son á plazo, y no pueden cobrarse sino en el caso de haberse formado contra el deudor concurso de acreedores. Tít. 22, 343.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 567 y 568.*—LL. 12 y 15, Tít. 11, Part. 5ª.—Inst. Lib. 3, Tít. 16, § 3.

*El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación á un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice (art. 568); pero se puede estar seguro de la época en que el acontecimiento llegará, y no estarlo respecto á si sucederá ó no; en este caso no habrá plazo, sino condición, p. e., me obligo á entregar ciento, cuando A. llegue á la mayor edad, sabiendo el plazo en que llegará, pero ignorando si vivirá para esa época. Por el contrario, el plazo puede ser incierto, sin que se conozca cuándo llegará el acontecimiento, pero siendo cierto que sucederá, como si me obligo á entregar tal suma á la muerte de A.; habrá entonces plazo y no condición.*

(Art. 568.) Habiendo reunido en el artículo anterior las palabras terminar ó comenzar una obligación, como lo hacía Freitas, parece que el presente se refiere á las obligaciones que «terminan» cuando se trata de un plazo incierto. En efecto, el plazo es incierto, dice, cuando es fijado con relación á un hecho futuro necesario para «terminar» el día de su realización; indicando que concluye cuando el acontecimiento se realiza; como si prometo entregar cien el día que muera A, el plazo termina el día de la muerte y se hace ejecutable; eso no excluye que pueda también comenzar; como si me obligo á entregar esa cantidad á los dos años de la muerte de A, en cuyo caso mi obligación comenzará desde la muerte de A; pero en realidad no hay sino terminación, pues la obligación comenzó desde que se contrajo, estando suspendida sólo su ejecución. Hay hechos futuros necesarios que no pueden servir de plazo, porque abrazan una duración tan extensa que serían insuficientes millares de generaciones, como cuando tal río haya desaparecido, ó cuando la capa terrestre haya aumentado de tal espesor, etc.

Cuando el hecho futuro é incierto hubiere tenido lugar, ignorándolo los contratantes ó el testador, como si prometo vender mi casa cuando muera mi hermano (que está en París), y se averiguase que había fallecido, la obligación se convertiría en pura y simple, á diferencia de que no se habría formado, si hubiera sido condicional suspensiva, como si prometo vender mi casa cuando tal buque llegue al puerto, y el buque hiciera un mes que estuviera en la rada. La primera obligación ha existido desde el momento en que se contrajo, mientras la segunda esperaba el acontecimiento para comenzar á existir, y no se ha formado porque el hecho no era incierto. — Véase arts. 528 y 529.







El plazo es expreso, cuando se encontrare estipulado en la convención, y tácito si sólo está implícitamente concedido según la naturaleza de ella; así, la obligación contraída para hacer la recolección de vuestros frutos, supone necesariamente que mi obligación comenzará en la estación correspondiente; de la misma manera, en el comodato sin plazo, se entiende que podrá usar la cosa prestada durante el tiempo necesario, para el servicio que tuvo por objeto.

Si la obligación llevara la cláusula de entregar la cosa ó cantidad cuando pudiera ó tuviera el deudor los medios de hacerlo, se reputará que hay plazo y no condición, pudiendo exigir que el juez fije el plazo en que debe ejecutarse.

En lo que concierne a la época á partir de la cual se debe contar el plazo, cuando se ha determinado un hecho como punto de partida; p. e., pagará tal suma á los seis meses de concluida la guerra del Brasil, se debe contar el término desde el día en que el gobierno hubiese comunicado oficialmente la pacificación.

El plazo difiere esencialmente de la condición, pues en aquel se reconoce la existencia de la obligación suspendiendo sólo la ejecución; en ésta la obligación no se considera formada hasta que la condición no se cumple, y de ahí es que, *cualquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo y no condición siempre que el hecho futuro fuese necesario, aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto (art. 569).*

(Art. 569.) Para determinar cuándo debe considerarse plazo y no condición, debe atenderse á las expresiones empleadas en la obligación; pero deben subordinarse á otra investigación más capital y que puede traducirse así: se reputará plazo, si el hecho futuro necesariamente debe suceder, aunque se ponga como condición suspensiva. Y esta disposición tiene gran importancia en los casos de concurso, pues todos los plazos se reputan cumplidos, tomando los acreedores una colocación actual. Podría sostenerse el derecho de los demás acreedores para retener la cosa hasta que el acontecimiento se realice; pero el mismo argumento se les podría hacer á los que no son de plazo vencido, que por una ficción legal vienen á tener el derecho de exigir su acreencia antes del vencimiento.



### § 186.— EN FAVOR DE QUIEN SE ESTABLECE EL PLAZO

En la legislación francesa, y las que han seguido sus doctrinas, el plazo se establecía en favor del deudor, sin tener en cuenta la naturaleza de la convención, ni la verdad de los hechos que han tenido lugar. El Código, siguiendo la mejor doctrina, ha decidido que. *el plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, á no ser que, por el objeto de la obligación ó por otras circunstancias, resultare haberse puesto á favor del deudor ó del acreedor. El pago no podrá hacerse antes*

Cuando el acontecimiento es incierto pero no necesario, se reputa condición, aunque sea puesto como plazo, y se diga que la obligación comienza y se entregue la cosa, no variará el carácter condicional. Si la incertidumbre se refiere al suceso mismo, la obligación sería condicional, como lo dicen Aubry y Rau, § 303; así, no estamos de acuerdo con los que enseñan, que el acontecimiento puede «no ser necesario», y, sin embargo, la obligación no será condicional. Lo que les ha hecho incurrir en el error es sin duda el art. 620, que autoriza al acreedor para hacer señalar con el juez el plazo en que debe cumplirse la obligación, lo que únicamente quiere decir: cuando se ha contraído una obligación para satisfacerla cuando «tuviere medios de hacerlo», equivale á estipular que la satisfará en el plazo determinado por el juez.—Comp. LAROMBIÈRE, II al art. 1186, 5. TOULLIER, VI, 498. COLMET DE SANTERRE, V, 97, *bis* II. DEMOLOMBE, XXV, 319.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 569.*—L. 31, Tit. 9, Part. 6.<sup>a</sup>—LL. 21 y 22, Tit. 2, Lib. 36, Dig. La dilación del plazo difiere de la condición suspensiva en que el plazo no toca á la fuerza jurídica, sino sólo á la ejecución de la obligación. Aubry y Rau, § 303.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 569.—El legado de la cosa cierta, pero sujeto á una condición de plazo determinado, se conceptúa legado condicional y no puro y simple.—Jur. Civ., IX, 269, Sér. 2<sup>a</sup>.

La obligación sujeta para su cumplimiento á un hecho incierto, no tiene plazo y el acreedor no puede exigir el cumplimiento sin justificar previamente que el hecho no ha tenido lugar por la voluntad del deudor.—Jur. Civ., VIII, 264, Sér. 1<sup>a</sup>.

La cláusula que defiere el cumplimiento á la época en que tenga lugar un hecho futuro necesario aunque incierto, se conceptúa plazo y no condición.—Jur. Civ., IX, 50, Sér. 1<sup>a</sup>.



del plazo, sino de común acuerdo (art. 570), reduciendo a una cuestión de hecho la demostración contraria á la presunción.

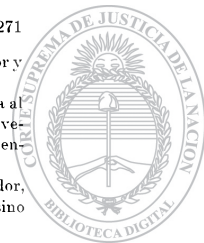
El término puede, pues, estipularse sea en favor del acreedor, sea en favor del deudor, ó de otro. Así, en la estipulación en que el deudor se obliga á avisarle al acreedor con 30 días de anticipación la entrega de la cosa, el plazo se ha estipulado en favor del acreedor, quien no podrá ser obligado á recibirla antes; si por el contrario el acreedor se obliga á avisar al deudor

(Art. 570.) Nuestro artículo decide una de las cuestiones más controvertidas, sosteniendo unos que el plazo se presume establecido para el deudor, á menos de no resultar de la estipulación haberlo puesto también en favor del acreedor; mientras los otros afirmaban que era en beneficio de ambos, como lo decide el Código; esto no obstará estipular en la convención que el plazo es en favor del acreedor ó del deudor, y aun sin convención expresa, se puede decidir que es en favor de uno ó de otro, cuando de la naturaleza del contrato ó de las circunstancias que lo acompañan resultare lo contrario. Las más de las veces serán cuestiones de hecho. Se reputará en beneficio del deudor, cuando se tratare de entregar sumas de dinero; lo será en beneficio del acreedor, cuando la obligación fuera de entregar ganados ó cosas semejantes en que el acreedor puede no estar pronto á recibirlos, y lo será para ambos, cuando las prestaciones debieran ser recíprocas al vencimiento del plazo, como en la construcción de una casa para dentro de un año, debiendo abonarse el importe á su terminación, y se concluye en seis meses: sin embargo, puede resultar el plazo en favor del constructor, si así constare del contrato ó de circunstancias especiales.— Véase nota al art. 1635.

La regla general es que el plazo se ha establecido para ambos, y así se debe reputar en las prestaciones recíprocas, siendo á cargo del que afirma, la prueba de haberse puesto en su beneficio. El pago no podrá, pues, hacerse antes del plazo sino de común acuerdo.

Esto no importa privar al acreedor de demandar las medidas conservatorias para la seguridad de su crédito, pero no creo con Larombière (II al art. 1186, n.º 24), que tenga derecho para hacerlo comparecer ante el juez antes del vencimiento, y exigirle el reconocimiento y prueba de la deuda. Esta no es una medida conservatoria, ni de seguridad, es una acción que se deduce para preparar una ejecución.

Tratándose de sumas de dinero, como no puede haber perjuicio para el acreedor, el plazo es en beneficio del deudor, y en nuestro estado



con 30 días de anticipación, el plazo será en favor del dendor y puede entregar la cosa antes del plazo.

En los legados, por ejemplo, cuando se ha dejado tal cosa al menor, para entregársela á su mayor edad, será necesario averiguar la intención del testador, y decidir si el deudor puede entregarlo antes ó no.

El término acordado al dendor principal aprovecha al fiador, y si éste pagare antes del plazo, no podrá repetir lo pagado sino una vez cumplido este.

### § 187.—EFECTOS DEL PLAZO

Los efectos del plazo difieren esencialmente de los que produce la condición; el plazo reconoce como efectiva la obligación, pues no suspende ni el nacimiento, ni la resolución, sino limita su exigibilidad; pero no impide los derechos anexos á una obligación verdadera. Como durante el plazo la obligación no es exigible, resulta que la prescripción no puede correr sino desde que lo sea.

---

actual así debe decidirse, porque hay establecimientos bancarios que las recibirían en depósito; otra cosa se decidiría si en el lugar donde se quiere entregar las sumas hubiere peligro en recibirlas. Son, pues, cuestiones de hecho que varían según las circunstancias.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 570.*—En contra: Cód. Francés, art. 1140. —De Nápoles, 2048.—Sardo, 1278. Conforme con el artículo: el Cód. de Prusia, art. 757. Los Códigos y sus comentadores regularmente suponen que el pago se hace en dinero, y que no hay, por lo tanto, perjuicio para el acreedor en recibir el pago antes del plazo. Así es ciertamente en el contrato de venta; pero tratamos sólo del cumplimiento de las obligaciones en las cuales éste puede consistir, como dice Rogron, en la entrega de un número de ganado ó de un buque, para lo cual el acreedor puede no estar pronto á recibir, y haberse preparado para hacerlo el día del vencimiento. En el derecho comercial, el término se presume estipulado en el interés común de deudor y acreedor, y no hay razón para que no sea lo mismo en el derecho civil. Por estas consideraciones aceptamos la resolución del Código de Prusia.

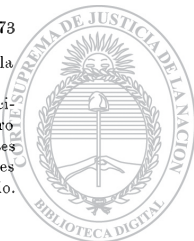
*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 570.*—La fijación de un término para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato privado, no importa una condición resolutoria cuyo vencimiento deje sin efecto el contrato, sino un plazo suspensivo dentro del cual no puede exigirse judicialmente el cumplimiento.—Jur. Civ., II, 208, Sér. 4\*.



El plazo limita el derecho del acreedor, quien no puede exigir el cumplimiento de la obligación hasta que no se hubiere vencido; eso no le priva de tomar todas aquellas medidas conservatorias de su derecho, como en la obligación condicional; pero sólo con relación á la cosa ofrecida ó que se deba restituir; respecto de la persona no podría pretender se le autorizara á demandar el reconocimiento, ni impedir al deudor el ejecutar ciertos actos con el pretexto de conservar sus derechos.

*El deudor de la obligación, que ha pagado antes del plazo, se supone que conocia el término, y no puede repetir lo pagado; pero si lo ha hecho por ignorancia del plazo, habrá lugar á repetición (art. 571).* Se supone en estos casos una renuncia tácita al be-

(Art. 571.) En este artículo, como en el anterior, el Código ha resuelto igualmente una de las cuestiones que dividían á los jurisconsultos franceses, sobre si el pago hecho antes del plazo podría repetirse, cuando hubiere sido hecho por error. Voet, Perez, Toullier, Colmet de Santerre, Larombière, etc., sostienen que no se podría repetir en ningún caso, mientras Duranton, Demolombe, Valette, Marcadé, Moulon entre los modernos, y el gran Pothier sostienen lo contrario. El Código, siguiendo la doctrina de estos últimos, ha establecido: el que paga «antes del plazo» se supone haberlo hecho conociendo el término, y no puede repetir lo pagado, á menos de probar lo contrario. La redacción de nuestro artículo parece clara; pero se presta á la duda cuando dice: «pero si el que paga lo ha hecho por ignorancia del plazo, habrá lugar á la repetición», de donde se deduce que el error debe ser solamente sobre si hubo ó no plazo, y no sobre el tiempo del plazo, como se dice en la primera parte y lo enseña Duranton (XI, 113), así, cuando debo diez mil pesos á tres años de plazo, y creyéndolo vencido pago la suma á los dos años, no tengo derecho para repetir lo pagado; pero si mi padre legó á B. esa suma para entregarla en el acto y después de pagarla se descubre otro testamento, donde ordena abonarla á los cinco años, tendré derecho para repetirla. El artículo legisla un caso de error, pero no toma en cuenta el término, que no da lugar á repetición, solo lo admite cuando se ignoraba la existencia del plazo. El principio general es: el que paga antes del plazo se supone que conocía el término, y no tiene lugar la repetición; exceptúase si probare que lo hizo por error ó ignorancia del plazo. Demolombe, XXV, 634, pregunta: ¿por qué el deudor que paga por error antes del vencimiento del término no podría repetir lo pagado?



neficio que le concedía el término, y es necesario demostrar la ignorancia de este para reclamarlo.

En general, ni el deudor puede compeler al acreedor á recibir la cosa antes del plazo, ni éste puede obligar á aquél; pero cuando una deuda productiva de intereses ha sido pagada antes del plazo, el acreedor tiene derecho para cobrar los intereses hasta el vencimiento, á menos de haber convención en contrario.

### § 188.—DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO

El término se reputa cumplido, cuando ha llegado el día en que debía hacerse exigible la obligación, ó cuando se ha realizado el acontecimiento futuro necesario que se había previsto.

Y la verdadera doctrina debía permitirselo; pero no podemos separarnos de la letra del artículo.—Véase la nota al art. 791, 1º, con el que se debe armonizar.

Se puede, pues, decir: el deudor que paga por error más cantidad de la debida tiene lugar á repetición, y la tiene respecto del plazo, cuando ignoró su existencia, y sería necesario acordarle también la repetición por los intereses englobados en el capital, y con más razón se le concedería cuando el error proviniera de dolo del acreedor.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 571.*—En cuanto á la primera parte: Cód. Francés, art. 1186, y los demás Códigos de Europa.—L. 32, Tít. 14, Part. 5ª.—L. 16 y siguientes, Tít. 6, Lib. 12, Dig. En cuanto á la segunda: Marcadé, sobre el artículo 1186, dice lo siguiente: «¿Nuestro artículo equivale á rehusar la repetición absolutamente y sin distinción entre aquel que ha pagado libremente, con conocimiento de causa, y el que lo ha hecho ignorando el término de la obligación? No vacilamos en responder que no. La decisión contraria sería evidentemente opuesta, no sólo á los principios de equidad, sino al espíritu general de nuestro derecho moderno, y á la intención de los redactores del artículo. Si á la muerte de mi padre me encuentro con un testamento que me manda pagar á Pablo inmediatamente veinte mil francos, y después de haberlos pagado descubro un segundo testamento que me concede dos años para pagar dichos veinte mil francos, ¿no es claro que he proporcionado al acreedor una ventaja mayor que la que en realidad le era debida? Ea el Cuerpo Legislativo el orador del gobierno decía sobre este artículo: que si el deudor hubiese libremente hecho el pago con anticipación, no sería justo autorizarlo á demandar la repetición.»

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap. Aplicación al art. 571.*—El pago al contado de una obligación á plazo, no permite la repetición contra el acreedor por la diferencia ó descuento, pues se supone la renuncia táctica del derecho acordado.—Jur. Civ., IV, 392, Sér. 4ª.



*El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación (art. 572): se juzga igualmente vencido, cuando el deudor ha sido declarado en quiebra, ó en el caso de haber hecho cesión de bienes, ó cuando ha sido privado del plazo en los casos de los arts. 3158 á 3160.*

Cuando se hubiera estipulado que el plazo se reputará vencido desde el momento que se dejaran de pagar los intereses convenidos, se pregunta si es necesario declaración judicial, ó si se considera vencida la obligación *ipso jure*. Es una obligación á plazo, bajo condición resolutoria, y creemos que no necesita de declaración judicial previa y puede ejecutarse.

Cuando la deuda fuese solidaria entre varios deudores, la privación del plazo para uno de ellos no importará hacerla exigible para los otros; pero si la obligación de entregar una cosa

(Art. 572.) Este artículo fué corregido, sustituyéndose la palabra «quiebra», que sólo comprende á los comerciantes, por la de insolvencia más general y comprensiva. Concursado el individuo, las obligaciones á plazo se consideran vencidas, por largo que sea el plazo. ¿Y cuando la obligación fuere de plazo incierto? No hay razón para exceptuarla, pues hasta las obligaciones bajo condición suspensiva, que no existen mientras la condición no se cumple, tienen una colocación actual, dando fianza. Esta disposición se armoniza con las leyes de procedimientos, pues se haría imposible la liquidación de la quiebra ó del concurso, si hubiera de esperarse al vencimiento de cada obligación. El Código se ha separado del art. 1188, del francés, aceptando sólo su primera parte, y suprimiendo con razón los casos en que por actos propios el acreedor hubiera disminuído las seguridades que daba lugar á interminables litigios.

La razón fundamental para hacer exigibles todas las acreencias de plazo no vencido, es la imposibilidad de hacer la liquidación, porque estos acreedores serían colocados como meros espectadores de la repartición, y si se quisiera ponerlos en las condiciones á que tienen derecho, habría necesidad de hacer esperar á que todas las acreencias estuvieran vencidas para proceder á dividir los bienes.—LAROMBIÈRE, al art. 1188.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 572.—Cód. Francés, art. 1188—de Nápoles, 1141—Sardo, 1279—Holandés, 1307.*

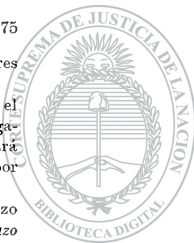
fuera indivisible, la privación del plazo para uno de los deudores perjudicaría á los demás, y sería exigible en su totalidad.

Respecto de la fianza, debemos hacer una distinción: si el deudor ha sido privado del plazo por haber disminuído la garantía en los casos de los arts. 3158 á 3160, el fiador no gozará de término alguno: pero si el plazo se ha declarado vencido por la quiebra ó la cesión de bienes, gozará del beneficio.

*En las obligaciones á plazo cierto* (y en las entre vivos á plazo incierto necesario), *los derechos son transmisibles, aunque el plazo sea tan largo que el acreedor no pueda sobrevivir al día del vencimiento (art. 573)*; recordándose que no son transmisibles las obligaciones inherentes á la persona, ó cuando se han elegido calidades especiales.

(**Art. 573.**) Las obligaciones de plazo cierto son transmisibles á los herederos, y de esta regla general únicamente se exceptúan los derechos ú obligaciones inherentes á la persona; pero las obligaciones de plazo incierto, no se transmiten á los herederos sino bajo ciertas condiciones; como en los legados, donde para adquirirlos es necesario estar vivo á la muerte del testador. En los actos entre vivos que no fueren á título gratuito, como lo enseña Freitas, art. 646, las obligaciones á plazo incierto se transmiten igualmente á los herederos, como las de plazo cierto.

Puede llegar á suceder que el plazo sea tan largo que sean necesarias varias generaciones para cumplirse, y sin embargo, se transmitirá á los herederos del acreedor y del deudor. Pero cuando en el plazo cierto se impusiere la cláusula de que la persona exista en el día del vencimiento del plazo, se reputará condición, y no se transmitirá á los herederos sino cumplida la condición.—Véase FREITAS, arts. 644 á 646.





# DE LAS OBLIGACIONES CON RELACIÓN Á SU OBJETO

## TÍTULO VII

### DE LAS OBLIGACIONES DE DAR

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### § 189.—DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS

Hemos rechazado la clasificación de obligaciones de dar que está comprendida en la de hacer; pero siguiendo la terminología del Código, se llama *obligación de dar á la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble ó inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, ó de transferir solamente el uso ó la tenencia, ó de restituirla á su dueño (art. 574)*. De este modo se

(**Art. 574.**) Dijimos en el art. 495 que la actividad humana no se manifestaba sino bajo dos formas: hacer ó abstenerse de hacer; pero dejando de lado la cuestión teórica, nuestro Código llama obligación de dar á la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble ó inmueble, con valor por sí misma «ó representativa de valor», como dice Freitas, art. 887, porque cuando las cosas no tiene valor por sí, ó no son susceptibles de apropiación, no pueden ser objeto de una obligación.

Las obligaciones de dar tienen por objeto: 1º, constituir ó transferir derechos reales; 2º, transferir solamente el uso ó la tenencia. (Véase art. 495, y su nota que no armonizan); 3º, de restituirlas á su dueño.

La cosa mueble puede ser cierta ó incierta; la cierta se distingue en su individualidad por la forma sustancial que tuviere; la incierta puede ser fungible ó no fungible; cuando es fungible debe ser determinada por lo menos en la especie á que pertenezca.

Las tres clasificaciones de las obligaciones de dar, agotan, por decirlo así, toda la materia, y el Código legisla minuciosamente cada uno de esos estados.

La obligación es de dar para transferir derechos reales, cuando es el objeto de una enajenación ó cuando se constituye el derecho real de prenda ó de anticresis; se transfiere sólo el uso, como en el comodato;





han salvado las dificultades que dividían á los juriconsultos para fijar de una manera precisa la extensión de la palabra dar, dejando así señalado el radio de acción de la obligación de hacer; que comprende sólo el hecho personal del obligado, ó la privación de no ejecutar una acción que se tiene derecho de realizar.

La obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, la del depositario de devolver la cosa depositada, son obligaciones de dar donde no se necesita el hecho personal del obligado, y no hay una violencia en hacerla ejecutar por la mano de la justicia.

Tratándose de la entrega de cosas, es necesario definir las. Cosa, en su sentido genérico, significa todo objeto material que cae bajo nuestros sentidos; pero en el lenguaje jurídico, se aplica al objeto material susceptible de valor.

Las cosas son muebles corporales ó inmuebles según que puedan ó no transportarse de un lugar á otro sin cambiar de naturaleza. Son consumibles cuando desaparecen con el primer uso, y no consumibles las que, deteriorándose, no se consumen por el primer uso. Son fungibles las susceptibles de ser reemplazadas por otras de la misma especie y calidad, y no fungibles las que no pueden serlo; esta última división no reposa sobre la propiedad natural y constitutiva de la cosa, sino sobre una calidad accidental que depende algunas veces de la voluntad de las partes.

Son cosas divisibles, las que pueden dividirse materialmente en dos ó más partes, formando cada una de ellas un todo distinto, pero de la misma especie y calidad que el todo dividido, y que sirven para el mismo fin: indivisibles en caso contrario.

Son cosas ciertas, las individualizadas de manera que puedan conocerse y separarse; inciertas las determinadas sólo por su especie ó calidad.

*La obligación de dar cosas ciertas comprende todos los acceso-*

la tenencia, como en el depósito, ó finalmente, es para restituirla á su dueño, como en la obligación de devolver la cosa. La obligación de dar lleva consigo la de conservarla hasta realizarla entrega. La obligación de dar cosas abraza todas las que son susceptibles de apreciación pecuniaria.



rios de éstas, aunque en los títulos no se mencionen, ó aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas (art. 575). En el sistema de transmisión de la propiedad establecido por el Código, se ha ordenado que antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real (art. 577).

(Art. 575.) Son accesorios, todas aquellas cosas cuya existencia y naturaleza están determinadas por la otra de la que dependen ó á la que están adheridas, art. 2328: así, son accesorios, los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa; y las cosas adheridas al suelo son accesorios de éste, art. 2331; y cuando se dice una cosa debe entregarse con todos sus accesorios, se entiende no sólo con las cosas que le estén adheridas artificial ó naturalmente, sino también las dependientes de ella, aunque momentáneamente se hubieran separado. Tratándose de un molino á vapor, p. e., se reputan accesorios, las ruedas separadas para componerlas y cualquiera otra cosa perteneciente al molino.

Los frutos son accesorios de la cosa mientras permanezcan unidos, pues una vez separados dejan de serlo. Cuando el Código dice, la obligación de dar cosas ciertas comprende los accesorios de éstas, aunque «momentáneamente se hubieran separado», no se refiere á los frutos de esas cosas, pues dejan de ser accesorios por su separación, sino á las demás cosas que forman un todo con la principal.

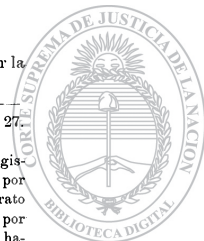
Y la obligación de entregar las cosas con sus accesorios existe aunque nada se hubiera pactado expresamente, como si fuera una obligación natural del contrato: sin embargo, puede determinarse lo contrario en la convención.

Freitas traduce mejor el pensamiento, cuando dice: «que la obligación de dar cosas ciertas comprende los accesorios de éstas, sin los cuales el fin de la obligación no puede ser llenado», expresión que ha suprimido nuestro Código, y que determina la naturaleza de los accesorios.—FREITAS, art. 890.

(Art. 577.) El Código, siguiendo la antigua doctrina, que buscaba formas exteriores para la transmisión de la propiedad raíz, ha ido hasta exigir la entrega material de la cosa, cuando bastaba la transcripción del título en el registro de la propiedad, que ofrece una garantía más eficaz. La entrega material de la cosa ó la situación en que se coloca al adquirente, dándole la posibilidad de tomarla y de



lo que viene á dar una base segura á la teoría de los riesgos y peligros de la cosa enajenada. Si la tradición dependiera del ejercitar actos de dominio sobre ella, sustituye en nuestro sistema al registro é inscripción del título, dando preferencia á la posesión. De dos adquisiciones de la misma cosa, con escritura pública, debía ser preferida la que primero se hubiera inscripto en el registro de propiedad; pero según el sistema del Código, ésta no se adquiere mientras no haya entrado en posesión de la cosa por la tradición, y el art. 595 da preferencia al adquirente de buena fe que primero hubiera tomado posesión. A mi juicio, es un error fundamental de doctrina que debe corregirse en el porvenir. La tradición como signo exterior no alcanza en seguridad é importancia á la inscripción. El código civil alemán, art. 446, combina los dos medios para la adquisición de la propiedad, así los riesgos y peligros corren para el adquirente sea desde la tradición ó de la inscripción en el registro, de modo que estos signos exteriores no se chocan, por el contrario, se complementan. El título á una cosa da derecho de demandarla del enajenante, no de un tercero que la hubiera tomado con otro título semejante; se necesita de un acto que la haga salir del dominio del enajenante, este acto exterior y visible es la tradición que consiste en la entrega voluntaria de una cosa hecha por el propietario, á otro que la recibe voluntariamente con el objeto de someterla á un derecho de propiedad, arts. 2351 y 2377. De ese acto material que pone al adquirente en posesión de ella, ejerciendo actos de dominio, es de donde nace la diferencia entre el derecho real y el personal; mientras la cosa vendida permanece en poder del vendedor, p. e., el comprador no tiene sino un derecho personal para obligarlo á que la entregue, de tal manera, que si otro la ha comprado de buena fe y entrado en posesión de ella, ha adquirido el dominio careciendo de derecho el primer comprador para reclamarla. No hay, pues, derecho real de propiedad sin la tradición; pero esto no quiere decir que debe existir un acto material de aprehensión: basta que el comprador tenga la posibilidad de tomar la cosa, porque esté libre de toda posesión y sin contradictor, para que la tradición se haga. La ley romana dice: *Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*, l. 1, §21, tit. 2, lib. 41, Dig., como se prueba, agrega, en las cosas en que por su tamaño ó por su peso no pueden ser transportadas, pues es cierto que se las considera como entregadas, desde que las partes han consentido en ello en el lugar en que se encontraban. La tradición se hace, pues, por medio de los sentidos, la vista, p. e., siempre que la cosa esté libre y se esté en presen-



deudor, es necesario que él la haga, ó que sea sustituida por la posesión judicial.

cia de ella.—Comp. SAVIGNY, *Poseción*, § 15. MOLITOR, *Poseción*, n° 27. TROPLONG, *Prescripción*, n° 251.

La legislación francesa se separa en parte, exigiendo sólo el registro del título que hace las veces de tradición, sistema criticado por Freitas cuando dice: «Si el vendedor desde el momento del contrato «ha perdido el dominio», no se concibe cómo puede vender la cosa por segunda vez, sólo porque el primer comprador no fué diligente en hacer inscribir el título.» El comprador por la ley de 23 de Marzo de 1855, no ha adquirido el dominio contra terceros, pues el art. 3 dice: «hasta la transcripción, los derechos resultantes de los actos y juicios enunciados, no pueden ser opuestos á los terceros que tienen derechos sobre el inmueble.» DALLOZ, *Recueil*, 1855, Part. 4ª, pág. 27.

Sobre esta materia Freitas, pág. 96 á 99, de la Introducción á la *Consolidação das leis civis*.

No se debe entender de una manera absoluta de que no adquiere ningún derecho real, porque la hipoteca lo da sin la tradición.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 577.*—L. 46, Tít. 28, Part. 8ª.—L. 50, Tít. 5, Part. 5ª.—Instit. L. 2, Tít. 1, § 40. Según el Cód. francés, arts. 711 y 1138 la propiedad se transmite por sólo el contrato, sin ser necesaria la tradición; y desde entouces todos los peligros de la cosa son de cuenta del acreedor. Toullier, entre otros, IV, n° 34, expone los fundamentos que para tal resolución tuvieron los autores del Código de Napoleón. Pueden verse también en la colección de discursos, discurso 70.

Freitas, sosteniendo el principio de la tradición para la adquisición de la propiedad, dice: «Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas á que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada á respetar un derecho que no conoce.

Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron.

Establecido el derecho personal de donde tiene que resultar la transmisión de la propiedad, muchos jurisperitos no quisieron ver nada más, y dieron luego la propiedad como transmitida y adquirida sólo por el simple poder del concurso de las voluntades en un momento dado. Tomóse la propiedad en su elemento individual solamente, y no se atendió á su elemento social. Contóse con la buena fe de las convenciones, como si la mala fe no fuese posible.

Las cosas que se conviene transmitir es posible que no sean transmitidas, y la misma cosa puede ser vendida á dos personas diferentes. Si el contrato es

## § 190.—DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA

El deudor cumple con la obligación entregando la cosa misma que prometió dar, si es que estaba determinada en su individualidad.

suficiente, independiente de cualquier manifestación exterior de la transferencia del dominio, el segundo comprador podría de buena fe transmitir también la cosa, que así irá sucesivamente pasando á otros. Tenemos entonces un choque de derechos, una colisión donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente á la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? Si este mal no puede ser evitado del todo, ¿no convendría evitarle lo más que sea posible? Según la teoría del código francés sobre la transmisión de la propiedad, como efecto inmediato de los contratos, no hay intervalo entre la perfección de los contratos, la transmisión y su adquisición realizada. La tradición y la posesión nada valen. El derecho personal y el derecho real son una misma cosa. El contrato es el propio dominio; y el dominio es el contrato. No hay diferencia alguna entre el título para adquirir y el modo de adquirir, entre la idea y el hecho, entre la causa y el efecto.

La innovación del código civil de Francia fué tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta á la buena razón, que por mucho tiempo se dudó que ella hubiese derogado el régimen de las leyes anteriores. Troplong, Martou y otros muchos jurisconsultos no dejaron de confesar que esta innovación tan grave fué subrepticamente introducida, sin la discusión especial y profunda que ella reclamaba. Aun así, el nuevo principio no tuvo aplicación respecto á los bienes muebles, según el art. 2279, y en cuanto á los inmuebles fué aplicado con restricciones según los arts. 939 y 1039. En vano el legislador francés proclamó su principio de la transmisión de la propiedad sólo por efecto de las convenciones, pues que la fuerza de las cosas lo obligó á violarlo en relación á los muebles, y á no mantenerlo respecto á los inmuebles, sino por medio de disposiciones contradictorias é incompletas, que expusieron la propiedad territorial y la garantía hipotecaria á incertidumbres y peligros tales, que la segunda generación sintió la necesidad de reformar radicalmente la legislación en esta parte.

Lo que desde luego no se había conocido por la fascinación de un bello principio en apariencia, que realizaba el poder de la voluntad humana, vino á conocer después de las exigencias económicas de un buen régimen hipotecario. Y en verdad, el sistema hipotecario del código civil francés quedó profundamente viciado desde que confundió los derechos personales con los derechos reales. Era una anomalía y una providencia inútil manifestarse al público el derecho real de la hipoteca, cuando el primer derecho real, «la propiedad», fuente de todos los otros, no tenía la misma publicidad en esos casos más frecuentes.

En la actualidad, felizmente, la teoría del código francés se halla reducida en todo su valor á un mero aparato de palabras que no tiene significación práctica alguna, desde que el propietario no es propietario respecto de terceros, si no hace transcribir sus títulos en un registro especial y público, establecido para este efecto. Teniéndose así reconocida la necesidad de un hecho externo, como indicador legal de la transmisión de la propiedad, no descubrimos razón





lidad, y como consecuencia necesaria debe conservarla hasta su entrega: por esa razón se establece que, *el deudor de la obligación es responsable al acreedor de los perjuicios é intereses, por falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo estipulados, ó en el lugar y tiempo que el juez designare, cuando no hubiese estipulación expresa (art. 576);* pero

(Art. 576.) Cualquier obligación que no sea cumplida por falta del obligado, se puede resolver en daños y perjuicios; sin embargo, en las de dar cosas ciertas que pueden tomarse por la mano de la justicia «*manu militari*», el acreedor puede hacerse entregar la cosa obligada,

alguna por la cual, en relación á las partes contratantes, se deba seguir el principio opuesto de la transferencia del dominio, sólo por efecto del consentimiento. ¿Y cómo se concibe que un derecho real sólo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto, y sus correspondientes obligaciones comprenden á todos los individuos; y cuando se le niega este carácter no existe el dominio. Si el vendedor, desde el momento del contrato, tiene perdido el dominio de la cosa vendida, no se concibe cómo pueda venderla válidamente por segunda vez, á otra persona, sólo porque el primer comprador no fué diligente en hacer transcribir su título en los registros hipotecarios, pues desde entonces no puede ejercer su dominio, adquirido por el contrato, contra un tercero—el segundo comprador.

Por la nueva ley hipotecaria de 23 de Marzo de 1855, el registro público de la transmisión y constitución de los derechos reales ha sustituido la tradición de la cosa. Esta alteración radical del código civil de Francia, había sido ya hecha antes en Bélgica y en todos los países que, por fuerza de circunstancias especiales, se vieron en la necesidad de adoptar aquel código. Así, la falsa idea de la identificación del contrato con el dominio, no fué más que una aberración local, ridícula: pertenece á lo pasado, y tiene hoy simplemente valor histórico.

*Fallus de la S. C. N., Aplicación del art. 577.*—La compra de bienes muebles, sin la tradición de los mismos, no es título bastante para transferir su dominio al comprador—XX, 414.

Tratándose de bienes muebles, para adquirir el dominio es necesario la tradición real y la posesión de los mismos—XXIV, 462.

La venta no es bastante por sí sola para justificar en el comprador el dominio de la cosa vendida—XXIV, 462.

*Fallus de la Cám. de Apet. de la Capi.*—Aplicación del art. 577.—La escritura pública como título translativo del dominio no basta para exigirla: debe gestionarse previamente la entrega de la cosa por medio de la tradición.—Jur. Civ., V, 180, Sér. 3ª.

Debe rechazarse la tercera, si el que la deduce no justifica que adquirió la posesión de los bienes por medio de la tradición.—Jur. Com., X, 250, Sér. 4ª.

Para la tradición del inmueble no es requisito esencial la entrega material al comprador: basta que éste pueda disponer de la cosa á voluntad.—Jur. Com., IV, 322, Sér. 2ª.

no se deduce que el deudor pueda libertarse pagando los daños é intereses; porque la obligación de dar es susceptible de una ejecución directa y material, sin hacer una violencia personal al acreedor: así el deudor podrá hacerse entregar la cosa por la mano de la justicia: *manu militari*.

Cuando es una cosa determinada sólo por su especie, el acree-

con más los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento. La falta de las diligencias necesarias para entregar la cosa, en el lugar y tiempo convenido, comprenden las omisiones de que se habló en los arts. 508 á 512. Cuando no estuviere designado el lugar donde debe hacerse la entrega y fuere una cosa cierta, deberá hacerse donde exista la cosa, art. 747, y si no se designare tiempo, será el señalado por el juez. En las obligaciones recíprocas, cuando uno de los obligados no cumple por su culpa la obligación, deberá los daños y perjuicios; pero si la cosa se perdió sin su culpa, la obligación se disolverá devolviéndose lo recibido por la otra parte. Como lo observamos en la nota 101 de la Instituta, este artículo es una condensación de lo dicho en los arts. 508 á 512, 618 y 747.—Comp. CÓD. DE CHILE, art. 1548.

Cuando la cosa existe y la obligación es para restituirla á su dueño, tendrá derecho para hacérsela entregar, demandando los daños y perjuicios de la mora, y no como lo enseñan algunos que sólo puede pedirlos cuando la cosa no exista; porque el deudor es responsable de la mora. La falta que da origen á demandar los daños y perjuicios es no sólo por la no entrega de la cosa, porque ésta puede ser ofrecida en otro lugar de aquel en que debe ser entregada, sino también por el tiempo en que debe hacerse, debiéndose tener presente lo dicho en el art. 570. Para cumplir la obligación se deben llenar estas tres condiciones: entrega de la cosa, en el lugar convenido, y en el tiempo estipulado, y á falta de uno y de otro, en el lugar y tiempo de los arts. 618 y 747.

*Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 576.*—L. 13, Tít. 11, Part. 5ª.

*Fallos de la S. C. N.*—*Aplicación del art. 576.*—No habiéndose determinado en el contrato, el día en que debe hacerse la entrega de la cosa locada, corresponde al juez señalarlo—XXV, 127.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 576.*—El comerciante que se encarga como comisionista de un mandato no puede disponer de las mercaderías, debe exigir judicialmente que el mandante se reciba de ellas; si no lo hace, es responsable de los daños y perjuicios que deberán ser fijados por árbitros.—Jur. Com., III, 573, Sér. 2ª.







dor puede negarse á recibir los daños y perjuicios haciéndose entregar á costa del deudor una cosa igual á la estipulada. Así, tratándose de la venta de mercaderías, el acreedor puede hacer comprar una cantidad igual á costa del deudor.

En los contratos, cuando se hubiera ofrecido el uso de una cosa determinada, como, p. e., en la locación, el acreedor puede obtener la entrega de la cosa misma, rehusando los daños y perjuicios.

La obligación de entregar la cosa, no lleva consigo la de garantizar la cosa misma, sino cuando la ley ha impuesto la garantía como una consecuencia natural del contrato; p. e., en la compra-venta; pero se puede estipular que esa garantía no se prestará.

#### § 191.—DE LA OBLIGACION DE CONSERVAR LA COSA

La obligación de dar lleva como una consecuencia natural del contrato la de conservar la cosa en buen estado, para prestar el servicio que de ella se necesita; por consiguiente, el deudor responderá de las alteraciones que sufra la cosa, ya sean hechas voluntariamente, ya hayan tenido lugar por su culpa.

El Código Civil ha rechazado con razón la antigua teoría de la culpa lata, leve y levisima, dejando á la apreciación de los magistrados el determinar, según las circunstancias, cuándo se debe juzgar que hay omisión culpable por falta del deudor.

Para determinar la responsabilidad del deudor, es necesario referirse á cada contrato especial; así, el deudor no podrá alterar la cosa vendida; pero podrá hacerlo en la locación, siempre que no prive del uso para que fué arrendada la finca.

El deudor cumple con la obligación de conservar la cosa, no omitiendo en su cuidado todas las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Se ha suprimido el tipo ideal del buen padre de familia creado por el derecho romano y seguido por el francés; tipo que debía determinarse previamente para comprender la expresión: «conservar la cosa como lo haría un buen padre de familia».



§ 192.—DE LOS RIESGOS DE LA COSA EN LA OBLIGACIÓN DE DAR,  
PARA TRANSFERIR DERECHOS REALES

El Código Civil ha establecido la teoría general de que el dominio de las cosas no se adquiere sino por la tradición, seguida de un título translativo de la propiedad; así es que no existe el derecho real de dominio sino después de la tradición. Y aunque esta regla parece reconocer excepciones necesarias, como en los casos del dominio revocable, en los legados de cosa cierta y en la sucesión de los descendientes legítimos, no obstante, el dominio en realidad no ha pasado, aunque se conceda una acción real para recobrarlo. Se considera que ha tenido el dominio y lo ha perdido, y sólo por esta ficción se puede ejercer la reivindicación.

Así, el que ha enajenado una cosa sin hacer tradición de ella, conserva su dominio, y el adquirente no tiene acción real para hacerla entregar; de donde resulta que la cosa aumenta, se deteriora ó perece para su dueño, que es el enajenante, mientras no la transmita.

Debemos, pues, hacer la diferencia entre las obligaciones que tienen por objeto transferir derechos reales, de aquellas en que se transfiere el uso, la tenencia ó de restituirlas á su dueño. *Si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes (art. 578), y deben de-*

(Art. 578.) Sin la tradición no se transfiere el dominio de las cosas, de donde resulta que mientras el vendedor no hubiere hecho entrega de ellas, los peligros son de su cuenta; las cosas aumentan, se deterioran ó perecen para su dueño; pero como habría en cierto modo una injusticia en mantenerlo ligado, aún cuando la cosa hubiere perecido sin su culpa, la ley en este caso disuelve la obligación debiendo devolver lo que por su causa hubiere recibido; pero esto sólo tiene lugar en las obligaciones de entregar una cosa cierta para transferir sobre ella derechos reales; así en la venta ó en la permuta, el vendedor debe devolver el precio recibido, si antes de entregar la cosa vendida hubiere perecido sin su culpa, ó la cosa recibida en la permuta. Cuando la obligación fuera para devolver las cosas á su dueño, ó cuando sólo se transfiere la tenencia de ellas, tienen su legislación especial.



volverse las cosas entregadas por razón de la obligación. Esta conclusión es demasiada absoluta, y sólo puede aplicarse en toda su extensión, cuando la obligación fuese para transferir el dominio: pero no cuando se refiera á una desmembración del derecho de propiedad, como la hipoteca, servidumbres, etc.

El principio, *res perit domino*, que, como dice Freitas, no ha sido desmentido en lugar alguno de su proyecto, es el seguido por la legislación prusiana y austriaca (y nosotros agregaremos que la francesa misma lo sigue, pues la cosa perece para el que nosotros llamamos acreedor, y en el sistema francés es propietario), es también el adoptado por el Código, conforme con la adquisición de dominio por la tradición. Cuando el derecho real fuera el de prenda, p. e., sólo se extingue la obligación accesoria, sin influir sobre la principal, pero si la casa hipotecada se hubiere destruido, la hipoteca subsiste sobre el terreno. Si fuere de anticresis, entregará la cosa como se encuentra; pero en las obligaciones recíprocas se disolverá, como si he prometido prestaros diez mil pesos con la hipoteca de vuestra casa y viene á ser destruida por un incendio, el contrato de préstamo quedará disuelto; otra cosa sucedería si he entregado el dinero firmándome el documento de crédito y obligándose á hacer la hipoteca, porque entonces ésta vendría á ser una obligación accesoria y sólo tendría derecho para exigir otra garantía reforzando la ofrecida; pero si no pudiese darse, la obligación subsistiría.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 578.*—En contra: L. 17, Tít. 10, Lib. 3, F. R.—L. 23, Tít. 5, Part. 5ª, que sólo resuelven la obligación del deudor. Véanse las L.L. 9, Tít. 14, Part. 5ª, 27. Tít. 5, Part. 5ª, y 4, Tít. 3, Part. 1ª, 2ª, Tít. 23, Part. 3ª, y 6, Tít. 14, Part. 6ª. No es extraño que así lo dispongan también el código francés y los demás códigos que convierten el título en modo de adquirir, pues las cosas perecen, se deterioran y se aumentan para su dueño; pero parece ilógico que nuestras leyes, que declaran que no se adquiere el dominio de las cosas con sólo el título, si no es seguido de la tradición, dispongan que el peligro de la cosa, que es el objeto de una obligación de dar, sea de cuenta del acreedor, aun antes de la tradición, fundadas en el principio de que el deudor de cosa cierta se libra de la obligación de entregarla, cuando perece sin su culpa. Esto es confundir el derecho personal con el derecho real. El derecho personal que se constituye por la obligación, no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo, se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora ó deterioro. Nuestro artículo también libra al deudor de cosa cierta de la obligación de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra disolviendo la obligación y no dejando obligado al acreedor.

De los dos principios, que el dominio de las cosas no se adquiere sino por



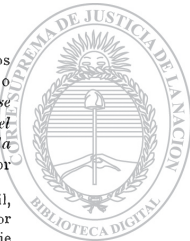
El contrato de prenda, p. e., quedaría disuelto por la pérdida de la cosa ofrecida, pero no la obligación principal, y el acreedor tendría derecho para exigir una nueva prenda ó garantía.

Quando se tratase de la enajenación de una cosa cierta y determinada, *si ésta se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligación, ó recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiere* (art. 580); pero el deudor

(Art. 580.) En la antigua jurisprudencia, la cosa debida aumentaba ó se deterioraba para el acreedor, siempre que el deterioro no fuere por culpa del deudor; había lógica en la manera como se raciocinaba, desde que debía entregarse al acreedor la cosa con los aumentos, era justo que éste sufriera la disminución, *cum sequi debent incommoda quon sequuntur commoda*, dice la regla 10, tit. 17, lib. 50, Dig., y lo había repetido Pothier; pero vino el código francés y estableció, que cuando la cosa se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podría disolver la obligación, ó exigir la cosa en el estado en que se encuentre sin disminución de precio, acercándose así á medio camino de la verdad y cometiendo una injusticia, pues obliga al deudor á entregar la cosa con sus aumentos y da derecho al acreedor para rechazarla cuando se encuentra deteriorada. Ha existido un concierto de críticas contra esta desgraciada disposición, dice Larombière al art. 1182, n° 7. El Código Argentino ha salvado estas injusticias, dando derecho al deudor para demandar un aumento de precio cuando la cosa hubiere mejorado, y á disolver el contrato si le fuera negado. El Código habla de cuando la cosa se deteriorase sin culpa del deudor: ¿á qué deterioro se refiere? Porque hay deterioros materiales, que atacan la cosa en su existencia física y otros solo la hacen desmerecer en su valor venal, y que podríamos llamar depreciaciones, tomando la expresión de Demolombe. Una casa cuyo techo cae por una tempestad, he ahí un deterioro que toca la existencia física; pero si construyen al lado una fábrica de

la tradición, y que los peligros, aumentos ó desmejoras, son de cuenta del propietario, se derivan las resoluciones de los artículos siguientes, y es innecesario notar la discordancia con los Códigos que parten de principios contrarios.

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cop. Aplicación al art. 578.*—Si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta por ambas partes.—tom. 1, pág. 252, Ser. 3°.



como dueño, tiene, á su vez, el derecho de exigir los aumentos ó mejoras que hubiere tenido la cosa, sin hecho suyo, de modo que *si la cosa se hubiere mejorado ó aumentado, aunque no fuese por gastos que en ella hubiere hecho el deudor, podrá exigir del acreedor un mayor valor, y si el acreedor no se conformase, la obligación quedará disuelta* (art. 582). Sin embargo, el deudor

materias inflamables, ó si está al lado de una estación de ferrocarril, y la suprimen haciendo difícil la comunicación, pierde de su valor venal. ¿Se refiere el Código á cualquier acontecimiento de esta especie que venga á hacer desmerecer en su valor la cosa ofrecida?

Las circunstancias que pueden influir en el mayor ó menor precio de la cosa serán siempre de cuenta del acreedor, porque no tocan á la existencia material de la cosa misma cuya integridad la ley le ha garantido. Los deterioros que dan derecho para disolver el contrato son, pues, los materiales. La elección de disolver ó mantener el contrato, pagando la disminución proporcional del precio, si lo hubiere, corresponde al que debe recibirla; pero cuando la hubiere aceptado. ¿Cómo deben estimarse las disminuciones? Las leyes de procedimientos indican los medios generales, haciendo tasar los deterioros por peritos, debiendo tomar su valor con relación al precio total convenido.—LAROMBIERE, II, al art. 1182, n° 7 y sig.—Véase art. 1328.

(Art. 582.) Este artículo trata de los aumentos ó mejoras naturales de la cosa que corresponden al deudor, pues así como soporta los deterioros tiene derecho á las mejoras; pero esos aumentos deben corresponder á la materialidad de la cosa, que la transforman mejorándola y no ser hechos por el deudor, pues no tiene derecho á transformarla ó alterarla aumentando su valor. Las mejoras que no sean necesarias para la conservación de la cosa, no tendrá derecho á reclamarlas. ¿Cómo se debe entender la expresión de que el deudor puede exigir el mayor valor del aumento, «aunque no fuere por gastos que hubiere hecho en ella?» Freitas, de donde fué tomado el artículo, dice: «aínda que sem despesa por parte de devodor», para dar á entender que tiene derecho á los aumentos ó mejoras obtenidas sin gasto de su parte; pero no le autoriza á cobrar lo hecho, para darle mayor valor, ni tiene derecho á transformarla, alterándola, aunque la mejorase, porque sería modificar el contrato. Vendida, p. e., una casa por tal precio para entregarla dentro de un año, el vendedor no podría hacer construcciones aumentando su valor; se le obligaría á deshacerlas aunque no perjudicasen al comprador.



no podrá alterar la cosa enajenada, mejorándola ó haciendo aumentos que le dieran mayor valor.

Como el deudor de la cosa es verdadero dueño, mientras no haya hecho tradición de ella, *si se pierde por su culpa, será responsable al acreedor por su equivalente y por los perjuicios é intereses (art. 579)*; pero el contrato no se disuelve, pues se ejecuta

Las únicas mejoras que podría demandar son las necesarias á la conservación de la cosa.

No podría cobrar, p. e., el aumento del valor de un campo vendido, por la construcción de una estación de ferrocarril, ó por la fundación de un pueblo limítrofe, pero sí, cualquiera aumento por aluvión ó avulsión que tuviere dicho campo.

Freitas, agrega: «El deudor podrá exigir mayor precio por el aumento, si no hubiere disposición en contrario en el título de adquisición», pues las partes pueden alterar estas reglas, que sólo rigen cuando nada se hubiere estipulado.

(**Art. 579.**) Cuando la cosa cierta sobre la que debe transferirse derechos reales se perdiere por culpa del deudor, entonces estará obligado, no á entregar una «cosa igual» como lo creen algunos, ni una «cosa equivalente» como pudiera creerse, en vista del artículo 581, sino el equivalente de la cosa con los daños y perjuicios. Y la razón es, porque el objeto de la obligación es una cosa determinada, caracterizada en su individualidad; se ha contratado una cosa y no otra, y no hay razón para alterar el convenio, entregando otra cosa que no será seguramente igual, pues la igualdad depende de la apreciación particular de cada uno. Así, un caballo de valor ó de carrera, ó en otras condiciones no encontrará su igual, ó podrá encontrarlo según las miras del comprador: por eso en el art. 610, cuando se trata de entregar cantidades de cosas que constan de peso, número ó medida individualizadas, si se perdieran ó deterioraran por culpa del deudor, el acreedor puede elegir entre, exigir igual cantidad de la misma especie y calidad con los daños y perjuicios ó disolver la obligación cobrando estos últimos. Mayor razón habría, pues, cuando se trata de cosas determinadas no

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 582.*—Si bien la ley faculta al vendedor, para exigir del comprador el aumento por mejoras materiales que de sus obras resulte al inmueble materia del contrato, tratándose de la venta de derechos á ubicar, es procedente el pago del testimonio de todas las escrituras de transmisión de la propiedad, siempre que existan las referencias á los protocolos en que hay un pasado.—Jur. Civ., V, 302, Sér. 2°.

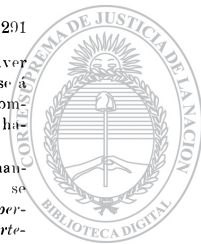


en todas sus partes, tomando el equivalente representado por el valor de la cosa y los daños é intereses.

*Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios é intereses, ó de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios é intereses (art. 581).*

fungibles, que muchas veces no pueden reemplazarse, en acordar al acreedor el derecho de demandar el equivalente de la cosa perdida, con más los daños y perjuicios y no una cosa equivalente. Si nos referimos á la venta de una cosa cuyo precio se ha pagado, no es el precio con sus intereses lo que debe devolverse, como lo creen algunos, porque no se trata de disolver la obligación, sino de compeler al deudor á «que pague el equivalente», con más los daños y perjuicios, en lo que hay una gran diferencia. Si he comprado un caballo de carrera por dos mil pesos y lo he vendido por tres mil, para entregarlo después que haya corrido en el hipódromo donde lo he inscripto, con una entrada de quinientos pesos, si el deudor lo mata, no me deberá otro caballo, como se afirma, ni el precio pagado y sus intereses, me deberá los 3000 ps. en que lo tenía vendido y más los 500 ps. que he pagado por la inscripción. Esta es la diferencia que se encuentra entre la expresión de «equivalente» de que se sirve Freitas en los arts. 607 y 903, nos 2 y 4, y la de su valor de que usa en los arts. 921 y 926, nos 2 y 3. — Comp. GOYENA, art. 1940. Cód. DE CHILE, 1486.

(**Art. 581.**) Cuando la cosa se deteriorase por culpa del deudor, el Código da derecho al acreedor para exigir «una cosa equivalente» con indemnización de los perjuicios é intereses, habiendo agregado la palabra cosa que no trae Freitas, art. 903, n° 4, de donde ha sido tomado el artículo y que no contiene tampoco el 579, ni el 612. Lo que la ley quiere y debe asegurar al acreedor, no es una «cosa equivalente», sino el equivalente de la cosa ofrecida. Tratándose de cosas muebles, sería fácil encontrar la cosa equivalente, no así en los semovientes y casi imposible en los inmuebles. La cosa equivalente se debe tomar como en el del art. 579 por el precio pagado más los intereses, daños y perjuicios ocasionados por la falta de entrega. Si no exigiere el equivalente con los daños y perjuicios, puede optar por recibir la cosa en el estado en que se hallare, con más la indemnización de los perjuicios é intereses, diferenciándose del artículo anterior en que sólo tenía derecho á la disminución proporcional. ¿Cómo deben reputarse esos perjuicios ó intereses? No sólo por el menor valor de la cosa con



La ley pone en la mano del acreedor la facultad de disolver la obligación, cualquiera que fuere el deterioro, sin atreverse á determinarlo, ó á poner un límite á esta facultad; pero se comprende que los deterioros deben ser de tal naturaleza que hagan disminuir el valor de la cosa.

Como en el sistema adoptado por el Código, el enajenante continúa siendo dueño de la cosa hasta la tradición, se deduce como una consecuencia natural, que *todos los frutos percibidos, naturales ó civiles antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor; mas los frutos pendientes el día de la tradición pertenecen al acreedor (art. 583)*, con cargo de pagar los gastos

relación al precio ofrecido (si lo hubiere), sino con relación al mayor valor que la cosa hubiere adquirido por cualquier causa.

Una cosa vendida por diez mil pesos pagados, para entregarla dentro de un año, que hubiera sido deteriorada por culpa del vendedor, el comprador podrá exigir los diez mil pesos con sus intereses, más la diferencia del precio actual con el pagado, y si optare por recibirla, se estimarán los deterioros por lo que valen al presente, y los perjuicios que causare al comprador por no poderla usar, ó las indemnizaciones que debiera pagar por haberse obligado á entregarla á otro.

La ley habla sólo de deterioro. ¿Cómo se deben considerar las transformaciones ó demás alteraciones que el deudor hiciera en la cosa?

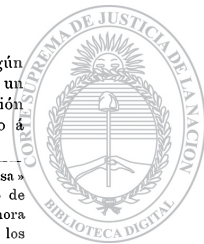
Si ha volteado piezas en una casa y construido otras alterando la forma de la construcción, ¿podrá el comprador exigir el equivalente de la cosa con los daños y perjuicios? Creemos que sí, pues de mala fe, ha dispuesto de una cosa que si bien era suya, estaba vendida á otro, y no tenía derecho para alterarla.

El equivalente de la cosa ofrecida se debe tomar en relación á la época de la entrega, como lo enseña el Dr. Llerena.

Debe tenerse presente lo estatuido en la compra-venta art. 1328. -- Comp. DEMOLMBE, l. c. LAROMBIÈRE, II, al art. 1182. MARCADÉ, al art. 1182. TOULLIER, VI, 540. FREITAS, art. 903, nº 4.

(Art. 583.) El principio de que la propiedad no se adquiere hasta la tradición de la cosa, tiene en este artículo una de sus consecuencias más importantes, porque el enajenante continúa siendo dueño hasta la entrega y como tal percibe y hace suyos los frutos naturales ó civiles. Si fuera un predio rústico y los frutos se hubieran comenzado á recoger, cuando venciera el plazo de la entrega, los pendientes en ese día

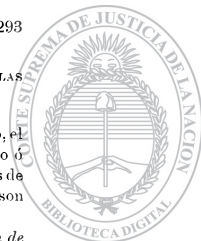




hechos, si puede considerarse como poseedor de buena fe, según las circunstancias: porque si debiendo entregar la cosa en un plazo determinado, hiciera gastos para sembrar, y la recolección debiera hacerse después de entregada, no tendría derecho a pedir indemnización alguna.

corresponden al comprador, «aunque no se hiciere tradición de la cosa» y le corresponden, no como dueño, pues aun no lo es, sino á título de daños y perjuicios, por faltar á la obligación, si se constituyó en mora por la interpelación, sin que esto excluya el derecho de reclamar los demás perjuicios originados por la no entrega. Si el predio se hubiera vendido bajo condición resolutoria y la condición se cumpliera, como el contrato ha quedado sin efecto, aunque el vendedor no tiene la posesión, los frutos le serán debidos desde aquel día, porque el comprador será reputado como poseedor de mala fe. Si se debieran arrendamientos, pertenecen al comprador, hasta el día en que la condición se cumplió, y si se estipuló por períodos determinados, los vencidos le corresponderán también y los comenzados no pertenecerán al vendedor, como algunos piensan, sino proporcionalmente al tiempo transcurrido, comparado con el término total del período estipulado. Será necesario armonizar esta opinión con lo dispuesto en el art. 2425, que no considera percibidos los frutos civiles hasta que no han sido cobrados, disposición general que no debe aplicarse sino á la posesión tomada como un hecho, no á la proveniente de un derecho. El dueño de una cosa arrendada á otro, lo es de los arrendamientos producidos, aunque no se los hubieran pagado, y cuando la condición resolutoria resuelve la obligación, no por eso dejan de pertenecerle; pero sucederá lo contrario con el poseedor de buena fe en la condición suspensiva, cuando ésta no se ha cumplido, que retrotrayendo la obligación al tiempo en que se formó, no haría suyos los arrendamientos pagados, como no los adquiriría si hubiera sido puesto en posesión de la cosa, y la condición no se cumpliera. La disposición del art. 2425 no se aplica á los poseedores, que siendo dueños de la cosa la deben transferir á otro, así como los que la poseen en representación del dueño, pero con un derecho al uso y goce, como el arrendatario, por ejemplo.

Cuando el artículo dice que los frutos pendientes en el «día de la tradición» corresponden al acreedor, no establece que no tenga derecho á esos frutos si no se hace la tradición, porque bastaría entonces no realizarla para privarle de ellos, expresa sólo que le falta la posesión, pero tiene derecho y puede reclamarla á título de daños y perjuicios.



§ 193.—DE LOS RIESGOS EN LAS OBLIGACIONES DE RESTITUIR LAS COSAS A SU DUEÑO

Cuando una cosa ha sido depositada ó dada en comodato, el dueño conserva la propiedad por intermedio del depositario ó comodatario, y una vez terminado el contrato, las relaciones de derecho entre el tenedor y el dueño, respecto de los riesgos, son las siguientes:

a) *Si la obligación fuere de dar una cosa cierta con el fin de restituirla á su dueño, y la cosa se perdiese sin culpa del deudor, la cosa se pierde para su dueño, salvo los derechos de este hasta el día de la pérdida, y la obligación quedará disuelta (art. 584):* es decir, que si la cosa ha sido arrendada, p. e., podrá cobrar los arrendamientos hasta el día en que perció.

b) *Si se perdiese la cosa por culpa del deudor, se observará lo*

(Art. 584.) Este artículo contenía un error que hicimos notar con el Dr. Leguizamón en la Instituta, nota 102, y cuya opinión fué aceptada por el Congreso corrigiéndolo; decía, *con relación á terceros*, expresión que no tenía sentido precediendo al artículo tal como se encuentra redactado.

Hasta aquí nos hemos referido á las relaciones de derecho entre acreedor y deudor, cuando se trataba de transferir sobre la cosa derechos reales: veamos cuáles son esas relaciones, cuando la cosa se restituye á su dueño. Es necesario suponer que la posesión ha continuado por medio de otra persona, pues no ha dejado de ser dueño. En el comodato, arrendamiento ó depósito, p. e., los que poseen á este título, representan al propietario que no ha dejado de poseer. El principio de que la cosa perezce, aumenta ó se deteriora para su dueño, recibe una aplicación completa; así, cuando la cosa se pierde sin culpa del deudor, el dueño soporta la pérdida, salvo los derechos que tuviere hasta el día de ésta, dice el artículo. ¿A qué derechos se refiere? A los adquiridos antes, como ser arrendamientos ú otros semejantes.

Estas obligaciones pueden alterarse por contrato y nada se opone á que el deudor tome sobre sí todos los riesgos, si así se hubiere convenido. La doctrina de este artículo no tiene relación con el art. 789, como alguien lo ha creído, pues éste se aplica al poseedor de mala fe, que debe restituir lo recibido, soportando los casos fortuitos, como dueño de la cosa recibida en pago de lo que no se le debía.



dispuesto en el art. 579 (art. 585); es decir, podrá cobrar una cosa equivalente y los daños y perjuicios.

c) Si (la cosa) *se deteriorare sin culpa del deudor, su dueño la recibirá en el estado en que se halle, y no quedará el deudor obligado á ninguna indemnización* (art. 586); pero si hubiere ob-

(Art. 585.) En las obligaciones de restituir las cosas á su dueño, si se pierden por culpa del deudor, éste será responsable por su equivalente y los perjuicios é intereses como en el art. 579, y basta estar constituido en mora, para responder del caso fortuito, á menos que la mora proviniese de fuerza mayor y la cosa pereciese por un terremoto, ó inundación general, en que hubiere perecido igualmente el poder de su dueño, debe aplicarse la doctrina del derecho romano, que encierra un gran principio de justicia: *nulla injuria, aut damnum dare videtur aque perituris rebus*. Si al poseedor de mala fe se concede este privilegio, ¿por qué le sería negado en el mismo caso al poseedor moroso?—Comp. AUBRY y RAU, § 331, n.º 6.

Queda librado á la apreciación de los jueces el decidir en cada caso, y según las circunstancias especiales, cuándo la cosa hubiere perecido aún en poder del acreedor.

La pérdida de la cosa comprende igualmente los casos por descuido imputable al deudor. Se sabe que habiendo desaparecido de nuestra legislación la teoría de la culpa lata, leve y levisima, cada caso debe juzgarse según las circunstancias especiales.

Tratándose del pago de la cosa pérdida, ¿debe estimarse ésta por el valor en el momento de la entrega, ó por el que tenía cuando la recibió el deudor? El art. 579, dice: el acreedor tiene derecho al «equivalente de la cosa, con más los daños é intereses»; si la cosa valiera menos en el momento de la entrega, el acreedor no podría reclamar el precio que tenía cuando la entregó, porque es en el momento de recibirla que debe juzgarse de su equivalencia, para que no pierda. Si puede adquirir una cosa semejante con su valor, nada ha perdido porque valga menos en ese momento, como nada habría ganado si su valor fuera mayor, pues se le entrega éste y con él puede tomar una cosa semejante.

(Art. 586.) Si la cosa se deteriorare por el uso natural que de ella se hiciera, ó si fuere entregada para un uso convenido y que no es el propio de la cosa, el deudor no será responsable por los deterioros sobreenvidados naturalmente. Así, he alquilado mi casa para poner una fábrica, los deterioros ocasionados debo soportarlos, pues he debido

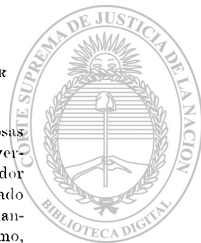
tenido algún provecho, deberá devolver aquello con que se enriqueció.

d) *Si se deteriorare por culpa del deudor, se observará lo dispuesto en el art. 581 (art. 587)*; es decir, puede exigir, ó una cosa equivalente, dejando la cosa al tenedor, con una indemnización por los daños y perjuicios, ó recibir la cosa deteriorada, cobrando los perjuicios é intereses.

preverlos al entregarla para ese uso. Cualquier deterioro causado por el uso ó por caso fortuito ó fuerza mayor, será á cargo del dueño, quien deberá tomar la cosa en el estado en que se encuentra, sin tener derecho á indemnización alguna. Producidos los deterioros de una cosa, ¿á quién incumbe la prueba? El tenedor debe probar que los deterioros no han ocurrido por su culpa, ó es el dueño quien debe demostrar la culpa del deudor? La cosa se le ha entregado en buen estado, si al restituirla se encuentra deteriorada, corresponde al deudor demostrar que los deterioros fueron causados por el uso de la cosa, ó por caso fortuito ó fuerza mayor. Si el tenedor de la cosa la hubiere recibido sin hacer constar el estado en que se encontraba, se presume en buen estado, salvo la prueba en contrario. La regla es, la cosa debe entregarse como se recibió, y al que alegare el deterioro sin su culpa, corresponde probar la excepción.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 1671.

(Art. 587.) La alternativa no podrá usarla tratándose de inmuebles; porque el inquilino que por su culpa hubiere deteriorado la cosa alquilada, no estará obligado á quedarse con ella pagando su equivalente con los daños y perjuicios, como se dice en la primera parte: el dueño deberá recibirla cobrando las indemnizaciones. El acreedor podrá elegir la primera de la alternativa en las cosas muebles ó semovientes, como, p. e., cuando he alquilado un caballo que me devuelves manco ó tuerto, ¿por qué esta diferencia? Las cosas muebles es muy difícil restituirlas en su primer estado y algunas veces es imposible y se debe dejar á la elección del acreedor el abandonar la cosa tomando su valor y los perjuicios, ó recibirla como está, mientras en los inmuebles aunque se trate de destrucciones parciales ellas pueden reemplazarse siempre, á menos de casos especiales. El deterioro de una casa, por culpa del deudor, no puede conducirlo hasta obligarlo á comprarla, sería un caso de compra forzada no autorizado por la ley. Y lo dicho respecto del deterioro de bienes inmuebles se puede aplicar á los casos de pérdida por culpa del deudor, pues se pagarán los edificios, pero no será obligado á comprar el terreno.





§ 194.—DE LAS MEJORAS EN LAS OBLIGACIONES DE RESTITUIR  
LAS COSAS A SU DUEÑO

La diferencia esencial entre las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir dominio sobre ellas y las de devolverlas á su dueño, se encuentra en que, en las primeras, el deudor no puede hacer mejoras, sino conservar la cosa en buen estado sin alterarla; mientras en las segundas puede realizarlas, cuando no se le hubiere prohibido expresamente, y aun así mismo, puede ejecutarlas teniendo derecho á que se le paguen las de cierta clase.

*Son mejoras necesarias, aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada. Son mejoras útiles, no sólo las indispensables para la conservación de la cosa, sino también las que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella. Son mejoras voluntarias las de mero lujo ó recreo, de exclusiva utilidad para el que las hizo (art. 591).*

(Art. 591.) ¿Qué diferencia existe entre gastos y mejoras?

La palabra gastos es una expresión general y comprende todo desembolso sea de dinero, ó todo esfuerzo individual susceptible de apreciación pecuniaria; pero el Código hace diferencia entre los diversos gastos, de donde debemos deducir la manera de cobrarlos. «Gastos de conservación» de la cosa á cargo del dueño y que deben abonarse siempre á cualquier poseedor, aun al que la hurtó; esos gastos se reputan hechos por encargo del dueño y debe abonarlos por lo que costaron existan ó no. «Gastos de mejoras necesarias» que tienden á conservar la cosa en su integridad, como sería un muro para impedir que el torrente socave los cimientos de la casa, ó la construcción de un techo incendiado por un rayo, esas mejoras debe pagarlas el propietario á cualquier poseedor, pero no por lo que costaron, como en los gastos de reparación, sino por lo que valgan al tiempo de entregarse la cosa, y si no existen, no los debe. «Gastos de mejoras útiles», son los que dan mayor valor á la propiedad, deben pagarse al poseedor de buena fe por lo que valieren en el momento en que la propiedad se entrega, teniendo en vista para estimarlos el mayor valor dado á la cosa; en cuanto al poseedor de mala fe, puede cobrarlos igualmente compensándolos con los frutos percibidos ó que dejó de percibir. En esta parte el Código contiene un error evidente al definir las mejoras útiles, confundién-



*Si la cosa (que se debe restituir) mejorar ó hubiere aumentado sin que el deudor hubiese hecho gasto en ella, ó empleado su*

dólas con la necesarias, error que proviene de haber traducido mal el artículo 905 de Freítas, de donde ha sido tomado el nuestro. Freitas dice: «Son mejoras útiles las que no siendo indispensables para la conservación de la cosa, son aún de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella»; y el Código Argentino. «son mejoras útiles, no sólo las indispensables para la conservación de la cosa, sino las que son de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella», comprendiendo así las necesarias en las útiles, lo que es un error de doctrina que debe corregirse. Finalmente, los gastos hechos para la exclusiva utilidad del que los hizo y que son mero lujo y recreo, y cuyas mejoras se llaman voluntarias, ningún poseedor puede reclamarlas; pero pueden extraerlas si no causaren perjuicio á la cosa.

«De los gastos de conservación» hablan los arts. 2204, y el depositario debe dar aviso al deponente de los gastos necesarios para conservación de la cosa; el art. 2224, de «los gastos de conservación» que debe pagar el depositante al depositario que los hubiera hecho; y el 3892 de los gastos de «conservación» de la cosa mueble que deben ser pagados con privilegio sobre su precio; estos gastos están separados de los de mejoras necesarias, útiles ó voluntarias. como vamos á verlo.

En el artículo 1384, el vendedor debe pagar los gastos por ocasión de la entrega de la cosa, los «gastos del contrato», como también las «mejoras», separando así los gastos de entrega de los «gastos de mejoras» que no sean voluntarias; en el art. 2120 se separan igualmente «los gastos de reparaciones» de los gastos de «mejoras» no necesarias y que el vendedor debe al comprador, en caso de evicción, si no hubiere recibido indemnización del vendedor, y el art. 3992 separa los «gastos de conservación» á los que acuerda privilegio, negándose los á los «gastos de mejoras» que sólo aumentan el valor de la cosa, y finalmente, la separación y diferencia es más notable en el caso de la prenda, porque el deudor debe al acreedor «los gastos ó expensas necesarias» hechos en la conservación de la cosa, aunque después hubiere perecido, mientras no debe los gastos útiles ó de mejoras, sino cuando hubieren dado mayor valor á la cosa (3228).

El art. 2427 habla de los «gastos necesarios ó útiles» y concluye refiriéndose á las «mejoras necesarias ó útiles», el 2430 de los «gastos para la simple conservación de la cosa», y el 2440 sólo de los «gastos necesarios» que puede cobrar el poseedor de mala fe: de donde se deduce que se distinguen los gastos de «conservación», los gastos



*trabajo, ó el de otro por él, será restituida á su dueño con el aumento ó mejora; y nada podrá exigir el deudor (art. 588); pero si hubiere mejoras ó aumento que con su dinero ó su trabajo, ó con el de otros por él, hubiere hecho el deudor que hubiese poseído la cosa de buena fe, tendrá derecho á ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias ó útiles, según la avaluación que se hiciere al tiempo de la restitución, siempre que no se hubiese prohibido hacer mejoras. Si las mejoras fueren voluntarias, el deudor, aunque fuese poseedor de buena fe, no tendrá derecho á indemnización alguna (art. 589, 1ª parte); aunque podrá sacarlas si no perju-*

«necesarios», los gastos útiles y los voluntarios; que las expresiones de «gastos y mejoras» se deben tomar como equivalentes; así, cuando se dice, mejoras necesarias, es lo mismo que gastos necesarios, porque el Código usa la expresión indistintamente, y si parece confundir en el caso de prenda los gastos necesarios con los de conservación, el art. 3228, se refiere exclusivamente á estos últimos.

(**Ar 588.**) Se dijo en el art. 582 que los aumentos ó mejoras de la cosa sobre que se debían transferir derechos reales, correspondían al deudor, porque era dueño de ella hasta el momento de la tradición, y en este artículo corresponden al acreedor por la misma razón, pues es dueño de la cosa que se debe restituir: pero como dijimos allí, esos aumentos ó mejoras deben ser naturales, sin que el deudor haya hecho gasto alguno, tomándose aquí la expresión de Freitas, art. 904, n° 5, que fué alterado ó mal traducido en nuestro art. 581, y agregándose, para mejor claridad, que las mejoras ó aumentos no hayan provenido del trabajo del deudor ó de otro por él; pero cuando esto sucede, se rige por el art. 589.

Siendo el dueño quien debe recibir la cosa, es justo pertenezcan á él las mejoras ó aumentos que no hubieren sido obra del tenedor ó de su representante ó encargado.

(**Art. 589.**) En este artículo hay que distinguir: 1º, cuando el poseedor es de buena fe y cuando no lo es; 2º, la clase de mejoras ó aumentos que hubiera hecho, si son necesarias ó útiles; 3º, si le fué permitido ó prohibido hacer mejoras; 4º, en qué tiempo se deben extimar las mejoras; 5º, que las mejoras ó aumentos se hagan con dinero ó trabajo del restituyente ó de otro á quienes hubiere encargado hacerlas.

Si es poseedor de buena fe, porque se le hubiere prestado ó arrendado la cosa, tendrá derecho á las mejoras necesarias, aun cuando se

dicara á la cosa en que estuvieran hechas. *Si el deudor fuese poseedor de mala fe, tendrá derecho á ser indemnizado de las mejoras* hubieren prohibido en el contrato hacer mejoras. Se le reconocerán también los gastos hechos para la conservación de la cosa. No deben confundirse las mejoras necesarias con los gastos de reparaciones á cargo del dueño.

Si el poseedor no tuvo prohibición de hacer mejoras, tendrá derecho á las mejoras útiles; pero si por el contrato le estuviere prohibido le serán pagadas, *cuando existieran*. Deben abonársele los gastos de reparaciones, cuando correspondiesen al locador, caso del art. 1539, nº 3, ó cuando el depositario debía hacer gastos urgentes correspondientes al depositante, pues es responsable por su omisión, art. 2204, ó en el comodato, cuando fueren tan urgentes que no se pudiera dar aviso sin grave peligro, art. 2287; en todos estos casos se supone que el dueño de la cosa ha autorizado al poseedor para hacerlos.

El derecho de retención por las mejoras necesarias no le podría ser negado, y por las útiles cuando no se le prohibió hacerlas.— Véase arts. 2466 y 3940.

Cuando el poseedor es de mala fe, tiene derecho á las mejoras necesarias (y aun puede retener la cosa hasta que le sean pagadas, por aquella máxima de justicia de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, y no se hace excepción á este principio, ni aun con los que han hurtado la cosa, á quienes, sin embargo, se les niega el derecho de retención, porque sería olvidar el delito cometido; se les niega también la retención á los otros poseedores viciosos, como al estelionatario, ó al que tuvo la cosa por abuso de confianza, art. 2436.

Entran en los gastos necesarios á cargo del dueño de la cosa, los hechos en pago de contribuciones públicas, ó impuestos extraordinarios que pesaren sobre el inmueble (salvo convención en contrario), así como las hipotecas que lo gravaran.

Resulta de lo expuesto, que las mejoras necesarias las cobran todos los poseedores, y tienen derecho de retención los de buena y mala fe, menos los poseedores viciosos; las mejoras útiles tiene derecho á cobrarlas el poseedor de buena fe á quien se prohibió hacerlas si existen y el de mala fe hasta la concurrencia del mayor valor existente, art. 2441, que hubiere adquirido la cosa; este derecho corresponde con más razón al poseedor de buena fe. Con relación á las mejoras voluntarias que son de mero lujo ó recreo, ningún poseedor tiene derecho á ellas; pero se debe tener en cuenta que el mero lujo queda á la apreciación de los jueces, y está limitada á las que sólo sean de utilidad para





ras necesarias (art. 589, 2ª parte), por el valor que tuvieran en el momento de la entrega.

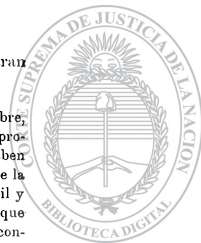
el que las hizo: porque si he hecho pintar frescos por un autor célebre, duplicando el valor del inmueble, no es justo que el dueño de él los aproveche enriqueciéndose con mi dinero. En cuanto al tiempo que deben estimarse las mejoras, su valuación debe hacerse en el momento de la restitución de la cosa, de manera que si el poseedor ha gastado mil y cuando la entrega valieran dos mil, ese es el precio debido, porque ese también es el valor recibido por el propietario. Los gastos de conservación á cargo del dueño hechos por el inquilino ó poseedor de la cosa, deben pagarse por lo que importaron en el momento de hacerlos, pues el inquilino se ha sustituido al propietario. Cuando las mejoras necesarias han desaparecido, no tiene derecho para cobrarlas, según la teoría sostenida por el Código.

La teoría es justa en lo referente á las reparaciones y gastos, según lo decimos en el art. 591. La ley dice: las mejoras necesarias deben *valuarse al tiempo de la restitución*, y si no existen en este tiempo, el dueño no debe abonarlas. El art. 2309, referente á la gestión de negocios donde se juzga útil el dinero empleado en aumentar ó mejorar los bienes, aunque después llegase á cesar la utilidad, no puede aplicarse á las mejoras necesarias hechas por el poseedor de buena fe que las ha aprovechado, mientras el gestor de negocios no las usó. No son una excepción de estos principios los casos 1 y 2 del art. 1539, sobre el arrendamiento, en que las mejoras deben ser pagadas por lo que hubieran costado existan ó no, porque así se obligó á hacerlas el propietario.

Para que las mejoras ó aumentos den derecho al poseedor para reclamarlas, es necesario que él ú otro en su nombre las hubieran hecho, pues realizadas sin su intervención, no tendría derecho para cobrarlas. Así, cuando las mejoras necesarias fueren hechas por otro que habitara parte de la casa arrendada, el arrendatario no podrá cobrarlas sustituyéndose en sus derechos, á menos de probar que las hizo por su orden.

En los casos de préstamo, comodato ó depósito, el propietario no podrá libertarse de la obligación de pagar las mejoras abandonando la cosa.—Comp. POTHIER, *Préstamos* de uso n° 81, y sig. TROPLONG, *Préstamos*, n° 158, y sig.

El código de Chile, art. 908, confunde las mejoras necesarias sin las que la cosa no habría podido conservarse, con las que sin serlo aumentan realmente el valor de ella, como una cerca que impide las de-





Las reglas establecidas se aplicarán á los contratos que no estuvieran expresamente legislados en los títulos respectivos del Código Civil. Así, p. e., en la locación, cuando se le hubiere prohibido hacer mejoras, no obstante, el locador las pagará si fuesen reparaciones ó gastos á su cargo que se hubieren hecho en caso de urgencia.

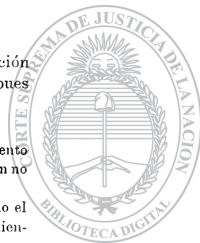
*Los frutos percibidos, naturales ó civiles, pertenecen al deudor poseedor de buena fe. El deudor que hubiese poseído de mala fe, está obligado á restituir la cosa con los frutos percibidos y pendientes, sin tener derecho á indemnización alguna (art. 590);*

predaciones ó un dique para atajar las avenidas: que no pueden compararse con las obras necesarias para impedir que un edificio se caiga, lo que el Código Argentino llama necesarias á estas y útiles á aquéllas.

(Art. 590.) Los frutos son naturales, cuando son producciones espontáneas de la naturaleza, industriales si se producen mediante la industria del hombre, y civiles la renta que produce la cosa, art. 2424. En este artículo se trata de los frutos percibidos por los que deben transferir sobre la cosa derechos reales ó deben entregarla á su dueño; por eso se dice, los frutos percibidos pertenecen al deudor poseedor de buena fe, y no habría dificultad en la aplicación de este principio si no existiera el art. 2425, que declara como no percibidos los frutos civiles; es decir, las rentas de la cosa, sino cuando han sido «cobradas y recibidas», lo que no sería justo tratándose del dueño de la cosa que todavía no ha transferido el dominio, ni respecto del arrendatario que hubiera sub-arrendado la cosa, y se le debieran los arrendamientos. El principio del art. 2425 no debe aplicarse, pues, sino á los que tienen la posesión de una cosa con ánimo de someterla á un derecho de propiedad; entonces regirá el art. 2423, en que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos correspondientes al tiempo de su posesión. Mientras el poseedor de buena fe no sea interrumpido en la posesión, como dice Goyena, art. 429, hace suyos los frutos; pero la interrupción debe ser de tal naturaleza que se le prive de la posesión de

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 589.*—En cuanto á las mejoras y sus casus, L. 10, Tit. 33, Part. 7.—LL. 41 y 44, Tit. 28, Part. 3ª.—Cód. Sardo, art. 156, —Holandés, art. 630.—L. 5, Tit. 32, Lib. 3, Cód. Rom.—L. 38, Tit. 1, Lib. 6, Dig.

*Fallos de la Cmd. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 589.—El poseedor de buena fe, tiene derecho á cobrar del propietario las mejoras necesarias ó útiles que haya hecho en la propiedad poseída.—Jur. Civ., II, 216, Sér. 6ª.



pero podrá sacar los gastos de cultivos, cosecha ó de extracción de frutos, porque nadie debe enriquecerse á costa de otro, pues el dueño habría tenido que hacerlos.

la cosa, ó lo constituya en poseedor de mala fe, por el conocimiento adquirido del vicio de su posesión; en algunos casos, la interrupción no bastará para privarle de los frutos.

El deudor de mala fe, es decir, el que posee la cosa conociendo el vicio de su posesión, debe restituir los frutos percibidos y los pendientes, sin tener derecho á «indemnización alguna», dice el artículo; pero esto se entiende si no se viola el gran principio de justicia de que nadie debe enriquecerse con daño de otro. Así, los gastos hechos en el cultivo, la cosecha y extracción de frutos, debe pagarlos el propietario, cualquiera que sea la causa de la posesión del que les hubiere producido, sin que esto importe una indemnización, sino simplemente una devolución de lo gastado.

No encontramos contradicción entre esta parte y lo dispuesto por los art. 2430, 2438 y 2440, como lo afirman algunos; no sólo porque la ley no se contradice jamás, siendo obligación del magistrado el armonizar en su aplicación las diversas disposiciones del Código, sino porque el jurista debe explicarla no encontrándola contradictoria en sí misma.

La indemnización á que no tiene derecho el poseedor de mala fe, es á la que se traduce por el pago de los daños y perjuicios y que conocemos con los nombres de daño emergente y lucro cesante. Dar derecho á sacar los gastos de cultivo y de cosecha, ó los de extracción, como lo hace el art. 2438, no es una indemnización. El pago de los gastos necesarios hechos en la cosa, nada tienen que ver con los frutos y responden á otro orden de ideas; el art. 2430 habla del poseedor de buena fe y nada tiene que ver con el de mala fe. Y la pequeña dificultad desaparece haciendo notar que el artículo habla de los frutos naturales ó civiles que el poseedor de mala fe debe restituir sin indemnización, sin decir palabra alguna sobre los industriales en que se le dá derecho para cobrar los gastos de cultivo y cosecha.—Comp. FREITAS, art. 904, n° 7. GÓYENA, art. 429. Cód. FRANCÉS, art. 549.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 590.*—L. 30, Tít. 2°, Part. 3°—Cód. Francés, art. 549.—Cód. de Nápoles, art. 474.—Cód. Holandés, art. 630.—Cód. Sardo, art. 453.—L. 2°, Tít. 1, Lib. 22, Dig.—En cuanto al poseedor de mala fe: L. 1, Tít. 14, Part. 6°.—Cód. Francés, art. 521.—Cód. Sardo, art. 455.—Instit. Lib. 1, Tít. 17, § 2.



El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos; pero el dueño de la cosa puede compensar los gastos hechos en la conservación de la cosa con los frutos recibidos. Con relación á los frutos pendientes, si el poseedor de buena fe ha gastado en hacerlos producir, tiene derecho para hacerse pagar esos gastos.

§ 195.—DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS PARA TRANSFERIR Ó CONSTITUIR DERECHOS REALES

Hemos tratado de las obligaciones y derechos entre acreedor y deudor; ahora veamos las que nacen con relación á los terceros, que pueden alegar derechos sobre la misma cosa.

*Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir ó constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella á otro, por transferencia de dominio ó constitución de prenda, el acreedor, aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor (art. 592).*

(Art. 592.) En este artículo, tomado del 906 de Freitas, se ha suprimido la expresión *con relación á terceros*, que por error se puso en el 584, y que fué corregida en la fe de erratas. Aquí debía subsistir, porque, se trata de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir ó constituir sobre ellas derechos reales, en que el deudor hace tradición de la cosa á otra persona por transferencia de dominio, y regla la relación de esa tercera persona á quien se le ofrece la misma cosa; lo mismo sucede con los artículos siguientes. Con relación á los terceros adquirentes, no tendré derecho sino cuando éstos tuvieren mala fe; es decir, cuando conocieren la obligación del deudor. La cosa mueble que me ha sido ofrecida en venta ó en calidad de prenda, y cuyo dominio ha pasado á una tercera persona, aun con un título posterior, no puedo reclamarla, mi acción personal se dirigirá contra mi deudor; pero si el segundo adquirente conocía que me estaba ofrecida, puedo intentar la reclamación por una personal contra él como poseedor de mala fe. La mala fe debe existir en el momento de la adquisición para imponer al poseedor la devolución de la cosa ó el pago de daños y perjuicios; porque si fuera posterior no le haría responsable sino respecto de los frutos percibidos después de la mala fe.— Véase arts. 2358, 2423 y 2434.



La relación de derecho del que ha recibido una cosa mueble vendida, para con el tercero á quien le fué ofrecida la misma cosa, no se produce sino cuando aquél sabía que estaba ofrecida

¿Qué se decidiría si después de contraída la segunda obligación de buena fe y antes de la tradición, conociera la obligación del deudor, y sin embargo, tomara la cosa? Por nuestro derecho no puede ofrecer duda, porque la propiedad no se adquiere sino después de la tradición, y como al hacerse ésta conocía la obligación, no ha existido buena fe en la adquisición. La buena fe del adquirente debe existir en el momento del contrato y en el de la tradición de la cosa.

La ley dice, en los casos de una adquisición de mala fe, el primer acreedor á quien se ofreció la cosa para transmitirle ó constituir un derecho real sobre ella, tiene derecho para reclamarla del poseedor de mala fe. ¿Qué acción puede ejercer? En la Instituta dijimos con el Dr. Leguizamón que tenía la acción reivindicatoria; por mi parte, reacciono contra esa opinión, y sostengo que solo hay una acción personal contra el poseedor de mala fe para obligarlo á entregar ó pagar los daños y perjuicios, y esta acción queda á elección del acreedor, porque puede hacerlo directamente contra su primer deudor. La mala fe del segundo poseedor, lo constituye en deudor en las mismas condiciones que el dueño primitivo. La acción de reivindicación no puede concederse, porque no adquirió la posesión de la cosa, y porque si la admitiéramos contra el adquirente de mala fe, tendríamos que concederla contra cualquier otro que de buena fe la hubiese adquirido, pues la acción reivindicatoria no tiene en consideración la persona del poseedor, se dirige exclusivamente contra la cosa. — Comp. FREITAS, art. 906, n° 1.

Si la cosa prometida á dos se hubiere entregado á la segunda persona de buena fe que tenía obligación posterior, y ésta la hubiera dejado en poder del vendedor á título de locación, ¿podrá reclamarla el primer comprador, alegando que la cosa no ha salido realmente de poder del vendedor? Se ha decidido lo contrario en sentencia de 24 de junio de 1845 de la Corte de Casación Francesa, y creo acertada dicha decisión.

Nuestro artículo tomado del 906, n° 1, de Freitas, no supone el caso de la tradición hecha á varios sucesivamente, y dice, será preferido aquel á quien primero se hizo la tradición, aunque los títulos de los otros sean de fecha anterior; porque siendo el primer adquirente dueño de la cosa, el vendedor queda como una persona extraña y no ha podido hacer la tradición á otras personas.



al otro; mientras la mala fe no le sea imputable, continúan siendo completamente extraños entre sí, cualquiera que sea el título que pudiera alegarse contra el deudor; pero *si la cosa fuere mueble y concurriesen diversos acreedores, á quienes el mismo deudor se hubiese obligado á entregarla, sin haber hecho tradición á ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior* (art. 593); si el contrato constare de instrumento público ó de instrumento con fecha cierta.

*Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella á otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero si contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa* (art. 594); mas si la posesión que hubiere

(Art. 593.) Como ninguno ha adquirido la propiedad, se deben considerar como acreedores personales, que en caso de concurso se prorratean; pero cuando esto no tiene lugar, y concurren á reclamar la cosa, debe ser preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, y los demás conservan su acción personal contra el deudor por los daños é intereses. Si unos reclamasen la cosa con título fundado en documento privado y otros con instrumentos públicos, se tendrá presente el art. 1035, y si todos la reclamasen por instrumento privado cuya fecha cierta debiera considerarse desde la presentación en juicio, como todos se encontrarán en las mismas condiciones, debería darse preferencia al que primero se presentó. Entre el documento privado transcripto en cualquier registro público y el instrumento público posterior, debe darse preferencia al primero, aunque fuera negado por el suscriptor, si se probase que lo había suscripto. Si los títulos fueran del mismo día, todos tendrán igual derecho.

Freitas, art. 906, n° 3, de donde fué tomado el artículo, agrega: «con tal que la fecha conste de instrumento público, ó de instrumento privado con fecha cierta», que nuestro Código suprimió y que aclara su contenido.

(Art. 594.) La acción contra su deudor es personal; pero puede ir contra el tercer adquirente de mala fe y ejercer la real, si no ha transmitido la cosa á otro adquirente de buena fe. Lo dicho en el art. 592 es aplicable á este caso. Si el adquirente de mala fe tomó posesión de la cosa y la hubiere transmitido á un tercero de buena fe, quedaría obligado á resarcir los daños y perjuicios como si fuera el



dado no estuviera acompañada del título translativo del dominio, no bastaría para hacerlo adquirir la propiedad; de modo que ofrecida la cosa por instrumento privado y dada la posesión, si se hubiera otorgado la escritura pública en favor de un tercero, debería serle entregada, porque el poseedor no tiene título de dominio, salvo lo dispuesto en los arts. 2789 y 2790. En virtud de este principio se ha dispuesto que, *si la cosa fuere inmueble y concurren diversos acreedores á quienes el mismo deudor se hubiese obligado á entregarla, sin que á ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior (art. 596)*. En la capital donde existe el regis-

trativo vendedor; lo mismo sucedería si el nuevo adquirente hubiera conocido que estaba ofrecida á otra persona, pues de otro modo, bastaría con entregarla á otro cómplice para conservar la cosa; sólo la buena fe puede hacerla adquirir. — Véase FREITAS, art. 906, n° 5, y nuestro art. 1834.

(**Art. 596.**) Este artículo, como los anteriores, legisla las relaciones de derecho entre acreedor y deudor y los terceros. Cuando el inmueble ha sido ofrecido á varios sin hacer tradición, será preferido el acreedor á quien le hubiere sido ofrecida por instrumento público de fecha anterior; porque sólo así se transmite el dominio de los inmuebles; el que tiene instrumento privado ha adquirido el derecho de obligarlo á que le extienda la escritura, art. 1185. ¿Y qué diríamos cuando el acreedor con instrumento privado se hubiera presentado en juicio y se ordenare la escrituración habiéndolo puesto en posesión del inmueble? Como se ha hecho la tradición de la cosa, no es el caso del artículo, y debe aplicarse el art. 598.

De la manera como está arreglado el registro de la propiedad en la capital, se hace imposible que haya dos instrumentos públicos de transferencia en un mismo inmueble; 1°, porque el escribano no puede (sopena de destitución) otorgar escritura de un bien raíz sin tener á la vista un certificado del registro de la propiedad (art. 240 Ley Org. de los Trib. de la Cap.); 2°, porque el encargado del registro no puede inscribir otro título de fecha anterior por el cual se transmita la misma

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 594.*—LL. 50 y 51, Tít. 5, Part. 5°. En contra: el código francés y los demás códigos que declaran transmitida la propiedad por sólo la obligación.



tro de la propiedad, será preferido el que hubiere hecho registrar primero su título translativo de dominio.

*Si la tradición se hubiere hecho á persona de buena fe* (con título bastante para adquirir el dominio de la cosa entregada), *el acreedor tiene derecho á exigir del deudor otra cosa equivalente y todos los perjuicios é intereses* (art. 595); pero la posesión de

propiedad (art. 237 l. c.); 3º, porque el título no inscripto no tiene valor alguno contra terceros (art. 239). Así, aunque hubiera dos instrumentos públicos sobre el mismo bien raíz, sólo valdría el que estuviera inscripto en el registro, pues el otro no perjudica á los terceros. Este artículo difiere fundamentalmente del art. 593 en que sólo se prefiere al que tenga título anterior, sin hacer diferencia entre el instrumento público y privado.

Freitas, art. 906, n° 5, de donde fué tomado el nuestro, da preferencia al acreedor cuyo instrumento público hubiere sido inscripto en el registro, disposición que no pudo consignar nuestro Código, porque no existía el registro de la propiedad cuando se puso en vigencia.

(Art. 595.) Este artículo resume y determina los derechos del acreedor en los tres artículos anteriores, cuando la tradición se hubiere hecho á persona de buena fe. Se dijo allí que no podía reclamar la cosa, sin agregar cuál era el derecho del acreedor burlado; en todos esos casos, el deudor está obligado á resarcir los daños y perjuicios; pero aquí se dice que debe entregar una cosa equivalente y los perjuicios é intereses. Hemos dicho que cosa equivalente podría tomarse por cosa semejante, siempre que tuviera el mismo valor: pero que la verdadera significación es lo que valga la cosa en el acto de la entrega con los daños y perjuicios ocasionados.— Véase arts. 579 y 581.

El presente artículo, por su colocación, se aplica á la tradición de cosas muebles ó inmuebles, hecho con título translativo de dominio. Cuando la cosa enajenada hubiere sido entregada en prenda á un acreedor de buena fe, el comprador podrá recobrarla abonando la deuda al acreedor prendario, y sustituyéndose así como acreedor de su vendedor, á quien además puede reclamar los daños y perjuicios: lo mismo podrá hacer cuando el inmueble se hubiera hipotecado ó dado en anticresis. La palabra «cosa equivalente», tratándose de inmuebles, está mal empleada.

Quando el poseedor fuera de mala fe, el comprador puede reclamar la cosa por acción personal, como se ha dicho. — Comp. FREITAS, arts. 547 y 548.



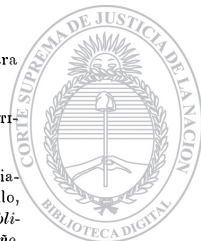
la cosa por cualquier otro título, sólo autoriza al tenedor para retenerla hasta cumplir su contrato.

§ 196.—DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS PARA RESTITUIRLAS Á SU DUEÑO

En las cosas muebles, cuya propiedad se adquiere ordinariamente por la sola tradición, porque la posesión vale por título, la ley ha establecido que, *con relación á terceros, cuando la obligación de dar cosas ciertas tuviere por fin restituirlas á su dueño, si la cosa es mueble y el deudor hiciere tradición de ella á otro por transferencia de dominio ó constitución de prenda, el acreedor no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente cuando la cosa le haya sido robada ó se hubiese perdido. En todos casos lo tendrá contra los poseedores de mala fe (art. 597).* Si la

(Art. 597.) Este artículo, como los dos que le siguen, debieron ocupar el lugar correspondiente, para hacer más clara esta materia, que se confunde con un intercalamiento indebido; así los que hablan de las obligaciones de devolver las cosas á su dueño son: 584 al 587, 597 al 599, que debían estar unidos, como debían estarlo desde el 578 al 582, desde el 592 al 596, que se refieren á la obligación de transferir derechos reales; esta confusión ha inducido á algunos en error, como lo hicimos notar, aplicando los arts. 594 y 595, que tratan de la constitución de derechos reales, á la obligación resolutoria cumplida la condición, en que se devuelve la cosa á su dueño, porque la obligación ha dejado de existir.

Cuando se trata de cosas muebles que deben devolverse á su dueño, si el poseedor ha hecho tradición de ellas por transferencia de dominio ó de prenda, á una tercera persona que las ha adquirido de buena fe, el dueño no podrá reivindicarlas sino cuando las cosas hubieren sido robadas ó perdidas. La posesión de las cosas muebles vale siempre por título, y autoriza á rechazar la acción reivindicatoria, si la cosa no hubiera sido robada ó perdida, art. 2412; pero si le hubiera sido prestada, empeñada, arrendada ó dada en comodato, etc., el comprador de buena fe la hace suya, y tiene derecho al precio pagado, aun siendo robada ó perdida, cuando la compró en casas de venta pública de objetos semejantes, art. 2768, pero el dueño podrá reivindicarla contra los poseedores de mala fe. Cuando se reivindica una cosa robada ó perdida, el dueño debe demostrar una ú otra cosa, teniéndose





cosa perdida ó robada fuere vendida en remate público, el dueño podrá recobrarla sólo pagando el precio; por consiguiente, la cosa mueble alquilada, prestada ó dada en prenda, si fuere vendida por el poseedor, pasará al dominio del comprador que hubiere ignorado estas circunstancias, y el dueño sólo tendrá acción contra el que indebidamente la vendió; pero podrá reclamarla si el adquirente conocía que la cosa era ajena.

*Si la cosa fuere mueble y concurrieren acreedores á quienes el deudor se obligase á la entrega de ella por transferencia de dominio ó constitución de prenda, sin haber hecho tradición de la cosa, es preferido el acreedor á quien pertenece el dominio de ella (art. 598);* pues el deudor es sólo comodatario depositario, ó prendario.

presente que los anuncios de pérdidas ó de hurtos, hechos en los diarios, no hacen presumir la mala fe del adquirente y es necesario demostrarla, arts. 2770 y 2766. Este artículo, como los dos siguientes, se aplican á las relaciones de los contratantes con los terceros.—Véase FREITAS, art. 908, n° 1. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIE, § 558, nota 13. DELVINCOURT, II, 644.

(**Art. 598.**) Cuando la cosa mueble deba restituirse á su dueño y hubiere sido ofrecida á otros por transferencia de dominio ó constitución de prenda, sin haberse hecho tradición de ella, la cosa pertenecerá al dueño, desde que nadie ha adquirido dominio sobre ella. La posesión no la ha perdido el dueño, pues el poseedor la tiene en su nombre, y si se le prohíbe reivindicarla contra el adquirente de buena fe, es para asegurar las enajenaciones que no serían posibles, si no se reconociera que la posesión es un título eficaz; las transacciones se arrastrarían en medio del formulismo del título y sería imposible el comercio.

Nuestro artículo ha suprimido sin razón la última parte del art. 908, n° 2 de Freitas, dejando incompleto su alcance. Freitas dice: «será preferido el acreedor á quien pertenece el dominio de la cosa» (que nuestro Código ha copiado concluyendo el artículo), pero agrega: «ó aquel á quien el deudor estaba obligado á restituirla», completando así su inteligencia y es como debemos entenderlo. Un ejemplo hará percibir con más claridad la diferencia. He dado á P. un caballo en alquiler, y

*Nota del Dr. Yelaz Sarsfield al art. 597.—Zachariae, nota 13 al § 558.*

*Si la cosa fuera inmueble, el acreedor tendrá acción real contra terceros que sobre ella hubiesen aparentemente adquirido derechos reales, ó que la tuvieran en su posesión por cualquier contrato hecho con el deudor (art. 599);* de modo que si el arrendatario

éste lo vende á J. sin entregárselo; en éste caso yo soy el preferido y debo recoger el caballo cuando ambos lo reclamemos ante la justicia; es el caso del artículo; pero P., que me alquila el caballo, lo ha prestado á D., quien se lo vende á J. sin entregárselo; el caballo debe ser entregado á P., que lo reclama en concurrencia con J.; éste es el segundo caso de Freitas, porque P. es á quien el deudor debía devolverlo, y no á mí que soy el dueño y que no concurre al juicio. Debemos, pues, entender el artículo en este sentido, devolviendo la cosa ofrecida á varios, ya sea al dueño de ella, cuando éste entrara en concurrencia con los demás acreedores, ó á aquel á quien debía ser entregada.

(**Art. 599.**) Cuando se trata de inmuebles, el acreedor tendrá acción real contra los terceros adquirentes de derechos reales ó que tuvieran la posesión por cualquier contrato.

Dado nuestro sistema de transmisión de la propiedad raíz, donde se necesita de la escritura pública y de la tradición para adquirir el dominio, nadie puede transferir á otro una propiedad sin ser dueño de ella, al menos en la capital de la República y en la provincia de Buenos Aires, que han creado el registro de la propiedad, donde cada finca no puede cambiar de dueño, con efecto para los terceros, sin que se inscriba el título en el registro. Pero como en muchas provincias no se encuentra instituido ese registro, pueden existir varios dueños á la vez, por la mala fe del enajenante, como sucedía en la antigua legislación.

El que ha adquirido la propiedad bajo una condición resolutoria, en el sistema implantado en la capital y provincia de Buenos Aires, no puede transferirla á otro sino bajo la misma condición, y en ese caso cumpliéndose la condición y habiéndose extinguido el dominio, art. 2668, el antiguo propietario está autorizado para tomar la propiedad libre de todo gravamen, art. 2670; porque el adquirente ha dejado de ser propietario por el cumplimiento de la condición ó plazo resolutorio. Pero en las provincias donde no hay registro de la propiedad, se puede suponer que el propietario condicional la ha vendido sin condición y hecho tradición de ella al comprador de buena fe; éste no habrá adquirido sino un derecho aparente, porque debe culpar á su negligencia el no haber exigido el título, pues se habría informado que el





la hubiera vendido, ó el acreedor anticresista hubiese dispuesto de ella, ó el comprador bajo condición resolutoria la hubiera enajenado, en cualquiera de esos casos, el dueño podrá deducir acción real para reivindicarla. El principio no ofrece dudas respecto á los poseedores que no tienen un título traslativo de dominio; pero algunos sostienen que en el caso del adquirente con cláusula resolutoria, el principio no tiene efecto; doctrina que combatimos en la nota.

*Si la obligación fuere de dar cosas ciertas, para transferir sólo*

derecho del enajenante era resoluble, ó que era un poseedor precario que no ha podido enajenarla. Se puede alegar contra esta opinión, que en la venta con condición resolutoria, art. 1371, n.º 2, el vendedor no vuelve á adquirir el dominio de la cosa hasta que el comprador le haga la tradición; pero no obsta á la acción por cuanto el mismo artículo en su primera parte establece que si la condición se cumple, se observará lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas á su dueño; es decir, lo dispuesto en este artículo. Como lo hice notar en el art. 555, el Dr. Llerena comete un error al negar la acción real en éste caso, error que repite comentando éste artículo, cuando dice: «Téngase presente que no se trata aquí de las obligaciones bajo condición resolutoria.» ¿Y de qué obligaciones se trata entonces? Son los únicos casos en que el dominio se transfiere á terceros; pues no suponemos pueda creerse que el arrendatario, depositario, ú otros con título semejante puedan enajenar la cosa ó constituir sobre ella un derecho real. Si se admite que el adquirente de buena fe, con un título traslativo de dominio, no adquiere la propiedad comprada, no vemos la razón por que no se aplicaría el mismo razonamiento al comprador bajo condición resolutoria, «pues si ha descuidado en conocer los títulos del que le transmitió el derecho, suya será la culpa», y porque nadie puede transferir un derecho más extenso del que tenía, art. 3270.—Véase nota al art. 555. FREITAS, art. 908, n.º 3. En el art. 1371, el mismo autor admite lo que ha negado en éstos. Tal es la fuerza de la verdad!

La acción no sólo se refiere á los derechos reales adquiridos aparentemente, sino á la posesión misma de la cosa; como si el comprador con pacto de retroventa de un año arrendara la cosa por tres años por contrato público: ocurrida la retroventa, tengo derecho para desalojar al arrendatario, y el Dr. Freitas declara sin valor dicho contrato, aunque el instrumento hubiere sido inscrito.



*el uso de ellas, los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título del arrendamiento (art. 600, 1ª parte).*

Si el uso ha sido gratuito, se juzgará por las disposiciones del comodato; si la cosa se dió en garantía de una deuda, por las de la prenda ó anticresis. *Si la obligación fuere solamente para transferir la tenencia de la cosa, los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título del depósito (art. 600, 2ª parte).*

Los acreedores á quienes se les hubiere ofrecido una cosa ajena, además de los derechos para demandar del deudor una cosa equivalente con los daños é intereses, podrán acusarlo criminalmente por el delito de estelionato, y hacerlo penar con arresto de 3 meses á un año. Arts. 201 y 204. Código Penal.

#### § 197.—DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS INCIERTAS

Cuando la cosa objeto de la obligación de dar no fuera fungible ni estuviere determinada, el deudor lo sería de género, que jamás perece; pero en cambio tendría la elección de lo que debe dar: por eso se ha dispuesto que. *si la obligación que se hubiese contraído fuere de dar una cosa incierta no fungible, la elección de la cosa corresponde al deudor (art. 601).* Esta elección no es

---

(**Art. 600.**) Este artículo no tiene atinencia ni con las obligaciones de transferir derechos reales sobre una cosa, ni con las de restituirlas á su dueño; porque se trata del uso, no como derecho real, pues la obligación se rige por lo dispuesto en el título del arrendamiento, ni tampoco la posesión, sino la mera *tenencia*, rigiéndose la obligación por el título del depósito. Este capítulo parece incompleto, porque no hay disposición alguna que determine cuáles son los derechos de los acreedores que no hubieren obtenido la cosa ofrecida, y que **Freitas** lo cierra con dos artículos que debemos tener en cuenta; podrá exigir, dice, la indemnización de todas las pérdidas é intereses y podrá acusarlo por estelionato ó hurto conforme á la naturaleza del caso, y el otro sobre el cumplimiento de las condiciones, art. 910 y 911.

(**Art. 601.**) Se trata de dar una cosa incierta no fungible, y es necesario determinar lo que se entiende por tal. Hay cosas que son de un género tan homogéneo, que todo individuo de la especie, es decir, toda unidad, equivale á otro individuo de la misma especie, como, p. e.,

arbitraria, ni podía dejarse á la voluntad del obligado; por esa razón la ley ha fijado los extremos en que él la debe hacer, y así dice: *para el cumplimiento de estas obligaciones, el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad de la especie* (art. 602, 1ª parte).

veinte litros de vino Burdeos de tal marca, equivalen á otros veinte litros de la misma marca; de manera que pueden sustituirse los unos por los otros, siendo de la misma calidad y cantidad, art. 2324. Se entiende por cosa no fungible aquella que no admite sustitución, porque no existe la igualdad; como un caballo, p. e., que no es equivalente á otro caballo. Cosas inciertas son las determinadas en tal cantidad, sólo por su especie, como la obligación de entregar cien vacas. en ésta obligación la elección de la calidad de la cosa corresponde al deudor, con la limitación de no elegir la de peor calidad. La razón de éste derecho de elegir se encuentra en que la obligación consiste en la actividad del deudor que ha quedado indeterminada en parte, ó más bien dicho incompleta, y es necesario reservarle la facultad de completarla como lo crea conveniente. En el Derecho Romano la elección del deudor era uniforme (l. l. 25 y 34, § 6, l. 60, tit. 1, lib. 18, Dig.), aunque podía alterarse por estipulación expresa (l. 112, § 8, tit. 1, lib. 19, Dig.), como sucede en nuestro derecho. Cuando tratemos de las obligaciones alternativas que se ligan íntimamente con esta elección, demostraremos que la regla admite sus excepciones.—Comp. SAVIGNY, *Obligaciones*, I, § 38.—Véase arts. 637, 2324 y 3756.

(Art. 602.) La ley ha debido buscar la interpretación razonable de una convención donde se ha dejado sin determinar la calidad, y entonces ha supuesto que no será de la mejor calidad, ni tampoco de la peor, y que ambos han entendido entregar una cosa de calidad mediana. Buscar cuál es esa calidad mediana, tratándose de especies que algunas veces tienen una extensa escala, es una cuestión de hecho. Así, cuando he vendido diez caballos, sería muy difícil averiguar cuál es la calidad mediana tratándose de *genus illimitatum*, como se decía antiguamente; porque hay caballos de carrera, de trote, de tiro pesado, de tiro liviano, de silla, etc.; entonces se debe tener en cuenta la calidad de caballos que posee el vendedor y que habitualmente vende, así como las necesidades del comprador, para interpretar cuál debe ser la calidad mediana. Si la cosa incierta ofrecida fuera de un *genus limitatum*, como si he vendido dos caballos de los veinte que tengo en mis caballerizas, la decisión será diferente. á mi juicio, y





Una vez que se ha hecho la elección de la cosa que se debía entregar, ésta queda determinada; así, se dice *después de individualizada la cosa por la elección del deudor ó del acreedor, se observará lo dispuesto respecto á las obligaciones de dar cosas ciertas* (art. 603). En cuanto á la elección de la cosa, será una

se podría entregar el más inferior de los veinte; porque se debe suponer que conociendo el comprador la clase de caballos de entre los cuales se le debe entregar, ha consentido que sea cualquiera de ellos.—Comp. DEMOLOMBE, III, n° 35, IV, 731.

Cuando por contrato la elección correspondiese al acreedor, éste no puede elegir una cosa de la mejor calidad, á menos de pacto en contrario, porque interpretando la voluntad de las partes se debe pensar que han convenido en una cosa de calidad mediana; pero si la venta fuera como en el caso anterior *genus limitatum*, puede elegir el mejor de los veinte caballos que se encuentran en la caballeriza, pues se supone que el vendedor lo ha facultado para ello.—Véase arts. 3756 y 3757.

Si por error se ha dejado la elección al acreedor, y ha tomado la cosa ofrecida, el deudor puede repetirla si demostrase que su error fué de hecho, pues no le excusaría, si fuera de derecho, art. 923.

(Art. 603.) Cuando la cosa indeterminada ha dejado de serlo por la elección, individualizándola, estando conformes ambas partes, la obligación se transforma en una de entregar cosas ciertas. Pero si hubo disconformidad, porque el deudor quisiera entregar una cosa que según el acreedor, fuera de la peor calidad, no habrá determinación hasta que el juez no hubiere decidido la controversia. Para que las cosas queden individualizadas, es necesario determinarlas de una manera cierta. Lo estarían en parte, p. e., si convenimos que las mil vacas vendidas serán entregadas de tal estancia ó de tal rodeo. La indeterminación se ha limitado; pero no podría equipararse á una obligación de dar cosa cierta; por eso debemos decir que en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. Así, consideraríamos determinada la obligación siguiente: vendo uno de los cuatro caballos que tengo en mi caballeriza; si han perecido los cuatro por un caso fortuito ó fuerza mayor, la obligación quedaría disuelta; pero si han perecido tres, la obligación será cierta y se debe el que vive. Freitas, art. 903, n° 3, de donde fué tomado el nuestro, agrega: «por la elección del deudor ó del acreedor», que sirve de la aclaración.—Véase arts. 796, 863 y 2389.



cuéstióndole hecho que se decidirá según las circunstancias. *Cuando se hubiere convenido «dejar la elección al acreedor (éste no podrá) elegir la cosa de la mejor calidad (art. 602, 2ª parte).*

Como en estas obligaciones sólo se ofrece la especie y esta jamás perece, el deudor no puede libertarse de la obligación por que todas las cosas que poseyere de la especie ofrecida hubieran perecido por caso fortuito ó fuerza mayor; pero otra cosa sucedería si se hubiere determinado de dónde se debería tomar la cosa, como si las 500 vacas que debo entregar lo fueran de las que tengo en la estancia tal, si todas pereciesen sin mi culpa en una epidemia, no habría contrato. Por esa razón *antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida ó deterioro de la cosa por fuerza mayor ó caso fortuito (art. 604).*

(**Art. 604.**) Cuando la cosa no se ha individualizado, el deudor no puede eximirse del cumplimiento de la obligación, por que el género ni la especie perecen. Cuando me he obligado á entregar cien caballos, aunque por cualquier circunstancia hayan desaparecido en su mayor parte del lugar donde nos encontramos, no por eso mi obligación se altera. Así, el artículo contiene una inexactitud jurídica y científica al expresar que una cosa no individualizada pueda *deteriorarse ó perderse*, porque sería suponer que la especie perece ó se deteriora. Se comprendería que dijera antes de individualizada la cosa, el deudor no puede eximirse del cumplimiento de la obligación; pero el agregado es una inexactitud. Nuestro artículo fué tomado de Freitas, 915, que tiene la misma redacción.

Pothier dice: «la extinción de la obligación por la extinción de la cosa debida, no podía caer sobre las obligaciones de dar una cosa indeterminada, como una vaca ó un caballo, porque no puede haber extinción de lo que no está determinado, *genus non perit.*» La l. 2, tit. 2, lib. 4, Dig. dice: «cuando se debe una suma de dinero, el deudor no se libera por el incendio de sus efectos.

Toullier, IV, 443, agrega: «si he vendido mercaderías y la casa donde las tenía se incendia, la obligación no se extingue.»—Véase arts. 894, 2153 y 3780.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 604.*—Sobre las obligaciones de género, Savigny. *Derecho de las Obligaciones*, § 39.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 604.—La suspensión



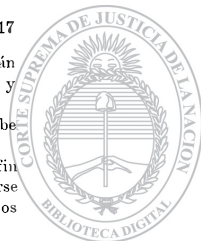


En las obligaciones de entregar cosas inciertas no fungibles, el deudor debe cosas de una especie, y mientras no se individualizan no podrá eximirse del cumplimiento, ni alegar pérdida ó deterioro, porque la especie no se deteriora; por eso la ley establece que, *la obligación de dar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie ó cantidad, da derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación con los perjuicios é intereses de la mora del deudor, si hubiese incurrido en ella, ó para disolver la obligación con indemnización de perjuicios é intereses (art. 605).* Cuando el acreedor espera el cumplimiento de la

(Art. 605.) En las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su *especie ó cantidad*, como dice impropia-mente el artículo, es necesario distinguir el objeto que se ha tenido en vista; si es para transferir ó constituir derechos reales, ó sólo para transferir el uso; distinción hecha por Freitas, art. 914, n° 1, y que debemos seguir. Se trata de obligaciones que sólo están determinadas por la «especie y la cantidad», porque de otra manera no se determinan, pues no se comprende que os venda caballos sin expresar cantidad, viniendo á ser la indeterminación «absoluta» y faltando la base de una obligación sería. La obligación en tal caso vendría á ser nula. Savigny I, § 38, Oblig. No se puede determinar tampoco por la cantidad, como si os vendo *ciento* sin expresar de qué cosas. La obligación indeterminada para ser válida es necesario que determine la especie y la cantidad, no la una ó la otra como dice el artículo.

El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, dice el artículo, mientras Freitas expresa en el art. 914, n° 1, de donde es tomado el nuestro «para exigir la entrega de una ó más cosas de la especie determinada, conforme fuere la cantidad», dando así mayor claridad á la idea ó sacándola de su generalidad de cumplimiento de obligación. Se puede exigir, pues, el pago de la prestación con los daños y perjuicios de la mora, si no prefiere disolverla con las indemnizaciones correspondientes. Cuando se autoriza á pedir el cumplimiento, el acreedor puede exigir las mismas cosas ofrecidas determinadas por su especie y cantidad más los perjuicios, lo que está conforme con la naturaleza del contrato, pero la disolución es una excepción á los principios generales del Código, pues debe pedirse siempre el cumpli-

de pagos del establecimiento bancario en que que el comprador en remate judicial tenía sus fondos, no es motivo para dejar sin efecto la venta.—Jur. Civ., VIII, 50, Sér. 1°.



obligación, no puede pedir cosas determinadas, porque no están individualizadas, á menos que se le hubiera dado la elección, y entonces no podrá elegir las mejores.

En caso de duda sobre á quién corresponde la elección, debe decidirse en favor del deudor.

En estas obligaciones se distinguirán las que tienen por fin la constitución de derechos reales, de las que deben restituirse á sus dueños, aplicándose los principios consignados en los arts. 579 á 598.

El deudor no podrá eximirse de la obligación porque las cosas inciertas ofrecidas hubieren encarecido de tal manera que se hiciera difícil de entregarlas, ni exigir disminución; el acreedor no tendrá derecho á indemnización, aunque las cosas ofrecidas hubieran disminuido de valor y pudieran tenerse por la cuarta parte de lo que valían.

#### § 198.—DE LAS OBLIGACIONES DE DAR CANTIDADES DE COSAS

Son cosas fungibles las que se pesan, cuentan ó miden, *res quæ pondere, número, vel mensura constant*, y el (art. 606) las

miento, y sólo en las obligaciones personales de hacer ó cuando se hubiere estipulado expresamente, se puede optar por resolverlo. — Véase arts. 508 y 509.

Cuando la obligación fuera con el objeto de transferir sólo el uso ó la tenencia de la cosa, como en el comodato ó en el depósito, una vez individualizada, si se perdiera sin culpa del deudor, la obligación no se habría formado. — Véase arts. 2256 y 2190.

(Art. 606.) Las obligaciones de dar cantidades de cosas se pueden considerar bajo dos aspectos: con relación á las partes individuales que las constituyen no siendo posible distinguirlas entre sí, y entonces son indiferentes para la relación de derecho, ó con relación á la cantidad de la especie. Así, el número, peso ó medida debe ir unida á la especie y calidad del objeto ofrecido, que lo distingue de los demás en su indeterminación. La elección corresponde al deudor y las leyes romanas lo autorizaban á elegir cosas de la peor especie, cuando no se había determinado la calidad, l. 52, tit. 1, lib. 17, Dig., y por nuestra legislación no podríamos aplicar esa disposición, pues tenemos una so-



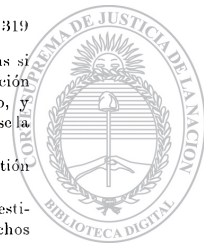
define así: *la obligación de dar cantidades de cosas, es la obligación de dar cosas que consten de número, peso ó medida. Y aunque el Código no lo exprese, la definición se aplica á las cosas fungibles, y en estas obligaciones, el deudor debe dar, en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad (art. 607); lo que distingue es-*

bre cosas no fungibles que no permite elegir la de peor calidad. Cuando he vendido mil kilos de maíz, ó mil litros de vino, sin determinar calidad, la facultad del deudor está limitada ó una calidad mediana, como en las cosas no fungibles; porque el comprador ha consentido en recibir la cantidad comprada de cualquiera calidad mediana.—Comp. SAVIGNY. Oblig. § 39.—FREITAS, art. 922 y su ncta. Véase Arts. 1170, 1171 y 1339.

Habrà algunas veces verdadera dificultad en determinar la calidad mediana de una especie que admite tantas diferencias, p. e., en la clase de vinos, aceites, etc., será difícil decir cuál es la calidad mediana para obligar al deudor que la entregue. La cuestión, por otra parte, no tiene gran importancia práctica, porque en la manera como se hacen los contratos, apenas se encontrará uno entre millares, donde no se determine de alguna manera la calidad.

(Art. 607.) «El tiempo propio», expresión tomada de Freitas y criticada con razón, porque no expresa con claridad la idea de la estipulación, quiere decir, en el tiempo y lugar convenido. La especie y calidad por sí solas nadarepresentan, si no van unidas necesariamente á la cantidad; así, se debe entregar la «cantidad» de cosas de la especie y calidad estipulada, en el lugar designado y en el tiempo fijado. Téngase presente la diferencia en estas obligaciones, respecto á la elección que debe hacer el deudor, cuando las ha ofrecido para transferir sobre ellas derechos reales, de cuando debe restituir las á su dueño, como se verá en los artículos siguientes. Cuando se han prestado cosas de cali-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 606.*—Savigny, en el § 39 del *Derecho de las Obligaciones*, dice: «Jamamos cantidades de cosas las que circunscriptas en los límites de una clase determinada no tienen ningún valor individual, y todo su valor no se determina sino por el número, la medida ó el peso; por lo que es absolutamente indiferente distinguir las cosas individualmente.—Sobre todo este capítulo. LL. 24 y 25, Tit. 5, Part. 5.<sup>a</sup>.—L. 2, Tit. 48. Lib. 4. Cód. Romano. L. 35, § 5, Tit. 1, Lib. 18. Dig.—Cod. Francés, arts. 1585 y 1586.—Cód. Sardo, arts. 1591 y 1592.—Cód. Napolitano, arts. 1430 y 1431.—Cód. Holandés, arts. 1497 y 1498.



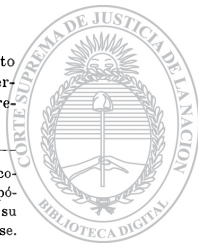
pecialmente estas obligaciones, que no se consideran formadas si no se determinare la especie y el número; así en la obligación de entregar maíz, p. e., es necesario determinar el peso, y cantidad, como, si se ha expresado la de mil kilos, debe decirse la especie á que pertenece, sea maíz, trigo, etc.

Cuando no se hubiere determinado calidad, será una cuestión de hecho.

Debe distinguirse, cuando la obligación consistiera en restituir las cosas á su dueño, de las en que se transfieren derechos reales ó se constituyera el dominio, porque en el primer caso no hay elección que corresponda al deudor ó acreedor, pues deben devolverse las cosas de la misma especie, mientras en el segundo corresponde la elección al deudor.

*Si la obligación tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho á exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios é intereses, ó su valor, según el valor corriente en el lugar y día del*

dad determinada, el deudor no puede elegir la calidad, y debe devolverlas de la misma especie y calidad recibida. Finalmente, nuestro Código ha salvado la dificultad que ofrecía la clasificación de cosas «fungibles y no consumibles», hablando de cosas que se cuentan, pesan ó miden, calidades que sólo tienen las que se consumen por el primer uso. La nota al art. 2241, tomada de Marcadé, al art. 536, n° 391, enseña: «que las cosas son fungibles ó no fungibles según que en la entrega hecha á una persona, que debe devolvérmelas, estas cosas puedan ser devueltas por otras de la misma especie en cantidad y calidad, ó deberán devolverse las mismas cosas», principio que no puede admitirse, sino cuando son cosas que no se consumen por el primer uso, pues no se comprendería que cuando se presta una cantidad de dinero ó de trigo, ó de vino, yo pueda devolver las cosas después de haberlas usado; aquí el uso representa el consumo. No está, pues, en la voluntad de las partes el hacer que una cosa sea fungible ó no como lo enseña Marcadé; convenimos en que ésta puede tener lugar tratándose de cosas no consumibles, como en el ejemplo de la nota del Código, cuando un librero presta á otro un libro para que le devuelva un ejemplar igual, en que el libro viene á ser fungible.—Comp. PONT al art. 1874, n° 7, y sig. SAVIGNY, *Obl.* § 39, nota C, FREITAS, arts. 358 y 359.



*vencimiento de la obligación (art. 608);* porque es en el momento del vencimiento en que se puede decir que viene á ser el verdadero deudor, y el acreedor puede adquirirse cosas iguales, recibiendo ese valor.

(**Art. 608.**) Cuando la obligación es de restituir cantidades de cosas recibidas, tratándose del deudor moroso, pueden ocurrir estas hipótesis: 1º, que el acreedor exija las cosas ofrecidas; 2º, que quiera su valor; 3º, que no existan las cosas debidas y no puedan proporcionarse. En el primer caso, el acreedor tiene derecho á exigir la misma cantidad de la especie y calidad convenida, más los daños y perjuicios de la mora que deben estimarse por los principios generales del lucro cesante y daño emergente, arts. 519 y sig., comparando no el precio actual en el momento de la entrega, desde que se le dan las mismas cosas, sino los perjuicios sufridos por no haberlas recibido en tiempo. Cuando el acreedor pidiere el valor de las cosas, se le deben igualmente los daños y perjuicios, aunque no lo dice el artículo, y esos perjuicios se deben estimar por los intereses de la suma que importan esas cosas, como lo dice Freitas, art. 921. Para juzgar del valor se debe atender al que tengan dichas cosas en el lugar y día del vencimiento de la obligación. Si no fuera posible hacer la entrega, como lo supone el art. 2251, se debe hacer la estimación como en el caso anterior, y los perjuicios serán los intereses de la cantidad durante la mora. ¿Por qué hacemos esa diferencia, en la primera hipótesis, de las otras dos? Porque el acreedor ha exigido la entrega de las cosas ofrecidas en la obligación y le han sido entregadas, no ha existido avaluación alguna, y los perjuicios deben estimarse según los principios generales; así cuando hubiera comprado esas cosas por mil y las vendí por dos mil sin poder entregarlas, valiendo ahora sólo mil quinientos, los daños y perjuicios estarían representados por esa diferencia.

El Dr. Llerena representa los perjuicios (sin hacer diferencia de casos) por la diferencia de valor entre el precio pagado y el que podría obtenerse en el momento en que debían entregarse las cosas. Y cuando valieran menos, ¿cómo se representará el perjuicio? No lo habría en realidad, y esto viene á apoyar nuestra tesis. Cuando el acreedor haya pedido el valor de la cosa podrá cobrar además el interés de la mora; cuando haya pedido las cosas mismas, no se establecerán los perjuicios sino de la manera expresada. —FREITAS, art. 921.

Comp. DR. SEGOVIA al art. 608, y DR. LLERENA al mismo artículo. Véase arts. 2251 á 2254.



Cuando se deben cantidades de cosas, mientras no se hayan individualizado, el dador es de género y este nunca perece; pero *las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas, después que fuesen contadas, pesadas ó medidas por el acreedor (art. 609)*, y los riesgos y peligros se regirán por las reglas establecidas en las obligaciones de entregar cosas ciertas.

*Si la obligación tuviere por fin constituir ó transferir derechos reales, y la cosa ya individualizada se perdiese ó deteriorase en su totalidad por culpa del deudor, el acreedor (art. 610, 1ª parte), podrá ejercer á su elección los derechos siguientes:*

(**Art. 609.**) Las cosas ofrecidas se individualizan entrando en la categoría de ciertas, cuando se han contado, pesado y medido por el acreedor, y agregaremos con Freitas, art. 922, «ó con su intervención ó aprobación», lo que completa el pensamiento, pues, al decir que las cosas deben ser contadas ó medidas por el acreedor, no ha entendido exigir un hecho personal de éste, sino su asentimiento y conformidad. La individualización tiene una importancia capital en estas obligaciones, así es que se debe fijar con precisión cuando tiene lugar. — FREITAS, art. 922. — Véase arts. 1342 y 2389.

(**Art. 610.**) Cuando la obligación de entregar cantidades tuviere por objeto constituir derechos reales, como la prenda, ó transferir el dominio, pueden ocurrir dos hipótesis: 1º, que las cosas se pierdan en su totalidad por culpa del deudor; 2º, que se deterioren en su totalidad también por culpa del deudor. Las otras hipótesis de cuando se pierda ó deteriore sólo en parte, se estudian en el artículo siguiente. En ambas hipótesis se faculta al acreedor para exigir igual cantidad y calidad, lo que no ofrece dificultades, pues se está en lo justo; pero agrega el artículo «con más los perjuicios é intereses», lo que no se comprende, sino suponiendo, como lo hace Freitas, art. 923, n° 1, el caso de mora, cuya palabra se ha suprimido inadvertidamente por el traductor. En efecto, si el acreedor exige la misma cantidad de cosas de la especie y calidad de las individualizadas que se han perdido por culpa del deudor, y le son entregadas inmediatamente de demandadas, no se puede comprender qué daños y perjuicios podría pagar si no hubo mora. Debemos, pues, entender que en caso de mora se pagan los daños y perjuicios. Si no quiere exigir la entrega de las cosas, puede optar por disolver la obligación con indemnización de daños y perjuicios. En estas obligaciones, como en las de dar cosas inciertas no fungibles, se



1º *Tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, con más los perjuicios é intereses (art. 610, 2ª parte)*: porque estando las cosas individualizadas se le deben esas mismas ú otras de igual calidad.

Así, cuando la elección correspondiere al deudor, y éste la hubiere hecho determinando las cosas que debía entregar, una vez destruidas por su culpa, no podría volver á hacer una nueva elección.

2º *Tendrá derecho para disolver la obligación con indemnización de perjuicios é intereses (art. 610, 3ª parte)*; porque su obligación de recibir las cosas individualizadas ha desaparecido, desde el momento que el deudor las hubiere destruido ó deteriorado.

Pero *si* (la cosa individualizada) *se perdiese ó deteriorase sólo en parte sin culpa del deudor*, podrá ejercer el acreedor á su elección (**art. 611, 1ª parte**), las siguientes acciones.

entiende comprendida la cláusula resolutoria; lo que está de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio, con el objeto de favorecer la facilidad y rapidez de las transacciones. Habría sido preferible uniformar estas disposiciones con las de dar cosas ciertas; pero se ha seguido á Freitas con muy pequeñas variaciones.—Véase art. 1204 y nota al 1421, con la que se debe armonizar.

(**Art. 611.**) Cuando la pérdida ó deterioro fuera parcial y ocurriera sin culpa del deudor, el acreedor tiene derecho para exigir la parte existente en caso de pérdida, ó la cantidad no deteriorada, con la disminución proporcional del precio, ó puede optar por la disolución del contrato, cuando se tratase de enajenación. El artículo contiene una inexactitud de doctrina; da derecho al acreedor para exigir la entrega de la «cantidad restante y no deteriorada», dejando al parecer sin legislar el caso de pérdida ó destrucción de la cosa, consistiendo la dificultad en la partícula *y* que se ha cambiado por la disyuntiva *ó* que true Freitas; variándola quedan legislados los dos casos; en el de pérdida, se debe entregar lo restante; en el de deterioro, la cantidad no «deteriorada».

Cuando las cosas se han vendido por precios diversos, en que hay tantas ventas cuantas son las cosas que tienen un precio determinado ó independiente, el contrato no se podría disolver por sólo la pérdida ó deterioro de una de ellas. Así, cuando he vendido mil kilos de



a) El acreedor *tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, con disminución proporcional del precio si estuviere fijado* (art. 611, 2ª parte), y si no lo estuviera, se determinará por peritos el valor de las cosas deterioradas.

b) El acreedor tendrá derecho *para disolver la obligación* (art. 611, 3ª parte); porque no sería justo obligarlo á recibir cosas deterioradas, que pueden no convenir á sus intereses.

Se ha hablado de los casos de pérdida ó deterioro sin culpa del deudor en las obligaciones de entregar cantidades de cosas; veamos lo que sucede cuando hubiere culpa.

*Si (la cosa) se perdiese ó deteriorase sólo en parte, por culpa del deudor el acreedor tendrá derecho:*

1º *Para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, y de la correspondiente á la que faltare ó estuviere deteriorada con los perjuicios é intereses* (art. 612, 1ª parte); porque

aceite Puget, por 500 pesos; mil cuarterolas de vino Burdeos, por cien pesos cada una; mil bolsas de harina de primera calidad por 15 mil pesos y quinientas fanegas de maíz en dos mil, si después de individualizadas (todas las cantidades vendidas) en los diversos depósitos donde existen, se incendiara por caso fortuito uno de ellos, el de vino, p. e., salvándose sólo las 500 cuarterolas de vino, el contrato, aunque realizado en un mismo acto y en un solo documento, sería válido en todo lo demás, quedando á la voluntad del acreedor el recibir las quinientas cuarterolas salvadas con disminución proporcional del precio, ó de rescindir la venta. Y hay justicia en darle esa autorización, porque sólo el comprador puede saber si basta para su objeto la cantidad que le queda. De la misma manera se decidiría en caso de deterioro. Cuando la venta de todos los objetos fuera por junto y por un solo precio total, sin determinar el valor parcial de cada objeto vendido, pereciendo ó deteriorándose parte de esas cosas, quedaría la alternativa al comprador de dejar sin efecto el contrato; pero de cualquier modo que se pudiera hacer constar que se ha procedido por precios parciales de cada cosa, la venta no se resolvería necesariamente por la falta de uno de los objetos ó parte de ellos; sin embargo son cuestiones de hecho. — FREITAS, art. 925, n° 2. Véase arts. 1328, 1339, 1341 y 1342.

(Art. 612.) Cuando la pérdida ó deterioro fuera por culpa del deudor pueden ocurrir dos hipótesis: 1ª, que sólo se perdiera una parte, quedando intacta la otra; 2ª, que se deteriorase sólo una parte. En



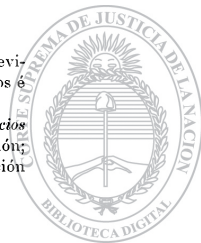
su derecho á tomar la parte no destruida ó sin deterioro, es evidente; ó podrá recibir la cosa deteriorada con los perjuicios é intereses.

2° *Para disolver la obligación con indemnización de perjuicios é intereses* (art. 612, 2ª parte), pudiendo hacerlo á su elección; pero una vez pedida la disolución, no podrá desistir de su acción para demandar la cosa restante.

§ 199.—DE LAS OBLIGACIONES DE ENTREGAR CANTIDADES  
DE COSAS PARA RESTITUIRLAS Á SU DUEÑO

Hemos hablado de las obligaciones de entregar cantidades de cosas para transferir ó constituir sobre ellas derechos reales; ahora nos ocuparemos de las que tienen por fin el devolverlas á su dueño. En estas obligaciones, como en aquéllas, es necesario

el primer caso, el acreedor podrá exigir la parte que hubiera quedado, y los daños y perjuicios correspondientes á la que faltare, pero sólo en caso de *mora*, como en el art. 610, y lo consigna el Dr. Freitas, art. 925, n° 3, de donde se suprimió al traducirlo. Lo justo habría sido dar acción para exigir una cantidad igual á la pérdida para completar el total de la ofrecida, y si no pudiese entregarla, autorizarlo á cobrar los daños y perjuicios, que se traducirían en la diferencia de precios, si estuviera fijado, cuando las cosas valieran más: porque si valieran menos el acreedor sería beneficiado. En la primera hipótesis puede optar el acreedor por disolver la obligación con la indemnización de los perjuicios é intereses. En la segunda, puede recibir la parte no deteriorada, y respecto á la otra pedir los daños y perjuicios, ó disolver la obligación con los daños y perjuicios. Podemos condensar la doctrina de los tres artículos en esta forma: 1°, cuando se trata de transferir derechos reales y la cosa se perdiere ó deteriorare en su totalidad por culpa del deudor, puede exigir igual cantidad de la misma especie ó calidad; 2°, si sólo fuera en parte, puede pedir la cantidad que existiere ó no estuviere deteriorada y los perjuicios ó intereses por lo restante; 3°, en ambos casos puede disolver la obligación con daños é intereses; 4°, si el deterioro ó pérdida parcial fuere sin culpa puede recibir lo restante con disminución proporcional del precio ó disolver la obligación. Los artículos no legislan cuando la pérdida fuera total, rigiéndose por el art. 578, de dar cosas ciertas.—FREITAS, art. 925, n° 3. Véase art. 1328.



distinguir cuando la cosa se perdiese ó deteriorase por culpa del deudor, de cuando el deterioro ó pérdida ocurriese sin culpa.

*Si la obligación tuviese por fin restituir cantidades recibidas, y la cantidad estuviere ya individualizada, y se perdiese ó deteriorase en el todo por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho (art. 613, 1ª parte) á su elección para demandar una de estas*

(Art. 613.) Cuando la obligación tuviere por fin restituir cantidades de cosas recibidas, se dijo en el art. 608 que el acreedor tenía derecho para exigir del deudor *moroso* igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios é intereses, ó su valor con los intereses de la mora, como lo dice Freitas. Se trataba en ese artículo de la obligación general, sin referirse á la culpa del deudor; y sin hacer distinción entre las cosas debidas no individualizadas ó que ya lo estuvieren, ni cuando se perdieren ó deterioraren á que se refiere el presente; pero si se tiene en cuenta que en uno y otro artículo los resultados son iguales para el deudor, bien pudieron comprenderse en uno sólo, á pesar de las diferencias notadas; porque en ambos casos el acreedor tiene derecho para exigir igual cantidad de la misma especie ó calidad con los perjuicios de la mora, ó su valor con los intereses. Esta separación debida más bien á la minuciosidad que caracteriza el proyecto del Dr. Freitas, ha hecho incurrir al Código Argentino en pequeñas deficiencias que la doctrina debe corregir: porque se ha suprimido en este artículo que los perjuicios é intereses son en caso de *mora*, así como se suprimió la manera de fijar el valor de las cosas, como lo determina el art. 608, y en ambos se ha suprimido la disposición que contiene Freitas, que cuando se cobra el valor de las cosas, los perjuicios é intereses de la mora, serán como si la obligación fuere de dar sumas de dinero. Habría sido más sencillo una vez individualizadas las *cantidades*, someterlas á las disposiciones de dar cosas ciertas. El artículo que examinamos contiene: 1º, que la obligación sea de restituir cosas recibidas; 2º, que estén individualizadas; 3º, que se pierdan ó se deterioren en el todo por culpa del deudor. Si cuando el acreedor exige las cosas en el plazo estipulado el deudor las entrega, no habrá lugar á los daños y perjuicios, contra lo que parece indicar el artículo por falta de claridad, pues indudablemente se refiere á la *mora* en el cumplimiento de la obligación, de la misma manera, cuando el acreedor reclama el valor de las cosas perdidas ó deterioradas no habrá daños y perjuicios, si se paga el valor, pero en caso de *mora* deberá los intereses del dinero, como lo enseña FREITAS, art. 926, n. 1.





dos cosas: 1ª *exigir otra igual cantidad de la misma especie y cantidad con los perjuicios é intereses* (**art. 613, 2ª** parte), si es que fuera moroso en entregar la cosa; 2º *exigir el valor* (de la cosa) *con los perjuicios é intereses* (**art. 613, 3ª** parte), de la mora; porque si lo pagare cuando le fuera requerido, no habrá perjuicios.

*Si (la cosa) se perdiese ó se deteriorase sólo en parte por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir* (**art. 615, 1ª** parte), á su elección una de las tres cosas siguientes:

(**Art. 615.**) Cuando las cantidades de cosas deben ser restituidas á su dueño y se perdieren ó deterioraren sólo en parte por culpa del deudor, estando individualizadas, ocurre lo mismo que cuando la obligación tiene por fin transferir derechos reales, art. 612, con esta diferencia: que puede exigir además la entrega de la cantidad restante ó no deteriorada, y el valor de la que faltare ó estuviere deteriorada con los perjuicios ó intereses de la mora. Tienen de común ambas obligaciones: 1º, que el acreedor puede exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, y de la que corresponde á la que faltare ó estuviere deteriorada con los perjuicios é intereses; 2º, disolver la obligación con indemnización de los perjuicios é intereses. El derecho para exigir en las primeras la entrega de la cantidad restante no deteriorada y el valor de la deteriorada, y en las segundas la correspondiente á la que lo estuviere, se comprende; porque cuando se restituyen las cosas á su dueño, se puede exigir el valor de las que faltaren ó estuvieren deterioradas, pero cuando se han vendido ó cuando se transfieren, lo único que se puede exigir son otras cantidades de cosas hasta llenar lo prometido.

En este artículo se notan igualmente dos supresiones importantes como en el art. 613; y la doctrina debe incorporarlas: 1º, que los daños y perjuicios sólo tienen lugar en caso de mora; 2º, que cuando se reclama el valor de lo perdido ó deteriorado, los perjuicios están representados por el interés del valor que se hubiere señalado; Freitas, art. 926, nº 3. En el caso de pérdida ó deterioro parcial de las cantidades que deben entregarse á su dueño, se le autoriza para disolver la obligación con los perjuicios é intereses; éstos deben estimarse por los principios generales que rigen la materia.

El Código nada establece en estas obligaciones con relación á los terceros, y sólo producirá efecto contra ellos en los casos de fraude ó en los de preferencia, como lo indica Freitas en el art. 927.



1º *la entrega de la cantidad restante no deteriorada, y de la correspondiente á la que faltare ó estuviere deteriorada, con los perjuicios é intereses* (art. 615, 2ª parte), si el deudor fuere moroso.

2º *para exigir la entrega de la cantidad restante no deteriorada, y el valor de la que faltare ó estuviere deteriorada, con los perjuicios é intereses* (art. 615, 3ª parte).

3º *para disolver la obligación con indemnización de perjuicios é intereses* (art. 615, 4ª parte), de la mora; porque puede no convenirle recibir parte de las cosas que se le debían; pero cualquiera de las tres cosas que exigiera, no podrá desistir después para pedir las otras.

En los mismos casos de pérdida ó deterioro de las cosas que se deben devolver, ocurrida sin culpa del deudor, se aplicarán las reglas siguientes:

1ª *Si (la cosa) se perdiese sólo en parte, el acreedor sólo puede exigir la entrega de la cantidad restante* (art. 614, 1ª parte);

---

(Art. 614.) Este artículo debemos tomarlo en las mismas condiciones que el anterior; es decir, la cosa debe hallarse individualizada y la pérdida ó deterioro ocurrir sin culpa del deudor, entonces se aplicará el art. 586, y el acreedor debe recibirla tal como se encuentre, sin indemnización. Cuando las cosas se perdieran en su totalidad sin culpa del deudor y hubieran sido contadas, pesadas ó medidas por el acreedor ó con su consentimiento, la pérdida la soportará el dueño; y aquí ocurre una cuestión grave; porque sin la tradición no se adquiere el dominio y entonces es necesario buscar un acto equivalente. Cuando debes restituirme cien pipas de vino Burdeos, y vamos al depósito y las separamos y marcamos para que las mande buscar, si por un incendio ocurrido por un rayo no se han salvado sino diez, no tendré derecho á más, el recuento de las pipas y la separación ó la marca puesta equivale á haberme recibido de ellas y los peligros son á mi cargo. Del mismo modo, si á causa del incendio se han deteriorado en todo ó en parte, el acreedor estará obligado á recibirlas deterioradas como se encuentran, ó las sanas ó deterioradas en el segundo.

La diferencia capital entre las obligaciones de dar cantidades de cosas cuando son para transferir el dominio, ó cuando se restituyen á su dueño, es que en las primeras, aunque se individualicen, el peligro corresponde al acreedor hasta la entrega; mientras en las segundas



porque estando individualizada la cosa, se pierde para su dueño; lo que supone necesariamente que es la misma cosa la que se devuelve.

2ª *Si se deteriorase sólo en parte, el acreedor recibirá la parte no deteriorada con la deteriorada en el estado en que se hallaren* (**art. 614**, 2ª parte); porque los deterioros ó mejoras corren de cuenta del dueño de la cosa.

#### § 200. — DE LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

*Es aplicable á las obligaciones de dar sumas de dinero lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie (y cantidad) y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas* (**art. 616**), con las modificaciones siguientes:

como se devuelven las mismas cosas prestadas ó depositadas, el peligro corresponde al dueño. FREITAS, art. 926, n° 2, de donde ha sido tomado sin alteración.

(**Art. 616.**) El dinero no es por su esencia una cosa consumible, sino por la naturaleza de las funciones que desempeña en el comercio. En este capítulo está tomado no sólo como la moneda de oro, plata ó cobre acuñada por la autoridad de una nación con un valor intrínseco, sino por toda clase de papel-moneda con valor legal en la República. Bajo el punto de vista jurídico la moneda es considerada como cosa de consumo, porque al entrar en la corriente circulatoria se confunde de tal manera con las demás circulantes, que se hace imposible distinguirla; se puede decir en este sentido que se consume con el primer uso, porque desaparece para no volver á encontrarla sino en otra moneda semejante ú otro papel de valor igual. ¿Por qué, pues, no haber hecho seguir la misma legislación de las demás cosas consumibles? Porque tiene una importancia especial y se presta á peculiaridades que no ofrecen las demás cosas. Así se aplica á las obligaciones de dar sumas de dinero, lo dispuesto sobre las de dar cosas inciertas no fungibles sólo determinadas por su *especie* (y agregamos siguiendo á Freitas) y *cantidad*, porque sin ésta no habría obligación verdadera; se aplica igualmente lo dispuesto en las obligaciones de dar cantidades *no individualizadas*; porque el dinero no se puede individualizar, y por esa razón, el deudor será siempre responsable hasta no haber pa-



a) Las sumas de dinero se deben considerar como cantidades de cosas no individualizadas, salvo convención en contrario; porque desapareciendo el dinero, con el primer uso, desde que se confunde en la circulación, sería desnaturalizar su función propia al querer individualizarlo, y sólo la voluntad de las partes puede hacerlo, cuando se tratare de monedas de oro, plata ó cobre especiales que forman parte de un monetario, y que deben devolverse las mismas.

b) *Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas (art. 617),* que no fueren sumas de dinero; como si se

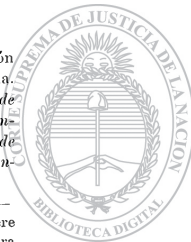
gado la cantidad debida, y la elección se limitará á dar en todos los casos moneda nacional, computando el valor de la moneda corriente especial ofrecida, por lo que ésta valiera en el lugar y día del vencimiento de la obligación.

Las disposiciones de los capítulos anteriores se deben aplicar con las modificaciones que vienen en seguida, como lo trae Freitas, art. 928. La moneda no puede constituirse en cosa no fungible por voluntad de las partes, como lo dijimos en el art. 437 contra la opinión de Marcadé, porque no se comprendería su uso para volver las mismas monedas sin haber prestado el servicio, que es el cambiarlas por objetos que sirven para nuestras necesidades ó nuestros placeres. Cuando se depositan en saco ó caja cerrada, no se toman como monedas, sino como un cuerpo cierto que debe devolverse en el estado en que se entregaron, y no es el caso. Los únicos casos de excepción son cuando se prestan para adorno, en que deberán devolverse las mismas, ó cuando no son de curso legal en la República.

(**Art. 617.**) No es el lugar de tratar la cuestión de si la moneda es ó no mercadería, que en mi opinión lo es, y así la consideraba el Código tratándose de moneda sin curso legal en la República, que no te-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 616.*—El dinero pertenece á las cantidades. Hay entre cada pieza de una determinada especie de moneda una diferencia tan poco sensible como en cada grano de un montón de trigo, y la piezas de moneda tomadas aisladamente no son susceptibles de ser distinguidas. Bajo el punto de vista jurídico, las monedas son cosas de consumo, en el sentido que su uso verdadero consiste en el gasto que se hace, gasto que hace tan imposible, como si la materia se hubiese consumido, toda reclamación ulterior de la pro-



estipulase entregar moneda antigua de tal clase, la obligación no se cumpliría, sino entregando la clase y cantidad estipulada.

*c. Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie ó calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, ú otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación (art. 619).*

niendo un valor determinado por la ley debe buscarse el que se le diere en el comercio; por eso dice el artículo, la obligación se considera como de dar cantidades de cosas, admitiéndose todas las peculiaridades de estas obligaciones. Pero si la obligación fuere de entregar una suma de moneda extranjera con un valor fijado por la ley, como el franco, la lira, la libra esterlina, etc., no regirá la disposición de este artículo, sino la del 619, y el deudor podrá entregar su equivalente en moneda nacional. Cuando se ha estipulado entregar mil libras esterlinas y no se pueden dar sino quinientas, las otras quinientas pueden entregarse por su equivalente en moneda nacional, sin que haya daños y perjuicios, sino en el caso de *mora*, y los intereses que no se estimarán por el precio de plaza, sino por el que cobrara el Banco Nacional.

Para que se considere la obligación de dar sumas de dinero como de dar cantidades de cosas, es necesario que las monedas que deban entregarse *no tengan valor legal* en la República.

Freitas expresa con más claridad la idea del artículo cuando dice: «Es libre de convenir que el pago sea hecho en moneda metálica antigua, ó en moneda metálica extranjera, ó en metal no amonedado; en estos y otros casos las obligaciones serán consideradas como de dar *cantidades* que no son sumas de dinero», art. 933. ¿Qué se resolvería si la obligación fuera de entregar billetes del Banco de Francia? Como no tienen valor legal en la República, la obligación se regirá por las disposiciones de entregar cantidades de cosas. Freitas enseña que las sumas de dinero se consideran como cantidades no individualizadas.

(**Art. 619.**) Cuando el Código fué puesto en vigencia, no teníamos moneda nacional de oro ó plata, y ahora mismo que la tenemos, admitimos ciertas monedas extranjeras señalándoles un valor legal, é incorporándolas á nuestra circulación monetaria; así cuando el Código

---

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 617.—Para el cumplimiento de los contratos que se estipulan en moneda especial no pueden serlo con papel-moneda por su valor escrito.—Jur. Com., VI, 289, Sér. 1°.*

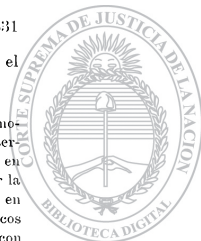
Cuando en el contrato no se hubiere designado el día ni el lugar del pago, se atenderá á las reglas siguientes:

habla de moneda corriente nacional, debemos comprender esas monedas extranjeras. Si me he obligado á entregar mil libras esterlinas, puedo pagarlas en francos, pues ambas son de curso legal en la República; pero la relación entonces no será la establecida por la ley con respecto á la moneda de la República, sino la que tuviere en el cambio corriente de plaza; no pagaré la libra á razón de 25 francos 4 centavos, que es la relación legal, sino por lo que valga en plaza con relación al franco; lo que no debía suceder, pues debía ser el valor fijado por la ley.

Cuando se hubiere estipulado en la obligación que se devolverán las libras esterlinas con exclusión de otra moneda, la obligación no se convertirá en una de entregar cosas ciertas, como se ha creído, porque la moneda es una cosa consumible por el uso que se le da, y fijar la especie de moneda no es determinar ni individualizar la cosa que debe devolverse. Siempre queda al deudor la facultad de entregar cualquier moneda nacional por lo que valga con relación á la especie ofrecida, si ésta fuere corriente y con valor legal en la República. Se debe tomar para establecer el valor de la moneda el día del vencimiento de la obligación: se entiende que esto tiene lugar cuando la obligación se cumple en el plazo convenido. ¿Qué sucederá en los casos de mora? Supongamos que al vencimiento la libra esterlina vale 5 \$ 20 en plaza, y el día de la entrega 5 \$ 04, ó que, por el contrario, vale 5 \$ 04 el día del vencimiento y 5 \$ 20 el día del pago. ¿Qué tiempo deberá elegirse? La ley dice el del vencimiento de la obligación. Pero si la moneda ha subido desde ese día, ¿el acreedor perderá la diferencia? No, porque el deudor moroso paga los daños y perjuicios, entre los que debe considerarse la diferencia de valor. Freitas, art. 932, señala como efecto de la mora la obligación de reembolsar al acreedor al cambio del día en que recibió el dinero, para que no sufra pérdida y reciba la misma cantidad que entregó.—Comp. PARDESSUS, I, 204 y sig.

Se trata en este artículo de obligaciones á moneda corriente nacional ó de curso legal en la República y no de monedas extranjeras que no lo tengan.—Comp. arts. 570, 576, 747, 1212, 1424, 1635 y 1636.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 619.*—Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestión tan debatida sobre la obligación del deudor, cuando ha habido alteración en la moneda, porque esa alteración se ordenaría por el Cuerpo Legislativo Nacional, cosa casi imposible. La ley declararía el modo de







a) *Si no estuviere determinado en el acto por el que se ha constituido la obligación, el día en que debe hacerse la entrega del di-*

satisfacer las obligaciones que ya estuviesen contraídas. Hoy los conocimientos económicos dan á la moneda otro carácter que el que se juzgaba tener en la época de las leyes que hicieron nacer las cuestiones sobre la materia. Las leyes Romanas declaran: «*In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*» (L. 99, Tit. 8, Lib. 46, Dig.). . . . «*eaque materia forma publica pecuniae, usum, dominiumque non tam ex substantia prebet, quam ex quantitate.*» (L. 1, Tit. 1, Lib. 18, Dig.) Por cierto que hoy la moneda no se estima por la cantidad que su sello oficial designe, sino por la sustancia, por el metal, oro ó plata que contenga. Notaremos, sin embargo, las leyes de los diferentes pueblos sobre el cumplimiento de las obligaciones, cuando ha habido cambio en el valor de las monedas.

La L. 18, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec., dice: «Se ha permitido á los contrayentes especificar el valor de las monedas y obsérvese inviolablemente lo convenido. Los deudores de moneda recibida por cualquiera causa en plata ú oro, están obligados á pagar en la moneda del mismo valor, peso y ley de la que recibieron y entonces corría. En los demás casos cumplen los deudores con pagar en la corriente al tiempo de la paga.»

El código francés, art. 1895: «La obligación que resulta de un préstamo en plata será siempre la de la suma numérica expresada en el contrato. Si ha habido un aumento ó disminución de especies antes de la época del pago, el deudor debe volver la suma numérica prestada, y no debe volver sino esta suma en las especies que tengan curso en el momento del pago.» Lo siguen, el código de Nápoles, art. 1767. — De Luisiana, 2884. — Holandés, 1793. — Prusiano, n° 778, Tit. 11, Part. 1°.

Sin embargo, el código de Austria dispone lo contrario en los arts. 998 y 999. «Si se ha alterado, dice, el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pie del valor que tenían al tiempo del préstamo.»

Si hubiese de darse ley, suponiendo la alteración de las monedas, nosotros aceptaríamos el artículo del Código de Austria.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 619.*— En las obligaciones de dar cantidades de dinero, la estipulación de que el pago se haga en oro ó plata de curso legal es válida, y debe cumplirse entregando la misma especie de moneda metálica designada, ó billetes de curso legal por su valor corriente. La ley de 25 de septiembre de 1876 no ha prohibido esa estipulación, ni sus disposiciones son incompatibles con ella (XIX, 360 y 369).

Las obligaciones contraídas á moneda especial, sólo pueden cancelarse con billetes de curso legal, por su valor equivalente en el día del pago (art. 3, ley 15 de octubre de 1885; XXXVII, 70).

La deuda de cantidad líquida en moneda nacional, tiene que ser pagada en la misma moneda convenida, ó en otra moneda nacional por su justo equivalente, íntegramente al día del vencimiento (LVII 337).

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 619.*— Determinada la moneda ó su equivalente, la estipulación de pagar se rige por la fecha en que se verifique el pago y no por la del vencimiento de la obligación.—Jur. Com., V, 496; Sér. 1°.

*nero, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo (art. 618, 1ª parte), porque verosíblemente ambos contratantes entendieron dejar su determinación á la decisión judicial.*

(**Art. 618.**) Cuando las partes han olvidado ó dejado expresamente sin designar el plazo, en que se debe hacer la entrega del dinero, el juez debe hacerlo interpretando la voluntad de los contratantes, teniendo en cuenta la posición del deudor y del acreedor, así como las circunstancias que pudieran darle alguna luz en esta investigación.

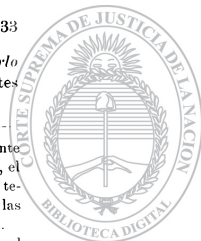
No creo se pueda aplicar la ley 5, tit. 27, Part. 3ª, referente al cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas dentro de diez días, pues allí se trata de sentencias, no de obligaciones, y porque no tiene fuerza de ley en derecho civil disposición alguna que no esté contenida en el Código (art. 22), así como que es un derecho exclusivo de las provincias el dictar las leyes de procedimientos. La ley 5, tit. 27, Part. 3ª, rige los juicios y las obligaciones que ellos reconocen, sin que tenga aplicación preceptiva en estos casos. La ley 2, tit. 1, Part. 5ª, de que habla la nota del Dr. Velez Sarsfield, para los casos de préstamo sin plazo, autoriza al prestamista á exigir la suma cuando quisiera, pasados diez días desde que el préstamo se verificó, cosa muy diferente.— Véase nota, al 1422 que es una excepción al principio de este artículo.

Como algunos autores aconsejan la aplicación de la ley de Partida alegando jurisprudencia, debemos decir, que se entiende por jurisprudencia á una serie de decisiones judiciales en que uniformemente se da el mismo alcance ó el mismo sentido á una ley de dudosa inteligencia; así dice Savigny (I, § 20, Der. Rom.), muchos, al referirse á la inteligencia que debe darse á una ley en la práctica, se contentan con algunas decisiones aisladas, pero como los tribunales no son más infalibles que los autores, pueden estas decisiones descansar sobre un error de derecho...» Así, es necesario que haya un acuerdo general y unánime para que pueda existir jurisprudencia. Se necesita el tiempo que como factor importante no sólo permite la renovación de las personas que

Las obligaciones deben ser satisfechas en la moneda que les dió origen y según el valor que tenga el día en que se verifique el pago.—Jur. Civ., II, 207. Sér. 1ª.

La conversión de la moneda de oro entregada para el pago de moneda nacional, debe hacerse al tipo de Bolsa el día de la entrega.—Jur. Civ., X, 101, Sér. 4ª.

En pesos fuertes, su denominación importa la designación de una moneda especial para el cumplimiento de un contrato y no puede serlo con billetes de curso legal sino por su valor corriente en plaza.—Jur. Com., VI, 301, Sér. 1ª.





b) *Si no estuviere designado el lugar en que se ha de cumplir la obligación, ella debe cumplirse en el lugar en que se ha contraído*

forman los tribunales, sino el mayor estudio y meditación; se necesitan decisiones uniformes y repetidas para que gocen de una autoridad incontestable y suplan la deficiencia de la ley; una ó más resoluciones aisladas no tienen más autoridad que la opinión de una ó más personas estudiosas ó competentes. Hay, pues, un error de concepto al decir hay jurisprudencia sobre ésta ó aquella materia, cuando no se citan sino uno ó dos casos ocurridos en una Corte de Provincia.

En el segundo caso, cuando en la obligación no se ha designado el lugar, debe cumplirse donde se contrajo, dice el artículo, interpretando la voluntad de las partes, sin restricción de ninguna especie, porque el art. 1212, habla de los contratos en general, sin tener aplicación para el contrato especial de entregar sumas de dinero, y el 747 se refiere á la entrega de cuerpos ciertos y determinados que no puede tener aplicación.

En cualquier otro caso, dice el artículo, debe hacerse la entrega en el domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación, disposición repetida en la última parte del 747, y esto puede ocurrir cuando en la obligación no constare dónde se ha contraído; en ese caso la entrega se hará en el domicilio del deudor al tiempo de vencerse la obligación.—Comp. DRES. SEGOVIA Y LLERENA al art. 618. INSTITUTA Cód. Civ., LEGUIZAMÓN Y MACHADO, nota 106.

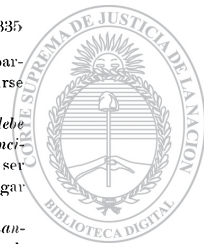
*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 618.*—Respecto á la primera parte, L. 13, Tit. 11, Part. 5ª; pero la L. 2, Tit. 1, Part. id., al hablar del préstamo, señala diez días.—Conforme con el artículo. código francés, art. 1900—de Nápoles, 1722—Holandés, 1797—Sardo, 1928.—En cuanto á la segunda parte, L. 32, Tit. 2, Part. 3ª.—L. 13, Tit. 14, Part. 5ª.—L. 9, Tit. 4, Lib. 13, Dig.—L. 19, Tit. 1, Lib. 3, id.—L. 21, Tit. 7, Lib. 44, id.—El código de Vaud y también el de Holanda, prefieren el domicilio del acreedor, si el acreedor continúa habitando el mismo pueblo que habitaba al tiempo de la obligación.

*Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 618.*—La obligación de dar una suma de dinero, cuando se pueda, importa una obligación sin plazo y no condicional, y el juzgado debe fijar á petición del acreedor el término y la forma del pago.—Jur. Com., VII, 21, Sér. 3ª.

La falta de plazo para el cumplimiento de la obligación, hace procedente la inhabilidad de título, mientras judicialmente no sea fijado.—Jur. Civ., VIII, 342, Sér. 2ª.

El pago para el cumplimiento de una obligación de dar, debe fijarse en juicio ordinario.—Jur. Civ., XIII, 137, Sér. 4ª.

La fijación del término para el cumplimiento de una obligación sin plazo determinado, debe hacerse con audiencia del obligado.—Jur. Civ., III, 406, Sér. 4ª.



(art. 618, 2ª parte), pues interpretando la intención de las partes, es presumible que éstas entendieron que debería cumplirse donde contrajeron la obligación.

c) *En cualquier otro caso la entrega de la suma de dinero debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación* (art. 618, 3ª parte); porque debiendo ser ejecutada, no podría ser exigida razonablemente fuera del lugar donde habita el deudor.

d) *Si la obligación autorizare al deudor para satisfacerla cuando pudiese ó tuviese medios de hacerlo, los jueces, á instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo* (art. 620); por-

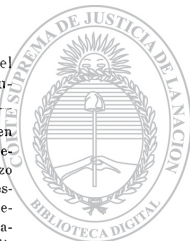
(Art. 620.) El juez teniendo en vista los medios del deudor y las circunstancias que han mediado para formar la obligación, debe señalar el plazo, usando de extrema prudencia. La crítica del escritor se ejerce difícilmente en las decisiones de los jueces (lo mismo que en los casos especiales) que encierran generalmente gradaciones de hecho y de intención tan delicadas y sutiles que casi siempre son imperfectamente conocidas por los que fallan un asunto, ó lo estudian en un sentido dado, y por eso debe aconsejarse á los jueces que pongan todos los medios á su alcance para interpretar la voluntad de las partes, que es verdaderamente soberana.

Ocorre generalmente una cuestión interesante que divide á los jurisconsultos, como dividía antiguamente á los romanos, la cláusula de pagar cuando quisiere, *cum voluerit*? La ley 46, § 2, tit. 1, lib. 45, Dig. dice: «Si he estipulado así, cuando quisierais, algunos dicen que la estipulación es inútil, otros, que es inútil solamente si antes de deciros murieséis, lo que es verdad»; de ahí es que la mayor parte de los jurisconsultos franceses han interpretado esta ley, diciendo uniformemente que tal obligación sería válida cuando ocurriera el fallecimiento del promitente. TOULLIER, VI, 498. LAROMBIÈRE, II, al art. 1186, 5. COLMET DE SANTERRE, V, 397 bis II. DEMOLOMBE, XXV, 319. TROPLONG pres-

La facultad concedida á los jueces para señalar el cumplimiento de una obligación, no puede ser ejercida sin previa audiencia del deudor.—Jur. Civ., VI, 473, Séc. 1ª.

El término dentro del cual debe cumplir el deudor una obligación sin plazo, debe fijarlo el juez con arreglo á los usos y costumbres establecidos para cada clase de obligación.—Jur. Civ., III, 174, Séc. 3ª.

Fijada por los peritos la cantidad que debe abonarse por sentencia ejecutoriada, el juez debe señalar el término para el cumplimiento de la obligación.—Jur. Civ., XII, 68, Séc. 4ª.



que es verosímil que la intención de las partes no fué dejar el cumplimiento al arbitrio y buena voluntad del deudor, sino su-

tamo), 431. AUBRY y RAU, § 303, nota 2, y FREITAS, art. 1066, repiten la opinión de Paulo; pero por nuestro derecho no es aceptable semejante conclusión. En efecto, la fórmula no se puede tomar como un plazo incierto, como lo supone Demolombe, pues hay plazo incierto por nuestro derecho (art. 568), cuando el acontecimiento debe realizarse necesariamente, y aquí la voluntad del promitente no es cierto que se manifestará, es una condición puramente potestativa, porque el cumplimiento de la obligación está subordinada á la voluntad del deudor, desde que no se hace depender de algún hecho que pueda ó no realizarse (art. 542), y siendo puramente potestativa la obligación se anula. Pothier, con esa ciencia que caracteriza sus opiniones, dice, interpretando aquel pasaje de la ley romana: «Es de la esencia de las convenciones, que tienen por objeto prometer alguna cosa, que produzcan en la persona que las hace una obligación que deba cumplirse; de dónde se deduce que no hay nada más contradictorio con esta obligación que la entera libertad de hacer ó no hacer lo que ha prometido; esta convención sería nula por falta de vínculo.» *Obl.* I, 47. Con la altísima autoridad de Pothier y con las disposiciones expresas de nuestro código, sostenemos la nulidad de tales obligaciones. Duranton, XI, 27, dice, con razón, á nuestro juicio, «si he prometido de dar *cundo quiera*, es necesario que yo quiera para que la obligación exista, y si muero sin haber querido, la obligación que jamás ha existido para mí no ha podido pasar á mis herederos».

Nuestros tribunales han decidido que obligándose el deudor á pagar la deuda y sus intereses cuando mejore de fortuna, el acreedor debe demostrar que la condición se ha cumplido, confundiendo la condición con el plazo. El juez debe señalar el plazo en que debe pagarse, sin esperar á demostración alguna.—Entre nosotros no tiene gran importancia, porque se ha suprimido la prisión por deudas, y solo tendría el efecto de hacerla ejecutable cuando tuviera bienes.—Comp. GONZALEZ, art. 1648. LUISIANA, art. 2890. VAUD, art. 1885. FREITAS, art. 1065 y la nota.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 620.*—Cód. Francés, art. 1981—de Nápoles, 1773.—Sardo, 1913.—Holandés, 1798.—L. 125, Tit. 16. Lib. 50, Dig.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 620.—La obligación que deba cumplirse cuando el obligado puede ó tenga medios de hacerlo, no es ejecutiva. Para darle ese carácter se requiere previamente la prueba res-



jetarse al tiempo que señalara el juez atendiendo á las circunstancias del deudor.

En las obligaciones de entregar sumas de moneda corriente, debe tenerse en cuenta que el deudor cumple con entregar la suma estipulada, aunque valga más ó menos con relación á otras monedas; así, una obligación de entregar mil pesos papel el 25 de marzo de 1894 en que la relación con el oro está á 350 ‰, se cumplirá entregando la suma debida que estaba cuando la entregó el prestamista á 250 ‰.

§ 201.—DE LOS INTERESES EN LAS OBLIGACIONES DE ENTREGAR SUMAS DE DINERO

En las obligaciones de entregar sumas de dinero, es necesario estipular los intereses para tener derecho á cobrarlos; sin embargo, en los casos de mora una vez interpelado judicialmente el deudor, corren los intereses que cobre el Banco Nacional. Si la obligación fuera de aquellas que por el solo vencimiento se constituye en mora, se deberán los intereses desde el vencimiento. Entre nosotros hay libertad completa para pactar los intereses, y la única limitación es que *no se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital, ó cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuere moroso en hacerlo (art. 623)*; de modo que sólo se pueden acumular por

(**Art. 623.**) Aquí el Código Argentino reacciona contra la teoría consignada en el art. 621 en favor de la libertad, y volviendo á tomar el abandonado papel de tutor de los mayores, les prohíbe pactar in-

pecto á la fortuna del obligado, ó el medio de adquirir bienes para su extinción.—Jur. Civ., I, 61, Sér. 1<sup>a</sup>.

Debe fijarse judicialmente el término para el cumplimiento de una obligación de hacer.—Jur. Civ., XII, 368, Sér. 4<sup>a</sup>.

El término dentro del cual debe cumplir el deudor una obligación sin plazo, debe fijarlo el juez con arreglo á los usos y costumbres establecidos para cada clase de obligación.—Jur. Civ. III, 174, Sér. 3<sup>a</sup>.

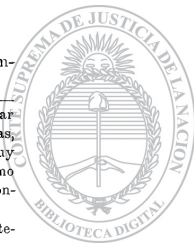
La fijación del término para el cumplimiento de una obligación sin plazo determinado, debe hacerse con audiencia del obligado.—Jur. Civ., III, 406, Sér. 4<sup>a</sup>.

una convención posterior los intereses vencidos, pero no los anteriores.

tereses de interés. Con esta disposición el *anatocismo* viene á tomar entre nosotros el mismo lugar que la usura entre los antiguos. Freitas, más lógico en sus conclusiones, permite el contrato, pues como muy bien observa en la nota, el *anatocismo* entre nosotros no tiene el mismo carácter que le daban antiguamente, desde que las partes deben convenirlo, libremente. (Nota al art. 945.)

El Código sólo admite dos hipótesis en que pueden cobrarse intereses de intereses: 1º, cuando por una *convención posterior*, acreedor y deudor hubieren acumulado los intereses al capital; 2º, cuando liquidada judicialmente la deuda, el juez la mandare pagar y el deudor incurriese en mora. En el primer caso es necesario que la convención tenga lugar sobre los intereses vencidos; el código francés exige que los intereses debidos sean por lo menos de un año. Las partes no pueden, pues, convenir que los intereses se capitalizarán cada tanto tiempo, y para cada capitalización se necesitará un acto especial. No se comprende esta restricción después de haber dado á la voluntad de las partes un papel tan importante, hasta convertir en ley la convención (art. 1197), para venir en seguida á desconocerla, impidiendo un acto lícito que no puede dañar á la sociedad. Demolombe, XXV, n° 656, demuestra que, según el texto del código francés y la inteligencia que dieron al art. 1154 los que lo presentaron al cuerpo legislativo, es necesario una convención especial después de estar vencidos los intereses; pero no prueba la bondad ó justicia de la disposición. Se ha seguido en esta parte al derecho romano que en materia de usura no es la mejor guía, l. 28, tit. 32, lib. 4, Cód. Rom.

La segunda hipótesis debe limitarse al acto final en que el juez manda pagar la deuda liquidada. ¿Por qué acordáramos más extensión: cuando tenemos una prohibición en la línea anterior? La ley dice: «cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuere moroso en hacerlo», excluyendo los demás casos, mostrándose lógico en mantener la prohibición de contratar sobre la capitalización. No creo, pues, que librado el mandamiento de ejecución por el capital é intereses, puedan capitalizarse desde ese momento para cobrar los intereses del total; porque la materialidad de la liquidación es una operación previa que está sujeta á reclamación, y el que se negara á abonar la deuda mal liquidada, no debe pagar los intereses de un capital que recién viene á fijarse por la liquidación final. Y es lo que se observa en nuestros





*La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se letribunales, donde jamás se capitalizan los intereses vencidos hasta el momento de la demanda para devengar intereses. Y á la verdad el deudor moroso debe el capital y los intereses de la mora solamente; la demanda ejecutiva en nada altera ese estado hasta la liquidación final. En todo caso, los términos claros del artículo no se prestan á otra interpretación.*

Freitas, art. 946, agrega: «que la prohibición no se refiere á los terceros que pagaren por el deudor el capital y los intereses, que pueden cobrar á su vez los intereses de toda la suma que desembolsaron»; pero es muy discutible bajo el sistema creado por el Código Argentino y sólo en los casos de subrogación ó convención legal podría aplicarse el principio. Véase arts. 767 á 772. En nada altera ésta conclusión el art. 1950, que comprende los intereses desde el día en que la anticipación fué hecha por el mandatario, ni el 2080, que autoriza al fiador subrogado para exigir del deudor el capital, intereses y costas, así como los intereses legales desde el día del pago, porque el capital intereses y costas representa el capital de que es acreedor, y desde que hizo el pago obligado por la justicia, tiene derecho para exigir su reembolso con los intereses.

Los frutos civiles que no sean intereses, como son las rentas de la cosa ó los salarios ú honorarios del trabajo inmaterial, no pueden producir interés sino desde la interpelación judicial, si de las circunstancias especiales del caso el juez autorizara á cobrarlos; porque no siendo cantidades líquidas mandadas abonar, no habría razón para acordar interés de interés. Así, el honorario del abogado ó del ingeniero que después de los trámites legales hubieran llegado á ser exigibles y mandados pagar por el juez gozarán de intereses desde que el deudor se constituyó en mora, y no desde la demanda; así lo establece el Código.—Comp. FREITAS, arts. 945 y 947. GOYENA, art. 1652 y suscitadas.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 623.—Véase Cód. Francés, art. 1154.—de Holanda, 1287.—En contra de los intereses de intereses.—Cód. Sardo, art. 2245, y ley 28, tít. 32, lib. 4, Cód. Romano.*

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 623.—No se deben, por regla general, los intereses capitalizados y menos en una cuenta que no tiene el carácter de cuenta corriente.—XXI, 529.*

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 623.—Los intereses compuestos sólo pueden exigirse cuando ha mediado convención expresa ó demanda judicial al vencimiento de cada anualidad.—Jur. Civ., VII, 373, Sér. 1<sup>a</sup>.*

*La capitalización sólo procede cuando existe convención expresa.—Jur. Civ., I, 235, Sér. 4<sup>a</sup>.*





*biesen convenido entre deudor y acreedor (art. 621), sea para el caso de mora, sea los que deban correr hasta el vencimiento. Cuando en la obligación se hubieren estipulado intereses, el deudor moroso los deberá desde el vencimiento de la obligación. Si no hay intereses contenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar (art. 622).*

(Art. 621.) La disposición de este artículo viene á decidir las viejas cuestiones sobre la tasa del interés, haciendo prevalecer á nombre de la libertad la voluntad del hombre, que no debe tener sino las limitaciones necesarias al mantenimiento de la sociedad; por usurario que sea el interés convenido entre los contratantes, debe aceptarse. La ley no puede proteger al individuo más allá de cierto límite. Es, pues, una conquista de la autonomía individual el derecho de vigilar en sus propios asuntos.

¿Desde cuándo corren los intereses, y hasta qué fecha? ¿Cómo pueden probarse? La base natural es la estipulación, y á ella deben limitarse los contratantes; pero cuando no la hubiere, ¿puede probarse por testigos ó por confesión de parte? Por la afirmativa ha decidido la Suprema Corte Nacional, estableciendo además que cuando la tasa del interés se ha demostrado por confesión de parte, no puede alterarse, porque se hubiera pagado por el deudor un interés más alto. (XXI, 529.)

Los intereses deben correr desde el vencimiento de la obligación, si hubiere interpelación, ó si así se hubiere estipulado, ó si de las circunstancias que han precedido á la estipulación, el sólo vencimiento produjera la mora. Cuando no hubiere plazo, desde que se venciere el señalado por el juez, si medió interpelación. Los intereses deben correr hasta que el acreedor haya recibido el capital; pero si ha consentido en recibirlo por partes, se descontarán proporcionalmente, tomando en cuenta las entregas hechas. En cuanto á la manera de imputarse lo pagado, véase arts. 773 á 778 y 2248 y 2249.—Comp. FREITAS, art. 937. Cód. Frances, art. 1908. Goyena, art. 1605.

(Art. 622.) Cuando se ha prometido entregar una suma de dinero, pueden ocurrir las hipótesis siguientes: 1ª, que se hubieran pactado intereses mientras la suma no se pagare; 2ª, que se hubieran sólo pac-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 621.*—La materia de intereses convencionales se encuentra tratada extensamente en muchos escritores de crédito, que se podrían citar en apoyo del artículo. Regularmente los códigos de Europa son contrarios á la libertad de las convenciones sobre intereses de los capitales.



En todos estos casos se habla del deudor moroso y se le condena á abonar los daños y perjuicios que son una consecuencia de su tado los intereses durante el término de la obligación: 3º, que se hubieran estipulado intereses sin fijarlos; 4º, que nada se dijera sobre los intereses; 5º, interés cuyo término está fijado por la ley. La primera hipótesis no ofrece dificultad, no hay necesidad de interpelación judicial para que el deudor incurra en mora y deberá los intereses convenidos desde el vencimiento de la obligación. Si los intereses se cobran en virtud del contrato, es porque el deudor es moroso, pues de otra manera no habría incurrido en ellos. Cuando he prometido pagar diez mil pesos dentro de tres meses, obligándome á pagar el uno por ciento de interés, si no pagare al vencimiento de la obligación, vencido el plazo, debo los intereses convenidos hasta el pago de la cantidad.

En la segunda se pregunta, si vencido el plazo se deben los intereses pactados, mientras no se cumpla la obligación, aun sin interpelación. Como se busca interpretar la voluntad de los contratantes, me parece evidente que el acreedor ha tenido la intención de cobrarlos, y de pagarlos el deudor, mientras no se cumpliera la obligación. La interpelación no sería necesaria. Cuando me he obligado á pagar diez mil pesos á los noventa días abonando el interés del uno por ciento mensual durante los noventa días, ese interés lo debo hasta el momento de cumplir la obligación.

En la tercera hipótesis, el interés se debe desde el vencimiento de la obligación sin necesidad de interpelación, pues uno y otro lo han estipulado para el caso previsto de no cumplimiento; pero será el determinado por las leyes, ó como se hace al presente, el interés que cobra el Banco Nacional. Todas estas hipótesis se refieren al deudor moroso, considerando como tal al que no ha solventado la obligación á su vencimiento.

En la cuarta hipótesis el deudor moroso deberá los intereses legales, ó si no los hubiere, los que el juez determinare; pero entonces sólo correrán desde la interpelación. Finalmente, cuando la ley determina el momento desde que se comienza á deber intereses, como el de los arts. 1721, 1722, 1913, 1950, 2200, 2222, 2298 y 2944, en que se debe atender á lo dispuesto en ellos.

Este artículo no altera el 509 sobre la mora, pues aquí se dice: el deudor moroso debe los intereses desde el vencimiento de la obligación, y no desde la interpelación, como debiera suceder; pero basta fijarnos en las palabras «debe los intereses que estuvieran convenidos



culpa; esos daños y perjuicios en las cantidades de dinero, son los intereses, y nada más se puede cobrar.

Cuando el acreedor hubiere dado *el recibo del capital sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto á ellos (art. 624)*, salvo los casos de error, dolo

en la obligación desde el vencimiento de ella», para comprender que se trata de convenios especiales. Para aplicar este artículo á los casos ordinarios de mora, sería necesario dar efecto retroactivo al requerimiento, lo que sería un error.

Se debe igualmente rechazar la idea de averiguar la causa por la que el deudor ha dejado de cumplir la obligación. (Arts. 505, 508, 509, 1375, n° 2.)

(**Art. 624.**) Los códigos modernos establecen que el recibo del capital hecho por el acreedor, sin reserva alguna de intereses, presume el pago y extingue la obligación; pero el Código Argentino se ha decidido por la opinión contraria, y en vez de presumir el pago dando lugar á la prueba, ha preferido declarar extinguida la obligación. Criticamos en la Instituta, nota 107, la manera de resolver la cuestión; pero debemos inclinarnos ante la ley clara y terminante.

Se pueden ofrecer dudas respecto de los casos siguientes: 1°, cuando se ha pagado parte del capital sin hacer mención de los intereses; 2°, cuando teniendo prenda se ha entregado ésta; 3°, cuando abonado el

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 622.*—Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata corresponde á los perjuicios é intereses que debía pagar el deudor moroso.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 622.*—Los intereses procedentes de la no entrega de una suma de dinero, consisten en el interés corriente, que es el que cobra el Banco de la Provincia á sus deudores.—XXIV, 254.

El deudor de sumas de dinero, debe los intereses de la mora.—LX, 51.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 622.*—Si en la obligación no existe convenio expreso sobre intereses, corresponde su abono á estilo de banco, aun cuando el deudor con anterioridad á la demanda hubiera abonado un interés mayor.—Jur. Civ., IV, 501, Sér. 2°.

Sólo corresponde el pago de intereses desde la fecha en que el demandante los exija judicialmente, aunque la obligación tenga fecha anterior.—Jur. Civ., IV, 501, Sér. 2°.

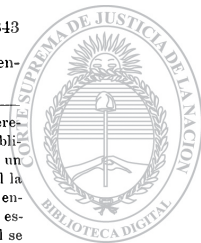
Los intereses sobre un capital determinado que disminuye periódicamente, deben liquidarse en cada período que sufra disminución.—Jur. Civ., I, 235, Sér. 4°.

ó fraude, en que podrá cobrarlos demostrando como fué engañado.

capital, la prenda se ha retenido y pretende ejercer sobre ella el derecho á los intereses. En el primer caso, como no se ha extinguido la obligación, no puede tener lugar la hipótesis del artículo, y sólo sería un caso de imputación; el deudor habría preferido imputar al capital la cantidad recibida: en el segundo propuesto por el Dr. Llerena, la entrega de la prenda no extingue sino el derecho accesorio, y no puede establecer presunción de pago; habría que suponer, ó que el capital se ha pagado en su totalidad, extinguiendo la obligación, ó que no se ha pagado, y entonces la obligación no se extingue, sino el derecho prendario. En el tercero, la retención de la prenda después del pago de la acreencia, ¿haría suponer la reserva de intereses? La reserva debe ser expresa y no tácita; el derecho á los intereses debe hacerse constar al recibir el pago de todo el capital, y la ley da por extinguida la obligación con el pago sin reserva alguna sobre los intereses.—Comp. Cód. VAUD, art. 1393. Cód. LOUISIANA, art. 2896, citados por GOYENA, art. 1653. FREITAS, art. 1108.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 624.*—L. 13, Tít. 11, Part. 5ª.—Código francés, art. 1903.—Sardo. 1935.—Holandés, 1806.—de Nápoles, 1780.—Prusiano, 843, sección 1, tít. 21, parte 1ª, y L. 43, tít. 3, lib. 46, Dig.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 624.*—El recibo del capital sin reserva sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos.—XXII, 385.



## TÍTULO VIII

### DE LAS OBLIGACIONES DE HACER Ó DE NO HACER

#### § 202.— DE LAS OBLIGACIONES DE HACER

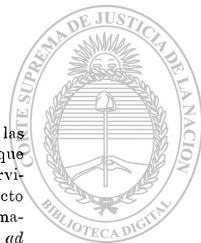
Las obligaciones de hacer en el sentido del Código, son las que tienen por objeto el cumplimiento de hechos ó de actos que no importan la entrega de una cosa; sólo comprenden el servicio que el obligado debe prestar al acreedor; y el principal efecto de esta diferencia es que el deudor no puede ser conreñido materialmente á la ejecución personal: *nemo potest precise cogi ad factum*. Cuando la obligación fuere de no hacer y se hubiere faltado, lo único que se puede ordenar es que se deshaga lo hecho á costa del deudor, pagando los daños y perjuicios que hubiere ocasionado.

Así, *el obligado á hacer ó á prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio y del modo en que fué la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciera, se tendrá por no hecho, ó podrá destruirse lo que fuese mal hecho (art. 625)*. Por eso se enseña generalmente, que las obligaciones de hacer se resuelven en daños y perjuicios.

(**Art. 625.**) Respecto de las obligaciones de dar, hacer ó no hacer, nos referimos á lo dicho en el art. 495. La única manera de manifestar la voluntad es por una acción ó por una abstención; pero el Código, siguiendo la vieja doctrina, dividió esa actividad en obligaciones de dar, hacer ó no hacer, señalando para las primeras el radio de acción, de entregar cosas, y dejando para las segundas la ejecución personal de algún hecho ó servicio ofrecido.

El tiempo *propio*, expresión tomada del Dr. Freitas, significa no sólo el que se hubiera convenido, sino el que resultara de la naturaleza de la obligación, cuando no se hubiere estipulado.

Como dijimos en los arts. 618 y 620, cuando no hubiere tiempo señalado, el juez deberá determinarlo según la naturaleza del contrato, tratando de interpretar la voluntad de las partes. Y aquí se viene á encontrar la razón de nuestra oposición á la inteligencia señalada por





Puede también ofrecerse el hecho de una tercera persona, garantiendo su cumplimiento; entonces la obligación se resolverá en daños y perjuicios, si el hecho no se ejecutare.

Hay casos en que el obligado á hacer puede ser compelido por la justicia fijándole cantidades determinadas por cada día de retardo, como ha sucedido en los tribunales franceses, tratándose de la obligación impuesta al marido, en caso de divorcio, de entregar los hijos á la mujer que debe tenerlos bajo su poder. (DALLOZ, *Rec.* asunto Desoy, 1854, part. 1<sup>a</sup>, pág. 297).

el Dr. Llerena en el art. 620, en que este autor enseña que debe cumplirse dentro de diez días, cuando la obligación no tuviese término. Por el contrario, el juez señalará, como lo indicamos, el término en que deba cumplirse, según las circunstancias, tratando de interpretar la voluntad de las partes.

En estas obligaciones se nota la peculiaridad de que cuando se han ejecutado de otro modo del convenido, lo ejecutado se tendrá por no hecho, y el acreedor puede exigir se destruya.

No habrá lugar á daños y perjuicios, sino en caso de mora median-do interpelación, á menos de haberse pactado lo contrario.

¿Qué sucederá cuando lo mal ejecutado permaneciera sin destruir-se y se exigiera la ejecución de la obligación? Que una vez cumplida de la manera convenida, el deudor podrá destruir y sacar lo puesto, dejando las cosas como se encontraban, porque el acreedor no debe enriquecerse con daño del deudor.—Véase GOYENA, art. 1008 y los códigos que cita, Cód. FRANCÉS, art. 1144. FREITAS, art. 949. POTHIER, *Oblig.* I, 146 y sig. MARCADE, IV, 511 al art. 1142.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 625.*—Sobre este título véase MARCADE, sobre el art. 1142 del Cód. Francés.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 625.*—El que no ejecuta la obra encargada en tiempo propio y del modo que fué la intención de las partes que se ejecutara, á más de la rescisión del contrato, debe indemnizar los perjuicios causados por la mala ejecución —XXXII, 50.

La construcción inadecuada y defectuosa, en la que no se han llenado las condiciones requeridas por las reglas del arte, debe mandarse deshacer.—XXXIV, 365.

El obligado á hacer ó prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio y del modo en que fué la intención de las partes que el hecho se ejecutara, y si de otro modo lo hiciese se tendrá por no hecho, ó podrá deshacerse lo que fuese mal hecho—XIX, 217.



Cuando el servicio ofrecido no es de aquellos en que se ha elegido la persona, *el hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, á no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte ó cualidades personales (art. 626)*, y entonces si no lo ejecutare deberá abonar los daños é intereses. La obligación de educar á un niño, p. e., tomada por un hombre de condiciones elevadas, no podrá ser ejecutada por otro; el cuadro encomendado á un pintor célebre, no podrá ser ejecutado sino por el mismo.

*Si el hecho (ofrecido) resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe volver (devolver) al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido (art. 627)*; esto sucederá en los contratos bilate-

(**Art. 626.**) El servicio contratado puede ser generalmente ejecutado por un tercero, y sólo por excepción el obligado mismo debe ejecutarlo, cuando se hubiere tomado á la persona por su industria, arte ó cualidades especiales, ó estipulado expresamente la ejecución personal; pero no será necesario muchas veces de cláusula expresa, pues bastará que la ejecución exija cierta capacidad ó preparación especial, para reputarse como elegida la persona del deudor. Cuando se ha encargado á un artista una obra cualquiera, se supone haberse buscado sus cualidades especiales, y puede exigirsele la ejecución personal, aunque ofrezca hacerse sustituir por una persona de mayor habilidad y renombre. Puede ser cierto que en el concepto público tenga mayor renombre el tercero, que se ofrece á ejecutar la obra; pero el acreedor puede resistirse á esa sustitución, porque tiene derecho á pensar de una manera contraria á la generalidad. Sobre todo, está en su derecho al exigir la ejecución personal, ó disolver la obligación con el pago de los daños y perjuicios.—Comp. DEMOLOMBE, XXVII, 67 y sigs. FREITAS, art. 950. GONZALEZ, art. 1100. Cód. FRANCÉS, art. 1237.

(**Art. 627.**) Las imposibilidades pueden ser físicas, ó provenir de la ley, ó de un orden intelectual. En cuanto á las físicas, véase lo dicho en los arts. 530 y 532.

Vienen de la ley, cuando por una ordenanza se prohibiera el acto contratado, como, p. e., cuando se ha convenido la edificación de una casa de tal altura, y una ordenanza municipal, reglamentando la elevación de los edificios, prohíbe llegar á esa altura.

La imposibilidad sería de un orden intelectual, cuando los hechos

rales, cuando una de las partes comienza por ejecutarlo, esperando que el otro lo cumpla.

*Si la imposibilidad fuere por culpa del deudor, estará éste obligado á satisfacer al acreedor los perjuicios é intereses* (art. 628).

enunciados en el contrato fueren ininteligibles, contradictorios, extravagantes ó irrisorios. No habría posibilidad de cumplir un contrato en tales condiciones; entonces la culpa reside en ambos contratantes, pues no han sabido expresar su voluntad, ó no han realizado un acto serio.

La primera parte del artículo ha sido tomada de Freitas, art. 950, n° 1, agregándole: «y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido», y es una consecuencia aplicable á todas las obligaciones que se extinguen sin culpa del deudor.—Comp. FREITAS, arts. 555 y 950 n. 1. Véase arts. 530, 532, 556, 578, 642, 647 y 889.

Cuando el hecho resultare imposible, sea al celebrarse el contrato ó después, se debe distinguir: en el primer caso el contrato será nulo, en el segundo, cuando se ha comenzado á ejecutar la obligación y ésta se hace imposible sin culpa del deudor, ¿cómo deben arreglarse las relaciones de derecho entre ambos? Se deben distinguir cuatro casos: 1°, si la imposibilidad proviene por culpa del acreedor; 2°, si proviene de la ley; 3°, si ha venido después que el deudor se ha constituido en mora; 4°, si es á causa del deudor por imposibilidad física ó moral que le hubiere sobrevenido sin su culpa. En el primer caso, la obligación se considera cumplida. En el 2°. si la obra está en la mitad, se pagará lo hecho y la obligación se disolverá. En el 3°. cuando el deudor estuviere en mora y sobreviniera la imposibilidad, serán de su cuenta los daños y perjuicios. En el 4°. si durante la construcción el arquitecto muriese ó perdiese la razón, se pagará lo hecho si fuera de evidente utilidad al acreedor, porque en el caso de un pintor célebre que sólo tuviese el diseño del cuadro ó del retrato cuando le sobreviene la muerte ó la locura, el acreedor nada deberá. Serán cuestiones de hecho.—Véase nota al art. 578, 1640 y 1642.

(Art. 628.) Cuando la imposibilidad proviene de culpa del deudor, sólo tiene la obligación de pagar daños y perjuicios, sin aumentarse ó disminuirse por su mayor ó menor culpa. Sea por mala fe, negligencia, dolo, etc., que no cumpla con la obligación, el deudor deberá los





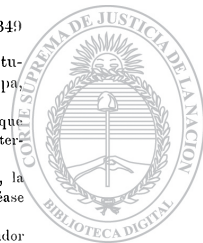


En las obligaciones de hacer es imposible obtener el cumplimiento contra la voluntad del deudor, porque ni aun ejerciendo violencia personal se podría cumplirlas, y la libertad individual se vería comprometida por deuda civil: por eso la ley ha dispuesto que, *si el deudor no quisiere ó no pudiese ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, á no ser que fuese necesaria (la) violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios é intereses (art. 629).*

mismos daños, rechazando la opinión de los que enseñan que la indemnización será mayor en estos casos.— Véase nota al art. 521.

La regla es: los daños y perjuicios se deben cuando la imposibilidad proviene por culpa del deudor, ¿pero á quién incumbe la prueba? El deudor debe ejecutar lo prometido: ¿y si demuestra que no lo hizo por imposibilidad? ¿Deberá también probar su inculpabilidad? En derecho francés, el deudor debe justificar que la inexecución proviene de una cosa que no le es imputable, pues el art. 1147 así lo dispone; pero en nuestro derecho es necesario demostrar que la imposibilidad proviene de caso fortuito ó fuerza mayor, siendo entonces á cargo del acreedor el probar la culpa del deudor.— Véase mi Com. al art. 513 y arts. 506, 508, 511, 579. FREITAS, art. 951, n.º 2. CÓD. FRANCÉS, art. 1148.

(**Art. 629.**) En la hipótesis del artículo pueden ocurrir tres casos: 1º, exigir al deudor ejecución forzada; 2º, hacerla ejecutar por un tercero; 3º, resolver la obligación en daños y perjuicios. En el primero, si el deudor no quisiera ejecutarla, puede obligársele por los medios ordinarios, llegando hasta donde no importe una violencia personal. ¿Puede el juez á solicitud de parte compelerlo á la ejecución por medio de penas pecuniarias? ¿Pueden esas penas importar más de los daños y perjuicios que resulten de la inexecución? Estas dudas vienen al espíritu al interpretar la expresión de: «el acreedor puede exigirle la ejecución forzada». Hasta dónde puede ir esa fuerza, lo expresa el mismo artículo al decir, no debe importar una violencia personal; pero en toda ejecución forzada, la violencia aparece como el único medio de hacer cumplir la obligación. Marcadé, art. 4, n.º 511, de donde fué tomado el artículo, dice: «en caso de negativa obstinada, el acreedor puede hacerse procurar esta ejecución por la fuerza pública», y explicando ésta parte, agrega más adelante: «la ejecución forzada tendrá lugar, toda vez que se pueda realizarla sin violencias practicadas sobre la persona del deudor; es decir, toda vez que esta ejecución no sea de naturaleza



Cuando el deudor no pudiere ejecutar la obligación, se estudiarán las causas que le impidieron hacerlo, y si tuviere culpa,

de no poder ser cumplida sino por el deudor en persona», palabras que facultan al acreedor para hacer ejecutar la obligación por otro, interviniendo el mandato de la justicia.

En el 2º. caso, cuando no pudiere ejecutarse por un tercero, la obligación se resolverá en el pago de daños y perjuicios.— Véase Com. á los arts. 1519 y siguientes.

El juez no puede á solicitud de parte señalar el plazo al deudor para cumplir la obligación bajo tal ó cual pena; porque eso sería salir de la convención primitiva y formar otra bajo diferentes cláusulas. Exigir la ejecución forzada importa hacer ejecutar la obligación por un tercero, cuando fuera posible. Si bien es cierto que el deudor no puede exonerarse de la obligación, ofreciendo pagar los daños y perjuicios, art. 631, también lo es que sólo está obligado á hacer lo prometido, ó en caso contrario, á pagar estos.

No creo, como algunos, que el juez pueda ordenar la ejecución bajo la pena de pagar perjuicios mayores; porque el deudor no debe sino la indemnización de los daños causados. Es por esta razón que no encuentro fundamento alguno, para hacer diferencia entre la inexecución por la negativa del deudor, ó su negligencia por causa de imposibilidad culpable; en todos los casos sólo debe la indemnización.

Cuando hay imposibilidad de ejecución, la obligación se resuelve en daños y perjuicios 3ª. hipótesis; pero si el obligado se niega á cumplirla, el acreedor puede hacerla ejecutar por un tercero. En algunos casos, muy especiales, puede el juez compelerlo señalando los daños y perjuicios por cada día de retardo. El principio general es, que la inexecución en toda obligación de hacer ó no hacer se resuelve en daños y perjuicios, pero se exceptúa cuando el acto puede ser ejecutado por el acreedor ó por un tercero, con autorización del juez.— Cód. FRANCÉS, arts. 1142 y 1144. Cód. LUISIANA, arts. 1920 y 1921. Cód. DE CHILE, art. 1553. FREITAS, art. 951, nº 3.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 629.*—El código francés, por el art. 1142, declara que toda obligación de hacer ó de no hacer se resuelve en caso de inexecución por parte del deudor, en la satisfacción de los daños é intereses; pero por el art. 1144 declara que el acreedor puede también en caso de inexecución ser autorizado para hacerlo ejecutar él mismo á costa del deudor, Marcadé, sobre el art. 1144, concilia esta aparente contradicción, diciendo que el art. 1142 no debe tomarse á la letra, cuando declara que toda obligación de hacer ó de no hacer se resuelve en caso de inexecución en la satisfacción de



pagará los daños é intereses; en caso contrario, quedará libre.

Si el deudor se negare á cumplir la obligación, y *el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado á ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí ó por un tercero, ó solicitar los perjuicios é intereses por la inexecución de la obligación (art. 630).*

(**Art. 630.**) Cuando el hecho puede ser ejecutado por un tercero, puede ocurrir: 1º, que el acreedor sea autorizado para ejecutarlo él mismo; 2º, que lo haga ejecutar por otro, 3º, que exiga los daños y perjuicios. En el primer caso, el juez puede facultarlo para ejecutar el hecho á costa del deudor, lo que importa reconocer en el juez la autoridad para negar ó conceder la autorización. Nadie puede hacerse justicia por sí mismo; pero si el acreedor hubiere ejecutado el hecho ofrecido sin autorización y el deudor no se ofreciere á cumplirlo, el juez, á solicitud del acreedor, puede condenar al deudor al pago de lo gastado, con más los daños y perjuicios de la mora.

El artículo hubiera quedado más claro con la parte suprimida del art. 951, nº 4, de Freitas, que dice: «el acreedor tendrá derecho para exigir la ejecución del hecho, bajo la pena de que será autorizado para ejecutarlo por sí mismo ó por un tercero». Debe haber, pues, una conminación judicial de cumplir con la obligación; pero eso no implica que cuando no haya existido y el acreedor hubiese realizado el hecho, no se deba abonarle lo gastado, á menos que el deudor ofreciera ejecutarlo.

daños é intereses. Esto no sucede sino en dos casos: 1º, cuando la ejecución forzada no podría resultar sino de violencia dirigida contra la persona del deudor; y 2º, cuando el acreedor, aunque pudiendo obtener la ejecución directa por la fuerza, se contentara con la satisfacción de los daños é intereses. Los códigos de Europa copian tanto el art. 1142 del código francés, como el art. 1144. El código de Luisiana, en los artículos 1920 y 1921, dice: «En caso de inexecución de un contrato que contenga obligación de hacer ó de no hacer, aquel en cuyo favor se ha contraído la obligación puede pedir daños y perjuicios, ó si esta indemnización es insuficiente, reclamar la ejecución del contrato á su elección, y en todos los casos, daños y perjuicios.» Las Leyes de Partida son más claras á éste respecto: «El juez débelo apremiar que lo *haga así* como fué puesto é lo prometió», dice una de ellas. LL. 12, Tít. 11, Part. 5ª, y 5ª, Tít. 27, Part. 3ª.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 629.*—La negativa categórica del demandado por escrituración al cumplimiento de la obligación, hace procedente el rechazo de la demanda, pues ésta no podría prosperar sino mediante la violencia.—Jur. Civ., V, 275, Sér. 2ª.



Cuando se dice generalmente que las obligaciones de hacer se resuelven en daños y perjuicios, no se expresa que la prestación ofrecida pueda ser sustituida voluntariamente por el deudor pagando su ejecución, pues entonces vendría á ser una obligación alternativa; mientras el hecho ofrecido pueda ser ejecutado, los daños y perjuicios no lo reemplazan; por eso dice la ley: *el deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo satisfacer los perjuicios é intereses (art. 631).*

En el segundo caso, debe igualmente mediar la autorización judicial; pero cuando hubiere urgencia, el acreedor puede hacerlo ejecutar, reclamando después los daños y perjuicios, para cuya avaluación se tendrá en cuenta lo que ha gastado. Así, cuando he determinado precio con un cochero para llevarme á tal lugar, si éste se niega, puedo tomar otro carruaje y hacerle pagar los daños y perjuicios, ó si he contratado con un arquitecto la reparación inmediata de una propiedad que amenaza ruina y éste no ejecutare el trabajo, puedo encargarlo á otro, exigiendo los daños y perjuicios. Según las circunstancias, el acreedor puede hacer ejecutar por otro la obligación.

Cuando en la obligación de hacer se buscaren condiciones personales en el obligado, no podrá hacerse ejecutar por un tercero, y el acreedor sólo podrá pedir los daños y perjuicios.

Es una regla general, que cuando el hecho no exigiere una capacidad especial, se puede ejecutar indiferentemente por cualquiera; pero si es una obra de arte ó de inteligencia, el acreedor no puede pedir la ejecución por un tercero; pues si le acordamos el derecho de resistirse á la sustitución, el mismo derecho debe gozar el deudor para impedir que se le sustituya.—Comp. FREITAS, art. 951, n° 4. Véase arts. 626, 629 y 1709.

**(Art. 631.)** Decidir que el deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación, ofreciendo pagar los daños y perjuicios, es

*Faltas de la S. C. N. Aplicación del art. 630.*—En caso de que faltasen algunas obras, el propietario debe pedir autorización judicial para hacerlas ejecutar por un tercero por cuenta del constructor—XXI, 189.

*Faltas de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 630.*—La falta de cumplimiento á un contrato de locación de servicios, hace procedente la fijación judicial de un término para la conclusión de las obras ó el facultar al acreedor para terminarlas por cuenta del deudor.—Jur. Civ., XIII, 67, Sér. 4°.

Si la parte obligada á practicar la mensura no cumple con su obligación, el juzgado debe nombrar el perito que sea necesario al efecto de su realización.—Jur. Civ., IV, 16. Sér. 2°.



El pago de los daños y perjuicios no importa el cumplimiento de la obligación; se toman al contrario como el resultado de la falta de cumplimiento, y en la imposibilidad de hacerla cumplir, como un remedio único para llenar esa falta.

sentar una proposición que carece de verdad científica, como se encarga de demostrarlo el mismo Freitas en su nota al art. 952. Lo que se ha buscado es privar al deudor el derecho de opción, que sólo corresponde al acreedor, pero es imposible impedirlo, pues, como dice Freitas: «no queriendo cumplir con la obligación, conseguirá un resultado igual al ejercicio del derecho de opción, porque pagará los perjuicios é intereses». El pago de los perjuicios no es el cumplimiento de la obligación; pero la representa en cuanto puede serlo una obligación que deja de cumplirse. Los daños y perjuicios son el equivalente de una obligación no cumplida, porque en toda obligación hay una estipulación sobrentendida: el pago de los daños y perjuicios cuando la obligación no se cumple. Es cierto que la ejecución puede ser forzada, en el sentido de que el mismo acreedor ó un tercero pueden ejecutarla; pero aun en este caso hay que recurrir á los daños y perjuicios.

Freitas repite esta disposición en el art. 1002 que figura en nuestro art. 658, cuando hubiere cláusula penal; pero en este caso existe diferencia, porque la pena estipulada puede no ser la compensación exacta de los daños y perjuicios de la inexecución, y el acreedor tiene derecho á exigir se cumpla la obligación por una tercera persona si fuera posible; por eso Maynz enseña, que cuando el acreedor ha obtenido el pago de la pena, si los daños é intereses suben á una suma más elevada, puede perseguir el pago de la diferencia; pero nuestro art. 655 no da lugar á duda, el acreedor no tiene derecho á otra indemnización que á la pena estipulada; por esta razón el acreedor puede exigir el cumplimiento forzado, cuando es posible.

La pena por nuestro derecho representa los daños y perjuicios, lo que no es exacto científicamente, ni con relación á la verdad, porque la pena puede ser mayor ó menor que los perjuicios, en cuanto á la realidad de los hechos; y en cuanto á los principios del derecho, ella importa una cláusula que reforma el principio general de que la falta de cumplimiento en una obligación, pone al deudor en el deber de pagar los daños y perjuicios, que se estiman según cada caso, y así como el deudor no se libera ofreciéndolos, menos puede hacerlo ofreciendo la pena. El principio consagrado en este artículo reconoce la excepción apuntada en la nota 2587. —Comp. FREITAS, arts. 952 y 1002. MAYNZ. § 343, notas 18 y 19. — Véase nuestros arts. 655 y 658.



El acreedor en casos de urgencia puede proceder á hacer ejecutar por otro la obligación, sin esperar la autorización judicial, como si el empresario de carruajes, que conduce á un individuo de un lugar á otro, se negase á continuar el viaje, se puede tomar otro á costa del obligado.

Cuando el obligado á hacer se hubiere negado á ejecutar lo prometido, y demandado judicialmente lo ejecutare, deberá siempre los daños y perjuicios ocasionados por la mora; pero el acreedor tendrá derecho para negarse á recibir la ejecución tardía ofrecida por el deudor, y cobrar los daños é intereses. Cuando decimos que la obligación se resuelve en daños é intereses, no queremos expresar que el acreedor pueda disolver el contrato bilateral de donde nace la obligación, sino que ésta se transforma en la de daños y perjuicios, que no tendría derecho á cobrar el acreedor, si él no hubiera cumplido por su parte el contrato.

#### § 203.—DE LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

La obligación de no hacer consiste en la abstención de un hecho que se tenía derecho de ejecutar, ó en el no ejercicio de una facultad concedida por la ley. En estas obligaciones la ejecución del hecho mismo que no se podía ejecutar, hace que la obligación haya dejado de cumplirse, y se deben aplicar las reglas siguientes:

a) *Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, ó si éste hubiese sido obligado á ejecutarlo, la obligación se extingue como en el caso del art. 627 (art. 632), y el acreedor podrá pedir lo que hubiere*

---

(Art. 632.) Toda obligación produce efectos que podemos llamar necesarios, y que consisten en el cumplimiento de lo estipulado, ó accidentales, cuando no se realizan los primeros. Es un efecto accidental, el no cumplimiento de la obligación; así, cuando esta es de no hacer, puede no cumplirse la abstención sin culpa del obligado en dos casos: 1º, cuando la omisión del hecho resultare imposible; 2º, cuando el deudor fuere obligado á ejecutarlo; en estos casos la obligación se resuelve como en el art. 627, devolviéndose las cosas entregadas en virtud de ella. Cuan-



dado en compensación de la abstención. Son hechos extraños á la voluntad del obligado, y la imposibilidad inculpada lo libera de todo perjuicio. Como se trata de la liberación del deudor, á él le corresponde la prueba del caso fortuito ó fuerza mayor que hizo imposible la abstención.

b) *Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho á exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, ó que se le autorice para destruirlo á costa del deudor (art. 633);* pero cuando la obligación fuere el resultado de un

do la omisión se hace imposible sin culpa del deudor, los efectos son los mismos que en la obligación de hacer, y debe considerarse como si no hubiera existido; sobre esto no puede existir duda, porque los hechos naturales nadie puede resistirlos; pero cuando el deudor fué obligado á ejecutar lo que prometió no hacer, ¿á qué especie de fuerza se refiere? Si he prometido no levantar una pared para no quitarnos las vistas, y una ordenanza municipal me forzare á alzarla, mi obligación se extingue; del mismo modo se resolverá, cuando por una fuerza que no puedo resistir, se me obligare injustamente á hacer lo que he prometido no ejecutar.—FREITAS, art. 954, n° 1, y nuestros arts. 627 y 888.

(**Art. 633.**) Cuando el hecho ha sido ejecutado por culpa del deudor, el acreedor puede exigir que el deudor mismo destruya lo hecho, si fuera posible, como dice Freitas. Este mandato debe suponerse que es bajo apercibimiento de ser autorizado el acreedor ó un tercero para destruirlo á costa del deudor, con indemnización de daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios se deben, cuando son los resultados de una falta de cumplimiento; pero sería una injusticia el decretarlos sin haberlos probado; por el contrario, no se deberían, si la inejecución no los hubiere causado; en esto se diferencian de la pena, que se debe siempre, aunque no haya perjuicios, demostrando así que no los reemplaza verdaderamente.

El derecho del acreedor para hacer destruir lo hecho, se extiende á hacerse pagar los perjuicios sufridos con la ejecución voluntaria, si los prueba.

No basta, pues, restituir las cosas al estado primitivo, es necesario abonar los perjuicios causados.

El artículo no lo expresa categóricamente; pero las obligaciones se resuelven siempre con el pago de daños y perjuicios, cuando no se eje-

contrato bilateral, no podrá exigir se le devuelva lo que hubiere pagado por la abstención, disolviendo el contrato, á menos de existir pacto comisorio.

c) *Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho á pedir los perjuicios é intereses que le trajere la ejecución del hecho (art. 634)*; esto se entiende que sucederá en los casos de culpa, pues, si el deudor no la tuviere, el contrato se disolverá, devolviendo el deudor lo recibido, sin responsabilidad alguna.

cutan, art. 519; esta regla general no tiene excepción, sino cuando las partes voluntariamente hubieren convenido otra cosa.

Cuando el acreedor sin autorización judicial hubiere destruido lo hecho, no podrá cobrar sino lo que el deudor hubiere gastado en la destrucción, siendo en este caso una cuestión de hecho.— Comp. FREITAS, art. 954, n° 2. INSTITUTA de los Dres. LEGUIZAMÓN y MACHADO, nota 110. — Véase arts. 519, 1524 y 3088.

(**Art. 634.**) En este artículo se ha suprimido una enunciación indispensable que la doctrina debe restablecer: porque tal como está redactado es vago é inexacto. Freitas, art. 954, n° 3, dice: «en el caso del número precedente (que es el art. 633), si no fuere posible destruir lo hecho, el acreedor tendrá derecho á pedir los daños y perjuicios»; lo que se comprende, porque cuando la imposibilidad ha venido por culpa del deudor, debe pagarlos, pues si fuera sin su culpa, la obligación se resuelve sin daños. Debe, pues, entenderse que se refiere al no cumplimiento voluntario de la obligación. El presente artículo confirma lo dicho en el anterior, relativo á los daños y perjuicios. FREITAS, 954, n° 3.





## TÍTULO IX

### DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

#### § 204.—DE LAS OBLIGACIONES EN QUE CORRESPONDE LA ELECCIÓN AL DEUDOR

Una obligación puede tener por objeto una ó varias prestaciones distintas unas de otras. Cuando es una sola, la obligación es simple: cuando son varias, independientes unas de otras, es compuesta. Las prestaciones compuestas son alternativas, cuando se pueden cumplir disyuntivamente, de modo que prestando una de ellas, el deudor quede exonerado de las otras, y es conjunta, cuando satisfaciendo una de las prestaciones no queda desobligado de las otras.

En la obligación alternativa, la prestación debe quedar indeterminada desde un principio, para venir á fijarse con la elección que se hiciere; así, *la obligación alternativa es la que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas quede desde el principio indeterminada* (art. 635); por consiguiente, *el obligado alternativamente*

(Art. 635.) Freitas al definir las obligaciones alternativas las explica en la nota del modo siguiente: «son obligaciones simples las que tiene por objeto una sola prestación, y compuestas cuando es más de una». La obligación compuesta es conjunta cuando el deudor se ha obligado á dos ó más prestaciones distintas ó independientes, pero de tal modo que satisfaciendo una de ellas no queda desobligado por las otras; «alternativa ó disyuntiva, cuando le basta satisfacer cualquiera de ellas» (art. 956).

En la obligación alternativa pueden ofrecerse cosas inciertas é indeterminadas, ó cosas ciertas y determinadas. En el primer caso es necesario distinguir: cuándo las cosas ofrecidas consisten en un objeto incierto, pero á tomarlos de entre otros ciertos, como sería la obligación de entregar un caballo de los que tengo en mi caballeriza, ó mi carruaje de los cinco que poseo en las cocheras; esta obligación se llama



*á diversas prestaciones, sólo lo está á cumplir con una de ellas*

de género subalterno, *generis subalterni*; ó cuando la alternativa fuera de entregar un caballo ó un carruaje, que sería verdadera obligación de género.

En el género subalterno, la obligación se extinguiría, si las cosas de entre las cuales debo entregar hubieran perecido todas sin mi culpa; como si la caballeriza donde están los caballos y carruajes se incendiara; pero si quedaran algunos caballos y carruajes, la obligación subsistiría, mientras en la obligación alternativa de género, siempre se debería, porque el género nunca perece.

Las obligaciones alternativas de entregar cosas ciertas y determinadas, como sería la de dar mi caballo obscuro ó mi coupé, versando sobre cosas ciertas, queda la indeterminación á la voluntad del deudor. el acreedor sólo tiene derecho á uno de los objetos ofrecidos; y eso hacia decir á Dumoulin, que el deudor no está obligado á dar sino una ú otra cosa, que no entran las dos en la obligación, sino una de ellas.

Cuando la elección correspondiera al acreedor por convenio expreso, se puede decir que ambas cosas están obligadas, hasta que la elección se realice.

Esta manera de considerar las obligaciones alternativas tiene una importancia capital, porque dejan al deudor en completa libertad para disponer de las cosas comprendidas en la alternativa, con tal que quede una. ¿Qué sucedería si la última cosa pereciese sin mi culpa, antes de haber hecho la elección, pero habiendo dispuesto de los otros objetos ofrecidos? Es necesario tener en consideración el tiempo en que las cosas deben entregarse; si la elección no se hubiere hecho, no puedo elegir la que hubiere perecido, porque está fuera de la prestación, aunque no tuviese culpa en su pérdida, y deberá la última cosa que pudo prestarse.

En las obligaciones alternativas de género, individualizada la cosa por la elección, se regirá por la de entregar cosas ciertas (arts. 578 y 603); pero cuando la elección no estuviere hecha, por los principios que dejamos expuestos.

La elección hecha, ¿tiene efecto retroactivo al día en que la obligación se contrajo?

Examinemos. La obligación alternativa no se asemeja á la condicional suspensiva, pues no tiene ninguno de sus caracteres; existe desde el momento de contraerse, y la condicional puede ó no existir según que el acontecimiento suceda ó no; tampoco se asemeja á la resolutoria, pues ésta existe desde el momento de contraerse para desaparecer





*íntegramente, sea la prestación de una cosa ó de un hecho, ó del*

cuando la condición se cumple. La alternativa no se resuelve, existe desde que se contrajo, y sólo se determina en el momento de la elección; pero la indeterminación no la perjudica en su existencia. Cuando la obligación alternativa comprende cosas ciertas y determinadas, como si he ofrecido el caballo tal ó mi reloj, debo desde ese momento una de las dos cosas, y no puedo disponer de las dos, cuando la elección tiene lugar, no hay verdadero efecto retroactivo, sino el efecto natural del contrato. El sistema adoptado por el Código no se opone á esta conclusión, porque si los frutos corresponden al deudor, art. 583, sucede cosa igual en la obligación suspensiva, art. 548, y sólo por excepción cuando la cosa hubiere sido entregada al deudor, éste la restituye sin los frutos; pero en la resolutoria, el deudor los percibe, art. 557. Si los deterioros y aumentos pertenecen al deudor, es porque á él corresponden los peligros, y eso en nada altera el efecto retroactivo de una obligación, porque al determinarse la cosa, ha venido á quedar en la categoría de las ciertas y se rige por sus disposiciones. En las obligaciones bajo condición suspensiva, cumplida la condición, el deudor está obligado á entregar una cosa cierta, y el deterioro ó el aumento son de su cuenta; viene á quedar en la categoría de una obligación pura y simple, lo mismo que en la alternativa una vez hecha la elección. Admitiendo la teoría contraria, tendríamos que aceptar como válida la adquisición de todas las cosas ciertas y determinadas comprendidas en la alternativa, cuando el adquirente sabía que estaban ofrecidas. Admitimos, pues, el efecto retroactivo contra terceros en los casos de mala fe del adquirente, respecto de la última cosa. El Dr. Segovia lo admite en estas obligaciones, cuando la elección corresponde al acreedor y da acción para demandar al poseedor de mala fe (nota 11 al art. 449); pero agrega en seguida como una cosa evidente: «si la elección corresponde al deudor, el acreedor no tiene nunca derecho para demandar á terceros», lo que es inaceptable bajo el punto de vista de la justicia y de los principios: porque sería admitir el despojo de un derecho y fomentar la mala fe. Argumento del art. 592, DEMOLOMBE, XXVI, 63. MARCADÉ, IV, 579 al art. 1180. POTHIER, *Obl.* n.º 254, y COMUNIDAD, n.º 74. LAROMBIERE, II, n.º 12 al art. 1189, y TOULLIER, VI, 699, apoyan la opinión que sostenemos, con relación á la última de las cosas comprendidas en la alternativa que haya sido enajenada.

La obligación alternativa debe tener, pues, estos caracteres: 1º, ofrecerse varias prestaciones; 2º, que las prestaciones sean independientes

*Lugar del pago, ó de cosas, hechos y lugar de la entrega (art. 636);* porque la alternativa puede ser sobre el lugar del pago ó de la y distintas unas de otras; 3º, que quede indeterminada la prestación que debe hacerse.

(**Art. 636.**) El obligado alternativamente á diversas prestaciones, sólo debe una de ellas, la determinada por la elección; pero la cosa debe ser ofrecida integralmente, es decir, la misma en el tiempo y lugar estipulado.

Así, como no puedo ofrecer al acreedor parte de una cosa y parte de otra, no debo hacerlo fuera del tiempo y lugar convenido. La prestación es, pues, indivisible, tanto con relación al deudor, como respecto del acreedor. Si el deudor no cumple, el acreedor debe demandar todas las cosas comprendidas en la alternativa como le han sido ofrecidas, y el deudor elegirá la que quiera prestar.

Cuando el deudor hubiere enajenado dos de las tres cosas ofrecidas alternativamente, el acreedor podrá demandar la restante, pues se supone que en ella ha recaído la elección.

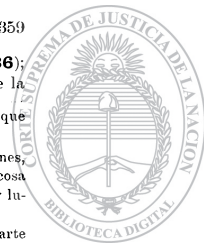
¿Y si hubiere enajenado las tres á adquirentes diversos que conocían la obligación alternativa? El acreedor puede reclamar la última enajenada, porque en esa se supone que recayó la elección; pero si fueron adquiridas por uno solo, entonces podrá reclamarlas alternativamente del poseedor de mala fe.

Si dos fueron adquirentes de buena fe y uno de mala fe, y éste la adquirió primero, el acreedor no tendrá acción en su contra, porque el deudor pudo vendérsela, pues quedaban las otras para ser prestadas.

Cuando la obligación alternativa tuviera por objeto cosas divisibles y falleciere el deudor dejando varios herederos, aunque su obligación no es sino por la parte que les corresponda, no podrán entregar unos su parte en una cosa y otros en otra; todos deben hacerla en una cosa integralmente. Así, cuando se me ha ofrecido una legua de campo ó diez mil pesos y el deudor deja cuatro herederos, ó todos ellos me darán los diez mil pesos á razón de 2500 cada uno, ó me entregarán la legua de campo, sin que unos me puedan pagar en dinero y los otros en tierra. Comp. MARCADÉ, l. c., art. 790, n° 3. LAROMBIÈRE, II, al 1191.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 635.—Savigny D'rection de las obligaciones, § 38.*

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 636—LL. 23 y 24, Tit. 11, Part. 5ª.—L. 10, § 6, Tit. 3, Lib. 23, Dig.—L. 2, Tit. 4, Lib. 13, D'g.—Cód. Francés, arts. 1189 y 1191.—De Nápoles, arts. 1142 y 1144.—Sardo, 1280 y 1289.—Mucadé clasifica muy bien las obligaciones alternativas sobre el art. 1189.*



entrega, así como las cosas que se deben dar. Cuando nada se hubiere pactado, *en las obligaciones alternativas, corresponde al deudor la elección de la prestación de uno de los objetos comprendidos en la obligación (art. 637)*; porque como es el que debe prestarla, la ley ha debido darle la facultad de la elección.

(**Art. 637.**) La razón del artículo la da Savigny al decir: «la esencia de la obligación consiste en la actividad del deudor, y como el contrato ha dejado en la indeterminación una parte de esa actividad, por esto mismo ha sido reservada al deudor la facultad para fijar esta indeterminación según su voluntad». Esta puede ser sin duda la razón filosófica; pero la que aparece más claramente es la que nace de la obligación misma y de su propia naturaleza; porque si debo de dos cosas una y cumplo con la obligación entregando cualquiera de ellas, se sigue como consecuencia natural que habré cumplido, dando la que me haya agradado.

En caso de duda, corresponde la elección al deudor, dejando así más claramente á la voluntad de los contratantes, la facultad amplia de establecer á quién pertenece la elección.

La obligación alternativa no se alterará por las convenciones de las partes sobre el lugar y tiempo donde deba cumplirse; así, cuando por la convención se hubiera dejado al acreedor la facultad de elegir el lugar donde debe hacerse el pago, esto no se reputará como una alternativa, sino como una cláusula cualquiera que varia las condiciones ordinarias del contrato; sin embargo puede existir alternativa respecto al lugar y al tiempo.

Como la ley acuerda la elección al deudor, para alterar este derecho será necesario de una convención expresa en contrario.

La convención debe ser hecha por escrito, si las cosas ofrecidas importaran más de doscientos pesos (art. 1193).

En estas obligaciones, como en las demás en que no se trate de derechos inherentes á la persona, la elección pasa á los herederos del deudor ó del acreedor en su caso, así como á los cesionarios. ¿Cómo se debe determinar la elección? El deudor ofrece al acreedor una de las cosas que debe prestar; mientras éste no la hubiera aceptado, el deudor puede cambiarla y entregar otra. La elección será irrevocable cuando el ofrecimiento ha sido aceptado, ó cuando se ha entregado la cosa, ó si consistiendo en cosas divisibles se ha entregado parte de una de ellas; porque no pudiendo entregarla sino integralmente, debe completarla.



La obligación alternativa se distingue de la facultativa en que en ésta hay sólo una prestación ofrecida, que puede ser sus-

Cuando debiéndome entregar diez mil pesos ó una legua de campo, el deudor me ha dado cinco mil pesos, que he recibido, no puede en seguida reclamármelos para entregarme el campo; debe integrar la suma total.

En estas obligaciones se deben aplicar los principios generales sobre los vicios del consentimiento; así, cuando creyendo que la elección corresponde al acreedor, le he entregado la cosa que me ha pedido, puedo reclamarla, dando la que me agradare. Lo mismo sucedería cuando la elección correspondiese al acreedor.—FREITAS, 597, n° 4. TOULIER, VI, 692 y XI, 81.

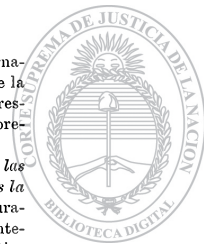
Si la cosa entregada tuviere vicios ocultos, la acción del acreedor sería la del que en una obligación pura y simple recibe una cosa en esas condiciones, aplicándose los arts. 2164 y sigs.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 637.*—LL. 23 y 24, Tit. 11, Part. 5°.—Cód. Francés, art. 1190.—Cód. Sardo, art. 1281.—Cód. Holandés, art. 1316.—Cód. Napolitano, art. 1143.—El principio es general: en todos los actos y contratos, el deudor tiene la elección. Una declaración verbal no le obligaría, y puede cambiar de idea hasta que haya cumplido la prestación. *Cum pure stipulatus sum*, dice la ley Romana, *illud aut illud dari licet tibi, quoties voles mutare voluntatem in eo quod prestaturus sis* (L. 138, Dig. de Verb. Oblig.). *Quamvis id quod promissum est solvatur* (L. 106, Cód.).—Las mismas reglas se aplican á los otros contratos. Así, el vendedor que vende muchas cosas bajo una alternativa, como el comprador que promete en retorno del objeto comprado, muchas prestaciones alternativas, tiene la elección en el pago de las diferentes cosas prometidas ó vendidas (LL. 25 y 34, § 6, Dig. De Contr. emt., y 21, § 6, De act. emt. Cuando un comodatorio ó locatario pierde por dolo ó culpa la cosa que se le había confiado, queda obligado á pagar una indemnización al propietario; pero cuando el propietario recobra después la cosa, el que la ha pagado debe obtener, ó el dinero que ha entregado ó la cosa; de otra manera el propietario se enriquecería á su costa. La elección entre lo dado en pago ó la cosa, queda para el que ha hecho el pago. Lo mismo puede decirse cuando en un pleito sobre la propiedad pierde la cosa por dolo ó culpa, y paga una indemnización al demandante, si el propietario recobra la cosa. La necesidad de recibir la cosa, no puede imponerse al que la ha pagado contra su voluntad, porque él puede repetir la suma que ha entregado por una *conditio sine causa*. Si al contrario, prefiere la cosa, no se le puede rehusar, porque la indemnización que ha pagado hace las veces de la compra (L. 1, tit. 4, lib. 41, Dig.).

La facultad de elegir pasa á los herederos del que tenía el derecho de hacer la elección, y aun al cesionario del derecho, porque la facultad de elegir es inherente al derecho. (L. 72, de Verb. Obli.)

Si el deudor que tenía el derecho de elegir considera por error que una de las prestaciones era objeto de una deuda pura y simple, y por este error no usa





tituida por otra á voluntad del deudor, mientras en la alternativa son varias las prestaciones. Se distingue también, de la obligación con cláusula penal, pues en ésta hay sólo una prestación, y la pena es puesta como obligación accesoría, representando los daños y perjuicios por la inexecución.

La elección del deudor no podrá tener lugar, *si una de las (dos) prestaciones no podía ser objeto de la obligación, entonces la otra es debida al acreedor (art. 638)*; porque es de la naturaleza de estas obligaciones, el que se deba cada una en su integridad, pudiendo descomponerse en tantas obligaciones distintas y separadas, cuantos sean los objetos ofrecidos; de donde resulta esta consecuencia: *si uno de los objetos prometidos no pu-*

(**Art. 638.**) El artículo parece comprender únicamente las obligaciones alternativas en que sólo se ofrecen dos cosas, pero se debe aplicar á todas.

Si de varias prestaciones ofrecidas no fuera posible alguna de ellas, ó si quedare una sola, la obligación subsistiría, habiéndose convertido en pura y simple. Otra cosa decidiríamos, si las prestaciones fueran de género, pues no estando individualizadas las cosas, sería indiferente que el obligado no las tuviera de la especie ofrecida. Así, cuando me he obligado á entregar mi caballo blanco ó mi coupé, si el caballo hubiera muerto, la obligación se convertiría en pura y simple de entregar el coupé; pero si me obligué á entregar un caballo ó un carruaje, aunque en el momento de obligarme no poseyera ni uno ni otro, la obligación sería válida; porque, como dice Larombière: «un género como ser colectivo», no pertenece á persona alguna.

Se pueden ocultar bajo la apariencia de una obligación alternativa una obligación ilícita como principal y la cláusula penal como accesoría destinada á garantizar la ejecución, como si me obligo á entregar tales efectos que están en la Aduana, sin pagar derechos, ó á pagar dos mil pesos como pena si no lo realizo, una y otra obligación serían nulas; porque la principal tiene por objeto el contrabando y la otra asegurarlo.—Comp. arts. 645, 651, 2152 y 2153.

de su derecho, puede repetirlo que ha pagado por la *conditio indebiti*, y dar en cambio la otra prestación. (L. 10, Cód. de Cond. Ind.)—Véase sobre esta materia á Savigny, *Derecho de las oblig.*, I. § 38.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 638.*—L. 72. tít. 3, lib. 46. Dig.—Cód. Francés, art. 1192.—Cód. de Nápoles, art. 1015.—Cód. Sardo, art. 1282.

*diese realizarse, aunque sea por culpa del deudor ó por otra causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado. Si ninguno de ellos puede prestarse y el uno ha dejado de serlo por culpa del deudor, éste tiene la obligación de entregar el valor del último que hubiere dejado de poder ser prestado (art. 639).*

(Art. 639.) Los casos de este artículo son diferentes del anterior; allí se trataba de cosas que no podían ser objeto de la obligación en el momento del contrato; aquí se refieren á las que pueden serlo, pero que posteriormente no pueden prestarse. Pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, que algunas cosas no puedan ser prestadas sin culpa del deudor; 2º, que alguna no pueda prestarse por su culpa; 3º, que ninguna pueda prestarse sin su culpa; 4º, cuando todas hubieren perecido por culpa del deudor.

En el primer caso, la obligación recaerá sobre las demás que puedan ser prestadas, porque no debiendo sino una de ellas, el deudor que no ha hecho la elección definitiva, no puede decir que quería entregar la que ha desaparecido; la elección debe tener lugar entre las que existen en el momento de cumplir la obligación; si no existiere sino una, la obligación se convierte en pura y simple, y si es cosa determinada, quedará convertida en la de entregar una cosa cierta; pero si es indeterminada, se esperará el momento de la determinación. Lo mismo se observará si una de las cosas no pudiera ser prestada por vicio en el título.

En el segundo caso, se observará lo mismo que cuando queda una de las cosas ofrecidas, porque teniendo el deudor la facultad de elegir, y no debiendo sino una, ha podido disponer de las otras ó dejarlas perder. Si ninguna pudiera prestarse y alguna hubiere dejado de serlo por su culpa, la elección pasa al acreedor, quien puede demandar el valor de la última que dejó de ser prestada. La razón de esta decisión se encuentra, en que debiendo el deudor una sola de las prestaciones, ha podido dejar de prestar cualquiera de ellas, debiendo sólo la que existiese al último; pero cuando ha desaparecido la última, aunque sea por caso fortuito, deberá su valor, porque esa era la que debía prestarse. Cuando he ofrecido mi caballo ó mi carruaje, y he enajenado el primero, quemándose el segundo en un incendio, sin mi culpa, deberé el valor del carruaje.

En el tercer caso, cuando todas las ofrecidas en la alternativa han perecido sin mi culpa, la obligación se disuelve, á menos que no estuviere constituido en mora.







Quando todos los objetos ofrecidos hubieren perecido por culpa del deudor, el Dr. Freitas deja á la voluntad del acreedor el pedir el valor del que quisiere; pero nuestro Código Civil, respetando el principio de que la elección corresponde al deudor, le reconoce el derecho con que ha procedido á hacer imposible las otras prestaciones, y sólo lo obliga á pagar el valor del último que no pudo ser prestado.

La falta de la prestación ofrecida no autoriza á disolver la obligación proveniente de un contrato bilateral, á menos de haber sido imposible por caso fortuito ó fuerza mayor.

Quando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, periódicas ó mensuales en que de cualquier manera hubiera de repetirse la opción, el derecho de elegir pertenecerá siempre al deudor, y en cada plazo podrá hacer una elección diferente, estando entre los ofrecidos; esto es lo que el Código ha traducido incompletamente al decir: *cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros (art. 640)*, no debiendo limitarse sólo á las anuales, sino á cualquiera prestación periódica.

En el cuarto, si todas las cosas perecieron por culpa del deudor sin que pueda determinar cuál fué la última, éste conserva el derecho de pagar el precio de aquella que él eligiera.

Quando en la alternativa se comprenden cosas ciertas é inciertas, sólo determinadas por su especie, estas últimas siempre deben ser prestadas. Quando la obligación comprende cosas muebles é inmuebles, divisibles ó indivisibles, no se podrá determinar su naturaleza sino en el momento de la elección, y la obligación tomará el carácter que esta elección le haya impreso.

El artículo supone el caso en que no se hubiere hecho la elección; porque si ésta se hubiere realizado, la pérdida de la cosa se registrará por los principios del derecho común para estos casos.

(**Art. 640.**) La regla general es que una vez hecha la opción por el deudor ó el acreedor, si á éste le pertenece, no se puede variar; pero sufre una excepción tratándose de rentas, pensiones ó prestaciones

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 639.*—L. 23, tít. 11, Part. 5ª.—L. 2, tít. 4, lib. 13, Dig.—Cód. Francés, art. 1193.—Cód. Sardo, art. 1283.—Cód. de Nápoles, art. 1146.



En la obligación alternativa, el acreedor no podrá demandar una cosa determinada, y deberá hacerlo en una forma alternativa, á menos de no ser en el caso del art. 639; así es que estará obligado á recibir cualquiera de las comprendidas en la alternativa, aunque fuera de la peor calidad.

En las obligaciones alternativas se pueden ofrecer cosas inciertas no fungibles sólo determinadas por su especie, entre otras ciertas y determinadas, y pueden consistir en obligaciones de dar, hacer ó no hacer. La nulidad de' acto jurídico con relación á una de las prestaciones alternativas, no anulará las otras, porque cada una se considera como una obligación separada.

Cuando todas las cosas comprendidas en la alternativa se deterioraren sin culpa del deudor, se procederá como en las obligaciones de dar cosas ciertas, y podrá entregar la que quisiera con disminución proporcional del precio, si lo hubiere ó disolver la obligación, si el acreedor no quisiere recibirla; pero no podrá ofrecer las deterioradas habiendo otras que no lo estuvieren.

#### § 205.—CUÁNDO CORRESPONDE LA ELECCIÓN AL ACREEDOR

Se ha dicho que en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor; pero los interesados pueden convenir lo contrario; en esta hipótesis el acreedor tiene los derechos siguientes:

a) *Cuando la elección fuese dejada al acreedor, y una de las cosas (ofrecidas) se hubiere perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, ó la cosa que ha quedado ó el valor de*

---

anuales, en que la elección de un año no lo liga para los demás; y la razón es porque cada año tiene lugar la opción, reputándose que hay tantos contratos, cuantas veces debe hacerse la elección; si ésta correspondiera al acreedor, se observaría lo mismo.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 640.—Pothier, n° 217, de Oblig.—Zachariae § 532, nota 1.*



*la que se ha perdido* (art. 641, 1ª parte), y como el deudor no ha podido disponer de las cosas ofrecidas hasta no hacerse la

(Art. 641.) Cuando la elección corresponda al acreedor pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, que una de las cosas ofrecidas se hubiere perdido por culpa del deudor; 2º, que se hubieren perdido las dos por su culpa; 3º, que se hubiere perdido una sin culpa; 4º, que las dos se hubieren perdido sin culpa; 5º, cuando la obligación no fuera de entregar cosas.

En el primer caso, como las cosas ofrecidas en la alternativa son debidas hasta que el acreedor haga la elección, la pérdida culpable de una de ellas no ha podido privarle del derecho de opción; puede en consecuencia pedir, ó la cosa existente, ó el valor de la pérdida con los perjuicios de la mora. Si hubiera elegido la existente y tuviera menor valor que la perdida, el acreedor no podrá demandar la diferencia de valor bajo pretexto que ha sido obligado á elegir la que existía; porque su derecho ha podido ejercerlo en la amplitud que el contrato le concedía.

En el segundo caso, el acreedor conserva su derecho de elegir, y puede hacer la opción sobre los valores de las cosas, exigiendo la entrega del valor de la elegida, con las pérdidas é intereses de la mora; pero si el acreedor hubiere vendido á otro una de las cosas que tenía derecho á elegir, le serán pagados los daños y perjuicios que debiera él á su vez abonar por la falta de cumplimiento. — Véase los arts. 608, 613, 615 y sus comentarios.

El artículo no comprende los casos en que las cosas pereciesen sin culpa del deudor, ni aquellos en que se deteriorasen.

El tercer caso queda legislado en el art. 639; cuando una de las cosas no pudiese prestarse «por cualquiera causa» no imputable al deudor, debe prestarse la que ha quedado.

Respecto del cuarto caso, la obligación quedará disuelta devolviéndose las cosas entregadas por razón de la obligación, si se tratase de cosas ciertas determinadas por su especie y calidad. — Véase arts. 556, 578, 627, 642, 647, 889 y 895 y sus comentarios.

Duranton, XI, 148, critica con razón la doctrina que mantiene la opción en favor del acreedor, aun en el caso de que una de las cosas hubiera perecido sin culpa del deudor; y el Código Argentino ha aceptado esas razones en el art. 639.

Quando una de las cosas ciertas ofrecidas, ó todas ellas, se hubieren deteriorado sin culpa del deudor, su derecho de opción no sufrirá menoscabo alguno, y se regirá por lo dispuesto en los arts. 580 y 582. Si

elección, se considerará como deudor moroso, con relación á la cosa enajenada ó perdida por su culpa, y además del valor, deberá el perjuicio causado.

el deterioro fué por culpa del deudor, se regirá por el art. 581 y su comentario; y podrá exigir, no sólo la cosa que estuviere intacta y sin deterioro, sino el valor de la deteriorada con los perjuicios é intereses de la mora.

En el quinto caso se observarán los principios anteriormente consignados, con las diferencias relativas á la naturaleza de los hechos, y el valor del objeto elegido, que no puede ser prestado, será estimado por el juez con arreglo á las leyes de proceso. Ya aquí volvemos á hacer notar la impropiedad que se encuentra en la terminología del Código, dividiendo las obligaciones en dar, hacer ó no hacer; cuando dar, entregar, devolver, etc., representan una acción del individuo, que debió clasificarse como lo dijimos en el art. 495 como obligaciones de hacer ó no hacer.—Comp. MARCADÉ al art. 1194. LAROMBIÈRE, II, n° 1 y sig. al art. 1194. DURANTON, XI, 148.

Cuando una de las cosas ha perecido por culpa del acreedor, correspondiendo la elección al deudor, puede éste disolver la obligación ó entregar la que hubiere quedado, y demandar el valor de la que hubiere perecido; si la elección correspondía al acreedor, la pérdida de la cosa por su culpa liberta al deudor de la obligación.—L. 1. 18, 105, tit. 1, lib. 45, 95, § 1, tit. 3, lib. 46, Dig.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 641.*—Cód. Francés, art. 1194.—Cód. Napolitano, art. 1147.—Cód. Holandés, art. 1312.—Cód. Sardo, art. 1284.—L. 95, Dig. *De solut.* La aplicación de las reglas sobre la prestación de la culpa y del caso fortuito en las obligaciones alternativas según el Derecho Romano, presenta algunas soluciones interesantes: si una de las cosas ha perecido por caso fortuito, la obligación viene á ser pura y simple, es decir, que el deudor está obligado á dar la otra.—L. 34, tit. 1, lib. 18, Digesto. Si es por culpa del acreedor que una de las cosas ha perecido, el deudor que tiene la elección puede tenerse por libre de la obligación, ó bien dar la cosa que queda, y demandar el valor de la cosa que ha perecido por culpa del acreedor.—L. 105, tit. 1, lib. 47, Dig. Si en este último caso la elección pertenecía al acreedor, la pérdida de la cosa trae la liberación del deudor. (Cita anterior y L. 95, Tit. 3, Lib. 46, Dig.) Si las dos cosas han perecido, es preciso distinguir: si ambas han perecido por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación.—L. 31, § 6, Tit. 1, Lib. 17, Dig. Si la primera de las cosas prometidas ha perecido por caso fortuito y la otra por culpa del deudor, éste está obligado por el valor de la última.—L. 95, § 1, Tit. 3, Lib. 46, Dig. Si la primera ha perecido por culpa del deudor y la otra por caso fortuito, el Derecho Romano, prescindiendo de los principios estrictos, da al acreedor por motivos de equidad, una acción de dolo para demandar el





b) *Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el valor de la una ó de la otra. Lo mismo se observará si las prestaciones que comprenden la obligación no fuesen de entregar cosas, estimándose entonces por el juez el valor de la que, elegida por el acreedor, no puede prestarse (art. 641, 2ª parte).* con más los daños y perjuicios causados; si se perdieron sin culpa, la obligación quedará disuelta.

c) Cuando en la obligación alternativa hubiera prestaciones de dar y de hacer, si el acreedor hubiera elegido la de hacer, y no quisiera prestarla el deudor, puede ser autorizado á hacerla ejecutar por otro, y cuando esto no fuere posible, demandar los daños y perjuicios.

d) Cuando las cosas ofrecidas en la alternativa se deteriorasen sin culpa del deudor, el acreedor puede tomarlas con los deterioros y la disminución proporcional del precio, si existiere, ó disolver la obligación, recobrando lo que hubiere entregado en virtud de ella. Si se hubieran deteriorado por culpa del deudor, podrá exigir el equivalente de la que hubiere elegido con indemnización de los perjuicios, ó recibirla en el estado en que se hallare con los perjuicios é intereses.

e) *Si las prestaciones se han hecho imposibles sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida (art. 642).*

---

(Art. 642.) ¿Qué sucederá cuando la obligación se hace imposible por el hecho de un tercero? Si la elección correspondiese al deudor y las cosas hubieren perecido por culpa de tercero, el dueño de ellas puede proponer al acreedor el valor de la cosa elegida, y si no aceptare, la obligación se resuelve en daños é intereses. Si una de las cosas ha llegado á ser imposible por haber perecido sin culpa del deudor, y la otra por haber sido puesta fuera del comercio, ó porque hubiera sido expropiada, por causa de utilidad pública, el acreedor puede

---

valor de la cosa que había perecido la última. Si las dos cosas han perecido por culpa del acreedor, el deudor puede reclamar el valor de la que quiera.—L. 55, Tít. 2, Lib. 9, Dig., á no ser que el acreedor no tuviese la elección, porque en este caso el deudor no podría demandar sino el valor de la última que hubiere perecido.—L.L. 95, Tít. 3, Lib. 46, Dig. Si la primera ha perecido por culpa del acreedor y la otra por caso fortuito, el deudor es libre y puede demandar el valor de la primera.—L. 55, Tít. 2, Lib. 9, Dig.



Cuando en las obligaciones alternativas hubiera algunas que no pudieran prestarse por ser imposibles, contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes, como cada prestación forma una obligación distinta é independiente, la nulidad de éstas no afectará á las que pudieran prestarse, y el acreedor podrá elegir entre las que fueran posibles.

Cuando la elección se hubiera dejado al acreedor, el deudor tiene el deber de conservar todas las cosas ofrecidas, hasta que se haya hecho la elección; pero si perecieren sin su culpa, la obligación quedará disuelta, entregando éste lo que hubiere recibido por ocasión de ella. Verificada la elección, se regirá por lo dispuesto en las obligaciones de dar cosas ciertas.

Si alguna de las cosas ofrecidas en la alternativa hubiera mejorado ó aumentado de valor, sin el hecho del deudor, y el acreedor la eligiera, deberá abonar el mayor valor que hubiere adquirido, y en caso contrario la obligación quedará disuelta, devolviéndose lo recibido en virtud de ella.

Con relación á terceros, cuando la elección correspondiese al acreedor, éste sólo podrá perseguir las cosas muebles no fungibles ofrecidas en la alternativa que hubieren sido enajenadas,

---

obligar al deudor á que le ceda sus derechos para tomar las indemnizaciones que debieran pagarse.

Cuando las prestaciones vienen á ser imposibles sin culpa del deudor, ¿están comprendidas las pérdidas ó deterioros de las cosas? El art. 1195 del código francés se refiere á las cosas que perecen sin falta del deudor, y como el Dr. Velez Sarsfield se funda en él, debemos darle el mismo alcance, no comprendiendo sino la de pérdida.

En la nota al 530 dice el Dr. Velez Sarsfield, que las condiciones imposibles tiene una íntima analogía con las prestaciones imposibles, y lo que diremos respecto de éstas debe aplicarse á las condiciones: según ese criterio, la prestación imposible es aquella que no puede cumplirse, sea porque la cosa haya perecido ó hubiera sido declarada fuera del comercio ó expropiada.—Véase arts. 530, 556, 578, 647, 889 y 895.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 642—L. 18, Tít. 11, Part. 5ª.—L. 9, Tít. 14, Part. 5ª.—Cód. Francés, art. 1195.*

contra los poseedores de mala fe; es decir, contra los que sabían estaban comprometidas; pero no contra los de buena fe.

Cuando la elección corresponda al deudor y éste hubiere enajenado todas las cosas ofrecidas, el acreedor no tendrá derecho contra los terceros adquirentes y sólo podrá demandarla del último, si fuera de mala fe.



## TÍTULO X

### DE LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS

#### § 206.—CARACTERES DE LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS

Las obligaciones facultativas se distinguen esencialmente de las alternativas y penales, en que sólo abrazan una sola y única prestación, y el acreedor sólo tiene derecho á la prestación ofrecida. Así, pues, *la obligación facultativa es la que, no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra (art. 643);* pero el objeto

(**Art. 643.**) Maynz rechaza esta terminología como inútil y contradictoria, prefiriendo la de las obligaciones alternativas, á lo que contesta Freitas, que en nada se opone á la naturaleza de la obligación esta facultad dejada al deudor, y como el caso es posible, aunque no frecuente, debe ser legislado.

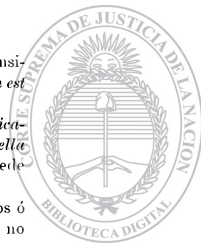
La obligación facultativa tiene por objeto *una sola prestación*; pero el deudor puede sustituirla por otra. En la alternativa se debe una cosa de entre varias ofrecidas; pero son todas principales de modo que las unas se reemplazan por las otras, mientras en la facultativa no se debe la accesoria. En la alternativa, cuando la elección corresponde al acreedor, todas las cosas ofrecidas están en la obligación; en la facultativa hay una sola, y la otra está *in facultate solutione*; en la obligación facultativa la validez de la obligación accesoria depende de la existencia de la principal, y el acreedor no puede demandar sino el cumplimiento de la prestación ofrecida, extinguiéndose la obligación cuando la principal se pierde ó se hace imposible sin culpa del deudor.

En cuanto á la naturaleza de la obligación facultativa, se determinará por la obligación principal. mientras en las alternativas queda en suspenso hasta que la elección tenga lugar.

Hay una gran diferencia entre ofrecer la entrega de tal cuadro, estipulando que podré librarme de la obligación dando diez mil pesos, y ofrecer el cuadro ó diez mil pesos; en el primer caso debo sólo el cuadro; si éste ha perecido sin mi culpa, la obligación se ha extinguido, mientras en el segundo no debo sino una sola cosa; hasta el mo-







accesorio puesto para facilitar el pago del deudor, no se considera comprendido en la obligación, siguiendo la máxima, *non est in obligatione, sed adjectus tantum solutiones gratia*.

*La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella (art. 644), sin consideración alguna á la accesoria, que puede ó no existir sin tocar la obligación principal.*

En las alternativas hay tantas obligaciones como objetos ó prestaciones se han ofrecido separadamente; en las penales no hay sino una obligación, como en las facultativas; en las penales, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación

mento de la elección, ambas están en la obligación y debo la segunda si la primera pereció.

El caso propuesto se asemejaría más bien á una obligación con cláusula penal, art. 652; pero se diferencia en la manera como se hace la estipulación, pues en ésta la pena tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación, mientras en la facultativa sólo quiere facilitar al deudor la manera de cumplir la obligación.—Comp. FREITAS, art. 964, y nota 963. MAYNZ, §. 276. AUBRY y RAU, § 300, nota 7. ZACHARIE, § 532, nota 2.

Una obligación alternativa puede á su vez ser facultativa, cuando se reserva la facultad de sustituir la cosa elegida por tal otra.

(Art. 644.) Será considerada como divisible ó indivisible según sea la obligación principal. Si he prometido entregar diez mil pesos pudiendo sustituir esta obligación y libertarme de ella entregando mi casa, la obligación es divisible y de entregar cosas fungibles, y como el dinero ofrecido no perece, siempre la debería, aunque la casa se hubiera incendiado; por el contrario, sería de entregar cosas inmuebles é indivisible, si la obligación principal consistiera en entregar la casa, con facultad de sustituirla por una suma de dinero. Los efectos de estas obligaciones (como dice Freitas, art. 964), son los mismos que los de las obligaciones en general, y según fuere la naturaleza de su objeto. El acreedor sólo tendrá derecho para exigir la prestación principal y no la accesoria que ha quedado al arbitrio del deudor.—Cons. POTHIER, *Obl. I*, n° 243 y sig. AUBRY y RAU, § 300. DURANTON, XI, 156. TOULIER, XI, 700.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 644.*—Por ejemplo, si es ó no obligación divisible ó indivisible.

ó la pena que representa la indemnización, á su voluntad: en las facultativas, sólo puede pedirse la prestación ofrecida, ó la indemnización de los daños é intereses cuando no se cumpliera. *En caso de duda si la obligación es alternativa ó facultativa, se tendrá por alternativa (art. 651).*

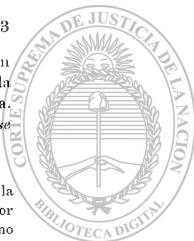
(Art. 651.) Hay tal semejanza entre la obligación facultativa y la alternativa, que si no fueran las diferencias creadas expresamente por la ley, y que no responden á la naturaleza de la misma obligación, no se las distinguiría. ¿En qué se diferencia, en efecto, la obligación cuando prometo entregar mi casa ó mi estancia, de cuando me obligo á entregar mi casa con la facultad de reemplazarla entregando la estancia? La diferencia no está en la naturaleza de la obligación, porque en ambas me obligo á entregar una sola, y el acreedor no tiene derecho á pedirme sino una; pues, en la alternativa tengo el mismo derecho, y si en la facultativa la ley la declara disuelta, cuando se anula la obligación principal ó la prestación se hace imposible, ó parece sin culpa del deudor, es porque ella crea esos efectos que no nacen de la obligación misma. Así, en caso de duda, la ley se inclina á guardar la igualdad entre acreedor y deudor declarándola alternativa, porque en la facultativa sólo es alternativa para el deudor, cuando así convenga á sus intereses. Las diferencias indicadas en este capítulo, son más bien científicas, y no responden á la vida real, introduciendo cierta confusión en la legislación, que debe aspirar á la sencillez, traduciendo las necesidades sentidas en la vida social.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 651.—Cód. de Chile, art. 1507.—Son muy notables las diferencias entre la obligación facultativa y la obligación alternativa.*

La primera comprende una sola prestación, y la segunda, varias. En la obligación facultativa, la prestación accesoria no forma objeto de la obligación ni la caracteriza: es meramente adjuntiva para facilitar el pago. Entre tanto, el carácter de una obligación alternativa queda en suspenso hasta que se verifique el pago, y se determina según la prestación por medio de la cual el pago se ha efectuado.

En la obligación alternativa basta para su validez que una ú otra de las prestaciones comprendidas en la obligación esté exenta de vicios, cuando en la obligación facultativa basta para invalidarla el vicio en la prestación principal, aunque no lo haya en la obligación accesoria.

En la obligación alternativa el acreedor debe pedir el pago de las diferentes prestaciones que forman el objeto de la obligación, dejando al deudor la libertad de cumplir con la que elijiere, mientras que en la obligación facultativa basta que pida la prestación principal.



§ 207.—DE LA PRESTACIÓN PRINCIPAL EN LAS OBLIGACIONES  
FACULTATIVAS

La obligación facultativa comprende una sola y única prestación, que puede ser de varias cosas á entregarse conjuntamente. *Cuando la obligación facultativa es nula por vicio inherente á la prestación principal, lo es también aunque la prestación accesoria no tenga vicio alguno (art. 645);* mientras sucede

(Art. 645.) ¿Cómo debe entenderse la nulidad por vicio inherente á la obligación? Comprende las cosas que no pueden ser prestadas, por ser imposibles, ilícitas, contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes; á este respecto dicen Aubry y Rau: «cuando la obligación facultativa llevara un vicio inherente á la cosa que forma el objeto de ella, será nula, aunque no tuviere vicio alguno la que se ha indicado como accesoria». Si me obligué á entregar la luna, con la facultad de sustituir esta obligación dando dos mil pesos, ó á herir á Pedro con la facultad de sustituirla por mil pesos que entregaré, ó cuando me obligue á contrabandear tales efectos, con facultad de sustituirla pagando dos mil pesos, en todos estos casos, siendo nula ó no existiendo la obligación principal, lo es también la accesoria, porque ésta no existe sino en *facultate solutione*. Ocurriría lo mismo si el contrato ha tenido por objeto una cosa que no existía y se consideró como existente. ¿Qué se resolvería cuando la obligación principal fuera nula por vicio de forma? Esto podría suceder cuando en una obligación pura y simple se hubiera pactado separadamente la facultad de sustituirla por otra; pero cualquier vicio quedaría salvado por el reconocimiento hecho al convertirla en facultativa, si se han llenado las formas al reconocerla. La nulidad de que habla el artículo, es respecto á la cosa que forma el objeto de la obligación.

Larombière expresa con más claridad la idea de este artículo al decir: «si la cosa debida principalmente no ha podido ser válidamente el objeto de una obligación, la obligación facultativa es nula, y no se debe».

La obligación alternativa no se extingue sino cuando las diversas cosas que forman el objeto de la prestación comprendidas en la obligación, hubiesen todas perecido sin culpa del deudor, y antes que éste se hubiese constituido en mora; y la obligación facultativa se extingue cuando hubiese perecido el objeto de la prestación principal, aunque existiera el de la prestación accesoria. Sobre estas diferencias, véase Aubry y Rau, § 300.





lo contrario con la alternativa, pues si una es nula ó no puede prestarse, las otras se deben. Así, en la obligación facultativa, si la prestación principal fuera de una cosa imposible, contraria á las buenas costumbres ó prohibida por las leyes, anularía la obligación, aunque la accesoria pudiera prestarse. Siguiendo estos principios, la ley dice: *la obligación facultativa se extingue cuando la cosa que forme el objeto de la prestación principal perece sin culpa del deudor, antes que éste se haya constituido en mora* (art. 647, 1ª parte); pero si hubiere sido moroso, responderá aún de los casos fortuitos, á menos de probar que la cosa hubiera perecido aun en poder del acreedor.

La obligación facultativa se extingue igualmente, *porque se hubiese hecho imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación accesoria no hubiese perecido y fuere posible su entrega* (art. 647, 2ª parte); pero si el objeto de la prestación principal

(Art. 647.) La obligación facultativa se extingue: 1º, cuando sin culpa del deudor perece la cosa que forma el objeto de la obligación; 2º, cuando se hubiere hecho imposible su cumplimiento. En el primer caso, faltando la cosa entra en la regla general de extinción si no hubiere culpa, art. 578; pero no sucederá así cuando el deudor tomó sobre sí el caso fortuito ó fuerza mayor, ó si la cosa pereció estando constituido en mora, á menos de que ésta proviniese de caso fortuito ó fuerza mayor. En el 2º se debe distinguir la imposibilidad proveniente de haber perecido la cosa ó la que viene de la ley ó de la naturaleza. Cuando he prometido vender mi casa por tal precio con la facultad de sustituir la obligación pagando diez mil pesos, si una ley de expropiación me privase de ella, la obligación no se extinguiría, pues recaería sobre el precio de la expropiación; mientras si prometí hacer un retrato ó libertarme de esa obligación pagando mil pesos, y por cualquier accidente pierdo la vista, siéndome imposible hacerlo, la obligación se extingue: lo mismo sería si la cosa hubiere sido sacada del comercio.—Cons. Cód. FRANCÉS, art. 1302.

Si el objeto de la prestación principal perece ó es imposible, sin culpa del deudor, la obligación se extingue, aunque exista la accesoria, á diferencia de las obligaciones alternativas. La prestación accesoria no tiene, pues, influencia alguna sobre la principal, ni la pérdida, imposibilidad ó deterioro de ella pueden determinar variación alguna en la principal, como lo hace notar FREITAS, art. 965. AUBRY Y RAU, §. 300 letra d.—Comp. arts. 556, 578, 627, 642, 889 y 895.



*hubiere perecido ó se hubiere hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido ó la cosa que era el objeto de la prestación accesoria (art. 648).* La última parte del artículo desnaturaliza el carácter de la obligación, pues priva al deudor de la facultad de elegir, que es el carácter de estas obligaciones, y porque la obligación accesoria es puesta en su beneficio y para facilitarle su cumplimiento. La prestación accesoria no es debida al acreedor, y autorizarlo para reclamarla aún en caso de culpa del deudor, es convertir la facultativa en una alternativa confirmando la elección al acreedor. Es un error de doctrina que ha traído este otro: *el acreedor de una obligación facultativa puede en la demanda de pago no comprender sino la prestación principal (art. 646); in-*

(Art. 648.) En lugar de limitar el derecho del acreedor á pedir solamente el precio de la cosa que ha perecido, con los daños y perjuicios de la mora, el Código, desnaturalizando la obligación, la convierte en una alternativa, dando al acreedor la facultad de demandar la obligación accesoria no debida, pues es un modo adquirido por el deudor para solucionar la obligación. Me obligué á entregar mi carruaje con la facultad de reemplazarlo por el pago de mil pesos; si lo he vendido ó se ha quemado por mi culpa, ¿qué es lo debido? El carruaje y no los mil pesos: ésta era una facultad mía, de la cual podía ó no usar, y en ningún caso puede serme arrebatada. Se ha dicho en el art. 644 que la naturaleza de la obligación se debe determinar sólo por la prestación principal; y cuando ésta es nula se anula la accesoria; si aquélla se extingue, queda extinguida la accesoria. ¿Por qué se convierte entonces la accesoria en principal? Hay un error de doctrina y se debe corregir, pero mientras subsista, se obedecerá sin hesitación. Esta inconsecuencia se comprueba ocurriendo á AUBRY y RAU; § 300, *a, b, c, d.*—Cons. LAROMBIÈRE, II, al art. 1196, n° 3. POTHIER, *Oblig.*, 244. DURANTON, XI, 154. MARCADE, IV, 591. ZACHARLE, III, § 532, nota 2 y sig.

Siendo la mora una de las clases de culpa del deudor, se entiende que el artículo se refiere á los casos en que la pérdida ó imposibilidad hayan sobrevenido estando en mora, que no fuere ocasionada por caso fortuito ó fuerza mayor, ó en caso de demostrarse que la pérdida habría tenido lugar aun estando la cosa en poder del deudor.

(Art. 646.) Este artículo tomado literalmente de Aubry y Rau, § 300 *c*, es doctrinario y se refiere al procedimiento, conteniendo

dicando así la facultad de pedir también, la accesoria cuando lo creyera conveniente, lo que no es exacto en principio, pues sólo se debe la prestación principal.

Respecto del deterioro ó aumento de la cosa ofrecida en la prestación principal, se registrá por lo dispuesto en las obligaciones de dar cosas ciertas.

Cuando la prestación principal consistiera en la entrega de un inmueble, no adquirirá derecho real mientras no se hiciere la tradición.

§ 208.—DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA EN LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS

La prestación accesoria es una facultad inherente al deudor puesta para facilitarle el cumplimiento; dicha facultad sólo existe para él, y no forma parte de la obligación, sino como un modo especial de pago que él se ha reservado; por consiguiente, *no tendrá influencia alguna sobre la prestación principal, ni la pérdida ó deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho ó de la omisión que constituye el objeto de la prestación accesoria (art. 649);*

una inexactitud, á mi juicio. El acreedor de una obligación facultativa, dice el artículo, puede en la demanda no *comprender* sino la prestación principal, dando á entender que es facultativo en comprender la accesoria, no siendo exacto. Se ha querido expresar que sólo debe demandarse la prestación principal, sin hacer mención de la accesoria, que es un medio exclusivo del deudor. No puedo, pues, demandar la accesoria á no ser en el caso del art. 648. Larombière expresa con claridad el pensamiento al decir: «el acreedor en la obligación facultativa no puede demandar sino la cosa que forma el objeto principal de la obligación, salvo la facultad del deudor de liberarse pagando la otra cosa convenida». Y esta es una de las diferencias capitales con la alternativa, donde el acreedor no puede demandar sino alternativamente todas las cosas ofrecidas, dejando al deudor la facultad de entregar la que elijere.— Véase arts. 636 y 637 y sus comentarios.

(**Art. 649.**) La naturaleza de la prestación accesoria en las obligaciones facultativas, es siempre un modo de pago creado en beneficio del deudor, y no se considera comprendido en la obligación: *non est in obligatione, sed adjunctus tantum solutionis gratia*. Así, la pérdida ó de-





si no existiera esta manera de pagar, la obligación principal quedaría inalterable.

La obligación accesoria imposible, contraria á las buenas costumbres ó prohibidas por las leyes, en nada afectará á la obligación principal, así es que *la nulidad del acto jurídico por motivo del objeto de la prestación accesoria, no induce nulidad en cuanto á la prestación principal (art. 650).*

terioro de la cosa, ó nulidad de esta obligación en nada influye en la principal. Si me obligo á vender mi casa por tal precio con facultad de libertarme entregando la luna, esta obligación es pura y simple; mientras habría sido nula, si se hubiera ofrecido dar la luna, pudiendo sustituirla con la entrega de la casa.

¿Se juzgaría cumplida la obligación facultativa cuando la accesoria fuera ilícita y se hubiere llenado? Por ejemplo, prometo mil pesos pudiendo sustituir la obligación contrabandeando tales efectos que os pertenecen, he realizado el contrabando y entregado los efectos. ¿He cumplido la obligación? No, la obligación subsiste y puede ser exigida, porque el acreedor debe pagar los derechos defraudados y el deudor ser castigado por su delito. La obligación accesoria ilícita, aun cumplida no liberta al deudor, porque la obligación principal no es facultativa en este caso, sino pura y simple.— Véase FREITAS, art. 965.

(**Art. 650.**) Lo dicho sobre la influencia de la prestación accesoria, se repite en este artículo; y la razón olvidada en el art. 648, viene á explicar aquí cómo la facultad acordada al deudor para libertarse de la obligación, es un derecho personalísimo del que no puede ser privado sin desnaturalizarla.

En la obligación facultativa se debe sólo una cosa, y para el acreedor es pura y simple, porque sólo puede exigir la cosa ofrecida; si el deudor se ha reservado la facultad de pagarla con otra como en la alternativa, eso no altera la naturaleza de la obligación; por eso Mayniz rechaza estas diferencias y las llama inútiles y contradictorias, porque siendo la obligación pura y simple para ambos, pues se extingue por la pérdida ó imposibilidad (sin culpa del deudor) de la única prestación, permite, no obstante, que la reemplace el deudor por otra, siendo en este caso sólo alternativa para él, y deja de serlo cuando la principal se ha perdido. Freitas, art. 966, dice: «se reputará como nulidad completa la que proviniese del objeto de la prestación principal», y el Código la ha designado en el art. 645 bajo la forma de nulidad por «vicio inherente» á la prestación principal.

Es necesario no confundir los caracteres fundamentales de las obligaciones facultativas; pues en ellas la prestación accesoria es un medio de pago, jamás se debe tomar como una prestación que el acreedor pueda reclamar, y por esa razón cuando el objeto de la obligación ha perecido por culpa del deudor, no puede pasar al acreedor el derecho de exigir una ú otra prestación, mientras el Código Civil enseña lo contrario.

---





## TÍTULO XI

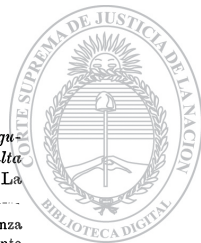
### DE LAS OBLIGACIONES CON CLAUSULA PENAL

#### § 209.—DE LOS CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN

*La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta á una pena ó multa en caso de retardar ó de no ejecutar la obligación (art. 652). La*

(Art. 652.) La obligación bajo cláusula penal tiene su semejanza con la alternativa y con la facultativa; pero difiere esencialmente de una y otra. La pena se pone para asegurar el cumplimiento de la obligación, en caso de retardo ó en el de inejecución, sea conjunta ó separadamente. Si se hubiere estipulado, p. e., la pena para el caso de retardo solamente, no se la podría cobrar en el de inejecución, y recíprocamente; pero si se estipuló para el caso de retardo ó de inejecución, en ambos se la deberá. Al interpretar las cláusulas se atenderá á la voluntad de las partes, manifestada en el contrato, que es la ley de los contratantes.

Cuando se ha estipulado la pena por el simple retardo, sin hablar de la inejecución, la pena se deberá en el primer caso, sin perjuicio de los derechos del acreedor para pedir la ejecución del contrato, ó los daños y perjuicios. Una sentencia de la Corte de Casación francesa de 27 de junio de 1859, asunto Gourdoux, dice en apoyo de esta opinión: «considerando que el deudor contraviene á sus obligaciones y debe los daños é intereses en estos dos casos: sea en razón de la inejecución de la misma, sea por el retardo en la ejecución, que para el caso de retardo como para el de inejecución, las partes pueden por cláusula expresa y á título de pena reglar la suma de los daños é intereses que serán debidos al acreedor; que si tal estipulación ha tenido en vista el simple retardo, y se ha callado sobre la inejecución, ó vice-versa, el perjuicio resultante de aquella de las dos hipótesis que no ha sido prevista, no habiendo sido reglado por la convención, pertenece á los jueces apreciarlo, etc.» De modo que si la pena, se estipuló sólo por el simple retardo, se cobrará ésta; y si hubiera inejecución, se cobrarán además los perjuicios. Demolombe, XXVI, 636, explicando esta diferencia, dice más adelante: «la cláusula penal es la represen-



cláusula penal viene á ser entonces una obligación accesoria, que no debe confundirse con la accesoria de la obligación facultativa de los daños é intereses que el deudor puede deber al acreedor, y que pueden ser de dos clases: unos por la inexecución de la obligación y que se llaman compensatorios, otros por el retardo en la ejecución que se llaman moratorios». En mi opinión, la pena establecida para el caso de retardo, no comprende el de inexecución, porque puede hacer efectiva la pena del retardo y obligarlo á la ejecución. ó á pagar los daños y perjuicios en caso contrario; el art. 659, apoya esta opinión al decir: «no se puede pedir el cumplimiento y la pena al mismo tiempo, sino una de las dos cosas, á menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, ó que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal».

La cuestión deberá resolverse ateniéndose á los términos del contrato, é investigando el carácter de la obligación; si se ha puesto la pena por el retardo, incurre en mora sin necesidad de interpelación.

Cuando la pena fué convenida por el retardo ó la inexecución alternativamente, se deberá sólo por cualquiera de ellos; si la pena se ha puesto conjuntamente, se la deberá toda por la no ejecución, pues se ha convenido que ambas cosas tuvieran esa única indemnización; si se estipuló la pena por el retardo y también por la no ejecución, se deberá en uno y otro caso. ¿Qué se decidirá cuando la estipulación tuviese la cláusula que el pago de la pena no extinguirá la obligación principal? Que hay derecho para exigir la pena y la ejecución de la obligación, y no cumpliéndose, se resolverá en daños é intereses. Es el caso del art. 659.

Cuando se estipuló una pena por el simple retardo, sin establecer lo que sucedería en caso de inexecución, se dijo que se debía la pena pudiendo demandar la ejecución de la obligación; pero si se ha ejecutado en parte habiéndola aceptado el acreedor, los daños y perjuicios deberán disminuirse proporcionalmente á lo ejecutado.

Cuando la pena se estipuló para el caso de retardo debiendo continuarse con la ejecución, el deudor la deberá en los términos convenidos, teniendo obligación de continuar la obra, ó en caso de no hacerlo, pagará los daños y perjuicios. Estas estipulaciones son comunes, tratándose de construcciones de gran importancia, en que se impone una pena por cada día ó mes de retardo en la ejecución, pasando el plazo convenido, así como se concede una prima para el constructor, por cada día ó mes que adelante en la ejecución; en estos casos se trata del simple retardo, y se excluye la inexecución, y cuando fuere imposible al





cultativa; pues en ésta el deudor puede prestarla á su voluntad, mientras en la otra, *el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho (art. 658).*

deudor ejecutarla, deberá la pena convenida desde el vencimiento del plazo, y los daños y perjuicios por la no ejecución.

La pena tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la obligación principal, supliendo en cierto modo á la ley y á los jueces, constituyendo una condenación voluntaria como indemnización. Como obligación accesoria es necesario que difiera de la principal, por su naturaleza ó cantidad; porque no se podría estipular como pena por el no cumplimiento de la obligación una cosa absolutamente idéntica á la ofrecida, como si se obligara á entregarme tal cosa; y en caso de no cumplimiento, me pagará como pena el valor de la misma cosa. No habría en realidad cláusula penal.

La pena puede ser puesta igualmente en los testamentos, para asegurar el cumplimiento de lo ordenado en ellos; pero se reputa como no escrita cuando se tratase de asegurar el cumplimiento de una disposición absolutamente nula, por ser contraria á las leyes ó á las buenas costumbres. En los contratos entre vivos se puede eximir de pagar la multa convenida atacando la obligación principal, y no debería la pena si se declarase nula, art. 663. Freitas, art. 990, enseña que la cláusula penal puede estipularse con la obligación principal, ó separadamente después, y así debemos aceptarlo en nuestro derecho.—CÓD. DE CHILE, art. 1535. CÓD. FRANCÉS, art. 1226. MARCADE á dicho artículo. LAROMBIERE y DEMOLOMBE, l. c. y l. l., 71 y 137, § 7, tit. 1, lib. 45, Dig., y § 18 y 20, tit. 20, lib. 3, Institutas.

(**Art. 658.**) La pena se ha puesto para asegurar el cumplimiento de la obligación y no para eludirlo, y si bien es cierto que entra en lugar de los daños y perjuicios, no los representa, pues se la debe aunque no existan, y es lógico que el acreedor pueda exigir el cumplimiento rehusando la pena ofrecida por el deudor para libertarse; pero esta disposición es una aplicación del art. 631 y no tiene verdadera sanción, sino cuando la obligación pueda ser ejecutada por otro á costa del deudor, pero deberá la pena cuando se le hubiere buscado por su arte, industria ó aptitudes. Puede pactarse expresamente que el deu-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 652.*—Cód. de Chile, art. 1535.—L. 1, Tit. 11, Lib. 1, F. R.—L. 34, Tit. 11, Part. 5ª.—Cód. Francés, art. 1126.—de Nápoles, art. 1179.—Sardo, art. 1316.—Holandés, art. 1340.

Por regla general, *la nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta deja sub-*

dur se libertará ofreciendo la pena; entonces la obligación se convertirá en facultativa, pues es un medio de pago creado en beneficio del deudor; con esta anomalía, en la facultativa el acreedor no puede pedir sino la prestación principal, mientras en la penal puede demandar una u otra.

Cuando en la obligación se hubiere estipulado que «el acreedor no podrá elegir entre cobrar la pena ó exigir el cumplimiento de la obligación», como lo supone el Dr. Llerena, no creo que la estipulación importe otra cosa que una obligación alternativa, porque teniendo el deudor la facultad de elegir, el acreedor en caso de no cumplimiento y de no pago de la pena, debe demandar una u otra alternativamente, desnaturalizando así el carácter de la obligación. — LAROMBIÈRE, III, n° 4, al art. 1228.

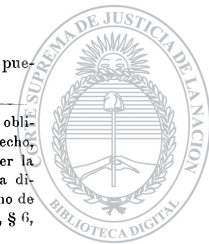
Reservarse la facultad de pagar la pena eximiéndose del cumplimiento de la obligación, no importa privar del derecho que corresponde al acreedor para exigir la una ó la otra en caso de no cumplimiento; es una facultad acordada al deudor, sin privar al acreedor de su derecho. El caso de la 2ª. parte del artículo es este: me obligo á entregar mi casa en tal tiempo, bajo la pena de pagar mil pesos si no lo realizo, pudiendo libertarme de la obligación pagando la pena; mientras el otro sería: ofrezco mi casa bajo la pena de mil pesos caso de no hacerlo, con la condición de que el acreedor no podrá elegir entre una u otra; esto no importa el pacto expreso de que se libertará ofreciendo la pena.

Descendemos á estos detalles, para demostrar cuán difícil es en ciertos casos distinguir la obligación alternativa de la facultativa y de la penal, y con cuánto cuidado los jueces deben tratar al resolver estas cuestiones, averiguando cuál ha sido la intención de las partes y el objeto que tuvieron al obligarse. — Comp. MAYNZ, § 343, nota 20, y FREITAN, art. 1002.

Cuando la obligación se hubiere cumplido en todo ó en parte, el deudor no podrá arrepentirse entregando la pena, á menos de estipulación expresa, porque teniendo él la elección por el contrato, de pagar la pena, y de resolver la obligación, se considera hecha la elección, pues ha comenzado á cumplirla ó la ha cumplido.

Molitor hace notar la diferencia entre la obligación en la que la pena se agrega esencialmente en beneficio del acreedor; de la facultativa, donde la segunda prestación se crea en beneficio exclusivo del deudor, y la *muleta penitentialis* de origen germánico y desconocida





*sistente la obligación principal (art. 663);* sin embargo, se pueden citar casos de excepción, como los siguientes:

en derecho romano, por la cual el deudor puede desligarse de la obligación pagando la pena, haciendo de esta manera precario el derecho, é introduciéndola en beneficio del deudor, con facultad de disolver la obligación, mientras la pena tiene un objeto contrario; pero esta diferencia no tiene lugar en la práctica, y nuestro derecho ha hecho de ambas una sola obligación.—MOLITOR, *Obl.* I, n° 169 y la ley 44, § 6, tít. 7, lib. 44, Dig.—Véase arts. 631 y 1202.

(**Art. 663.**) La cláusula penal es una obligación accesoria, y tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación principal, entrando como indemnización por la inejecución, y por consiguiente, la nulidad de la obligación principal anula la cláusula penal; pero la ley misma ha reconocido casos de excepción como el del art. 664, ó cuando se ha tenido en vista asegurar el cumplimiento de una obligación anulable; p. e., he convenido con un individuo que no atacaría la venta de una casa hecha durante su menor edad, bajo la pena de pagarme diez mil pesos si lo hiciera; la venta puede declararse nula, pero la pena subsistirá; lo mismo sucedería en cualquier contrato anulable por algún vicio en el consentimiento, y cuya validez se afirmase por una pena. Se podría decir con verdad, que en ambos casos la pena no es una obligación accesoria, sino tan principal como la garantida, pues está destinada á suplirla. La obligación nula ó anulable quedaría en cierto modo confirmada por la obligación posterior, pues se reconoce su validez; pero puede suceder que no se llenen los requisitos necesarios para la confirmación, y entonces hay dos obligaciones principales.

En la venta de cosa ajena bajo una cláusula penal, á pesar de la nulidad de la obligación principal, aquélla produciría todo su efecto. Por eso se debe distinguir cuando la cláusula penal es una obligación accesoria, de cuando es obligación principal. El artículo se aplica únicamente á los casos en que la cláusula penal asegura y garante la obligación principal; siendo ésta nula no tendría que garantir.—FREITAS, art. 995. Comp. DURANTON, II, 328. LAROMBIERE, III, al art. 1227, n° 6. TROPLONG, *l'enta*, n° 330. DEMOLOMBE, XXVI, 642. COLMET DE SANTERRE, V, 163, *bis* III.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 658.*—La falta del comprador en recibir la cosa comprada, no produce por sí sola resolución del contrato de compra. El pago de la pena establecida en el contrato, no exime de su cumplimiento, sino en el caso en que esto se hubiese expresamente convenido.—XXXI, 330.



a) La insubsistencia de la obligación principal no lleva consigo la de la cláusula penal puesta precisamente con el objeto de suplirla; por eso se dice: *subsistirá la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto, si ella se ha contratado por otra persona, para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido (art. 664)*, y tal hipótesis no puede tener lugar en la obligación facultativa.

b) La nulidad de la obligación principal deja subsistente la cláusula penal, cuando á pesar de la nulidad de aquélla, se debieran los daños y perjuicios, como sucedería en la venta de cosa

(Art. 664.) En el caso del artículo no es una obligación accesoria cuya existencia esté ligada á la obligación garantida; es una verdadera obligación principal que sustituye á la otra, y es así como puede explicarse su existencia anulada la obligación garantida. No se ofrece el hecho de un tercero, como algunos lo han creído; es éste quien contrae una nueva obligación, para el caso de no cumplirse la otra por cualquier causa. Cuando la obligación principal consistiera en el hecho de un tercero, ofrecido por el que no tiene poder para obligarlo, garantiéndolo con una cláusula penal, la obligación sería incontestablemente nula, como dice Larombière, y no produciría vínculo alguno jurídico; sin embargo, la cláusula penal sería válida, en el sentido de que el promitente no puede contravenir impunemente á su promesa, por nula que sea la obligación principal.

De esta manera de considerar la cláusula penal, podría deducirse que es independiente de la obligación principal, y así como puede garantizar una obligación natural, puede ser puesta para garantizar una obligación ilícita ó contraria á la ley, pero nada más erróneo, á nuestro juicio. Las acciones de nulidad por falta de consentimiento, miran exclusivamente al interés individual, mientras los actos ilícitos ó prohibidos por las leyes son de orden público, y la ley no puede prestar su autoridad para garantizar violaciones. Si la obligación principal es ilícita, contraria á la ley ó á las buenas costumbres, la cláusula penal convenida para el caso de su no cumplimiento no tendrá valor. Si M. se obligó á contrabandear una cantidad de tabaco que me viene en el vapor tal, y P. garante la obligación imponiéndose la pena de diez mil pesos si el contrabando no se realiza, una y otra obligación serán nulas, porque tienen por causa un hecho ilícito.— Véase art. 666 y su comentario sobre contratos, nos 235, 238 y 251.— Véase arts. 1163 y 1164.



ajena, habiéndose estipulado una pena para el caso de no ser confirmada, ó de no tener efecto el contrato.

*c) La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley (art. 666).*

*La cláusula penal sólo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, ó cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor, ó de un tercero (art. 653); porque serán nulas las que fueran contra la ley ó buenas costumbres.*

(Art. 666.) La cláusula penal puede ser puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación natural, y como se dijo en el art. 518, es necesario que haya sido declarada tal, sea por falta de prueba, ó de forma ó de cualquier otra circunstancia, pues antes de esa declaración la obligación se reputaba válida.

Cuando la mujer casada contrajo una obligación sin consentimiento de su marido, garantiendo su cumplimiento bajo una cláusula penal, anulada la obligación principal, se anula la penal; lo mismo habría sucedido cuando una tercera persona la hubiera garantido. Este artículo se debe armonizar con el 518, pues la obligación natural que puede ser garantida por los terceros con una pena, no comprende como el presente, las deudas de juego prohibido. No se debe confundir una obligación reprobada por la ley, como la contraria á las buenas costumbres, con las que no dan acción para demandarlas en juicio. En las deudas de juego prohibido, p. e., el que ha recibido en pago lo ganado tiene derecho para retenerlo; y sólo en caso de dolo ó fraude se autoriza la repetición, mientras en las obligaciones contra la ley ó buenas costumbres no hay derecho de retención.

(Art. 653.) La cláusula penal puede consistir en una suma de dinero, ó en una prestación de hacer ó no hacer, siempre que no sea imposible ó ilícita. Cuando consistiere en prestaciones que no fueren sumas de dinero y no pudiesen cumplirse como la principal, los daños y perjuicios serán estimados por las reglas ordinarias.

Si la pena fuere una suma de dinero, no se deberán los intereses de esa suma sino desde la interpelación, en que el deudor habrá caído en mora, aunque la pena se debiera por el simple retardo en la ejecución.

Se debe tener cuidado en distinguir la obligación con cláusula pe-



## § 210.—DERECHOS DEL ACREEDOR EN ESTAS OBLIGACIONES

Se puede estipular la cláusula penal, para el caso del retardo en el cumplimiento de la obligación, y no por eso el acreedor estaría privado de exigirla; porque la pena sólo representa lo que podríamos llamar los intereses moratorios. Puede imponerse la pena para el caso de inexecución de la obligación, y la pena se deberá por sólo el no cumplimiento, que importará constituirse en mora.

*Incurre, pues, en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo (art. 654), y la pena ó multa impuesta*

nal, cuando la pena consistiera en la entrega de otra cosa, de la obligación alternativa con la que puede confundirse. Así, cuando he ofrecido entregar mi caballo bajo la pena que si no lo hiciere daré mi carruaje, podría creerse que es una obligación alternativa ó facultativa, y por esa razón debe hacerse constar en la obligación, que la segunda prestación es puesta como una pena y no como una facultad ó como alternativa. Serán cuestiones de hecho y de interpretación. Si la prestación puesta como pena fuere imposible, ilícita ó contra las leyes, se tendría por no puesta, convirtiéndose la obligación en pura y simple.

Si la pena se hubiera puesto en beneficio de un tercero, ¿tendría éste derecho para reclamarla? En general los terceros son extraños, por decirlo así, al contrato y no tienen derecho alguno; pero desde que los contratantes han convenido en conceder á otro un derecho cualquiera, le han dado la facultad de reclamar ese derecho; de donde se deduce, que el acreedor no podría reclamar la pena estipulada, y si el tercero beneficiado, que ha aceptado la estipulación.—FREITAS, art. 991.

El adjetivo *solo* que se encuentra en el artículo, tiene por objeto excluir cualquiera otra prestación que no pueda ser objeto de las obligaciones, como las ilícitas, imposibles, etc.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 1535, y FREITAS, art. 991. Véase arts. 1168, 1169 y 1720.

(Art. 654.) Para incurrir en la pena estipulada bastará que no se cumpla la obligación en el tiempo designado, sin necesidad de que el deudor haya sido constituido en mora por la interpelación, como lo dijimos en el art. 652.

Los jurisconsultos romanos, como dice Pothier, consideraban la





*en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios é intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el*

expiración del término de tal manera suficiente, que daban lugar á la pena cuando el deudor hubiere fallecido antes del término sin dejar herederos.

El no cumplir con la obligación, abraza los casos de cuando la cosa ofrecida no se entregara en el lugar convenido, ó la obligación sólo se hubiere ejecutado en parte, sin estar facultado por el contrato para hacerlo. ¿Y cuándo no hubiere término designado? La pena no podrá tener lugar, hasta que el juez no lo hubiere señalado á requisición del acreedor.

Si la prestación principal se hubiera hecho imposible sin culpa del deudor, la pena no se deberá, porque la obligación se considera extinguida, art. 665; pero ¿qué valor tienen entonces las palabras «aunque por justas causas no hubiere podido verificarlo?» Las justas causas no se refieren á las dificultades experimentadas por el deudor, como si no hubiese entregado la cosa prometida porque no se la hubieren devuelto, ó cosa semejante; justas causas no equivale á buena fe, pues es sabido que en cualquier obligación no se atiende á los esfuerzos más ó menos grandes del deudor para cumplir con él, y que la buena fe en nada influye para variar el cumplimiento de ésta. Deudor no culpable es aquel que no puede prestar la cosa ofrecida por alguna de las causas que disuelven la obligación; y la prueba de que cuando es inculpable la pena no puede tener lugar, es que si por el hecho del acreedor la obligación no se cumpliera, el deudor se encontrará liberado de la obligación.—Comp. arts. 513, 537 y 538.

La regla es, el obligado deberá la pena estipulada si no ha cumplido la obligación; y la excepción tiene lugar cuando la prestación se hace imposible ó la cosa se ha destruido sin su culpa; lo que Maynz, § 347, nota 17, expresa así: «el deudor puede prevalerse de la imposibilidad fortuita al efecto de libertarse de la obligación, con tal que pruebe que no ha dependido de él la no ejecución de la obligación principal».

Si por el hecho de terceros la obligación no se cumpliera, la pena se deberá, si no se demuestra que los hechos asumieron un carácter de fuerza mayor irresistible.—Véase art. 513 y su nota, arts. 660, 663 á 665.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 654.—L. 37, al fin, Tít. II, Part. 5ª.*

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 654.—El que no cumple su obligaci-*

*acreedor no tendrá derecho á otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente (art. 655).*

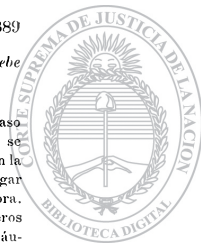
(Art. 655.) Se dijo que la pena se podía estipular para el caso de retardo ó de inexecución en el cumplimiento de la obligación, y se agregó en el art. 654, que, el deudor incurre en ella si no cumple con la obligación en el tiempo convenido; ahora se dice, la pena entra en lugar de los perjuicios, cuando el acreedor se hubiese constituido en mora. ¿Cómo explicar esta aparente disconformidad? En los dos primeros casos no ofrece dificultad, porque se trata de convenciones con cláusula expresa, y la pena se debe por el simple retardo ó por la inexecución; no hay, pues, necesidad de interpelación para constituir en mora al deudor; pero en el caso del artículo anterior, basta el no cumplimiento de la obligación para incurrir en la pena, y en este el deudor debe ser constituido en mora. El Dr. Llerena al explicar esta dificultad dice: «algunos autores creen que en la obligación con la cláusula penal, el simple vencimiento del plazo hace incurrir al deudor en la pena»; no son autores los que tal principio sostienen, es el art. 654, que dice: incurre en la pena estipulada el «deudor que no cumple con la obligación en el tiempo convenido». ¿Hay necesidad de hacer interpelación y constituirlo en mora, como aparece exigirlo el presente? Necesitamos armonizar ambas disposiciones, porque el legislador jamás se contradice y debemos forzosamente buscar el modo para que sus disposiciones no aparezcan contradictorias. Se puede decir en este sentido, es un principio general aplicable á todas las obligaciones, que el deudor no incurre en mora sino por la interpelación, á no ser que se hubiere expresamente estipulado lo contrario, como si se hubiera convenido que el retardo bastaría para constituirlo, ó no se cumpliera en el tiempo convenido; así los arts. 652 y 654 serían una excepción de aquel principio, lo que no nos satisface.

Freitas, art. 992, no da derecho al acreedor para exigir la pena sino cuando el deudor se hubiere constituido en mora, lo mismo que el Có-

ción, no incurre en la pena convenida, cuando no puede verificar su cumplimiento por causas provocadas ó ocasionadas por el acreedor.—XIV, 102.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 654.*—En las obligaciones con cláusula penal, el obligado incurre en la pena estipulada, cuando no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiere podido verificarla.—Jur. Civ., III, 282, Sér. 1ª.

Incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiere podido verificarlo.—Jur. Civ., VI, 284, Sér. 1ª.





Si bien es cierto que la pena entra como indemnización de los daños, *para pedirla, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno (art. 656).*

digo Alemán, art. 339, mientras nuestro artículo sólo dice: «la pena entra en lugar de indemnización de daños y perjuicios», indicando un caso especial legislado, no en vista de la mora, sino para establecer la relación existente entre la pena y los daños é intereses. Esta nueva interpretación está más en armonía que la anterior, y salvaría todas las dificultades; porque este artículo vendría á explicar entonces, no cuando tiene lugar la pena, sino lo que ella importa en los casos de mora, mientras los otros se aplicarían á los casos en que se incurre en la pena. Así, cuando se ha estipulado una pena para el caso de simple retardo ó de inexecución, la pena representa los daños y perjuicios de la mora, como en aquellos en que no se cumplió la convención en el tiempo estipulado, el deudor ha incurrido en mora y debe la pena. Esta manera de considerar el artículo es más satisfactoria. Y la prueba de que sólo se ha tratado de determinar lo que importa la pena, sin alterar los principios anteriores, es que agrega á continuación: «el acreedor no tendrá derecho á otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es suficiente». No son, pues, los casos de mora los legislados en este artículo, sino el alcance é importancia que tiene la pena. — Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 1129 y 1230. FREITAS, art. 992. GÓYENA, art. 1081. MOLITOR, *Oblig.*, I, 151. Comp. arts. 522, 656, 660, 665 y 1189.

En las obligaciones con cláusula penal debemos, pues, enseñar que el no cumplimiento de la obligación en el tiempo convenido hace incurrir en la pena, sin necesidad de interpelación, como lo dice expresamente el art. 654, pudiendo agregar que entra en uno de los casos de excepción del art. 509.—Véase los autores citados en el art. 654.

(**Art. 656.**) Este artículo es una consecuencia del anterior y una aplicación del art. 660. La pena entra en lugar de los daños y perjuicios, dice el art. 655, pero no los representa, porque la pena se debe aunque no existan ó fueran mayores, demostrando así que es una estipulación extraña. El principio debe aceptarse, y disminuirse proporcionalmente la pena, cuando la obligación se ha cumplido en parte, art. 660.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 655.*—Cód. Francés, art. 1129.—de Nápoles, 1182.—Sardo, 1319.—Y respecto á la mora del deudor, Cód. Francés, art. 1230.—Holandés. 1314.—de Nápoles, 1183.—Sardo, 1320.

*El deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer, desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó á abstenerse (art. 657), sin perjuicio de deshacer lo hecho, si la pena se estipuló para el caso de contravención á lo convenido.*

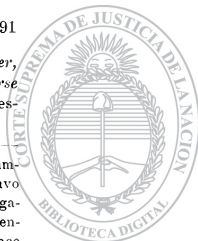
Para pedir la pena bastará probar que la obligación no se ha cumplido, ó cuando fué estipulada para el caso de retardo, que éste tuvo lugar. La pena es, pues, para asegurar el cumplimiento de la obligación, pero puede representar los perjuicios y en general los representar en ese caso, se debe considerar como una estipulación que los hace desaparecer, existan ó no, sustituyéndolos con la multa convenida; entonces ni el acreedor debe demostrar los perjuicios sufridos, ni el deudor excusarse probando que del no cumplimiento ha recibido beneficio el acreedor. El Cód. de Chile, art. 1542, es más explicito cuando dispone: «habrá lugar á exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado».

(**Art. 657.**) Este artículo confirma la opinión manifestada en los arts. 654 y 655; basta el no cumplimiento para incurrir en la pena, sin necesidad de constituir al deudor en mora, pues se considera incurso en ella desde que faltó á la convención, á diferencia de los demás códigos. En efecto, si en las obligaciones de no hacer no hay necesidad de interpelación para incurrir en la pena, bastando ejecutar el acto de que debía abstenerse, no veo por qué igual principio dejaría de aplicarse en las de hacer. Si cuando he convenido en entregar mi caballo el 1° de Junio, bajo la pena de pagar 500 pesos caso de no realizarlo, necesito de interpelación, como lo sostienen algunos, no veo por qué no la necesitaría cuando me hubiere obligado bajo la misma pena á no alquilar mi casa para una herrería, si la hubiese alquilado. En una y otra hipótesis hay comienzo de inexecución. Si no hay necesidad de interpelación para las obligaciones de no hacer, no debe haberla para las de hacer, confirmando lo enseñado en el art. 654.

En la jurisprudencia francesa sucede lo contrario, porque existe el art. 1230 que expresamente ordena la interpelación para el caso de no cumplimiento, y aun á pesar de esa disposición, los autores admiten que en las obligaciones de no hacer basta la contravención para considerar al deudor incurso en la pena.—LAROMBIÈRE, III, al art. 1230. TOULLIER, VI, 834 y 835.

Creo se debe reputar como deudor moroso al que no cumple lo convenido, y por consiguiente, incurso en la pena estipulada.

Conforme con estos principios, se debería la pena por el mero hecho





En general, la pena se impone como indemnización, y entonces *el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, á su arbitrio, á menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, ó que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal (art. 659)*; en el primer caso, el

de atacar un laudo arbitral, que se hubiera convenido en respetar, aunque fuera declarado nulo. Toullier, Duranton y Larombière son de esta opinión, pero creen que la pena puede no ser declarada, si el desistimiento ha sido inmediatamente después del primer acto, dejando á los jueces la facultad de decidir según la intención de las partes.

Y no se diga que en la obligación de no hacer la ejecución importa una falta de cumplimiento, mientras en las de hacer el solo vencimiento del plazo no constituye al deudor moroso, porque eso sólo depende de la convención. Así, cuando se estipula una pena para el caso de no cumplimiento, la intención de las partes es que se deba la pena por el hecho de no cumplir la obligación, pues se ha puesto para asegurarla.—Comp. Cód. de Chile, art. 1538. Goyena, art. 1082. Molitor, I, 159 y 160. *Oblit.*

(Art. 659.) La pena tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación y entra en lugar de los daños y perjuicios; así, en las obligaciones con cláusula penal no se puede exigir el cumplimiento y la pena al mismo tiempo; sin embargo, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, cuando ésta se hubiere estipulado por el simple retardo, y entonces entraría en lugar de los perjuicios de la mora por la inejecución. Esta estipulación debe ser expresa; como si se conviniera que el pago de la pena no extinguiría la obligación principal: lo que Maynz, § 343, nota 21, expresa diciendo: «se puede convenir que la pena será acumulada con la acción para ejecutar la obligación, ó pedir los daños é intereses», y había casos en la legislación romana donde no se necesitaba estipulación expresa, como en la obligación *non faciendo* (l. 133, tit. 1, lib. 45, Dig.), ó cuando la pena se estipuló por el simple retardo (l. 12, tit. 38, lib. 8, Código Romano); pero en nuestra legislación es necesario cláusula expresa.

La cláusula penal tiene entonces, por objeto imponer al promitente

---

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 657.*—Convenido el pago de una multa contra quien apela de un laudo, el solo hecho de apelar hace ejecutiva la multa.—XXV, 303.

simple retardo hace incurrir en la pena sin que la obligación se extinga; siendó, por el contrario, una manera directa para apre-

una pena en favor del estipulante, para cuando tal ó cual hecho conve-  
nido se realice ó no, y la pena es una obligación principal. Esta dife-  
rencia se puede encontrar en la ley 115, § 2, tit. 1, lib. 45, Dig., y con  
más claridad lo hace notar MAYNZ, § 343, notas 23 y 24.

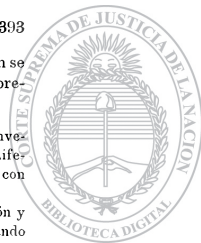
En general, no se puede pedir el cumplimiento de la obligación y  
la pena al mismo tiempo, á menos de estipulación contraria; pero cuando  
el acreedor hubiere optado por una, habiendo comenzado á hacerla eje-  
cutar, no puede reclamar la pena, á menos de no cumplir la obligación  
en su totalidad, rigiéndose entonces por el art. 660, disminuyéndose la  
pena proporcionalmente. El pago de la pena aceptado por el acreedor  
extingue la obligación; pero puede rechazarla y pedir el cumplimiento,  
si el deudor no se reservó aquella facultad.

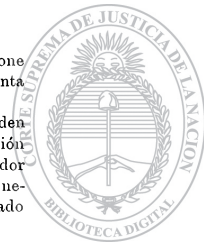
El acreedor puede elegir entre pedir el cumplimiento de la obliga-  
ción en los casos en que pudiera hacerse, arts. 629 y 630, y su com.,  
ó el pago de la pena; pero esta elección no será posible, cuando fuere  
necesario una violencia personal, ó cuando el deudor se hubiera reser-  
vado la facultad de extinguir la obligación, pagando la pena, ó en las  
obligaciones en que la pena corresponda á un tercero, ó cuando ésta  
fuera el resultado de una estipulación para otro, y la pena para el esti-  
pulante.

El acreedor no podrá pedir parte de la pena y parte de la obliga-  
ción principal, ni ser obligado á recibir la prestación en esa forma, á  
menos que, habiéndose comenzado á ejecutar la obligación, no pudiera  
continuarse, ó cuando se hubiera ejecutado de una manera irregular,  
como en los casos del art. 660.

Cuando se hubiere estipulado que, no ejecutándose la obligación, el  
deudor pagaría tal cantidad como pena, sin que el acreedor pudiera  
demandar la obligación principal, no existiría obligación con cláusula  
penal, porque ésta no sería obligación accesorio, sino principal. Sería  
una obligación facultativa para el deudor, que puede libertarse de la  
principal pagando la pena, y condicional para el acreedor que no puede  
pedir sino la pena. Si prometo entregar mi caballo bajo la pena de pagar  
mil pesos, si no realizo el hecho, el acreedor puede hacerse entregar el  
caballo ó cobrar los mil pesos á su elección.

La cláusula penal agregada á una transacción, ¿debe acumularse  
ejecutando la transacción y la pena? La cuestión no ofrece duda, cuando  
se ha estipulado expresamente que se pagará la pena por el sólo hecho





surar su ejecución, como en el segundo, en que se impone para que se cumpla, y aun se determina una prima si se adelanta su cumplimiento.

Como reglas generales dominantes en esta materia, se pueden establecer: 1º, la cláusula penal no se impone con la intención de restringir, ni extender la obligación principal; 2º, el acreedor puede siempre reclamar su cumplimiento, y sólo cuando sea necesario de una violencia ó no pueda cumplirse, estará obligado á recibir la pena.

Cuando el acreedor aceptó el cumplimiento parcial de la obligación ó de una manera irregular, si no pudiera cumplirse en lo demás, la pena se disminuirá proporcionalmente, y si las partes no pudieran convenirse, el juez decidirá lo que se debe pagar, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho.

En los casos de duda, sobre si la cláusula penal ha sido puesta por el simple retardo ó de inejecución de la obligación, se debe resolver en favor del deudor. Cuando la pena fuera impuesta sólo para el caso de inejecución, el acreedor podrá cobrar los daños é intereses de la mora desde la interpelación judicial, ó pedir el cumplimiento de la obligación.

*Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda*

de atacar la transacción; pero si nada se hubiera expresado, incurrirá en tal pena el que no la ejecute? La regla es que no se puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena al mismo tiempo; pero se exceptúa el caso de estipulación expresa en contrario; si nada se ha estipulado, la falta de ejecución hará incurrir en la pena, y el que sostuviera la transacción sólo podrá pedir su ejecución ó la pena. POTHIER, *obl.* n° 343 y 348 LAROMBIERE, III, 5 al art. 1229. DURANTOX, XI, 345, y XV, 349. COLMET DE SENTERRE, V, 166 bis, III. DEMOLOMBE, XXVI, 658 y sig., opinan que los magistrados deben decidir estas cuestiones de hecho y de interpretación, según las circunstancias de cada caso, tratando de investigar la intención y voluntad de las partes.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 659.*—Cód. de Chile, art. 1537.—LL. 34 y 35, Tít. 11, Part. 5ª.—Código francés, art. 1128.—de Nápoles, 1181.—Sardo, 1318.—L. 28, Tít. 1, Lib. 19, Dig.—L. 16, Dig., *De trans.*

*también extinguida la cláusula penal (art. 665), porque es una obligación accesoria, y sólo garante el cumplimiento de la principal para el caso de falta ó culpa del deudor.*

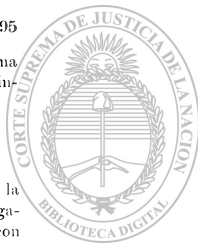
#### § 211.—DE LA CLÁUSULA PENAL DIVISIBLE Ó INDIVISIBLE

En general, la obligación principal no está subordinada á la cláusula penal, que le sirve de accesoria y está destinada á garantizar su cumplimiento; pero los efectos de la obligación con relación á los co-deudores ó de los herederos del deudor, son diferentes, según la cláusula penal.

Así, una obligación principal divisible para los codeudores ó herederos del deudor sin dejar de serlo, para el caso en que el deudor exija su cumplimiento, no alcanzará á imprimir ese carácter, ni cambiará la naturaleza de la cláusula penal si ésta fuere indivisible, y se puede decir que marchando separadas continuará la pena siendo indivisible. Si el acreedor pidiere la ejecución, los obligados la ejecutarán en la parte que les corresponda según su porción; si ejecuta la pena indivisible, cada uno de los co-deudores debe satisfacerla por entero.

Por el contrario, si la obligación fuera indivisible, puede ser exigida en su totalidad por el acreedor á cualquiera de los codeudores; pero si la cláusula penal es divisible, ésta no podrá ser ejecutada en su totalidad, sino que cada uno deberá su parte; ambas prestaciones no se confunden, y permanecen independientes, sin cambiar.

(**Art. 665.**) Cuando la cláusula penal es una obligación accesoria, como sucede generalmente, la extinción de la obligación principal sin culpa del deudor, extingue la penal. Cuando la cosa ofrecida bajo una cláusula penal pereció sin culpa del deudor, la obligación se disolverá, y por consiguiente, la penal; este principio abraza toda causa de resolución; pero si un tercero ó el mismo contratante la hubiere ofrecido tomando sobre sí los riesgos, la pena se deberá, porque ha sido estipulada para el caso que no llegara á cumplirse por cualquier causa. Esta clase de estipulaciones pueden hacerse expresamente, modificando los términos generales de la ley.—Comp. *ACBRY* y *RAU*, § 331, nota 1. Comp. arts. 525, 627 y 888.







Podemos, pues, establecer como reglas:

a) *Sea divisible ó indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores ó de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal (art. 661), no participando del carácter de la principal.*

(Art. 661.) El artículo decide una de las cuestiones que dividían á los romanistas más notables, sobre la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación principal, interpretando las l. l. 4, § 1 y 5, § 4, tit. 1, lib. 45, Dig., que los autores han tratado de conciliar. Desaparecen para nosotros las diferencias de cuando la obligación principal era indivisible *tam solutione quam obligatione*, de cuando era divisible *quod obligationem* é indivisible *quod solutionem*.

Sea divisible ó indivisible la obligación principal, si la pena es divisible, los herederos del deudor incurrirán en ella en proporción de su parte, sin que por eso quede sometida la obligación principal á la accesoría. Quedan, pues, sin aplicación todas las cuestiones de los romanistas sobre la responsabilidad de los demás herederos por la infracción de uno de ellos, cuando la obligación es indivisible. En el caso de la ley 85, § 6, tit. 1, lib. 45 Dig., p. e., si el fundo de Ticio no fuera entregado, pagaréis ciento; el adquirente ha tenido por objeto todo el fundo, no una parte, y no obstante, aunque alguno de los herederos ceda su parte, si los otros no quisieran hacerlo, la obligación no podría cumplirse y el acreedor, si no puede ó no quiere hacerlo ejecutar, podrá exigir la pena en la proporción que corresponda á cada uno de los obligados.—PORTIER, *Oblig.*, I, n° 359.

Si suponemos que el fundo no admite división, y tres de los cuatro herederos quieren entregarlo y uno se niega, se deberá la pena total, porque la obligación no puede cumplirse por partes contra la voluntad del acreedor; pero éste podría exigir de cada uno de los herederos su parte proporcional en la pena, aun de aquellos que querían cumplir con la obligación, salvo el derecho de éstos para repetir de sus co-herederos. El acreedor no puede ser obligado á tomar la parte de los herederos que quisieran cumplirla, accionando contra los otros por la restante, porque la pena se ha puesto para asegurar el cumplimiento total de la obligación, y desde el momento en que esto no tiene lugar, el acreedor puede pedir á su elección, ó el cumplimiento de la obligación ó la pena estipulada. Todos los autores en esta hipótesis autorizan al acreedor para demandar la totalidad de la pena y la justicia así lo

b) *Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, ó si fuere solidaria, aunque divisible, cada uno de los codeudores ó de los coherederos del deudor, queda obligado á satisfacer la pena entera (art. 662)*, sin tener en consideración el carácter de la obligación principal.

exige, desde que la obligación es indivisible, y el Código, siguiendo al Proyecto de Freitas art. 999, ha decidido esto mismo, pero estableciendo que la pena debe ser proporcional al haber de cada heredero.

Hemos dicho, que cuando alguno de los herederos del promitente ha contravenido á la estipulación, los demás coherederos quedan obligados á pagar la pena divisible, proporcionalmente á su haber, pero si son varios los herederos del promitente y varios los del acreedor y uno de éstos ha sido privado de sus derechos por uno de aquéllos contraviniendo á la estipulación, ¿se habrá incurrido en toda la pena, que deberán los herederos del promitente? Los juriscultos romanos distinguían, cuándo la obligación era divisible de cuándo no lo era, resolviendo la divisibilidad ó indivisibilidad de la pena según los casos; entre nosotros, siendo la pena divisible, aunque la obligación principal sea indivisible, no se hace distinción, é incurrirá en toda la pena, pero dividiéndola con los demás herederos, según su porción, y salvo el derecho de éstos para repetir lo pagado del coheredero culpable; pero el acreedor tendrá que desistir del derecho que le acordaba la obligación principal.—Cons. LAROMBIÈRE, III, al art. 1231, n° 8. POTHIER, *Oblig.*, I, 352.

Cuando se hubiere estipulado la pena por el solo vencimiento del plazo, los herederos no la deberían si demostrasen que han ignorado semejante cláusula, porque es un error de hecho. Se trata de una estipulación de su causante que han ignorado, y esta opinión la fundamos en la equidad. Si en los casos de los arts. 2212 y 2272 la ignorancia de los herederos los exime del pago de daños y perjuicios, no hay razón para que no se aplique el mismo principio al caso que examinamos.

(**Art. 662.**) Sea la obligación con cláusula penal divisible ó indivisible si se estipuló solidariamente, la pena se deberá en su totalidad por todos los coherederos. Hicimos notar de paso en el artículo anterior que no se desvirtúa el carácter de la obligación principal, ni se somete ésta á la obligación accesoria, porque una obligación divisible en sí, como sería la de entregar una suma de dinero, bajo la pena de entregar un caballo, en que la pena sería indivisible, la obligación prin-



c) *Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, ó la cumple de un modo irregular, ó fuera del lugar ó del tiempo á que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitraria si las partes no se conviniesen (art. 660);* salvo si se hubiera esta-

cial permaneciera divisible, si se pidiera su ejecución. La obligación principal no caracteriza la convención, aunque sin ella no pueda existir la penal, por más que su nulidad ó extinción cause la nulidad ó extinga la accesoria, ni la divisibilidad ó indivisibilidad de esta altera la obligación principal. El acreedor tiene derecho para pedir á su arbitrio el cumplimiento de la obligación indivisible, ó la pena divisible, y por eso debe entenderse subordinado el art. 661 al 659, cuando se exija la ejecución de la obligación; pero si se pidiera el cumplimiento de la pena, se deberá aplicar lo dispuesto en el art. 661. Si la obligación fuera divisible y la pena indivisible, y el acreedor demandare el cumplimiento de la obligación, ésta se ejecutará como las obligaciones divisibles; si pide la pena indivisible, se ejecutará como tal. Lo mismo debe decirse, cuando la cláusula penal fuere divisible, como la de entregar una suma de dinero, y se hubieran obligado á pagarla solidariamente; en ambos casos, cada uno de los co-deudores ó coherederos del deudor deben el total de la pena. ¿Y si la cláusula penal divisible fuera garantida con prenda, hipoteca ó anticresis? Freitas, art. 1000, n° 2, la califica como si la pena fuera indivisible, siendo lógico en su método que reduce la obligación principal al carácter de la accesoria, pues la hipoteca como la prenda ó anticresis son indivisibles.—Véase LAROMBIÈRE, III, al art. 1232. COLMET DE SANTERRE, V, 169 y sigs.

(Art. 660.) El acreedor puede rechazar el cumplimiento parcial de la obligación, pero cuando la hubiere admitido, pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, que la obligación no pueda cumplirse por culpa del deudor; 2º, que por caso fortuito ó fuerza mayor, no pueda tener lugar. En el primer caso, la pena se deberá proporcionalmente á la parte cumplida, como si, por ejemplo, me he obligado á entregaros mis dos caballos que están en la caballeriza bajo la pena de mil pesos, y sólo he entregado uno de ellos, habiendo vendido el otro, deberé la mitad de la pena si los dos caballos tienen el mismo valor, ó deberé menos si entregué el de más precio, mas en caso contrario, el juez debe arbitrar la parte de pena, cuando los contratantes no se convinieren. En el segundo caso, la obligación quedaria extinguida si la cosa ha perecido ó



blecido que la pena no se disminuiría en caso alguno; porque

la prestación se ha hecho imposible sin culpa del dendor, y la pena no se debería.

Cuando el acreedor aceptare sin reclamar la ejecución parcial de una obligación, que el dendor se hubiere comprometido á no ejecutar bajo pena determinada, no tendrá derecho á ésta; pero podrá impedir que continúe ejecutándola y cobrar la pena proporcional. Así, en el caso de Pavan-Avon contra Samat (Dalloz, 1857, Parte 1ª, pág. 61) se decidió que á pesar de la prohibición inserta en la convención, el hecho había tenido lugar á la vista y con consentimiento del demandante, por lo que el demandado no había incurrido en la pena: pero aquél tenía derecho á no renunciar á los beneficios de la convención. Y no sería de otra manera: yo puedo tolerar ó permitir se hagan tales ó cuales actos que tengo derecho de prohibir en virtud de la convención, y si mi tolerancia me inhabilita para cobrar la pena, ella no tiene la fuerza para destruir el contrato, por el tiempo restante en que la prohibición puede hacerse efectiva, pero entonces la pena será proporcional al tiempo transcurrido.

Cuando el contrato sea de tal naturaleza que no pueda ejecutarse sino por partes, como en el caso de prestaciones periódicas, habiéndose estipulado una sola multa, se deberá entonces en proporción al número de las prestaciones, á menos de haberse puesto la cláusula penal como acumulativa para la ejecución y el cobro de la pena.

Cuando la obligación se hubiere cumplido de una manera irregular, ó fuera del lugar y tiempo convenido, habiéndola aceptado el acreedor, no tendrá derecho á la pena, si no hizo reserva alguna, porque se entiende modificado el contrato; pero si recibió la prestación haciendo reserva expresa de su derecho á la pena, ésta se estimará proporcionalmente á la diferencia existente entre el tiempo, lugar ó manera regular de cumplir con la obligación, y el modo como ha sido cumplida.

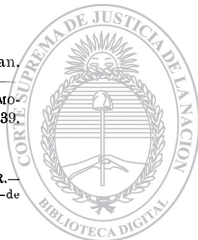
Respecto á la proporcionalidad de la pena, Pothier, Obl., n.º 350 y 351, trae dos ejemplos que dan una idea completa cómo se debe proceder, cuando la obligación se hubiere cumplido en parte; Freitas, art. 998, trae el caso de cumplimiento irregular ó fuera del lugar ó del tiempo en que debió cumplirse la obligación, y Dumoulin trae un ejemplo interpretando la l. 5, § 4, tit. 1, lib. 45, Dig. La razón de la disminución proporcional de la pena la da Dumoulin, diciendo: «la pena se presume estipulada por los perjuicios de la inexecución de la obligación princi-



la voluntad de las partes debe ser la ley á que obedezcan.

pal, y el acreedor no puede recibir la una y la otra». — Comp. DEMOLOMBE, XXVI, 670. LAROMBIÈRE, al art. 1231. CÓD. DE CHILE, art. 1539. FREITAS, art. 998.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 660.*—L. 9, Tit. 20, Lib. 3, F. R.—L. 199, *De Estilo*.—Cód. Francés, art. 1231.—Sardo, 1321.—Holandés, 1345. —de Nápoles, 1184.—L. 9, Tit. 11, Lib. 2, Dig.



**TÍTULO XII**  
**DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES <sup>(a)</sup>**

**CAPÍTULO I**

**§ 212.—DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES**

Si tomamos la palabra divisible en un sentido general, no encontraremos una cosa material que no sea susceptible de división, porque todas pueden descomponerse en partes, pero esa no es la divisibilidad jurídica; se necesita la constitución de una unidad independiente, idéntica al todo y sin disminución de valor ó de utilidad. Así, un diamante es divisible materialmente, y la parte dividida es idéntica al todo; pero su valor disminuye no en proporción á la división, sino en proporción geométrica á medida que se le subdivide.

Para que la cosa sea divisible en el sentido jurídico, es necesario que cada una de las partes conserve su identidad, su independencia y su valor proporcional.

El Código Civil considera que *las obligaciones son divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial, indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero (art. 667)*. Según esta definición, son divisibles las obligaciones siguientes:

(a) *Nota del Dr. Verlez Sarsfield al título XII—De las obligaciones divisibles é indivisibles*—Hemos creído necesario poner algunas notas explicativas en esta materia, para que se conozcan los principios de donde partimos, muy diferentes de los que sirven de base á todos los códigos publicados en Europa y en América, que no hicieron sino seguir á la letra al código francés. Algunos comentadores de éste y otros juriconsultos de los últimos tiempos han hecho ver los errores del código de Napoleón, que hace un laberinto inexplicable en sus resoluciones. Por esto no haremos concordancia con los códigos existentes, y nuestros fundamentos serán únicamente las Leyes de Partida y el Derecho Romano, donde se hallan los verdaderos principios de esta materia.

(**Art. 667.**) La cuestión de la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones tan árida y abstrusa, como la llama Goyena, ha sido decidida por el Código, siguiendo á Freitas casi al pie de la letra, y ha fi-





a) *Las de dar, cuando tienen por objeto entregas de sumas de*

jado principios que indican un verdadero progreso en la legislación. El código francés, art. 1127, hace depender la divisibilidad ó indivisibilidad del objeto de la obligación, cuando en su entrega ó ejecución fuera susceptible de división material ó intelectual, mientras el Código Argentino sólo toma por base la cosa misma cuya naturaleza no puede cambiarse; considera los atributos que son inseparables, y están en su sustancia. En este sistema sencillo y comprensible se toma por base la divisibilidad material de la cosa, y la obligación será divisible ó no, según el objeto de la prestación. En las obligaciones de dar, p. e., cualquiera que sea el objeto, llegamos necesariamente á la prestación de una cosa; si esa cosa es materialmente divisible, la obligación será divisible; en caso contrario, será indivisible; por eso se reputan divisibles las obligaciones de entregar sumas de dinero ó cantidades de cosas. Cuando el Código declara divisibles las obligaciones que tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial, no se refiere, como piensan algunos, al modo como puedan cumplirse, sino á la naturaleza misma de la cosa. Para saber si una obligación es divisible según el sistema adoptado, basta averiguar si el objeto de la obligación es divisible materialmente, teniendo presente que dividir una cosa no es separarla materialmente en partes distintas, sino que cada parte dividida conserve las mismas calidades que el todo, y que no se diferencie sino en cuanto á la cantidad. En las piedras preciosas, espejos, cristales, etc., la indivisibilidad consiste en que pierden de su valor depreciándose casi en proporción geométrica, á medida que disminuye el tamaño. Una mesa puede ser dividida en dos partes, pero aunque las mitades sean semejantes, no conservan las calidades del todo; mientras un barril de vino admitirá esta división.

Cuando una cosa pertenece á muchos pro-indiviso y se dice que está dividida ideal ó intelectualmente en partes, se confunde la indivisión con la indivisibilidad, que son ideas diferentes. Goyena al art. 1071 trae la misma idea de nuestro Código al decir, la obligación es divisible ó indivisible, según que su objeto admita ó no la división.

El cumplimiento de que habla el artículo (expresión tomada de Freitas) debe entenderse, no por el modo de cumplir la prestación, sino por el objeto que admita división material; esa es la inteligencia que nace de la correlación con el art. 669. Maynz, § 277, nota 2, dice: «no se debe confundir la prestación con el objeto que debe ser prestado.»

Cuando la obligación de entregar sumas de dinero ó cantidades de

dinero ó de otras cantidades (art. 669, 1ª parte); porque la división en las sumas ó en las cosas de la misma especie no alteran la naturaleza de la cosa debida.

cosas tiene lugar entre un acreedor y un deudor, la obligación viene á ser indivisible en la ejecución, porque ni uno ni otro pueden ser obligados á recibir ó entregar parcialmente las cantidades; pero entonces la indivisión depende de la voluntad del acreedor. Cuando hubiere un solo acreedor y muchos deudores, ó muchos acreedores y un solo deudor, ó varios deudores con varios acreedores, es necesario reglar las relaciones de derecho entre unos y otros.—Véase FREITAS, nota al art. 969. Comp. art. 1387 y 2181.

La indivisibilidad de la obligación, siendo una creación de la ley, y fundándose en la naturaleza de la cosa objeto de la prestación, debe limitarse á su mandato; y la voluntad de las partes manifestada de una manera expresa no puede hacerla variar, aunque puede darle sus efectos por la solidaridad estipulada; por eso no se debe confundir la indivisibilidad con la solidaridad.—Cons. MAYNZ, § 277, nota 20. GOYENA, al art. 1071. SAVIGNY, *Obl.* § 31.—Véase nota del DR. VELEZ SARSFIELD al art. 668.

(Art. 669.) Las cosas son indivisibles, cuando no se destruya la idea del todo, y las partes queden idénticas á sí mismas y al todo, y la disminución de valor sea proporcional á la división, porque en las piedras preciosas, por ejemplo, á medida que se fraccionan pierden de valor en una proporción geómetrica. Las condiciones indicadas se encuentran reunidas en las cantidades de dinero ó de cosas, porque

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 667.*—L. 2, Tít. 1, Lib. 45, Dig.—Savigny, *Derechos de las Obligaciones*, § 31.—Maynz, *Derecho Romano*, § 276.—El código francés, en el art. 1217, define del modo siguiente las obligaciones divisibles é indivisibles: «La obligación es divisible ó indivisible, según ella tenga por objeto una cosa que en su entrega, ó un hecho que en su ejecución es ó no susceptible de división, sea natural ó intelectual». Los códigos de Europa copian á la letra esta definición; pero Marcadé observa que sólo se refiere á la ejecución de la obligación, y no al objeto de ella al contraerse. La Ley Romana es más clara y enteramente conforme con nuestro artículo: «*Stipulationum quedam in dando, quedam in faciendo consistunt. Et harum omnium quedam partis prestationem recipiunt (son divisibles), reluti cum decem dari stipulamur; quedam non recipiunt, ut in his que natura divisionem non admittunt. reluti cum riam, iter, actum stipulamur: quedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur satis stipulationi non fit* (no se satisface ó cumple la obligación si no se dan por entero ó totalmente), *reluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem aut quotibet vas.*»







b) *Cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie que*

no se determinan sino por el número, peso ó medida, que se toman como unidad convencional. Son divisibles, pues, las obligaciones de dar sumas de dinero ó de cantidades; las de cosas inciertas no fungibles, sólo lo serán cuando su número sea igual al de acreedores ó á su múltiplo; deben ser ciertas, es decir, obligaciones de género, como tal número de ovejas, de códigos civiles, etc. Si las cosas estuvieron determinadas, como los diez caballos que tengo en la caballeriza, la obligación dejaría de ser divisible, á menos que fueran de la misma clase. El número de las cosas inciertas no fungibles, debe ser igual al número de acreedores ó á su múltiplo, para que la obligación sea divisible, como en el ejemplo que trae Freitas (nota al art. 972, n° 2), cuando alguno promete indeterminadamente ocho caballos á ocho personas, á cuatro ó á dos; la obligación es divisible en el primer caso en ocho partes, en el segundo, en cuatro, en el tercero, en dos.

*Nota del Dr. Yelaz Sarsfield al art. 669.—La Ley Romana dice: «Quotiens autem genere stipulamur numero fit inter eos (herederos) divisio.» En el caso del artículo no se trata de la obligación de género que tenga por objeto una sola cosa, sino la que tenga por objeto un número de cosas que corresponda al número de acreedores ó deudores.*

Para que se comprenda exactamente la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas, nos permitimos transcribir lo que Savigny dice á éste respecto: «Si buscamos qué es lo que constituye la divisibilidad de las cosas, es preciso ante todo reconocer que, en el sentido natural de las palabras, todas las cosas son susceptibles de descomposición en partes, y por consiguiente, son divisibles. Si, pues, dividimos las cosas en divisibles é indivisibles, no es sino con respecto á las relaciones de derecho que tienen una cosa por objeto. Los inmuebles, en tanto que son partes constitutivas de la superficie de la tierra entera, no pueden ser limitados como unidades especiales sino por la voluntad del hombre; pero es de la esencia de esta voluntad ser inconstante y variable. Es imposible, pues, crear entre límites ya fijados nuevos límites más estrechos ó pequeños. Esta facultad es la que funda la divisibilidad ilimitada del suelo. Aunque las partes aisladas puedan diferir en bondad y valor, son siempre idénticas á sí mismas, y al todo original.

«Sólo el suelo sobre que reposa una construcción no es divisible, porque forma un todo independiente, un todo artificial, cuya descomposición destruiría la idea de este todo.

«No sucede así con las cosas muebles. Ellas aparecen en el espacio como unidades. Cada unidad constituye un todo independiente, ya un todo natural como los animales vivos, ya un todo artificial como las obras de arte. Estas unidades son, sin duda, siempre divisibles en sí mismas, pero bajo una relación jurídica las llamamos indivisibles y las tratamos como tales en dos casos distintos: 1°, cuando la división destruye la idea del todo, de modo que las partes no

sea igual al número de acreedores y deudores, ó á su múltiplo (art. 669, 2ª parte); como si fueran veinte carruajes que se debieran entre cinco deudores.

c) *Las obligaciones de hacer, cuando tienen por objeto la prestación de hechos, determinados solamente por un cierto número de días de trabajo, ó cuando consisten en un trabajo dado, según determinadas medidas expresadas en la obligación, como la construc-*

sean ya idénticas consigo mismas y con el todo, como en los animales vivos, en las obras de arte, etc.; 2ª, cuando la división deja subsistentes partes idénticas, pero con una disminución de valor en el todo, como en el caso de dividir piedras preciosas, espejos, cristales, etc. Nos resta aún después de esto las cosas muebles completamente divisibles que son aquellas cuya división no destruye la idea del todo, ni disminuye el valor total, como en las masas de metal bruto.

De estas consideraciones resulta que la división de cosas inmuebles ó de cosas muebles, es de una naturaleza esencialmente distinta. Para las primeras, la división se causa por un simple cambio de límites que no ejerce sobre las cosas mismas ninguna influencia aparente. Para las segundas, se efectúa por medio de una destrucción material, lo que modifica el estado aparente de la cosa.

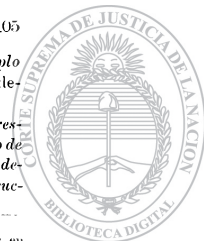
Esta diferencia entre las cosas muebles é inmuebles, aparece aún en la reunión de cosas aisladas para formar un todo nuevo. Respecto á los inmuebles, la reunión de muchos campos ó territorios se causa por el mismo procedimiento que hemos señalado para la división, á saber, por el simple establecimiento de límites nuevos. En cuanto á las cosas muebles, el todo nuevo, artificial, no consiste sino en la designación y uso común, sin ninguna transformación aparente de las cosas aisladas, contenidas en este todo, como la formación de una biblioteca, de un rebaño de ganado, etc.

Las dos especies de transformación, división y reunión, se encuentran principalmente respecto de las cantidades. La naturaleza propia de ellas consiste en que no son determinadas sino por el número, peso ó medida, porque en ellas la unidad originaria no tiene valor propio ni carácter individual.

La unidad originaria, p. e., es el grano de trigo aislado, todo indivisible, porque su división produciría partes heterogéneas; pero estas unidades reunidas en grandes masas son individualizadas haciendo la división por número, medida ó peso. En cuanto á los cuerpos líquidos, no hay unidad originaria, pero ella se crea artificialmente encerrándolos en cuerpos sólidos.

Nosotros podemos decir que con la división de las cosas en corporales é incorporales, llamando cosas incorporales á las obligaciones, y estableciendo arbitrariamente la división meramente intelectual, quedan muy pocas cosas indivisibles. En este título prescindimos de ambos antecedentes, que no han servido sino para producir la mayor confusión en esta materia.

Podemos decir también que la división material de las cosas, objeto de las obligaciones, no se permite, cuando por la alteración de sus formas se hacen menos útiles ó productivas.—LL. 2, Tit. 3, Lib. 3, F. R., 10, Tit. 15, Part. 6ª, 2, Tit. 11, Part. 6ª.



*ción de un muro, estipulada por metros (art. 670, 1ª parte); por que en uno y otro caso la división no altera la prestación.*

(Art. 670.) Se trata ahora de las obligaciones de hacer, *facienti obligationes*. En las obligaciones de hacer la más característica entre los romanos, era la de hacer una obra, opus; como una estatua, un cuadro, etc. La obligación de opus es indivisible por su naturaleza. Las leyes romanas nos suministran ejemplos que aclaran esta materia; así dice una de ellas: «cuando se ha estipulado que se haría una cosa, como, por ejemplo, que se entregaría un fundo, se haría un foso ó se construiría una casa, la obligación es indivisible, porque su división rompería la estipulación» (l. 72, tit. 1, lib. 45, Dig.), y otra: «si un testador ha encargado á su heredero la construcción de una obra pública para una corporación de la ciudad, el legado hecho á esta corporación no puede sufrir división» (l. 80, § 1. tit. 2, lib. 36, Dig.) En efecto, no se puede sostener que el heredero haya construido un teatro ó un camino público, antes de tener éstos la forma que los caracteriza como tales, y si bien es cierto que no pueden construirse en un solo acto, siendo necesario proceder parcialmente, también lo es que los trabajos para concluirlos no son susceptibles de relaciones numéricas, lo que sería necesario para hacer la obligación divisible; este principio es el consagrado por el Código al determinar que la obligación es indivisible cuando la construcción de la obra no es por medida. Pero como todo trabajo lleva en sí mismo el carácter de cantidad, se admite que la obligación sea divisible cuando es un trabajo manual, contratado por un cierto número de días, ó determinado por cierto número de medidas. El ejemplo del artículo nos da una idea exacta de la divisibilidad de una obligación de hacer, y lo mismo sucede cuando se ha estipulado por un número de días de trabajo.

Respecto de la tradición, unos autores la consideran indivisible y otros divisible. La tradición según los principios enseñados será divisible, si la cosa objeto de ella admite división natural. Un terreno ó un rebaño vendido, que ha pasado á dos herederos del vendedor, muerto antes de la tradición, son cosas divisibles y como tal, cada heredero debe hacer tradición de la cosa recibida por la partición, pero si fuera una casa ó un cuadro, la tradición se hará en un solo acto y será indivisible. Savigny, *Ob.* § 37, letra C, da una resolución diferente que está en relación con las leyes romanas, pero no con las del Código Civil.

La indivisibilidad de la obligación de construir una casa, no se altera porque el dueño de la obra pueda hacerla cesar, art. 1638, pues debe indemnizar todos los gastos, trabajos y utilidad que el constructor hubiera podido obtener. Donde la indivisibilidad puede considerarse



d) *En las obligaciones de no hacer la divisibilidad ó indivisibilidad de la obligación, se decide por el carácter natural de la prestación, en cada caso particular (art. 671).*

atacada, es cuando el contrato se resuelve por la imposibilidad de cualquiera de las partes, en que el empresario debe ser pagado de lo hecho (art. 1642); y la razón está en la equidad, pues nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, y se puede decir que el principio no pierde su fuerza, desde que no pudiendo continuar la obra, la obligación se considera cumplida íntegramente en la parte ejecutada.

Sin embargo, otras serían nuestras conclusiones si se tratase de una estatua, ó de un cuadro, ó una obra de arte, de aquellas que no se reputan tales hasta que no se han concluido en su totalidad, el constructor debería quedarse con la obra inconclusa.—Comp. SAVIGNY, *Obl.* § 37. LAROMBIÈRE, II, al art. 1217, n° 6. COLMET DE SANTERRE, V, 154 *bis* VI. AUBRY y RAU, § 301.

(Art. 671.) En las obligaciones de hacer, el Código había seguido al Dr. Freitas, que no admite la indivisibilidad sino en los casos del art. 670, pero en las de no hacer cambia de criterio para seguir á Pothier, que admite la divisibilidad, cuando lo que no se debe hacer puede hacerse por una parte y no hacerse por otra. El Dr. Freitas (nota al art. 984, n° 2), en mi opinión, está en la verdad de la teoría científica distinguiendo el servicio ofrecido del producto mismo del servicio.

Se admitió la divisibilidad de la obligación de hacer, cuando la prestación consistía en cierto número de días de trabajo ó de medidas,

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 670.*—Véase MAYUZ, § 276, y las leyes romanas citadas en las notas 11 y siguientes, SAVIGNY, § 32.—La construcción de una casa, p. e., es un hecho divisible, cuando se considera esta construcción en sí misma como un hecho susceptible de cumplirse sucesivamente y por partes. Pero en la obligación de construir una casa se mira menos el hecho transitorio de la construcción que su resultado final y permanente, la casa que construir. Una casa no existe como tal sino por la reunión de todas las partes que la forman: ella es indivisible en su forma específica; su construcción es, por lo tanto, igualmente indivisible desde que viene á ser el objeto de una obligación. Las mismas observaciones se aplican á toda empresa que tenga por objeto una forma determinada. Tal es también la obligación de entregar un terreno destinado, según la intención de las partes, para una construcción que exige la totalidad del terreno. Aunque un terreno considerado en sí mismo sea divisible, cesa de serlo cuando viene á ser el objeto de una obligación en la cual es considerado como un lugar destinado á una construcción, ó á otro uso que exija la totalidad de ese terreno.—Pothier, *Oblig.* n° 293.—Aubry y Rau, § 301, notas 8 y 9.



e) *Las obligaciones alternativas que tienen por objeto las prestaciones de naturaleza opuesta, no se considerarán como divisibles*

porque era la única excepción razonable, que no puede hacerse en las obligaciones de no hacer. ¿Por qué son indivisibles las obligaciones de hacer? Porque el objeto de la prestación es un servicio ó una obra, que no pueden considerarse como objetos corpóreos, sin confundir el servicio con el producto de ese servicio; no hay materia á que pueda aplicarse la divisibilidad, pues la obligación misma, que es el vínculo que liga á una persona con otra, no puede servir de materia. Pero ¿faltará también la materia indivisible? No, porque la abstención es el objeto de la obligación, y si no hay materia divisible, p. e., en el caso de una construcción, no por eso falta la materia indivisible ó el objeto de la obligación. ¿Por qué la obligación de hacer una estatua es indivisible? Porque la obra no concluida se reputa que no ha sido hecha. De otra manera no habría obligación que no fuera divisible, pues, cualquier trabajo destinado á producir una cosa, se concibe divisible tomando como punto de partida el comienzo de la obra, y como fin la conclusión; pero esto no puede suceder, porque las partes del trabajo que se hizo no son iguales á las que se deben hacer, tienen las mismas calidades. Las obligaciones de no hacer que Pothier, Savigny, Marcadé y otros hacen divisibles ó indivisibles, según la naturaleza de la prestación, consisten siempre en no ejecutar ó en abstenerse de un acto, y esa abstención no puede ser divisible, porque basta que el acto se ejecute, aunque sea en parte, para que se tenga por violada la convención.

A pesar de la grandísima autoridad de Pothier entre los antiguos y la de Savigny entre los modernos, y con todo el respeto que merecen estos príncipes de la jurisprudencia, nos decidimos por la opinión de Freitas, que considera indivisibles las obligaciones de no hacer, porque las abstenciones no se pueden dividir. Las leyes romanas en que apoyan sus opinión aquellos autores dicen: (l. 4, § 1, tit. 1, lib. 45, Dig.) «Caton en lib. 15, se expresa así: «cuando se ha prometido la pena de una suma determinada para el caso en que se obrara de una manera y el promitente ha muerto; si entre muchos herederos, uno de ellos hace alguna cosa contra lo convenido ¿la pena la deben todos los herederos, cada uno por su porción hereditaria, ó uno solo por su parte? Y se contesta: por todos si la obligación es indivisible (de otra manera resuelve el art. 661); pero si se ha estipulado un objeto que pueda recibir división, tal como el no proseguir una acción, entonces el heredero que ha contravenido ha incurrido sólo en la pena», trayendo el ejemplo siguiente: «Ticio y su heredero ratificarán; en esta estipulación (dice), habrá incurrido en la pena aquel





*sino después de la opción del acreedor ó del deudor, con conocimiento*

que no hubiere ratificado». Esta teoría está desechada por el Código Argentino al determinar que cuando la cláusula penal es divisible se ejecutará como tal, aunque la obligación principal fuera indivisible. El sistema adoptado por el Código para las obligaciones de hacer, consagrando el principio de la indivisibilidad, ha debido seguirse con decisión en las obligaciones de no hacer, pues se trata de abstenciones siempre indivisibles. Como lo dice el Dr. Freitas, no hay materia en estas obligaciones para aplicar la división: porque la materia es una abstención que no puede ser objeto de división, si el acto mismo se ha admitido que no puede dividirse sino en casos determinados, no vemos como pueda dividirse la abstención. Me obligo á no levantar una pared para no hacer más obscura la casa vecina; si uno de mis dos herederos la ha levantado la obligación ha sido violada y pueden restablecerse las cosas en el estado anterior á la construcción. Nuestra crítica al artículo se reduce, pues, á tratar de poner en armonía el principio consagrado para las obligaciones de hacer con las de no hacer, que en este caso obedecen á sistemas completamente diversos. Pero la ley dice claramente, que las obligaciones de no hacer son divisibles ó indivisibles, según sea la prestación en cada caso particular, y creemos que los jueces deben interpretarla así. En favor de la teoría del Código. DEMOLIN *trat. de dir. é indiv.*, parte 2, n° 203. POTHIER, *Obl.* I, 290. SAVIGNY, III, *Obl.* § 32. En contra Freitas, notas á los arts. 984, n° 2 y 3. MAYNZ, § 277, nota 14.

La verdad es que toda la cuestión se reduce á demostrar que pueda existir una abstención divisible: porque el ejemplo de la ley 4, § 1, tit. 1, lib. 45, Dig., que trae Savigny sobre la acción *non amplius agi* en que el acreedor se obliga á no demandar á su deudor, suponiendo que el acreedor muera, la estipulación se divide entre sus herederos, según dicho autor, porque cada uno de ellos no puede demandar sino su parte, no es un ejemplo apropiado, pues el deudor ha estipulado que no se le demandará, no ha querido tener pleito, y cualquiera que sea la cantidad por que lo demanden, el pleito existe.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 671.*—«Si os habeis obligado, dice Marcadé, á no cortar sino cincuenta hectáreas del bosque de vuestro campo, para que yo pueda cazar en las restantes, y cortais cien hectáreas, vuestra obligación queda violada en parte. Ella es pues divisible aunque consiste (*in non aciendo*)». (Sobre el art. 1228 del Cód. Francés). Savigny agrega: «En las obligaciones que tienen por objeto una omisión (*non aciendo obligaciones*), para juzgar de su divisibilidad ó indivisibilidad, todo depende de saber si el acto de que el deudor ha prometido abstenerse, puede en sí mismo ser igualmente cumplido por cada uno de los herederos, ó si cada uno no puede cumplirlo sino por parte. En el primer caso, la

del acreedor (art. 672): pues si la elección hubiere recaído sobre una cosa divisible, se reputa como si la otra cosa no hubiera existido.

§ 213.—DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR EN LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES

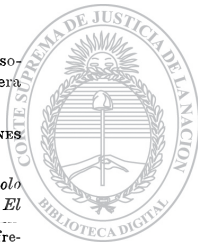
*Las obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles. El*

(Art. 672.) Como en las obligaciones alternativas las cosas ofrecidas pueden ser de naturaleza diversa, y no se caracterizan sino después de la elección, no se puede juzgar hasta que no se hayan elegido, y por consiguiente será divisible ó indivisible, según lo sea la cosa escogida. Si me obligué á entregar dos mil pesos ó un caballo de carrera, para caracterizar la obligación es necesario hacer la elección, porque son de naturaleza opuesta; pero si son todas de la misma clase, no habrá necesidad de elegir. ¿Qué sucederá cuando la obligación fuera de entregar una suma de dinero ó un caballo, y el deudor hubiera entregado la mitad de la suma admitida por el acreedor, y entregara el caballo? Nos referimos á lo dicho en las obligaciones alternativas.

Cuando la opción corresponda al acreedor, la obligación no se reputará divisible ó indivisible, sino cuando la elección se hiciere «con conocimiento del deudor», dice el artículo, pero no es de absoluta necesidad el conocimiento personal: porque si no estuviera en el lugar, ó por cualquier causa no pudiera hacersele saber, bastará que esta elección se haga judicialmente. El fijar la elección tiene importancia en las obligaciones de género, porque una vez determinadas las cosas, si llegan á perecer sin culpa del deudor, se rigen por lo dispuesto en los arts. 578 y sigs.—Véase FREITAS, art. 970 y su nota.

obligación misma es indivisible; en el segundo es divisible». «Cuando alguno estipula con su vecino, *per te non fieri, neque per heredem tuum quo minus nihil tibi agere per fundum tuum liceat*, esta obligación es indivisible, porque después de la muerte del deudor, un obstáculo efectivo puede provenir de todos los herederos ó de uno de ellos, y en el interés del acreedor es del todo indiferente saber cuál es el autor. Cuando al contrario, un deudor estipula con su acreedor, *non amplius agi* (no demandarlo en adelante) y el acreedor muere, la estipulación se divide entre sus herederos, porque no es posible á cada heredero intentar la acción originaria, sino por su parte hereditaria, y por consiguiente no puede violar la estipulación, sino por parte. L. 4, § 1, *De Verb. Oblig.*—Savigni, § 32.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 672.—Freitas pone los ejemplos siguientes: Si alguien se obliga á entregar un cierto número de botellas de vino,



*acreedor no puede ser obligado á recibir pagos parciales, ni el deudor á hacerlos (art. 673), y la prestación ó prestaciones se*

(Art. 673.) La indivisibilidad de las obligaciones está en la naturaleza misma de la prestación, y es independiente de la voluntad humana, pues la convención no puede alterarla. La indivisibilidad creada por la ley es con relación al cumplimiento de la prestación, que siendo divisible para los herederos del deudor, es como indivisible para el mismo deudor; por eso el Código dice: «que deben cumplirse como si fueran indivisibles», cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, porque la ley ha creado la indivisibilidad en cuanto á la manera de cumplirla. Así, la obligación de entregar una suma de dinero, esencialmente divisible, se considera como indivisible respecto de su cumplimiento; pero inmediatamente que pasa á los herederos del acreedor ó del deudor recobra su carácter de divisible, indicando así que no ha sido indivisible, y los contratantes pueden convenir que el cumplimiento se haga por partes. El Dr. Freitas, art. 975, expresa con más claridad la idea cuando dice: «si las obligaciones divisibles tuvieran un solo acreedor ó un solo deudor, ni aquél (salvo el caso de compensación) puede ser obligado á recibir pagos parciales, ni éste ser obligado á hacerlos. La obligación en tal caso si las partes no acordaren lo contrario, debe pagarse por entero, como si fuera una obligación indivisible». Debe notarse que las dos partes suprimidas por el Código al tomar esta disposición, la han hecho en cierto modo inexacta; porque no habiendo salvado el caso de compensación, en que el deudor puede oponerla para

de una ó de otra de dos pipas que tiene, esta obligación alternativa debe ser luego considerada como divisible, porque las dos prestaciones de la alternativa tienen por objeto la entrega de cantidades.

Si alguien se obliga á entregar un cierto número de botellas de vino, ó á hacer un determinado servicio, no será posible saber si esta obligación alternativa es divisible ó indivisible, sino después que haya elegido el acreedor ó el deudor, ó después que hayan escogido los herederos de éstos entre los dos objetos de la alternativa. La razón es que una de estas prestaciones es divisible mientras que la otra, la de prestar un servicio, es indivisible.

El Derecho Romano consideraba la obligación alternativa como indivisible, aunque las dos prestaciones comprendidas en ella fuesen divisibles. Si ella fuese divisible, se decía, el deudor en los casos que le correspondiese la elección, podría dar parte de una de las cosas comprendidas en la obligación. Pero esta razón es de ningún valor, porque es de la naturaleza de las obligaciones alternativas no estar el deudor obligado á todas las prestaciones comprendidas en la obligación, sino á una ó á otra de ellas íntegramente. Es entonces imposible que pudiese hacer el pago con parte de una de las cosas y con parte de la otra.







cumplirán íntegramente en la forma y tiempo estipulado; pero cuando hubiere varios deudores ó acreedores, se observarán las reglas siguientes:

a) *Si la obligación se contrae entre muchos acreedores y un solo deudor, ó entre muchos deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese convenido (art. 674).*

no cumplir con toda la prestación, desde que puede descontar lo pagado antes, hace inexacta la expresión, así como la enunciación de que puede convenirse lo contrario. — MOLITOR, *Oblig.* I, n° 238. FREITAS, art. 975 y su nota, l. 2, § 1 y 9, § 1, tit. 3, lib. 45, Dig. MARCADE, IV, 637 y 638.

(**Art. 674.**) En este artículo se nota una imperfección en la redacción, que queda subsanada con recordar que el título es de las obligaciones divisibles, porque dice: «si la obligación se contrae entre muchos acreedores y un solo deudor, etc., se divide entre ellos por partes iguales, debiendo decir, como Freitas, si la obligación *divisible*, etc.»

La solidaridad proviene sólo de la convención y algunas veces de la ley; así toda obligación divisible si no hubiera pacto en contrario, se dividirá entre los deudores ó acreedores por partes iguales y por consiguiente, se subdividirá entre los herederos del deudor ó del acreedor. Si nos hemos obligado entre cuatro á abonar la suma de veinte mil pesos, cada uno responderá por cinco mil, y si uno de los deudores ha fallecido dejando cinco herederos, éstos á su vez deberán mil pesos cada uno. De esta divisibilidad resultan las consecuencias siguientes: 1°, que dividiéndose la deuda en tantas partes cuantos acreedores hubiera, el deudor no puede ser obligado á pagar á cada acreedor sino la parte que le corresponda, y si pagase á uno solo no se exonera de pagar su parte á los otros, debiendo repetir lo pagado de aquél que re-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 673.*—Es consecuencia de las LL. 1, 2, 3 y 8, tit. 11, Part. 5ª.—L. 9, tit. 20, lib. 3. F. R.—L. 9, tit. 43, lib. 8, Cód. Rom.—L. 41, tit. 1, lib. 22, Dig.—Cód. Francés, art. 1220.—Cód. Napolitano, art. 1173.—Cód. Sarde, art. 1310.

Las obligaciones no se distinguen en divisibles é indivisibles sino cuando son muchos los acreedores ó los deudores. Habiendo un solo acreedor y un solo deudor, la obligación, por divisible que sea, debe siempre tener una ejecución íntegra sin ser jamás susceptible de pagos parciales. Es sólo á la muerte de un deudor ó de un acreedor que dejan muchos sucesores, cuando la obligación existente originariamente entre un solo acreedor y un deudor, puede dividirse si es sus-



b) *Si en las obligaciones divisibles hubiere muchos acreedores ó muchos deudores originarios ó por sucesión, cada uno de los acreedores sólo tendrá derecho para exigir su parte en el crédito* (art. 675, 1ª parte); porque cada acreedor lo es sólo de una

cibió el total. Si debo veinte á cuatro acreedores, ninguno de ellos me puede cobrar más de cinco; 2º, si son varios acreedores contra un solo deudor y alguno de aquéllos muriese dejando varios herederos, cada uno de éstos no podrá exigir sino su parte proporcional en la herencia ó según la adjudicación de la partición; 3º, si son varios acreedores contra un deudor y éste falleciere dejando varios herederos, cada uno de éstos responderá por la parte de su débito.

(Art. 675.) El caso puede ocurrir cuando originariamente ó por cesión ó sucesión fueren muchos acreedores ó muchos deudores en una obligación divisible, siendo indiferente la causa por la cual hayan venido á serlo. Si son varios acreedores contra varios deudores, cada uno de aquéllos no podrá exigir de cada uno de éstos, sino la parte que le corresponde en la acreencia dividida; así, una acreencia de diez y seis entre cuatro acreedores y cuatro deudores, se dividirán los diez y seis entre los cuatro acreedores, y ese resultado, que sería cuatro, se dividirá á su vez entre los cuatro deudores, de manera que cada acreedor no podría cobrar sino uno de cada deudor. Y la razón de esta decisión se encontrará en que todos y cada uno de los deudores lo son de todos y cada uno de los acreedores por su parte proporcional en la acreencia, no pudiendo exonerarse con el pago de su parte á uno solo de los acree-

ceptible de división. No sería preciso que sucediese la muerte de una de las partes para aplicar los principios de la divisibilidad, si la obligación se formase desde el principio por muchos acreedores, ó contra muchos deudores, ó si el acreedor único vendiese su crédito á muchas personas.

Téngase presente que, cuando por la muerte de una de las partes, el derecho se divide entre sus herederos, no es en partes viriles, es decir, en tantas partes cuantos sean los herederos, sino en la proporción de la parte por la cual cada uno de los herederos representa al difunto. Si, pues, el difunto deja dos herederos, el uno por dos tercios y el otro por un tercio, el primero será deudor ó acreedor por dos tercios, y el segundo por un tercio de la obligación.

Respecto á la deuda de la obligación, debemos decir que por la división de ésta no se divide en muchas deudas. Es sólo una deuda dividida en muchas partes, y que sólo es pagadera en porciones, porque lo es por muchas personas ó á muchas personas. Si después de la muerte de un acreedor que ha dejado dos herederos, uno de éstos muere dejando por sucesor al coheredero, éste, resultando ser el único acreedor de la deuda única, no tendría derecho para hacerle el pago en dos porciones, pues la deuda única había cesado de ser pagadera á muchos.

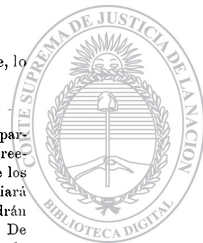
parte del crédito que estuviera señalado, y si no lo estuviese, lo será de la proporcional al número de acreedores.

dores. En el caso propuesto, la acreencia se dividirá en diez y seis partes que es el producto de la multiplicación de los deudores por los acreedores, y cada uno de los acreedores podrá perseguir á cada uno de los deudores por esa diez y seis avas parte; pero esta proporción variará en los casos de sucesión en que los deudores ó acreedores no tendrán derechos ú obligaciones sino en proporción á su parte hereditaria. De este principio se sigue, que los herederos solventes no responden por la parte de los insolventes.

De lo expuesto resulta igualmente, que si el acreedor ha recibido su parte de uno ó de todos los deudores, no está obligado á hacer participe á sus acreedores que no hubieran podido obtener su pago; que los acreedores no están obligados á esperar la partición judicial para cobrar sus créditos, y que pueden recibir ó liquidar su parte independientemente de los otros acreedores; que las convenciones hechas entre los herederos en la partición atribuyendo toda la deuda á uno ó á varios, alterando las proporciones de la parte hereditaria, no pueden ser puestas á los acreedores, á menos de haberle sido notificada y aceptada la delegación.

En el caso propuesto, los acreedores pueden deducir sus derechos contra los demás deudores por su porción viril. Si se admitiera que los deudores pudieran cambiar su estado por la partición, sin la intervención de los acreedores, resultaría, como dice Larombière al art. 717, n° 9, que los herederos solventes podrían descargarse de las deudas hereditarias atribuyéndolas á uno de ellos, que podría ser insolvente. El principio es, cada heredero ha sucedido solo é inmediatamente al difunto en la parte que le corresponde, y no solo rige para los acreedores originarios, sino para los que lo hubiesen obtenido por cesión ú otro título.

Supongamos el caso de una acreencia divisible entre dos acreedores y un solo deudor. ¿Podrá continuar siendo divisible cuando uno de los acreedores ha heredado al otro? ¿estará el deudor en su derecho pagando al acreedor único una mitad de la acreencia, y después la otra mitad? Si la deuda era divisible entre los dos acreedores ha dejado de serlo, desde que el acreedor ha venido á ser uno solo, ha vuelto á tomar, por decirlo así, su carácter primitivo de unidad; ha cesado la causa de la divisibilidad y debe cumplirse como si fuera indivisible; y esta consolidación que tiene lugar respecto de los acreedores puede ope-



c) *El deudor que hubiese pagado toda la deuda á uno solo de los acreedores, no quedará exonerado de pagar la parte de cada*

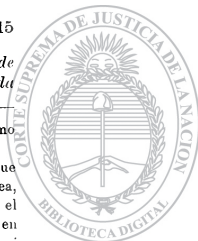
rarse del mismo modo respecto de los deudores, siendo indiferente cómo se ha realizado, ni si es total ó parcial.

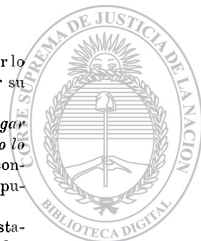
Los principios expuestos tienen su excepción en el art. 676, que examinaremos; pero debemos combatir la opinión, á mi juicio errónea, formada por decisiones de algunos tribunales, según lo afirma el Dr. Llerena, sin indicar la fecha. «El que ha pagado, dice, tendrá en tal caso acción para repetir lo pagado del acreedor que recibió, y si éste se exceptúa alegando derecho á todo el crédito, el deudor deberá dar cuenta á los acreedores para que salgan á su defensa. Así ha sido fallado en los tribunales de Córdoba y Mendoza.» El caso es de muchos acreedores y un solo deudor, en que éste paga por error toda la deuda á uno solo, demandándole en seguida por la devolución de lo que correspondía á los otros acreedores. Cuando el acreedor alegare que toda la deuda le corresponde por haberla adquirido de los demás co-acreedores, debe demostrar su afirmación, sin que el deudor deba darles cuenta para que lo defiendan; porque éstos nada tienen que ver con él, ni están obligados á defenderlo. Si el acreedor demuestra que toda la acreencia se encuentra reunida en su persona, habrá rechazado la acción y el deudor habrá pagado lo que debía. No hay derecho para hacer intervenir á persona extraña en el juicio.—Cons. sobre esta materia á POTIER, *Oblig.* n.º 318. LAROMBIÈRE al art. 1220. DURANTON, XI, 275. TOULLIER, VI, 758. FREITAS, art. 976, n.ºs 1 y 2. Cód. FRANCÉS, art. 1220.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 675.*—Véase L. 10, tít. 1, lib. 10, Nov. Rec., y L. 5, tít. 6, Part. 6.ª.—Savigny, § 33.

El Cód. Francés, después de establecer en el art. 1220, casi igual al nuestro, que los herederos del deudor sólo están obligados á pagar la parte de la deuda que corresponda á su parte hereditaria, crea en el art. 1221 cinco excepciones al principio, las que nosotros reducimos á dos: «El principio establecido, dice, en el artículo precedente, tiene respecto de los herederos del deudor las excepciones siguientes:

- 1.º En el caso en que la deuda es hipotecaria;
- 2.º Cuando ella es de un cuerpo cierto;
- 3.º Cuando se trata de una deuda alternativa de cosas, que quedan á elección del acreedor, de las cuales una es indivisible;
- 4.º Cuando uno de los herederos del deudor está él sólo encargado, por el título, de la ejecución de la obligación;
- 5.º Cuando resulta, sea de la naturaleza de la obligación, sea de la cosa que hace el objeto de ella, sea del fin que se hubiesen propuesto en el contrato, que





acreedor (**art. 675**, 2ª parte), teniendo derecho para repetir lo pagado del que recibió, pues cada acreedor lo es sólo por su porción.

e) *Cada uno de los deudores solo podrá estar obligado á pagar la parte que le corresponda en el crédito, y podrá repetir todo lo demás que hubiere pagado* (**art. 675**, 3ª parte), á menos de convención en contrario, ó de haberle concedido subrogación, pudiendo sólo entonces cobrar la parte de sus co-deudores.

f) Si fueren varios acreedores y varios deudores, la prestación se dividirá en tantas partes iguales cuanto sean los deudores, y cada uno de ellos responderá á cada uno de los acreedores subdividiéndola por el número de estos. Así, una deuda de 16 entre cuatro deudores y cuatro acreedores, cada deudor deberá uno á cada acreedor.

*Exceptuase de la última parte del artículo anterior:*

a) *El caso en que uno de los deudores ó uno de los coherederos tuviere á su cargo el pago de toda la deuda, ya en virtud del título de la obligación ó por haberse así determinado en la división de la herencia, en cuyo caso el deudor podrá ser demandado por el todo de la obligación, salvo sus derechos respecto á los otros co-deudores ó co-herederos* (**art. 676**).

---

(**Art. 676**.) En la nota al art. 675 el Dr. Velez Sarsfield critica (siguiendo á Marcadé y Freitas) el sistema adoptado por el Código Francés, art. 1221, que exceptúa del principio general los casos de deuda hipotecaria; de deuda de cuerpo cierto; de deuda alternativa cuando la elección recayera sobre cosas indivisibles; de deudas en que uno de los deudores estuviere encargado de pagarlas por el título, ó cuando resultare de la naturaleza de la obligación que la deuda no

---

la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pudiese pagarse parcialmente.»

La circunstancia de que uno de los herederos esté en posesión del inmueble hipotecado á la deuda, no cambia en nada el principio de que la obligación se divide entre los herederos del deudor. La hipoteca ó la prenda son accesorios de la obligación, y por lo tanto, no pueden alterar la naturaleza de la obligación principal, que tenía por objeto la entrega de cosas divisibles. La hipoteca no confiere al acreedor ningún poder sobre la cosa hipotecada, sino para el efecto de asegurar el cumplimiento de la obligación. La cosa hipotecada no ha de ser entregada al acreedor, porque no es el objeto de la prestación constitutiva de la

b) Cuando el deudor hubiera impuesto á sus herederos la solidaridad en su testamento, ó si la solidaridad se hubiera decretado por decisión judicial.

puede pagarse por partes. El redujo en su proyecto convertido en ley, á dos excepciones, cuándo se deba un cuerpo cierto, ó cuándo uno de los deudores ó de sus coherederos tuviese á su cargo el pago entero de la deuda según el título, ó por la partición. Vino la reforma ó la fe de erratas del Código Civil, y el Congreso sustituyó el artículo con el redactado por el Dr. Freitas, art. 977, nº 3, reformándolo á su vez y suprimiendo una parte importante.

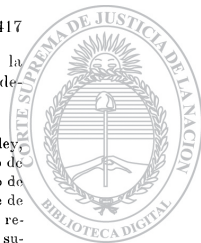
El Dr. Freitas exceptúa de la regla general, los casos en que la deuda estuviera garantida con hipoteca, prenda ó anticresis con la cosa perteneciente á un solo deudor, y el Dr. Velez Sarsfield lo suprimió, con razón, á nuestro juicio, porque la hipoteca como obligación accesoria no puede cambiar la naturaleza de la prestación; el heredero ó poseedor de la cosa hipotecada está en la condición de cualquier poseedor que responde con la cosa; pero comprendió el caso en que se debiera un cuerpo cierto, que la fe de erratas suprimió, incorporándolo como obligación indivisible y convirtiendo la excepción en regla general. La hipoteca y la prenda quedan en la categoría en que debían estar, según el art. 682.

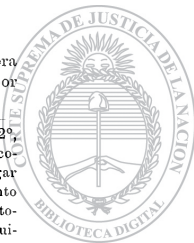
Las excepciones admitidas por este artículo son dos: 1º, cuando por

obligación principal: debe ser vendida para el pago, si el deudor no lo ejecuta. El heredero del deudor, poseedor de la cosa hipotecada, no puede ser perseguido por el pago como heredero y deudor personal. Si lo es, es por razón de otro principio que no tiene que ver con la división de las obligaciones. El acreedor hipotecario puede perseguir el inmueble hipotecado y á los poseedores del inmueble, aunque estos poseedores no sean herederos del deudor, ó sean completamente extraños á la deuda.

Si, pues, el heredero poseedor puede ser perseguido por el todo, no es por una excepción al principio de la división de la deuda entre él y sus coherederos, sino como tenedor de la cosa hipotecada, como lo sería cualquier extraño á la sucesión, á quien pasase la posesión del inmueble hipotecado. El principio, pues, al cual el Cód. Francés pretende poner una excepción, queda completamente intacto.—Véase Aubry y Rau, § 301, nota 26.

Otra excepción pone el artículo citado, y es en el caso de una deuda alternativa de cosas, de las cuales la una es indivisible, y su elección pertenece al acreedor. Pero es claro que si el pago por parte viene á ser entonces imposible, es porque la cosa elegida es indivisible, y la deuda viene á ser por supuesto también indivisible. Si la deuda es indivisible, no es entonces el caso de que habla el Cód. Francés, una excepción al principio del pago por partes en las deudas divisibles.—Véase Marcadé sobre el art. 1221.





c) Cuando el deudor por el título ó por la división debiera pagar el todo, el acreedor puede accionar contra los demás por la porción hereditaria, si no ha aceptado la delegación.

el título originario uno solo de los deudores debiera cumplirla; 2º cuando por la división de la herencia, fuera á cargo de uno de los co-herederos el cumplirla en su totalidad. El primer caso puede tener lugar por convenio entre los interesados mismos, ó porque en el testamento se imponga á uno de los herederos la obligación de cumplirla en su totalidad; pero en el segundo, el derecho del acreedor no altera el adquirido originariamente para reclamar la parte de cada uno de los co-deudores, ó de los herederos del deudor. La ley crea en el segundo caso en su beneficio una excepción á la divisibilidad; pero si él no quisiera aceptarlo, por cualquiera causa, ¿podría demandar á los demás por su porción? En estricta justicia así debe suceder; pues el deudor no puede por su voluntad desobligarse, ni indicar á otro para que cumpla con la obligación contraída; la delegación debe ser aceptada por el acreedor, para que surta el efecto de libertar al primitivo deudor, porque éste por su testamento no puede delegar en uno solo de sus herederos el pago de su deuda, perjudicando al acreedor.

Mi opinión es que, sólo cuando por el título originario correspondiera á uno de los co-herederos el abonarla en su totalidad, se libertarán los demás. El artículo dice, se exceptúan los dos casos indicados; pero concluye acordando al acreedor el derecho de demandar á un solo deudor ó coheredero, salvando á éste los derechos para repetir contra su co-deudores ó co-herederos. Supongamos que he tomado en préstamo dos mil pesos con la expresa condición que en caso de fallecimiento pagará la deuda mi hijo A., en ese caso por el título consta que uno de mis herederos la abonará, y puede ser compelido judicialmente, salvo el derecho de éste para dividir la deuda pagada con los demás co-herederos; aquí por la convención, la deuda no se divide para el acreedor y puede cobrarla del heredero indicado; pero cuando en mi testamento indico que pague toda la deuda mi heredero B., sólo cuando el acreedor acepte la delegación puede exigir el pago total; lo mismo sucederá cuando en la división se ha impuesto á mi hijo J. el pago de toda la deuda, él deberá abonarla y podrá ser compelido; pero si el acreedor no acepta puede requerir el pago de cada uno de los herederos. El art. 3497 es terminante en favor de esta doctrina.

¿Qué sucederá cuando se hubiera convenido que la deuda no se dividiera? No es uno de los casos del artículo, y la estipulación no puede hacer que la obligación divisible no lo sea para los herederos.



En las obligaciones divisibles como cada deudor responde únicamente por su cuota, y la acreencia se divide en tantas partes cuantos son los deudores, siendo independientes una de otras, *si uno ó varios de los co-deudores fueren insolventes, los otros co-deudores no están obligados á satisfacer la parte de la deuda que á aquellos correspondía (art. 677), y la suspensión*

Debemos concluir, pues, que la sola voluntad de las partes, como lo dijimos en el art. 673, no puede crear la indivisibilidad, aunque puede darle uno de sus efectos imponiendo la solidaridad.—Cons. DEMOULIN, Part. 2ª, n° 30 y sig. POTHIER, *Oblig.*, n° 308, LAROMBIÈRE al art. 1221 n° 21 y sig. DURANTON, XI, 292.

Como el deudor puede imponer en su testamento á uno solo de los herederos el cumplimiento total de la deuda divisible, así también puede declararla solidaria, y el acreedor tendrá el derecho para demandarla en su totalidad.

Cuando uno de los deudores ó uno de los co-herederos tuviese á su cargo el pago de toda la deuda en virtud del título, se debe distinguir: 1º, cuándo fué encargado de la ejecución total; 2º, cuándo tomó sobre sí la obligación; en el primer caso el pago ó cumplimiento le da derecho contra sus co-herederos por todo lo que exceda de su porción hereditaria; en el segundo, siendo suya la obligación, no ha hecho sino cumplirla, pagando una deuda propia, lo que resultaría si en la partición le hubiera sido adjudicada, atribuyéndole los bienes con que debiera hacerlo.—LAROMBIÈRE al art. 1221, n° 22. FREITAS, art. 977, n° 3 y 1956, n° 2. Véase arts. 693 y 3497.

(Art. 677.) El principio general en las deudas divisibles, es que cada heredero del deudor está obligado sólo por la parte proporcional que tenga en la sucesión; por consiguiente, si uno ó varios de los co-deudores fueran insolventes, los otros no están obligados á satisfacer la parte de éstos; este principio tiene su fundamento en la ley 2, tit. 16, lib. 4, Cód. Rom. y ha sido objeto de controversia; se ha dicho que las deudas eran una carga de la sucesión y debían ser pagadas en su totalidad sobre los bienes hereditarios que posean uno ó cualquiera de los herederos, y que el acreedor no podía ser perjudicado con la insolvencia de uno de ellos, cuando los demás conservan bienes de esa sucesión. Bajo nuestra actual legislación no es posible sostener tal teoría, porque el acreedor, como los herederos, pueden promover el juicio testamentario, intervenir en él, embargar los bienes suficientes para el pago y seguridad del crédito; no pueden recibir perjuicios sino por su

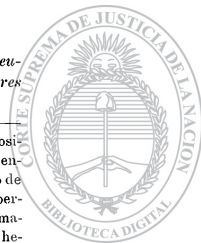


(ó interrupción) *de la prescripción respecto á alguno de los deudores, no perjudica ni aprovecha á los otros acreedores ó deudores (art. 678).*

propia negligencia, y cuando se hubiese encontrado ausente ó imposibilitado de cobrar la acreencia, debe tomar las cosas tales como se encuentran en el momento de ejercitar sus derechos; si hubiere alguno de los herederos del deudor insolvente, el acreedor debe soportar el perjuicio. Pero este principio tiene sus excepciones, una de ellas es tomada de Pothier, Oblig. 311; cuando por dolo ó hecho de uno de los herederos el acreedor no ha podido hacerse pagar de los otros, como si se hubiere hecho pasar como único heredero, en este caso debe pagar la totalidad de la deuda, si los demás fueran insolventes, ó soportar la insolvencia de ellos. Otro caso traído por Dumoulin (Parte 3ª, n° 93), es cuando el deudor dejara dos herederos uno de los cuales hubiera recibido á cuenta de su legítima, durante su vida, la parte que le correspondía, habiéndose quedado insolvente, el segundo heredero debe soportar la insolvencia, porque los acreedores no han podido impedir á su deudor hacer esas entregas á cuenta de su legítima, y cuando á su muerte vienen á ser efectivos sus créditos, les responden los bienes existentes, y no los dados anteriormente. No sería justo que el segundo heredero recogiera la herencia abonando sólo su parte proporcional; porque los bienes existentes son los que responden por todas las cargas de su sucesión.—DURANTON, VII, 444. CHABOT, al art. 873, n° 6. TOULLIER, II, 352, y IV, 759. AUBRY y RAU, § 301.

Si la obligación divisible estuviera garantida con una cláusula penal indivisible, y el acreedor exigiere la pena, puede hacerlo de cualquiera de los herederos sin que esto importe destruir la regla general.—Véase FREITAS, art. 981, n° 4.

(Art. 678.) Una de las consecuencias más importantes de la divisibilidad de las obligaciones, es la referente á la suspensión de la prescripción, pues suspendida para uno de los co-deudores no aprovecha á los otros. Si el acreedor de una obligación divisible fallece dejando dos herederos uno menor y otro mayor, la prescripción que corra contra el mayor está suspendida para el menor, y el deudor puede alegar prescripción de la deuda contra el mayor; así, suspendida para uno, no aprovecha al otro. Y Freitas, art. 981, n° 5, reduce la diferencia sólo al provecho que uno de los co-deudores ó co-herederos puede obtener con la suspensión, sin el agregado que trae nuestro artículo, respecto al perjuicio, que sólo puede tener lugar en el caso de interrupción;



## CAPÍTULO II

## § 214.—DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

No se debe confundir la indivisibilidad con la solidaridad, aunque produzcan el mismo efecto. La primera viene de la naturaleza y no de la voluntad de las partes, y la segunda es una creación propia de las partes ó de la ley. Este principio no contradice al enseñado, de que la indivisibilidad podía provenir del título constitutivo de la obligación, pues entonces se hablaba, no de la indivisibilidad de la cosa, sino de la prestación misma, que no puede hacerse por partes.

Una prestación de cosas divisibles entre el acreedor y un deudor se ejecuta como si fuera indivisible, porque no se puede cumplir por partes, á menos de aceptarlo el acreedor; pero si la cosa es indivisible, aunque el acreedor quiera no puede pagarla por partes; como sería la obligación de entregar un caballo, que necesariamente debe cumplirse indivisiblemente sean uno ó varios los deudores.

*La solidaridad en una obligación confiere al acreedor el derecho de pedir su cumplimiento á cualquiera de los deudores, pero aun estipulada no da á la obligación el carácter de indivisible (art. 668, 1ª parte); porque el acreedor puede dividir la acreencia y pedir su porción á cada deudor: ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria (art. 668, 2ª parte), aunque esto mismo traen Aubry y Rau, § 301, n° 3, letra C. El art. 696 expresa con más exactitud la idea cuando dice: suspendida la prescripción respecto de los unos, no puede serles opuesta á los otros, es decir, no puede ser alegada sino por aquel en cuyo beneficio se introdujo. —Comp. FREITAS, art. 981, n° 5. AUBRY y RAU, § 301, n° 3, C, nota 44.*

(**Art. 668.**) Este artículo distingue la solidaridad de la indivisibilidad; la una nace de la voluntad ó de la ley, la otra de la naturaleza de la prestación.

Los autores han criticado la expresión solidaria, de que siempre se sirven los códigos para designar la obligación conocida entre los romanos por correal, y la crítica científica ha reconocido que la expresión no tiene su origen en la naturaleza de la institución, sino en los efectos





produzca sus efectos con relación al poseedor de la cosa indivi-

producidos por la obligación, y muchos juriscultosos alemanes proponen la palabra «in solidum» más general, que comprendería la obligación solidaria correal, la solidaria sin correalidad y la indivisible. La diferencia entre la indivisibilidad y la solidaridad la encontraremos en las disposiciones positivas de nuestra ley civil.

La solidaridad viene de la ley ó de la convención, la indivisibilidad de la naturaleza de la cosa que, haciendo imposible una prestación parcial, obliga á cumplirla en su totalidad. En la obligación solidaria hay tantas obligaciones como acreedores ó deudores, y de esto resulta que cualquiera de los acreedores puede remitir la deuda á cualquiera de los deudores, art. 707, mientras la deuda indivisible es una y como pertenece á varios, necesita del consentimiento de todos, art. 687; de donde se deducen estas importantes consecuencias: 1º, en la obligación solidaria los acreedores determinan su interés según sus relaciones, pudiendo ser el objeto pagado de uno solo de ellos. Si me obligo solidariamente con otro á pagar diez mil pesos al Banco Nacional, garantiéndolo, si él pagase el total recibido, no puede repetir contra mí, mientras que si yo fuera obligado al pago, tendría derecho para cobrarle el todo. En la obligación indivisible no sucede esto; porque los deudores como los acreedores tienen una comunidad de interés; 2º, como la indivisibilidad de la obligación está en la naturaleza de la cosa que no puede ser prestada sino en su totalidad, si la obligación pasare á varios herederos del deudor ó del acreedor, en nada se altera y cualquiera de los acreedores originarios ó sus sucesores pueden exigir la totalidad de la prestación, de cualquiera de los deudores ó de los herederos, art. 686; en la obligación solidaria, cada uno de los acreedores es dueño aparente por la convención de la totalidad de la acreencia, ó cada uno de los deudores está obligado por el todo, de modo que ella no pasa á los herederos, quienes no deberán ó no tendrán en el crédito sino la cuota que les corresponda. art. 712, Marcadé, al art. 1224; 3º, si una prestación indivisible es asegurada con una pena divisible, art. 661, y se ejecutara la pena, la indivisibilidad desaparecería, mientras en el mismo caso si la obligación solidaria cambiase de objeto, con el consentimiento de los demás, la solidaridad existiría siempre; 4º, la suspensión de la prescripción aprovecha á los acreedores indivisibles, porque siendo una sola la deuda no puede suspenderse por partes, art. 3982. y su nota; no aprovecha á los deudores ó acreedores solidarios, porque cada uno de ellos tiene la calidad de deudor ó acreedor en su totalidad, y puede no correr contra unos y correr para los



sible ó á los deudores que deben entregar el todo de la prestación.

demás, arts. 3966 á 3983; sin embargo, interrumpida la prescripción por uno de los acreedores solidarios, aprovecha á los otros art. 3994; sucede lo mismo cuando la deuda es indivisible, art. 3996; pero varía si son los herederos del acreedor solidario, pues la interrupción hecha por uno de ellos, sólo le aprovecha por la parte que le corresponda, art. 3995, mientras en la obligación indivisible sucede lo contrario; 5º, la transacción hecha por uno de los interesados en una obligación indivisible, no aprovecha ni perjudica á los demás, art. 851, mientras en la obligación solidaria, siendo cada acreedor dueño, por decirlo así, de la acreencia, ha podido transar por su crédito; pero como no está autorizado sino para hacer novación, compensación, confusión ó remisión extinguiendo la obligación, art. 707, no ha podido perjudicar á sus demás co-deudores ó co-acreedores; sin embargo, podrán aceptar la transacción, art. 853; 6º, en las obligaciones alternativas, la indivisibilidad es solamente relativa y puede dejar de serlo cuando la cosa que debe entregarse sea divisible, mientras en las solidarias no se alteraría.—MAYNZ, § 227, nota G.—CONS. AUBRY y RAU, § 301, notas 13 y 14. FREITAS, art. 988. DEMOLOBME, XXVI, 599 y sigs.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 668.*—Las obligaciones indivisibles, como las obligaciones solidarias, son en verdad exigibles en su totalidad de parte de cada uno de los acreedores contra cada uno de los deudores; pero este efecto común á estas dos especies de obligaciones procede en la obligación solidaria del título mismo que la constituye como tal, mientras que en la obligación indivisible, ese efecto no es sino el resultado de la imposibilidad de cumplir parcialmente la prestación que es el objeto. En una obligación indivisible cada uno de los deudores no debería pagar, y cada uno de los acreedores no podría reclamar sino su parte, si la prestación fuese susceptible de cumplimiento parcial, mientras que en la obligación solidaria cada deudor debe pagar y cada acreedor puede exigir el cumplimiento total, aunque sea posible ó fácil hacer pagos parciales.—Aubry y Rau, § 391. (301).

Marcadé dice: «Si en la obligación indivisible cada uno de los deudores, sean deudores primitivos, sean representantes de un deudor único, debe la cosa entera, no es como la obligación solidaria por una cualidad inherente á la persona, que sería verdaderamente acreedora ó deudora, sino solamente por la calidad de la cosa, la cual no es susceptible de partes. De este principio se derivan consecuencias importantes: 1º, aun cuando se reconozca á uno de los acreedores solidarios el derecho de librar plenamente al deudor haciéndole remisión de la deuda (Pothier, nº 263), no se admite este derecho para uno de los acreedores de la cosa indivisible (Pothier, nº 327), porque él no es personalmente dueño del crédito, pues si es autorizado á recibirlo por entero, es únicamente á causa de la



Según estos principios, se considerarán indivisibles:

a) *Las obligaciones de dar un cuerpo cierto (art. 679), y debe*

(Art. 679.) El Código, siguiendo la doctrina establecida por Freitas en la nota al art. 984, n° 1, ha señalado como indivisible la obligación de entregar un cuerpo cierto, aceptando en esta parte lo dispuesto en el art. 1221, inc. 2 del Cód. Francés. Cuerpo cierto en el sentido de nuestro artículo, es una cosa determinada en su individualidad, que forma un solo cuerpo indivisible, como tal caballo, el carruaje de A, etc. No sería cuerpo cierto el determinado sólo por su especie y cantidad, como diez caballos, cincuenta hectáreas de terreno. Algunos confunden cosa cierta con cuerpo cierto.

Polhier (Oblig. n° 391 y sig.), divide en dos categorías la excepción de la indivisibilidad de las deudas: 1°, cuando el acreedor puede demandar toda la deuda á uno solo de los herederos, en cuya categoría se comprende la deuda de un cuerpo cierto, como si por la partición le hubiera correspondido á uno de los herederos, que es el caso de nuestro artículo; 2°, cuando el acreedor pueda demandar á todos los herederos indistintamente por el total, como en el caso de la obligación alternativa, cuando se elige una cosa indivisible.

El Código declara indivisible la obligación de entregar un cuerpo cierto, sin limitarla al caso de los herederos que la hubieran obligado por la partición. Habiéndose tomado por base la indivisibilidad material, como se enseñó en el art. 667, la entrega de un cuerpo cierto será indivisible, cuando lo sea materialmente, como una casa ó un caballo; pero la regla no es absoluta, porque si fuera la obligación de entregar la estancia tal de diez mil hectáreas, fallecido el deudor dejando cuatro herederos entre los que se han dividido la estancia, la obligación sería divisible debiendo demandar de cada heredero la parte que poseyera.

Cuando se trata de un deudor y de un acreedor, hemos dicho que

naturaleza de la cosa debida; 2°, el uno de los acreedores no es dueño de extinguir el crédito transformándolo en otra clase de crédito, ni de librar al deudor recibiendo el precio del objeto debido en lugar del objeto mismo; 3°, y recíprocamente, como el deudor respecto de muchos acreedores no debe todo á cada uno de ellos, sino por la imposibilidad de dividir la cosa en muchas partes y no personalmente, se sigue que la remisión hecha por uno de los acreedores, ó la recepción consentida por él del precio de la cosa, tendrían el efecto de disminuir la deuda. (Sobre el art. 1221, exp. 1, *De las obligaciones divisibles*).

*Faltas de la S. C. N.—Aplicación del art. 668.—La solidaridad no se presume y no tiene lugar en la posesión.—XXXII, 2°6.*



cumplirla como tal, el poseedor de la cosa objeto de la obligación.

la obligación divisible se cumple como si fuera indivisible (art. 673); pero supongamos el caso de dos deudores que se obligaron á entregar cuatro caballos. ¿El acreedor puede demandar á cualquiera de ellos la totalidad de la obligación? No, porque sería el caso del art. 669, en que la obligación es de dar cantidades divisibles como las de entregar cosas inciertas no fungibles, siempre que el número de ellas de la misma especie, sea igual al número de acreedores ó deudores, ó á su múltiplo; pero esa misma obligación sería indivisible, si los caballos se determinaran especialmente, como si dijéramos los oscuros que tengo en la caballeriza. La indivisibilidad en el modo de cumplir la prestación, me autoriza á no recibir de uno una parte libertándolo de la obligación, pues ambos deben entregarme el cuerpo cierto ofrecido. Esto mismo lo reconoce el Dr. Freitas, cuando admite que son indivisibles *solutione*.

¿Qué sucedería si uno de los herederos poseyese la cosa debida, por un título que le fuese personal, y no como heredero? No podría ser demandado por el todo, sino por la parte que como heredero tenía en la sucesión, porque los herederos no están obligados á la entrega del cuerpo cierto, sino en las mismas condiciones de su causante, y no pudiendo entregarlo por estar fuera de su poder, pagarían la indemnización correspondiente. El cuerpo cierto no está entre los bienes de la sucesión, y la obligación se resuelve con daños y perjuicios divisibles siempre entre los herederos.

Toda obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible, en el sentido de que estando la cosa en poder del deudor ó de sus herederos, el que la posea puede ser demandado por la entrega. No se debe confundir la acción reivindicatoria que no tiene lugar en la hipótesis, pues se trata de una obligación personal de dar una cosa sobre la cual no se ha adquirido dominio. El artículo se aplica no sólo á herederos (como en la legislación francesa), que posean el cuerpo cierto ofrecido, sino á cualquiera de los deudores que lo tuviera y que podría ser demandado. POTHIER, *Obl.* I, 302. LAROMBIÈRE, al art. 1121, n° 7 y sig. FREITAS, nota al art. 984. DURANTON, XI, 283 y sigs. DEMOLOMBE, XXVI, 557 y sig., l. 2, § 3, tit. 6, lib. 13, l. 1, § 36, tit. 3, lib. 16 y l. 72, tit. 1, lib. 45. Dig.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 679.*—Freitas pone una larga nota al n° 984 de su proyecto, sosteniendo la doctrina de que la obligación de entregar

b) Las de hacer, *cuando la construcción de una obra no es por medida* (art. 670, 2ª parte).

c) *Las obligaciones de hacer, con excepción de las comprendidas en el art. 670* (art. 680).

(Art. 680.) Las obligaciones de hacer las toma el Código en el sentido de ejecución de un hecho personal, que importa un servicio ó un trabajo; no comprende el hecho en sí mismo, que abrazaría igualmente las obligaciones de dar.

Las obligaciones de hacer son indivisibles en el sentido del servicio que no se puede prestar por partes, sino en determinados casos. La obligación de hacer un cuadro, una estatua, una obra literaria, etc., son indivisibles, como lo era entre los romanos el *opus*. Savigny, Obl. § 32, citado por el Dr. Velez Sarsfield, comprende el *opus* que abraza ciertas obligaciones de hacer como indivisible, pero está lejos de sostener que todas las obligaciones de hacer sean indivisibles; referirse al hecho en sí mismo, al *simple hecho*, como dice el Dr. Velez Sarsfield, es comprender en su generalidad las obligaciones de dar, que consisten en un hecho, porque el dar ó entregar son un hecho, y sería indivisible; esa no es la inteligencia que debe darse al artículo. El Código ha resuelto la cuestión sobre si hay ó no obligaciones de hacer que sean divisibles, y los ejemplos citados por Pothier y Marcadé, quedan re-

cueros ciertos, sea cual fuere el objeto con que se hiciere, es indivisible, contra lo que disponen algunas leyes romanas y los comentadores del Cód. de Napoleón. Hace ver que toda la confusión que hay en la materia ha nacido de la definición que da el art. 1217 del Cód. Francés de la obligación divisible. El artículo dice: que obligación divisible es la que tiene por objeto una cosa, que en su entrega es susceptible de división, así *material como intelectual*. Con base tan amplia, ningún objeto corpóreo puede escapar de la posibilidad de la división. Entretanto, la naturaleza real de las cosas que no consisten en cantidades, repugna á esa divisibilidad abstracta, pues es imposible la entrega de esas cosas por partes. Las obligaciones se distinguen en divisibles é indivisibles bajo el punto de vista del objeto de su prestación, y no es posible dividir las bajo otro aspecto. Si la cosa en una obligación de dar, fuese materialmente divisible, la obligación también sería divisible. En el caso contrario, la obligación es indivisible. Trátase de la divisibilidad material, absoluta, y no de la que depende de circunstancias independientes de la cosa; y así, vienen á ser divisibles solamente las obligaciones cuya prestación consiste en la entrega de cantidades, é indivisibles las obligaciones de entregar cosas ciertas no fungibles.

Nosotros, fundados en el art. 1221 del mismo Cód. Francés y en varias leyes romanas.—L. 72, Dig. *De Verb. Oblig.*—L. 1, § 36, Dig. *Depositum vel contra* y L. 3, § 3, Dig. *Commodum vel contra*, aceptamos plenamente los principios de Freitas.

(Art. 670.) Véase pág. 406.



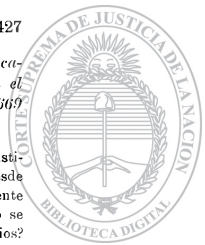
d) *La de entregar una rosa, cuando la tradición tenga el carácter de un mero hecho que no fuese de los designados en el art. 670, ó fuese una dación no comprendida en el art. 669 (art. 681).*

chazados, y vamos á citar uno solamente, para hacer ver la poca justicia de una decisión tan absoluta. Me he obligado á transportar desde nuestra estancia á Chivilcoy mil fanegas de maíz; transporte solamente la mitad, como la obligación es indivisible, se considera como si no se hubiera cumplido. ¿Perderé mi trabajo y pagaré los daños y perjuicios? No parece justo, ni creemos que juez alguno pueda llegar en la aplicación severa y estricta de los principios consagrados á semejante decisión. Lo natural es que la obligación se considere divisible y que el porteador pague los daños y perjuicios causados por haber cumplido en parte la obligación, y cobre á su vez el trabajo realizado en la proporción de la mitad en este caso. El caso citado por Pothier, cuando me he obligado con Pedro, á no inquietar al poseedor de una heredad que aquél ha garantido, si hay turbación de la posesión, sea pequeña ó grande, sea que reclame una parte ó el todo, se ha faltado á la obligación que debe considerarse en este sentido indivisible. Creo que á pesar de la inflexibilidad del principio consagrado por el artículo, se deben reconocer como divisibles ciertas obligaciones de hacer, en que por la naturaleza del servicio pueda ser apreciado en dinero por la parte que se hubiera prestado.

El artículo se aplica á la tradición como hecho, y se puede generalizar. Véase lo dicho en com. al art. 670, Cons. POTHIER, *Obl.* I, n° 290. MOLITOR, *Obl.* I, n° 351. MARCÁDE, IV, 635. FREITAS, art. 984, n° 2, l. 80, § 1, tit. 2, lib. 35, l. 85, § 2, tit. 1, lib. 45, Dig. SAVIGNY, *Obl.* I, § 32, n° 2.

(Art. 681.) Este artículo hace sentir la dificultad de haber dividido las obligaciones de dar, hacer ó no hacer, cuando en la vida real

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 680.—Savigny, § 32, n° 2.—L. 8, § 2, Dig. De Verb. Oblig.—L. 80, § 1, ad Leg. Falc.—Pothier, Oblig. en el n° 289, sostiene que las obligaciones de hacer ó de no hacer pueden ser, ya divisibles ó ya indivisibles, según fuese el hecho objeto de la obligación. Marcadé lo sigue; pero de los ejemplos que pone sólo se deduce que aquellos hechos que bajo un solo nombre envuelven muchos hechos, pueden dividirse y hacer resultar divisible la obligación; pero hablamos del simple hecho, y decimos que éste es indivisible, como sería la obligación del país, ó de hacer una construcción, el opus de los Romanos. La L. 80, § 1, que hemos citado, declara: neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fuisse intelligitur, qui ei propriam formam, que ex consumatione contingit non dederit.*







e) Las de dar cosas ciertas no fungibles, que no fueran susceptibles de división entre los deudores ó acreedores.

el hombre sólo se manifiesta por una acción ó una abstención. En el derecho romano esencialmente formulista y sacramental, se comprendían tales diferencias, pero no entre nosotros, donde la entrega de una cosa equivale á un hecho personal cualquiera; así es que la tradición será divisible ó indivisible según sea el hecho necesario para realizarla. Es indivisible, cuando la obligación de dar ó hacer fuera de las clasificadas como indivisible, y si es de dar cantidades de cosas, sumas de dinero, etc., será divisible. En unas y otras obligaciones el hecho es el mismo, y como tal debía ser indivisible, porque la acción en sí no puede dividirse, pero no se debe tomar en el sentido de una mera acción sino en el de la obligación que la hace ejecutar. Así, la tradición ó entrega de una suma de dinero, es divisible porque lo es la obligación, y la tradición de un caballo ó de un carruaje es indivisible, porque la entrega no es susceptible de división. La tradición como hecho no tiene atinencia con la transmisión de la propiedad, posesión ó mera tenencia de la cosa, pues cualquiera que sea el objeto de la tradición, será divisible ó indivisible, según lo sea la obligación. Estamos conformes con el Dr. Segovia de que la disposición del artículo corresponde más á la doctrina que á la legislación, pero no somos de su opinión, cuando cree que el artículo carece de razón de ser, pues el Código es esencialmente científico, y mientras no haya un Código de doctrina ó un título que le dé fuerza de ley, conviene que ésta circule por su organismo completándolo. Todas las definiciones de que no se puede prescindir corresponden á la doctrina.

El Dr. Llerena opina que el artículo se aplica al caso de entrega de la cosa prestada, con lo que no estamos conformes. ¿Por qué limitar la tradición á la devolución de la cosa, cuando el Código habla en general de tradición? El que ha vendido una propiedad raíz tiene obligación de hacer la tradición, y ese acto es indivisible.

Savigny (32 Oblig.), sostiene, con muy buenas razones, que en derecho romano la tradición era esencialmente divisible, y muchas de sus consideraciones pueden aplicarse á nuestro derecho. Cuando se ha vendido un terreno y el vendedor falleciere dejando dos herederos, ¿cómo debe hacerse la tradición? Cada heredero debe hacerla por la parte que tiene en la herencia, y el comprador no puede exigir un acto indivisible, l. 1. 4, § 1, tit. 1, lib. 19 y 4, tit. 1, lib. 22, Dig. SAVIGNY, § 30 y § 31, Obl.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 681.*—Véase L. 5, Tit. 2, Part. 5<sup>a</sup>.—Savigny, en el § 32, discute extensamente la indivisibilidad de la tradición.

f) *Cuando las obligaciones sean divisibles ó indivisibles, tengan por accesorio una prenda ó hipoteca, el acreedor no está obligado á devolver la prenda ni á alzar la hipoteca en todo ó en parte, mientras que el total de la deuda no fuere pagado (art. 682).*

(Art. 682.) Este artículo debió seguir al 675; porque es una excepción, y así lo trae el Dr. Freitas, art. 977, nº 1. Efectivamente, aunque la deuda sea divisible, no lo es la prenda ó la hipoteca que la garantan. Así, la obligación de entregar una suma de dinero, garantida con prenda ó hipoteca, autoriza al acreedor, á pesar de la divisibilidad de la obligación á demandar la totalidad, ejecutando el inmueble hipotecado ó á hacer vender la prenda. Supongamos una deuda garantida con hipoteca; muere el deudor dejando cuatro herederos; la deuda se divide entre los cuatro, pero la hipoteca autoriza al acreedor para ejecutar la finca y cobrarse la totalidad de la acreencia; el heredero poseedor de la finca no puede librarla pagando su parte en la deuda, pero no influye sobre la obligación principal que permanece divisible por lo que no se hubiere pagado. El heredero á quien le hubiere correspondido el inmueble hipotecado ó la cosa dada en prenda, no responde de la totalidad de la obligación sino con la cosa, sin que haya obligación personal por su parte.

¿Qué sucederá cuando la acreencia estuviera garantida con la hipoteca de varios inmuebles? Que se ejecutarían esos inmuebles, á voluntad del acreedor, sin que los herederos tenedores de ellos pudiesen oponerse, pidiendo que lo fueron éstos en vez de aquéllos. En cuanto á las relaciones de derecho entre los herederos, si la deuda fué adjudicada en el mismo inmueble que la reconocía y el heredero la aceptó en esas condiciones, no puede reclamar de sus co-herederos; no así en el caso contrario. La ley 19, tit. 1, lib. 20, Dig., dice: «El acreedor que ha recibido varias cosas en prenda, no puede ser forzado á entregar ninguna de ellas, hasta que la obligación no esté completamente satisfecha»; este es el principal fundamento de la doctrina que consagra el artículo. La hipoteca ó la prenda son un derecho exclusivo del acreedor, y puede renunciarlo para perseguir su acreencia divisible de cada uno de los deudores.—Cons. FREITAS, art. 977, nº 1. AUBRY Y RAU, § 284, nota 17, y § 434, nota 6 á 7. DURANTON, XI, nº 277 y sig. XVIII, 503, 549, 563, XX, nos 289, 314 y 354.

Lo que se ha dicho de la prenda ó hipoteca se aplica á la anticresis. Aubry y Rau, § 434, consideran el derecho de retención como indivisible, y ese principio lo acepta el Código en el art. 3941; así debe



g) *Las que tienen por objeto la creación de una servidumbre predial (art. 683)*, á las que se pueden agregar, los derechos reales de uso y habitación.

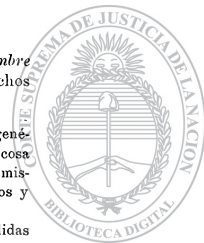
considerarse en la prenda ó anticresis, que son las obligaciones genéricas fundadas en la posesión de la cosa. El que ha conservado la cosa de otro; el depositario que ha hecho gastos necesarios en la cosa; el mismo poseedor de mala fe, pueden retenerla por los gastos necesarios y son en el fondo acreedores prendarios ó anticresistas.

Hacemos esta observación, no para criticar las acciones concedidas por la ley á los poseedores de cosas ajenas, que han hecho gastos en su conservación, sino para indicar que se considera como indivisible el derecho de retención. Véase arts. 3212 y su nota, 3188, 3233 y 3941.

(**Art. 683.**) Es necesario no confundir el principio del art. 497: «no hay obligación que corresponda á derechos reales», con el presente que habla de obligaciones (derecho personal), y de servidumbre predial (derecho real). El Código dice, el acto «creando una servidumbre predial es indivisible», pero no se refiere á los derechos reales que jamás pueden producir una obligación. Savigny, § 32, Oblig., dice á este respecto: «las donaciones que se refieren á una dación (obligación de dar), son casi todas divisibles, y la única y decisiva excepción que se menciona á este respecto es la que se refiere á las servidumbres prediales; es decir, á esa clase de derechos que son en sí mismos indivisibles de tal manera, que ni aun se les puede concebir divididos en partes intelectuales.» Cuando un propietario se ha obligado á constituir en favor de mi predio una servidumbre real de acueducto, si muere dejando varios herederos, esa obligación no puede dividirse, porque el servicio debe prestarse á todo el predio y no por partes; por eso se dice, la servidumbre real es indivisible (art. 3007), como carga y como derecho, lo que está en armonía con la indivisibilidad de la obligación.

La cuestión resuelta por nuestro artículo se refiere á la indivisibilidad de las servidumbres prediales; es decir, á los servicios prestados por un predio á otro; no examinamos si la obligación engendrada por la promesa sea divisible ó indivisible, porque ésta como obligación no puede tomarse en abstracto, debemos referirla al objeto que se propone realizar. Si la cosa objeto de la obligación es divisible, la promesa lo será. Prometo venderos tal cosa y extender la escritura; quiere decir, me obligo á realizar tal acto. La promesa puede ser con el objeto

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 682.—L. 43, Tít. 13, Part. 5ª.—L. Qui pignori, Dig. De pig. et ipot.*



h) *Toda abstención indisponible* (art. 685, 1ª parte).

## § 215. EFECTO DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

En las obligaciones indivisibles, la ley no hace sino reconocer y declarar lo que por la naturaleza de las cosas no podía ser

de asegurar que realizará el acto jurídico, pero comienza por ser un acto jurídico en sí, que puede tener como consecuencia uno ó varios actos, y se regirá por los principios generales.

La excepción es para las servidumbres prediales, no para las que son relativas á las personas. El Dr. Llerena supone el caso en que por el acto de la división sólo deba aprovecharse de una parte de las servidumbre, cosa difícil, porque la servidumbre real no puede dividirse ni intelectualmente, como lo dice Savigny; p. e., la servidumbre de vía ó de acueducto no se la concebiría dividida por partes, tiene que ser un todo indivisible. «Las estipulaciones no se dividen, cuando se aplican á cosas que no admiten división, tal como una vía, un sendero, un acueducto, ó las otras servidumbres», dice la ley 72, tit. 1, lib. 45, Dig. La razón de la indivisibilidad de las servidumbres prediales la da Molitor, Obl. I, n. 231; pero aquí estudiamos sólo la indivisibilidad de la obligación destinada á crearla.—Véase arts. 3007, 3008 y 3029.

(Art. 685.) Las obligaciones de no hacer eran divisibles ó indivisibles según el carácter de la prestación; el presente artículo confirma el principio, pero no importa establecer que toda abstención sea indivisible, como lo ha creído el Dr. Segovia encontrándolo «inaceptable, porque no guarda congruencia con la segunda parte, ni se armoniza con el 671, ya por inconducente». En el art. 671 sostuvimos con Freitas, que toda abstención es indivisible; pero el Código decide lo contrario, y el presente no contradice esta idea, porque sólo dice: «toda abstención indivisible hace indivisible la obligación», sin afirmar que todas las abstenciones sean indivisibles. El Código ha seguido la doctrina de Savigny (Obl. § 32), que dice: «Todo depende de saber si el acto del cual el deudor ha prometido abstenerse, puede en sí mismo ser cumplido por cada uno de los herederos, ó si cada uno no lo puede cumplir sino por partes; en el primer caso la obligación en sí misma es indivi-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 683.—LL. 2 y 72, De Verb. Oblig.—L. 9, Tit. 31, Part. 3ª, y L. 5, Tit. 28, Part. 3ª.*



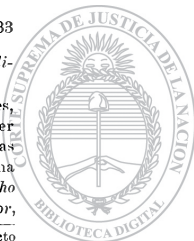
demandado por partes: así *cualquiera de los acreedores originales, ó los que lo sean por sucesión ó por contrato, pueden exigir*

sible, en el segundo es divisible.» Este es el principio que consagra nuestro artículo. El mismo Savigny, § 34, n. 3, apoya las conclusiones del artículo diciendo: «Cuando uno solo de los acreedores verifica el acto del que ha prometido abstenerse, todos están obligados *in solidum*, porque la persona que turba al acreedor en la legítima pretensión que tiene para impedir el acto, le es indiferente. Bajo el punto de vista del recurso entre los co-deudores, existe, al contrario, una diferencia que reposa en la naturaleza de las cosas, que es la siguiente: en las obligaciones que preceden (servidumbre y obra), el efecto del recurso es de hacer soportar á prorrata á cada co-deudor la prestación adjudicada al acreedor demandante; por consiguiente, cada co-deudor está obligado por su parte hereditaria. En la obligación que versa sobre una abstención indivisible, el efecto del recurso es de hacer soportar exclusivamente sólo al autor de la violación del derecho, la prestación que puede exigir el acreedor, y libertar de ella por completo á los otros co-deudores». No hay contradicción, pues, entre el inciso 1° que declara indivisible la obligación, cuando proviene de una abstención indivisible, con la segunda parte donde se responsabiliza sólo al violador del derecho; por esa razón el acreedor puede demandarle la totalidad de la prestación.

Si la abstención fuera divisible, el ejecutor sólo pagaría la parte proporcional. Se incurre, pues, en error al creer que el Código declara que toda abstención es indivisible, así como en atribuir á la indivisibilidad el efecto de la solidaridad, cuando basta para los objetos de la ley y de la justicia el cobrar del violador la totalidad de la pena. Cada uno debe soportar las consecuencias de sus propias acciones, sin hacerlas pesar sobre los demás: este es uno de los principios que no se deben alterar, sino cuando ha intervenido la voluntad de los contratantes, ofreciendo responder por los hechos de otros. Si me obligo á no hacer tal obra en mi terreno bajo una pena de mil pesos, es una abstención indivisible, y si uno de mis herederos hiciera la construcción, él sólo debería la pena, si no prefiriese el acreedor hacer destruir la construcción.—Comp. Savigny, l. c., la ley 2 y 6, tit. 1, lib. 45, Dig. Cód. DE CHILE, 1533, inc. 2. Véase arts. 661, 671 y 672.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 685.—L. 2, § último, Dig. De Verb. Oblig.—L. 199 del Estilo.—L. 9, Tít. 20, Lib. 3, F. R.*





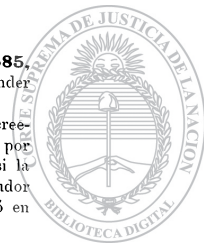
*de cada uno de los co-deudores, ó de sus herederos, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible (art. 686).*

Cuando las obligaciones indivisibles pasen á los sucesores, cada uno de ellos está obligado por la totalidad, sin perder aquéllas su carácter de indivisibles, á diferencia de las solidarias donde la responsabilidad se divide; pero cuando se trata de una abstención indivisible, *sólo el autor de la violación del derecho debe soportar la indemnización que pueda exigir el acreedor,*

(Art. 686.) La indivisibilidad de una obligación produce el efecto de poder ser exigida en su totalidad por cualquiera de los acreedores á cualquiera de los deudores; pero se diferencia de la obligación solidaria, en que si por cualquier circunstancia la prestación indivisible se cambia en otra divisible ó en daños y perjuicios, la obligación viene á ser divisible, mientras la solidaria permanece lo mismo, á menos de fallecimiento del deudor dejando varios herederos. El efecto de la indivisibilidad se aplica al cumplimiento de la obligación: pero si deja de ejecutarse y se resuelve en daños y perjuicios, no podrá exigirse en su totalidad de cualquiera de los deudores, sino en la proporción que cada uno tenga en la obligación, si es deudor originario, ó en la que le corresponda en su haber hereditario, si ha sucedido con otros al deudor. La razón de esta diferencia la encontramos, en que la obligación es sólo indivisible por la naturaleza de la prestación, y cuando deja de serlo se cambia en otra que puede ser ejecutada parcialmente.—Véase lo dicho en los arts. 661 y 662.

Cuando B. ha ofrecido entregar á A. el carruaje tal, si ambos fallecen dejando dos herederos cada uno, siendo la obligación indivisible, cada uno de los acreedores puede reclamar el carruaje de cualquiera de los deudores; pero si éste no pudiera ser entregado por culpa de cualquiera de ellos, la obligación se convertiría en otra de daños y perjuicios, y entonces cada uno de los acreedores no puede reclamar sino su parte de cada uno de los deudores en la proporción de su haber.—Véase FREITAS, art. 987. MAYNZ, §. 277, Cód. FRANCES, arts. 1222 á 1224. MOLTOR, *Obl.* I, n. 246.—Comp. arts. 721, n.º 2 y 4; 1475, 2107, 2181, 3030 y 3776.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 686.*—L. 9, Tit. 31, Part. 3.ª.—Las reglas sobre el pago de la obligación indivisible cesan, desde que esta obligación se resuelve por la inejecución de ella, en pago de pérdidas é intereses, porque las pérdidas é intereses consisten siempre en una suma de dinero, y constituyen, por consiguiente, una prestación divisible.—L. 23, §§ 9 y 10, Tit. 2, Lib. 10 Dig.—Maynz, § 276.



*quedando libres de satisfacerla los otros co-deudores (art. 685, 2ª parte), siguiendo el principio de que cada uno debe responder de sus propios actos.*

Cuando las obligaciones indivisibles tuvieran un solo acreedor y un solo deudor, y se hubieren comenzado á ejecutar por partes, si no lo fueron totalmente, se considerará como si la obligación no se hubiera cumplido, salvo el derecho del deudor para reclamar del acreedor aquello en que se enriqueció, ó en lo que hubiere aprovechado de la ejecución parcial.

Si la obligación indivisible se resolviera en una de pagar daños é intereses, ó si fuera sustituida por otra divisible, se dividirá entre todos los deudores, perdiendo su carácter de indivisible, y sólo responderá cada uno por su parte.

La remisión de una obligación indivisible por uno de los co-acreedores no extingue la obligación, como sucede con las solidarias, y el otro acreedor tendría derecho para reclamar la totalidad de la prestación, abonando al deudor la parte del acreedor que hubiere hecho la remisión; lo que el Código Civil traduce por esta regla: *solo por el consentimiento de todos los acreedores, puede remitirse la obligación indivisible, ó hacerse una quita de ella (art. 687)*, y del mismo modo, *las obligaciones in-*

(Art. 687.) La facultad conferida á cualquiera de los acreedores, de una obligación indivisible, para exigirla en su totalidad de cualquiera de los deudores, es por la imposibilidad natural de poder ser prestada parcialmente, y no establece presunción en favor ni en contra sobre la parte de cada uno; por esa razón no puede remitirse sino con el consentimiento de todos los acreedores; pero si lo hiciera por el todo, se consideraría válida por la parte que tuviere. Esta facultad está en armonía con los arts. 2677 y 2682. Freitas, art. 986, dice con más claridad en el caso de remisión: «los otros co-acreedores tienen su derecho á salvo para demandar la entrega de la cosa abonando al deudor la parte que le correspondiere al acreedor remitente.» La facultad de demandar el todo de la obligación es una cosa, y otra es el derecho de disponer de la cosa objeto de ella.

Se podría decir contra la opinión emitida, que así como el condómino de una finca indivisa tiene facultad para vender su parte, y cuando vende la totalidad de la cosa se declara nula la venta aun esa

(Art. 685.) Véase pág. 431.

*divisibles no pueden constituirse respecto de un objeto común á muchos, sino con el consentimiento de todos los condóminos (art. 684).*

parte, art. 1331, así la remisión total de una obligación indivisible sin el consentimiento de los demás, debería considerarse nula. Los casos son diferentes, aquí se trata de remisión ó condonación de una obligación; es decir, de extinguirla; en la venta se la crea mediante un precio y entregando cosas que son ajenas en parte.

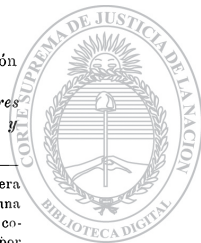
Dumoulin, Part. 3, n° 189, trae el ejemplo siguiente: se debe una servidumbre á un campo indiviso entre dos herederos del propietario; uno de ellos hace remisión al deudor; sin embargo, la servidumbre se deberá en su totalidad, sin que se pueda hacer deducción alguna, porque es imposible; pero la servidumbre es un derecho real, y nuestro artículo trata de obligaciones personales indivisibles; el ejemplo no puede ser aplicado para contradecir lo sostenido, siguiendo á Freitas y á los demás Códigos modernos.

Pothier, Obl. I, n° 328, dice: «De que el heredero en parte de una deuda indivisible, aunque acreedor de toda la cosa, no lo es *totaliter*, se sigue también, que no puede hacer remisión de toda la deuda, como lo podría hacer un acreedor solidario.» Así, cuando el acreedor de una deuda indivisible, en el ejemplo propuesto, ha dejado dos herederos, uno de los cuales ha remitido al deudor toda la obligación, el otro acreedor puede ejecutarla en su totalidad, porque la cosa no se puede dividir; pero como tiene una estimación en dinero, debe entregarle la mitad de ese valor que le pertenece por la remisión. Lo mismo sucedería si uno de los acreedores hiciera una quinta cualquiera, no impediría la ejecución total, disminuyendo el valor de la parte perdonada. El art. 1224 del Cód. Francés y todos los que lo han seguido apoyan esta conclusión.— Véase LAROMBIÈRE, al art. 1224. MARCADÉ, al 1224. Cód. DE CHILE, 1532.—Comp. arts. 2667, 2682 y 2683.

(Art. 684.) En el lenguaje del derecho no se puede decir que una cosa está obligada á varios, ni que se constituye sobre ella una obligación; porque con excepción de los derechos reales, nada hay que ligue directamente una cosa con la persona. Uno puede obligarse á entregar, vender ó devolver una cosa, pero su poder no alcanza á crear una relación directa entre la persona y la cosa. La expresión del artículo es, pues, científicamente inexacta; pero se aplica á los contratos y los de-







Respecto á la prescripción ó su interrupción, la obligación indivisible producirá estos efectos:

a) *Prescripta una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha á todos los primeros, y perjudica á los segundos (art. 688, 1ª parte).*

clara nulos, cuando la cosa perteneciera á varios, y uno sólo prometiera entregarla sin el consentimiento de los demás condóminos. Poseo una casa en condominio con otro y la vendo sin el consentimiento de mi co-propietario; siendo la obligación indivisible, la venta es nula aun por la parte que me pertenece, art. 1331; pero debo al comprador los daños y perjuicios, si ignora que la cosa era común. En el mismo caso he vendido las mil fanegas de maíz que poseo en común con otro, en tanto la fanega; como la obligación es divisible, será válida por la mitad si el comprador aceptare, y pagaré los daños y perjuicios causados por la no entrega de lo demás. En el primer ejemplo, si el vendedor adquiere en segunda los derechos de sus condóminos, la venta será válida, art. 2504; lo mismo sucederá si constituyo servidumbres ó hipotecas sobre la cosa común, serían válidas si por el resultado de la partición la cosa me perteneciera, arts. 2682 y 2683. El artículo habla, pues, de las obligaciones indivisibles que nacen de los contratos, y sólo importa la prohibición de no contratar sobre la cosa ajena consignada en el art. 1329.

La ley 10, tit. 31, Part. 3ª, citada por el Dr. Velez Sarsfield<sup>1</sup> como concordante del artículo, habla de la servidumbre establecida por uno de los co-propietarios sobre la propiedad, y que no obliga á los demás; demostrando la exactitud de la interpretación dada á la disposición.

(**Art. 688.**) La disposición del artículo es una consecuencia de la imposibilidad natural de dividir la deuda para prescribirla por partes separadas. En la obligación indivisible, la deuda es una, cualquiera que sea el número de acreedores ó deudores, y si la prescripción se suspende contra uno de ellos por ser menor de edad, p. e., la obligación no puede ser prescrita, art. 3982. Esta es una de las diferencias de las obligaciones indivisibles con las solidarias, que se dividen cuando han pasado á varios herederos, art. 3995, porque en éstas hay tantas acreencias como deudores, mientras en las indivisibles sólo hay una imposible de ser dividida; de donde se deduce esta consecuencia importante: en las obligaciones indivisibles cada uno de los deudores

<sup>1</sup> Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 684.—L. 10, Tit. 31, Part. 3ª.

b) *Interrumpida la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha á todos aquellos y perjudica á todos éstos (art. 688, 2ª parte).*

puede alegar todas las excepciones que le correspondan (tratándose de prescripción), y las que correspondan á sus co-deudores y del mismo modo los acreedores. Un ejemplo de esta indivisibilidad nos presenta el art. 4000, haciendo prescriptible por 20 años el bien raíz poseído pro-indiviso por un ausente y un presente. Cuando entre los herederos del acreedor de una obligación indivisible, hubiere un menor de edad contra el que se suspende la prescripción, los demás acreedores gozarán de esa suspensión. — SAVIGNY, § 34 y sig., Obl. — Véase arts. 3982 y 3986.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 688.*—L. 18, tít. 31, Part. 2ª, Savigny, en el § 36 de su obra *Derecho de las obligaciones*, nos hace saber el resultado de las acciones sobre obligaciones indivisibles, cuando se deducen en juicio en el Reino de Prusia, que pueden ser un grande ejemplo para nuestros tribunales.

*Caso de muchos deudores.—Constitución de una servidumbre*

La obligación solidaria, pesando sobre cada uno de los deudores, queda siempre la misma; mas el Derecho Romano sacaba el resultado que el deudor elegido como demandado estaba obligado á pagar todo el valor pecuniario de la servidumbre, valor que él recobraba en seguida parcialmente de cada uno de sus co-deudores.

En el derecho actual, la condenación se hace sobre la constitución misma de la servidumbre; el demandado es considerado en el juicio como representante de sus co-deudores. Si el demandado no quiere ó no puede proceder á la ejecución de la sentencia en el tiempo que se le ha fijado, por ejemplo, á causa de la resistencia de sus co-deudores, entonces el juez procede directamente. Para conseguirlo nombra peritos con citación de los co-deudores, que fijen la dirección y extensión de la servidumbre, y ésta, así determinada, se declara definitivamente constituida.

*Construcción de una obra*

La obligación solidaria queda también la misma. En cuanto á la sentencia, ella no se dirige sobre el pago del valor pecuniario de la obra, sino sobre la obra misma. Sin embargo, puede suceder de continuo que la ejecución no se obtenga por medio de ejecuciones personales, y que por estí vía no se satisfagan los derechos del demandante: entonces, de acuerdo con el actor, todo se resuelve en un pago de dinero, y se da el trabajo que debe hacerse á un tercero de cuenta del demandado, que ha sido condenado.

*Abstención indivisible*

La obligación solidaria queda siempre la misma. La violación de la convención no da lugar sino á una indemnización; pero el demandante puede exigir al



c) Suspendida la prescripción por uno de los acreedores, aprovecha á sus co-acreedores y perjudica á todos los deudores.

Cuando la obligación indivisible estuviera garantida por una cláusula penal, la pena se incurrirá por la contravención de uno sólo de los co-deudores; pero si la cláusula penal es divisible no podrán demandar á los co-deudores sino por su parte; si fuera indivisible, cada uno de ellos responderá por el todo.

§ 216.—DE LAS RELACIONES ENTRE LOS ACREEDORES Y DEUDORES  
CONJUNTOS EN LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES Ó INDIVISIBLES

Hemos hablado de varios acreedores y varios deudores en las obligaciones indivisibles, estableciendo que cada deudor debe á cada uno de los acreedores la prestación ofrecida en su totalidad, pues no pudiéndose dividir, debe ser prestada por uno solo.

*Las relaciones de los acreedores conjuntos entre sí, ó de los deudores conjuntos entre sí, después que uno de ellos hubiese cumplido una obligación divisible ó indivisible, se reglarán de la manera siguiente (art. 689):*

a) *Cada uno de los acreedores conjuntos debe pagar una cuota igual ó desigual, designada en los títulos de la obligación, ó en los contratos que entre sí hubiesen celebrado (art. 689, n° 1), sin que*

(Art. 689, n° 1.) Sea la obligación divisible ó indivisible, solidaria ó simplemente mancomunada, cuando un acreedor de entre varios

mismo tiempo que una garantía le sea dada de que en adelante no habrá nuevas violaciones. El demandado debe sujetarse á una pena, ó dar fianza.

*Caso de muchos acreedores.—Constitución de una servidumbre*

En este caso, cada acreedor obra aisladamente como representante de los otros. La condenación se hace sobre la servidumbre misma, y no de una suma de dinero, y por consiguiente, no hay cuestión como en el Derecho Romano de una condenación, limitada á la parte sola que el demandante tenga en la obligación.

*Construcción de una obra*

En este caso se aplica la regla que acabamos de dar sobre la servidumbre, teniendo en cuenta lo que hemos dicho en el caso de muchos deudores de una obra.

*Abstención indivisible*

La restricción del derecho de obrar, limitada únicamente al que ha sido dañado, dándole la misma garantía para lo futuro, que hemos indicado antes.





esto altere la indivisibilidad de la obligación. Los contratos entre los deudores, como los celebrados entre los acreedores entre sí, en nada afectarán el carácter de la obligación; unos y otros la cumplirán como divisibles ó indivisibles según fuere esta.

b) *Si no hubiere títulos, ó si nada se hubiese prevenido sobre la división del crédito ó de la deuda entre los acreedores y deudores conjuntos, se atenderá á la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, á las relaciones de los interesados entre sí, y á las circunstancias de cada uno de los casos (art. 689, n° 2).* Son cuestiones de hecho que los jueces resolverán sin afectar el carácter de la obligación, pues se trata de determinar la parte de cada acreedor, así como la de cada deudor, una vez cumplida por uno de los obligados.

c) *Si no fuese posible reglar las relaciones de los acreedores ó deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados en*

la cobrado toda la deuda de un solo deudor de entre varios, las relaciones entre ellos deben reglarse de esta manera: se debe atender al título de la obligación que señalará la proporción que tenga cada acreedor, así como la de cada deudor, sobre todo en las obligaciones simplemente mancomunadas ó indivisibles; pero la proporción señalada en el título ó en el contrato para los acreedores, no influirá para determinar la de los deudores, ni la relación de éstos puede servirles de antecedente para los acreedores. Si la obligación de entregar una cosa á tres acreedores establece, que uno tendrá la mitad y los otros dos la cuarta parte cada uno, cualquiera de ellos que hubiere obtenido la prestación, deberá entregar á sus co-acreedores la parte determinada en el título, sin que este antecedente sirva de modo alguno para determinar la relación entre los deudores.

(Art. 689, n° 2.) Cuando no hubiere títulos, ó si habiéndolos nada se hubiere establecido, se buscará la relación en la causa que ha producido la obligación conjunta; p. e., cuando A. debía á C. diez mil pesos, y B. cinco mil y se han obligado á entregar la casa (que han heredado por mitad) por los quince mil, una vez cumplida la obligación por la entrega, A. deberá dos mil quinientos á B. por que la proporción de su deuda era de diez mil, mientras su haber en la casa sólo alcanzaba á siete mil quinientos. Y así como en el ejemplo propuesto, los jueces deben buscar de establecer esas relaciones, teniendo en cuenta todas las circunstancias.



*partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor ó un deudor (art. 689, n° 3); de modo que cada acreedor tendrá en la cosa una mitad, si son dos; una tercera, si fueren tres, y así sucesivamente, sin perjuicio de poder reclamarla por el todo cualquiera de ellos si es solidaria ó indivisible; esto mismo se observará para los deudores.*

El acreedor que hubiese cobrado la totalidad de la acreencia, nada deberá á sus co-acreedores, si resultare del título que sólo lo han sido en apariencia.

---

(Art. 689, n° 3.) Cuando no se pudieren establecer con precisión las relaciones de derecho, se reputará que los acreedores tienen una parte igual en la acreencia, y lo mismo los deudores. Los medios de prueba los determinan las leyes de procedimientos dictadas por las provincias; pero el Código Civil sólo permite la prueba testimonial en los asuntos que no pasen de 200 \$. El mero hecho de poseer dos ó más acreedores una obligación, establece la presunción de que tienen parte igual en la acreencia ó en la deuda. Ocurre con frecuencia en las obligaciones solidarias contraídas en los bancos; pero el Código Civil no les es aplicable sino subsidiariamente.

En las obligaciones divisibles, como cada uno tiene una parte determinada en la deuda, la insolvencia de uno de los deudores no puede recaer sobre los demás. En las obligaciones indivisibles no tiene lugar la división, sino cuando no se han cumplido y se convierten en el pago de daños y perjuicios.—FREITAS, art. 989, nros 1, 2 y 4. Véase arts. 692, 717, 1752, 2037, 2084, 2708 y 3721.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 689.*—Véase L. 11, Tít. 12, Part. 5ª, respecto á las obligaciones solidarias ó mancomunadas, que sigue las sutilezas del Derecho Romano en la L. 36, Tít. 1, Lib. 46, Dig., y el Cód. Francés, art. 1213.—Sardo, 1903.—Holandés, 1928.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 689.—El legatario que cumple la obligación tiene derecho de repetir contra su co-legatario la parte que por él hubiese abonado, sin que se requiera la autorización de éste para el cumplimiento de las obligaciones comunes.—Jur. Civ., II, 513. Sér. 1ª.

DE LAS OBLIGACIONES CON RELACIÓN  
A LAS PERSONAS

TÍTULO XIII

DE LAS OBLIGACIONES SIMPLEMENTE MANCOMUNADAS

§ 217.—CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN MANCOMUNADA

*La obligación que tiene más de un acreedor ó más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede ser ó no solidaria (art. 690); porque la solida-*

(Art. 690.) La obligación mancomunada debe tener estas condiciones: 1º, que haya varios deudores ó acreedores; 2º, que se deba una sola prestación; 3º, que la prestación sea divisible; 4º, que sea contraída en un mismo acto y sobre idénticos objetos. Cuando se dice, la prestación debe ser una, importa exigir que las diversas cosas se presten en el mismo acto, formando una sola y única obligación. Si los deudores se obligaron á entregar mil kilogramos de trigo y cinco mil pesos, la obligación será mancomunada, y cada uno deberá su porción en la forma estipulada; pero si entre las cosas debidas se comprendiera una indivisible, ¿cómo se juzgaría la obligación? Sería conjunta respecto de las divisibles é indivisible por la otra, como si se obligaron á entregar mil kilos de maíz y la casa tal, la obligación se cumplirá en la última parte como indivisible.

Cuando una obligación se ha contraído entre un acreedor y un deudor, teniendo por objeto una sola é idéntica prestación, si después un tercero toma sobre sí una parte de ella, ¿cómo se regularán las relaciones de derecho? En general, el deudor originario quedará obligado por el todo, porque no está en su poder cambiar la naturaleza de su responsabilidad, y sólo cuando la delegación hubiera sido aceptada por el acreedor, cambiará la persona del obligado, pero no bastará la simple notificación y el silencio del acreedor, será necesario la aceptación expresa ó tácita. — TOULLIER, VI, 723. DELVINCOURT, II, pág. 502. ZACHARIE, § 526, nota 1.

Para establecer una mancomunidad perfecta entre los deudores, es necesario que se hayan obligado á la misma cosa, en el mismo tiempo





ridad no cambia la naturaleza de la obligación en sí, sólo autoriza á cualquiera de los acreedores para exigir de cualquiera de los deudores la totalidad de la prestación. Cuando es simplemente mancomunada, la deuda se divide en tantas partes cuantos deudores hubiere, y si hay varios acreedores y un solo deudor, la acreencia se dividirá igualmente. En uno y otro caso las acreencias ó las deudas se consideran como independientes unas de otras.

*En las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito ó la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados. Las partes de los diversos acreedores ó deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos ó deudas distintos los unos de los otros (art. 691); de modo que el acreedor sólo podrá cobrar á cada uno de los deudores su parte en la deuda.*

y por el mismo acto. Si unos se obligan hoy por la misma cosa que los otros prometieron ayer, no habría entre los primeros y los segundos sino una mancomunidad imperfecta. — FREITAS, arts. 1005 y 1006. GOYENA, arts. 1056 y 1057. AUBRY y RAU, § 298, nota 2.

La obligación conjunta es aquella en que muchas personas se reúnen en una obligación por una partícula conjuntiva, como Pedro y Juan se obligan á dar veinte, y las disyuntivas son las que están separadas por una partícula disyuntiva, como si Pedro ó Juan se obligasen á entregar ciento, en cuyo caso la calidad de deudor pertenece á uno ú otro alternativamente. El Código no reconoce ni legisla expresamente sobre estas obligaciones, que pueden, sin embargo, regirse por las reglas generales de las alternativas. — Comp. LAROMBIÈRE, al art. 1197, n° 1.

(Art. 691.) En el art. 674 y su com. se estableció esta misma regla. Para juzgar de la parte de cada acreedor ó deudor mancomunado, se tendrá presente lo dicho en el art. 689 y su com., atendiéndose primero al título de la obligación; si nada se estableciera, se admitirá la igualdad entre los acreedores ó deudores; pero cuando se trata de fijar las relaciones entre los deudores ó acreedores entre sí, debe buscarse el origen y demás circunstancias de la obligación. No estableciéndose en el título la porción de cada deudor, pagarán la acreencia por partes iguales, mientras que sus relaciones entre sí pueden ser diferentes.

La obligación solidaria se convierte en mancomunada, cuando el deudor ha dejado varios herederos que se hayan dividido la herencia.

La desigualdad entre la parte de los acreedores en la acreencia y la de los deudores en la deuda, debe constar en el título mismo; si nada se estipuló, cada acreedor ó deudor tiene una parte igual.

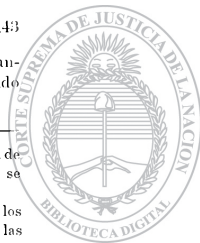
En las obligaciones mancomunadas divisibles, las partes de los acreedores se considerarán como otras tantas acreencias distintas las unas de las otras; así, cuando dos acreedores persiguen de un solo deudor su parte, puede oponer al uno la compensación que no habría sido posible oponer al otro. Cuando son varios acreedores y deudores, la acreencia se divide en tantas partes cuantas resulten de la multiplicación de los deudores por acreedores; si son dos deudores y dos acreedores, cada deudor debería á cada acreedor una cuarta parte; si fueran dos acreedores y cuatro deudores, cada deudor deberá una octava parte, y así sucesivamente.

Las partes en que se divide la acreencia con relación á los acreedores ó deudores, se llaman partes viriles, pues no se cuenta sino por una, las que constituyen una sola persona, como marido y mujer, ó mandante y mandatario, etc.

Cuando uno de los acreedores ó deudores mancomunados hubiere fallecido dejando varios herederos, se formará la porción del acreedor ó deudor, subdividiéndose la parte del difunto entre los herederos que ha dejado á prorrata de sus porciones hereditarias, como lo enseña el Dr. Velez Sarsfield en su nota al artículo, contra lo afirmado por el Dr. Llerena, que la limita á los deudores ó acreedores originarios. La regla establecida por el mismo autor dice que los deudores están obligados á los acreedores por una «parte igual al cuociente de la división del crédito por los acreedores originarios», y no puede tener lugar, sino cuando hubiere un solo deudor, pues si fueren varios, las obligaciones y derechos se obtendrán multiplicando el número de acreedores por el de los deudores.—Comp. ALBRY y RAU, § 298, nota 3. TOULLIER, IV, nos 776 á 718. MARCADE, al art. 1201, n° 2.

Cuando por el título de la obligación los acreedores ó los deudores tuvieran partes desiguales, los herederos de unos ú otros entrarán representando la porción de su causante, en la proporción en que la hubieren heredado.

La desigualdad entre los acreedores ó entre los deudores debe constar en el título mismo para que sea obligatoria, pues en nada les







La convención puede determinar la parte de cada deudor en la proporción contratada; por consiguiente, *el título de la constitución de la obligación, puede hacer que la división del crédito ó de la deuda no sea en porciones iguales, sino á prorrata del interés que cada uno de ellos pueda tener en la asociación ó comunidad, á la cual se refiere el crédito ó la deuda (art. 692)*; pero cuando

afectará las convenciones posteriores entre los acreedores conjuntos entre sí con relación á los deudores. Cuando nada diga el título, los deudores deben una parte igual, aunque hubieran convenido entre sí partes desiguales.—Véase arts. 674 y 689, n° 1 y 3, 790, n° 6, 1747 y 1750.

(**Art. 692.**) Este es un caso diferente de los indicados en el artículo anterior; en efecto, el principio general es que la responsabilidad de los deudores, como el derecho de los acreedores se rige por el título constitutivo, donde se pueden establecer las porciones, que cada acreedor posee, ó las que deba abonar cada deudor; cuando el título nada expresara, cada acreedor tendrá una parte igual, y cada deudor deberá una parte igual. Pero si se estipulare que cada acreedor tendrá en la acreencia la parte que tuviere en el contrato de sociedad, ó que cada deudor pagará á prorrata de su interés en la sociedad, el contrato social servirá de base para fijar los derechos y obligaciones de cada uno. Es una estipulación que determina la extensión de las relaciones entre los acreedores y deudores, así como las que tienen entre sí.

Quando en el título constitutivo de la obligación nada se hubiera establecido, ni los acreedores asociados pueden pretender mayor porción que la viril para cobrar de su deudor, aunque exhibieren su contrato social, donde se les asigne mayor parte, ni los deudores asociados pueden alegarlo, pues el art. 1747 dice: «aunque tuvieren partes desiguales y aunque se haya estipulado en el contrato social que el pago se hará por cuotas desiguales, aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación» deberá cada uno su porción viril, porque el con-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 691.—L. 10, tít. 1, lib. 10, Nov. Rec.—Marca-dé, sobre el Tít. 3, Lib. 3, n° 502.—La regla de la primera parte del artículo está sujeta á una modificación, cuando entre los acreedores ó deudores haya muchas personas que deban considerarse como que no forman sino una sola, y que deban contarse por una sola cabeza. La misma regla se modifica por la circunstancia de que el uno de los acreedores ó deudores originarios se encuentre representado por muchos herederos. En este caso la parte del difunto se subdivide entre sus herederos á prorrata de sus porciones hereditarias.*

posteriormente se hubiere convenido entre los deudores conjuntos la parte que cada uno tendría en la deuda, ese convenio en nada alterará la convención primitiva, á menos de haber sido aceptada por los acreedores.

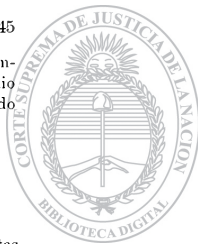
§ 218.—DERECHOS DE LOS ACREEDORES EN LAS OBLIGACIONES  
MANCOMUNADAS

En las obligaciones simplemente mancomunadas hay tantas obligaciones independientes unas de otras como deudores y acreedores; pero esta división sólo tendrá lugar, cuando, *el objeto de la obligación sea una cosa divisible* (art. 693, 1ª parte), y los

---

trato social no determina las relaciones entre los acreedores y deudores, mientras no se haya estipulado expresamente; sirve únicamente para reglar las relaciones de los asociados entre sí.—Comp. AUBRY y RAU, § 298, n° 1 al fin. MARCADÉ, IV, 592.—Véase arts. 675, 689, 712, 3490 á 3492.

(Art. 693.) Es un principio general en las obligaciones conjuntas, que hay tantas acreencias ó tantas deudas, como deudores ó acreedores, siendo distintas las unas de las otras. Cuando A, J y E se obligaron conjuntamente tomando prestados de C doce mil pesos, cada uno de ellos debe solamente cuatro mil pesos, son tres deudas completamente diferentes. Unos pueden tener excepciones especiales para rechazar la acción ó ser insolventes y no aprovecha la excepción con que se defienda uno de ellos, ni tampoco les perjudica la insolvencia ó no pago de alguno de ellos. Si los tres hubieran prestado los doce mil pesos á cada uno de ellos sería un acreedor distinto y podrían ser pagado uno primero que el otro, y el tercero quedar sin serlo por cualquier circunstancia. En esto parece que no hay dificultad; pero se trata de saber lo que sucedería si uno de los tres acreedores (en la hipótesis propuesta) hubiera venido á ser por sucesión ó por cesión dueño de toda la acreencia. Las tres acreencias en que se dividió la obligación se han consolidado y adquirido el carácter de una sola. ¿Puede el solo acreedor demandar los doce mil pesos de una sola vez? Los acreedores por cesión ó sucesión no han podido cambiar la naturaleza de su derecho, ni pueden mejorar su posición, ni empeorar la de los deudores. Ha ha-

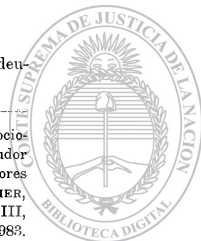


derechos del acreedor ó acreedores en sus relaciones con los deudores se reglarán en esta forma:

bido tres acreedores contra los cuales el deudor ha podido exceptuarse y este derecho no pueden eludirlo por la cesión, ni el deudor perderlo por la sucesión. Lo mismo sucederá cuando los tres deudores llegaran á ser uno solo. Esta conclusión está sostenida por POTHIER, *Oblig.* n.º 329. COLMET DE SANTERRE, V, n.º 156. *bis* V. TOULLIER, III, n.º 758. LAROMBIÈRE, II al art. 1220, n.º 21. FREITAS, arts. 982 y 983.

Cuando la obligación ha comenzado por un acreedor y un deudor único, y por sucesión ha venido á dividirse, dejará de considerarse como tal y recuperará su primitivo carácter, cuando viene á pertenecer á un solo acreedor ó á un solo deudor. Freitas, art. 982 y 983, expresa claramente estas ideas cuando dice: «la obligación originariamente dividida entre co-acreedores ó co-deudores continuará siendo considerada como tal, aunque las diversas partes de la deuda vengan á reunirse después en un solo acreedor ó un solo deudor.» Pero la obligación que se dividió entre co-herederos del acreedor originario ó del deudor originario, dejará de ser considerada como dividida, así que las diversas partes de la deuda vengan á reunirse en uno solo de los acreedores que sobreviviere á los otros, á menos que ese co-heredero hubiere aceptado la herencia con beneficio de inventario.

De estos principios se deduce, que si uno de los deudores pagase íntegramente la deuda, como se considera un extraño, y no tiene interés alguno que lo ligue con sus co-deudores, no se sobrogará legalmente en los derechos del acreedor, á menos de convenio especial. Este principio parece contradecir lo dispuesto en el art. 768, inc. 2.º; pero debe entenderse que allí se refiere á las obligaciones indivisibles ó solidarias, cuando la obligación es una; lo que contraría realmente es el inciso 3.º del mismo artículo, concediendo la subrogación al tercero no interesado que hace el pago, en cuya categoría debía comprenderse al co-deudor mancomunado. La falta de consecuencia resulta á primera vista; porque si un tercero no interesado que hace el pago ignorándolo el deudor, se subroga en los derechos del acreedor, ¿por qué no se subrogaría el co-deudor que hace el pago en una obligación mancomunada? Si cada uno de los co-deudores se puede considerar y son extraños los unos para los otros en las obligaciones mancomunadas, no hay razón para no acordarles la subrogación concedida por el art. 768, n.º 3. Si Aubry y Rau, § 258, letra (a), de donde fué tomada esta parte lo enseñaba así, era porque tenían en vista lo dispuesto por el art. 1251,



- a) *Cada uno de los deudores está obligado solamente á su parte en la deuda (art. 693, 2ª parte).*
- b) *Cada uno de los acreedores puede sólo demandar su parte en el crédito (art. 693, 3ª parte).*
- c) *El deudor que pagase integra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores (art. 693, 4ª parte).*

nº 3, del Cód. Francés, que sólo concede la subrogación «en provecho de aquel que estando obligado con otros ó por otros al pago de la deuda *tenía interés* en pagarla», principio consignado en el nº 2. Creemos, pues, que lo enseñado en la última parte de este artículo se considera como una excepción del art. 768, nº 3.

El artículo debe entenderse así para salvar la antinomia que resultaría, si el co-deudor mancomunado que pagare íntegramente la deuda subrogara al acreedor en todos sus derechos. Se habla de la subrogación legal, porque nadie puede privar la convencional, ni la cesión de derechos. Lo que el legislador trata de impedir con esta disposición es que cada co-deudor pudiera cobrar de todos los otros la integridad de la acreencia moviéndose así dentro de un círculo que no tendría fin. — Véase arts. 2037 y 2038.

Cuando el Código niega la subrogación al co-deudor que paga toda la deuda en las obligaciones mancomunadas, prohíbe por ese mismo acto el perseguir al co-deudor por la parte pagada. ¿Con qué derecho demandaría á su co-deudor la que éste debía? ¿Qué título habría adquirido para constituirse en acreedor de su co-deudor? El Dr. Llerena piensa lo contrario, y cree que, á pesar de no subrogar el co-deudor al acreedor en sus derechos para demandar lo pagado, puede hacerlo. Es un error, á mi juicio, porque el co-deudor que pagó toda la deuda puede repetirla del mismo acreedor en los términos de la última parte del art. 675, y sobre todo, la disposición terminante del art. 790, inc. 6º, que autoriza á repetir lo pagado, cuando en las obligaciones mancomunadas uno de los co-deudores pagase toda la deuda como si fuera solidaria. El deudor no tiene acción contra sus co-deudores, sino contra el acreedor que recibió el todo. — Véase arts. 675, 731, nº 3, 790, nº 6, 2024, 2029, 2038.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 693.*—L. 10, tít. 1, lib. 10, Nov. Rec. En cuanto á la última parte. — Véase Aubry y Rau, § 298.





d) *La insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores (art. 694).*

Signiando el principio de la divisibilidad de la acreencia en tantas deudas como acreedores y deudores hubiere, resultará que los actos emanados de uno solo de los acreedores, ó dirigidos contra uno solo de los deudores, que interrumpen la prescripción, no aprovechan á los otros acreedores, y no pueden oponerse á los otros deudores (art. 695), y recíprocamente, la prescripción de uno

(Art. 694.) Una de las consecuencias importantes que nacen de la mancomunidad, es que hay tantas acreencias como acreedores y tantas deudas como deudores, sin que los unos tengan vínculo alguno con los otros, sino por el título originario; así cuando alguno de los deudores es insolvente, esa insolvencia no perjudica á los demás co-deudores, sino al acreedor ó acreedores. Pero como pueden existir muchos acreedores y muchos deudores á la vez, la insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada á prorrata entre los demás co-acreedores, tomando, como hemos dicho, la proporción que resulta de la multiplicación de los unos por los otros. Si fueran cinco acreedores y cuatro deudores, cada deudor debería á cada acreedor una vigésima parte de la deuda, formando así las 20 vigésimas entre los cuatro deudores. Cuando uno de los deudores es insolvente, cada uno de los acreedores perderá un vigésimo de su crédito; pero si uno ó varios de los acreedores hubieran cobrado su parte de ese acreedor que cae en insolvencia después, los otros no tendrán derecho para demandarle su parte proporcional. Cuando por el título originario ó constitutivo de la obligación se hubiera designado partes desiguales á los deudores, art. 691, se debe tener en cuenta para el caso de insolvencia. En las obligaciones mancomunadas sucede lo contrario que en las solidarias, pues en éstas son tantas deudas por entero como deudores existan; en una palabra, todos deben la deuda y hay tantas deudas como deudores, mientras en las mancomunadas se divide la deuda en tantas fracciones, por decirlo así, como deudores.

(Art. 695.) Otra de las consecuencias de la división de la deuda en las obligaciones conjuntas, es que los actos emanados de uno de los acreedores contra uno de los deudores, teniendo por objeto la interrupción de la prescripción, no aprovecha á los otros co-acreedores, ni perjudica á los co-deudores. Son como personas extrañas ligadas solamente por una obligación que en su origen y en sus consecuencias sólo afecta

de los deudores contra los acreedores no aprovechará á sus co-deudores, y la mora ó culpa de uno de los deudores no tiene efecto respecto de los otros (art. 697), á quienes no puede perjudicar.

personalmente á cada uno de los acreedores ó deudores con independencia unos de otros. Así, un acreedor de entre varios que ha interrumpido la prescripción que corría en su contra á uno de entre varios deudores, le aprovecha sólo en la parte que tenía en la deuda; y ese mismo deudor puede prescribirla contra los demás que no la interrumpieron, así como los otros deudores no pueden ser perjudicados por esta interrupción y podrán prescribirla contra el mismo acreedor. La regla de derecho *a personna ad personam non fit interruptio active nec passive*, sólo tienen sus excepciones determinadas en los casos de solidaridad ó de indivisibilidad de la deuda. Los actos de los deudores conjuntos no pueden dañar ni aprovechar á sus co-deudores simplemente mancomunados. Una deuda prescrita que fuera reconocida y pagada por parte de uno de lo co-deudores en nada perjudicaría á los demás, ni la interpelación que el acreedor hiciera á uno de los deudores perjudicaría á los otros. Si A. y B. deben diez mil pesos á E. y sólo ha interpelado á A. dejando cumplir los diez años respecto de B., la interrupción hecha á A. no perjudica á su co-deudor B. quien puede alegar la prescripción; recíprocamente la alegada por B. no aprovecha á A.—FREITAS, art. 981, nos 6 y 7.

(Art. 697.) Otra de las consecuencias de la divisibilidad de las obligaciones conjuntas, es la relacionada con la mora en que puede incurrir uno ó varios de los deudores. La interpelación judicial ó extra-judicial de uno de los acreedores á uno de los deudores, lo constituiría en mora con todas las responsabilidades consiguientes á ese estado, pero no perjudicaría á los demás deudores, ni beneficiaría á los acreedores aun respecto del deudor interpelado. Así, cuando A. y J. han prestado mil pesos á B. y C., si A. interpela á C. cobrándole su parte y lo constituye en mora, ese estado no aprovecha á J. ni perjudica á A. quien no será moroso hasta la interpelación de sus dos acreedores. Así se resolvería en caso de culpa de cualquiera de los deudores en que debieran entregar cosas determinadas en una obligación divisible. Freitas, art. 981, n° 2, expresa mejor la idea al decir: «cada uno de los deudores ó de los co-herederos del deudor que incurriere en falta será el único responsable por las pérdidas é intereses». Aubry y Rau, § 298, letra d, establece el mismo principio sacándolo de un argumento á contrario sensu de los arts. 1205 y 1207 del Código





*La suspensión de la prescripción que tenga lugar por parte de uno de los acreedores solamente, no aprovecha á los otros (art. 696, 1ª parte); porque es un beneficio creado expresamente en favor del impedido de ejercitar la acción, que no puede extenderse á los que han podido interrumpirla, y este derecho concedido á los acreedores pueden alegarlo los deudores, por eso agrega el artículo, y recíprocamente, cuando la prescripción es suspendida (se suspende) respecto de uno de los deudores solamente, la suspensión no puede ser opuesta á los otros (art. 696, 2ª parte);*

Francés. Toda esta materia se ilumina, á nuestro juicio, sometiéndola á la regla dada. El principio de la mora respecto de uno de los deudores no tiene lugar, cuando se produce por el solo vencimiento del plazo, porque entonces todos los deudores serían morosos. La mora es una creación de la ley, no existe de hecho, sino de derecho; el no pago de una deuda en el tiempo estipulado no constituye moroso al deudor, pues no se reputa el plazo vencido sino desde la interpelación, salvo los casos exceptuados.—Comp. FREITAS, art. 981, n° 2, y AUBRY y RAU, § 298, letra d.—Véase arg. de arts. 710 y 714, y arts. 1922 y 3777.

(Art. 696.) La suspensión es personalísima y tiene por causa la imposibilidad de obrar de la persona á quien se favorece. La menor edad de uno de los acreedores, haría suspender en su contra la prescripción y no aprovechará á los co-acreedores mayores; del mismo modo, si la prescripción se suspendiera para uno de los deudores no aprovecharía á los demás. La regla general es que la prescripción corre contra todas las personas y solo por una excepción, sea de incapacidad personal, ó cuando el derecho en virtud del cual se hubiera podido obrar no ha nacido todavía, se concede la suspensión. El efecto de la suspensión es hacer que la prescripción no principie, ó si ha comenzado deje de correr, hasta que haya desaparecido la causa. La interrupción produce el efecto de borrar todo el tiempo corrido, y hacer que vuelva á comenzar desde el momento de la interrupción; mientras la suspensión no anula el tiempo transcurrido, haciendo que desde ese instante no corra hasta que no desaparezca la causa, y uniéndose al tiempo corrido anteriormente. La disposición de este artículo es una repetición de la consignada en el art. 678, apoyada en el art. 981, n° 5 de Freitas.—Comp. TROPLONG, *Prescripción*, n° 700 y sigs. VAZEILLE, *Prescripción*, n° 258.—Véase arts. 678 y 3981 y su nota.

porque cada deudor ó acreedor accionan separadamente, como si fueran deudas distintas; de donde se deduce esta consecuencia importante: *que cuando en la obligación simplemente mancomunada hubiere una cláusula penal, no incurrirá en la pena sino el deudor que contraviniese á la obligación, y solamente por la parte que le corresponde en la obligación (art. 698)*: pero si fuera indivisible tendrá que satisfacerla íntegramente.

(Art. 698.) Si la pena fuera indivisible ó solidaria, se deberá en su totalidad. El caso del artículo se aplica, cuando la pena es divisible, aunque la obligación principal sea solidaria ó indivisible, y con mayor razón si es divisible. Pueden ocurrir tres hipótesis: 1º, que el deudor pueda eximirse de la obligación principal, pagando la pena, lo que sucederá cuando se ha estipulado la cláusula expresamente; 2º, que la pena se haya pactado por el simple retardo; 3º, cuando se ha convenido que el pago de la pena no extinguiría la obligación principal. En todos estos casos se supone la pena indivisible ó solidaria; pues si es divisible no hay caso. En la primera hipótesis, si el co-deudor no cumplió la obligación, pero la extinguió pagando la pena indivisible, ¿qué derecho tendrá contra sus co-deudores á quienes liberta de la obligación? Es necesario distinguir; si todos estaban en mora, ó sólo lo estaba el que pagó la pena, en el primer caso, siendo esta indivisible, los demás co-deudores reglarán sus relaciones entre sí por lo dispuesto en el art. 689, y cada uno abonará su parte según el interés que tenga en la obligación; en el segundo, si los otros co-deudores prefiriesen cumplir por su parte la obligación divisible, nada deberán á su co-deudor. En el segundo, cuando la pena indivisible se hubiere estipulado por el simple retardo, y el deudor requerido pagare toda la pena, puede repetir la parte de los otros co-deudores si todos estaban constituidos en mora, si él fué elegido para el pago, pero no tendrá derecho alguno si él sólo fuera moroso. En el tercer caso, como por el pago de la pena no se extingue la obligación, los co-deudores nada deberán al que la pagó por entero, pero cuando todos estuvieran incursos en la pena y uno de ellos hubiera sido obligado á pagarla, le deberán su parte.

Un ejemplo hará más comprensible. A. y J. han prometido á E. entregar en tal tiempo diez mil pesos, bajo la pena de escriturarle en propiedad la casa calle Piedad, quedando ambos libertados de la obligación. Ejecutada la pena por haberse constituido en mora A., quien entrega la casa libertando á J. y extinguendo la obligación, A. puede



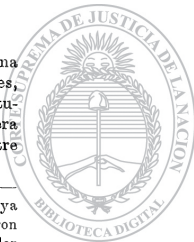


Cuando la obligación mancomunada tenga por objeto una prestación indivisible, como es imposible cumplirla por partes, cada uno de los deudores la debe en su totalidad; pero si estuviere asegurada con una cláusula penal divisible, y se pidiera la pena por la inejecución, se dividirá proporcionalmente entre los deudores.

---

cobrar á J. sólo los cinco mil pesos que debía entregar al acreedor cuya acreencia se ha extinguido; pero si los dos eran morosos y ejecutaron á A., en ese caso J. no debe los cinco mil pesos, sino la mitad del valor de la casa, que puede importar más ó menos. Si la casa fué ofrecida por el simple retardo en cumplir con la obligación y los dos eran morosos debe también la mitad del valor de la casa; pero si J. hubiera pagado su parte y A. no pudiera hacerlo y entregara la casa, no tendrá derecho alguno. Lo mismo se entenderá cuando el pago de la pena no extingue la obligación.—Cons. LAROMBIÈRE, á los arts. 1232 y 1233. DEMOLOMBE, XXVI, n° 696 y sig. COLMET DE SANTERRE, V, 169, *bis* IV. AUBRY y RAU, § 298, letra *j*.

---



## TÍTULO XIV

### DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

#### § 219. — GENERALIDADES

*La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo ó de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores ó á cualquiera de los deudores (art. 699); de donde se dedu-*

(Art. 699.) La obligación llamada por nosotros solidaria, los romanos la denominaban correal, *duo rei stipulandi*, cuando se trataba de acreedores y de *correi promittendi*, cuando se refería á los deudores. El origen de esta palabra, como lo observa Maynz, § 271, nota 4, ha dado ocasión á errores; porque viniendo de la palabra *in solidum*, se ha creído que cuando cualquiera de varios deudores pudiera ser perseguido por el todo, *in solidum*, la obligación era solidaria, cuando hemos visto que esa no es la significación. La obligación mancomunada es solidaria, cuando la prestación puede ser demandada en su totalidad por cualquiera de varios acreedores contra uno ó varios deudores en virtud del título constitutivo de la obligación, ó por disposición expresa de la ley.

La solidaridad es activa, cuando dos ó más acreedores tienen derecho de demandar ó recibir el crédito ó la prestación en su totalidad; pasiva cuando dos ó más deudores tengan obligación de pagar la deuda por entero. Hay solidaridad activa, cuando cualquiera de varios acreedores puede demandar el todo, aunque los deudores no estén obligados sino por su porción viril, y hay solidaridad pasiva, cuando cada uno de los deudores esté obligado al todo, aunque necesiten unirse los acreedores para hacer esta demanda; hay solidaridad activa y pasiva cuando cualquiera de los acreedores puede reclamar el todo de cualquiera de los deudores. La definición de nuestro artículo parece no autorizar sino esta solidaridad, pero el art. 705 las comprende á todas. La solidaridad no es el derecho de cada uno de los acreedores de demandar el total de la acreencia, pues por el contrario, es uno de los efectos, con el que no se debe confundir; es el principio y la causa que lo producen. La solidaridad reposa sobre un mandato reciproco





ce, que la solidaridad se establece por la voluntad de las partes manifestada en la convención ó el testamento, ó por la ley; los jueces no pueden crear la solidaridad, sólo la declaran aplicando la ley.

La solidaridad es activa ó pasiva. Activa, cuando según el título de la obligación, cualquiera de los acreedores tiene derecho para exigir la totalidad de la acreencia; pasiva, cuando dos ó más deudores estuvieren obligados á pagar la totalidad de la prestación, extinguiendo la deuda.

En el derecho romano, la obligación correal se consideraba dividida en tantas obligaciones separadas é independientes según el número de acreedores y deudores, de modo que cualquiera de los obligados que hubiera pagado, la obligación quedaba extinguida para los demás, y el Código ha seguido esta teoría.

La solidaridad reconoce tres fuentes: 1ª, la voluntad de las partes que se manifiesta en el acto jurídico; 2ª, la ley que la impone en ciertos casos, como en la obligación de resarcir el

entre los acreedores ó deudores para pagar ó recibir la totalidad de la prestación. Para que la solidaridad exista es necesario: 1º, que varios estipulen en común; 2º, que la estipulación tenga por objeto la misma cosa; 3º, que se estipule en un mismo título ó que las estipulaciones posteriores se refieran á él ligándose entre sí; faltando cualquiera de estas condiciones, no habrá solidaridad. Si entre los acreedores solidarios hubiere alguno cuya obligación fuera declarada nula, y la anulación parcial no llevase consigo la disminución correspondiente en la obligación, su parte acrecerá á los otros acreedores en la división. Por ejemplo, si en un testamento se legó solidariamente la cantidad de mil pesos á A. y al escribano otorgante, como el legado respecto del escribano es nulo, A. recogerá los mil pesos.

La solidaridad no exige una forma determinada, basta obligarse solidariamente, ó que los deudores se obliguen á pagar el todo á los acreedores ó que éstos tengan la facultad de cobrar el todo á cualquiera de los deudores.—Cons. RODIER, *Solidaridad*, n° 5. DURANTON, XI, 169. FREITAS, art. 1007. Cód. FRANCÉS, arts. 1197 y 1200. AUBRY y RAU, 298 *bis*.—Véase arts. 753, 1081, 1661, 1921, 1945, 2067 y 2281.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 699.*—L. 8, Tít. 12, Part. 5ª.—L. 3, Tít. 2, Lib. 4º, Dig.

daño ocasionado por un delito; 3ª, la sentencia ó decisión judicial, que impropiaamente se indica como fuente, porque la sentencia se reduce á declarar que ha sido convenida en el contrato ó impuesta en el testamento, ó por la ley. Condensando estas ideas dice el (art. 700): *la solidaridad puede también ser cons-*

(Art. 700.) La solidaridad puede ser constituida: 1º, por la voluntad de las partes; 2º, por testamento; 3º, por decisión judicial; 4º, por la ley cuando se trata de los deudores.

Por la voluntad de las partes, cuando se ha convenido expresamente en cualquier forma, ya sea la solidaridad entre los acreedores para exigir el todo de varios deudores; solidaridad de los deudores para pagar el todo de cualquiera de ellos á todos los acreedores; solidaridad de todos los deudores respecto de todos y de cada uno de los acreedores. La solidaridad puede establecerse por acto de última voluntad, ya sea cuando el testador manda pagar una suma determinada á cualquiera de varios legatarios, delo cual tenemos un ejemplo en la ley 24, tratado de los legados, lib. 31, Dig., ya sea cuando el mismo testador manda á sus herederos Ticio y Mevio entregar á Seyo una suma de diez, de que nos presenta otro ejemplo la ley 81 del mismo tratado, lib. 30, Dig.; en el primer caso la solidaridad ha sido creada por el acto de última voluntad en favor de los legatarios, y en el segundo á cargo de los herederos. El Código, siguiendo al derecho romano, reconoce la solidaridad por la sentencia firme, cuando ésta no hace sino declarar el derecho, sin crearlo. La ley 1, tit. 55, lib. 7, Cód. Romano, dice: *si non singuli in solidum... condemnati estis*, admitiendo que la solidaridad podía nacer de la sentencia; mientras no se puede sacar la misma consecuencia de la ley 43, tit. 1, lib. 42, Dig. «Cuando Paulo responde, si varias personas han sido condenadas por el mismo juicio á pagar una suma, no pueden ser demandadas cada una sino por su porción». Girardin y Fozon, anotadores de Savigny, critican el haber colocado las decisiones judiciales entre las causas de la solidaridad producida por la voluntad de las partes; porque aquélla engendra la solidaridad por la sentencia firme sin intervención de los obligados. Maynz, nota 15, § 271, que apoya la doctrina del artículo, enseña, no obstante, en la nota: «en las hipótesis en que se hace entrar ordinariamente en esta categoría,... el juicio, es verdad que más bien demuestra la solidaridad y no la crea; pero se podrían imaginar otras hipótesis en las que la solidaridad nazca del mismo juicio, bien que nuestras fuentes no suministren ejemplos de ello». Todos los autores apoyan esta conclu-





*titudina por testamento, por decisión judicial que tenga cosa juzgada, ó puede resultar de la ley respecto de los deudores.*

*La solidaridad no se presume y para que la obligación sea solidaria es necesario que en ella esté expresa la solidaridad por*

sión.—POTHIER, *Oblig.* 676. SAVIGNY, *Oblig.* 17 al fin. MAYNZ, § 271, nota 15. TOULLIER, IV, n° 2 y 8. DURANTON, XII, n° 5.

Demolombe, XXVII, 17, combate victoriosamente la opinión del artículo diciendo, que la ley no ha comprendido la cosa juzgada entre los modos de extinguirlas obligaciones, y «que, por otra parte, la cosa juzgada cuyo efecto es puramente declaratorio no extingue ni crea obligaciones, sino solamente reconoce su existencia ó su extinción». Soy de opinión, que científicamente puede ser criticado el principio enseñado por el Código, porque las decisiones de los jueces tienen por único y exclusivo objeto resolver las controversias entre las partes, declarando de qué lado está el derecho, sin establecer reglas ni crear ni extinguir obligaciones; en materia criminal, la sentencia no crea la solidaridad entre los que cometieron un delito, sólo aplica la ley que la establece. Ante la disposición clara de la ley, se debe admitir que la solidaridad puede ser creada por la sentencia. Dalloz Recueil, art. 1865, parte 1ª, pág. 379, registra un caso en que la Corte de Apelación de París pronunciaba una condenación solidaria contra un mandatario y la persona que lo había sustituido. La solidaridad, en mi opinión, es una calidad particular de la obligación y no la obligación misma, y los tribunales al declararla, no la crean sino declaran ciertos efectos que se pueden dar á esa obligación.

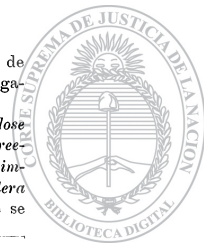
En la solidaridad constituida por la ley, el Código, siguiendo la doctrina francesa, no reconoce ese carácter sino entre los deudores; por consiguiente, no hay solidaridad legal entre los acreedores.—Cons. AUBRY y RAU, § 298, *bis* nota 1ª. DEMOLOMBE, XXVI, 132. FREITAS, art. 1010 no reconoce más solidaridad que la proveniente de la ley y de los actos jurídicos.—SAVIGNY, *Oblig.* 17. POTHIER, *Oblig.* n° 676. DEMANGEAT, II, 260.—Véase arts. 753, 1081, 1661, 1921, 1945, 2067 y 2181.

*Nota del Dr. Velaz Sarsfield al art. 700.*—Savigny, § 17.—Pothier, n° 269,—Zachariæ, § 526, nota 7.—Savigny, en el § citado trata extensamente del efecto de las sentencias absolutorias y del efecto de las sentencias condenatorias. Cuando el juicio sobre el cumplimiento de la obligación se ha tenido con un solo deudor. ó con un solo acreedor, ó cuando el juicio ha sido arbitral, y el condenado no lo obedece, él solo incurre en la pena del compromiso.

*términos inequívocos, ya obligándose in solidum, ó cada uno por el todo, ó el uno por los otros, etc., ó que expresamente la ley la haya declarado solidaria (art. 701); en lo que se diferencia*

(Art. 701.) Cuando por el contrato la obligación fuere divisible en favor de varias personas contra varias otras, los acreedores tienen sólo derecho á su porción viril, y los deudores deben una parte igual; pero esta presunción desaparece cuando las partes han convenido otra cosa, ó si la ley misma supone lo contrario. Así, el efecto ó modalidad de una obligación divisible, que puede ser exigida por uno solo de los acreedores á uno solo de varios deudores, jamás se presume y debe establecerse expresamente y por términos inequívocos; pero no hay palabras sacramentales para dar á la obligación ese carácter, basta expresar que los deudores se obligan *in solidum*, ó cada uno por el todo, ó el uno por los otros, etc. ó de cualquier modo que constare la voluntad de pagar por entero cada uno la deuda. Pero si no ocurre dificultad respecto de la solidaridad pasiva, no sucede lo mismo con la activa contraída al mismo tiempo. Supongamos que A. y B. se obligan á pagar solidariamente diez mil pesos á C. y D.: la solidaridad entre los deudores es inequívoca, cada uno de ellos debe el todo de la deuda; pero la solidaridad activa entre los acreedores es dudosa, y no debe concederse sino cuando expresamente se hubiere estipulado diciendo, que cada uno de los acreedores podría demandar la acreencia de cualquiera de los deudores. Como puede notarse, este artículo y el 699 no hablan sino de solidaridad constituida por la voluntad de las partes y por la ley sin comprender la establecida por decisión judicial. El Código se refiere á la solidaridad activa entre los acreedores en el art. 716, como lo hace el Código Francés en los arts. 1197 y 1200 al que siguió Freitas, en los arts. 1013 y 1016 y se debe tener sumo cuidado al resolver cada cuestión, buscando en la obligación la facultad que los acreedores se hayan dado indistintamente cada uno, para reclamar el todo de la deuda. En las obligaciones mancomunadas la división es la regla, y se debe buscar la manifestación expresa para hacer la excepción. El Código de Chile, art. 1511, dice: «pero en virtud de la convención, del testamento ó de la ley puede exigirse á cada uno de los deudores ó por cada uno de los acreedores el total de la deuda y entonces la obligación es solidaria». No hay solidaridad legal entre los acreedores y debe encontrarse establecida en el título de la obligación; así, los jueces al interpretar la voluntad de las partes, deben buscar la manifestación clara de establecer la solida-





esencialmente de la obligación indivisible, pues la voluntad de las partes es impotente para convertir en divisible una obligación que por su naturaleza no lo es.

*La obligación no deja de ser solidaria cuando debiéndose una sola y misma cosa, ella sea para algunos de los acreedores ó para alguno de los deudores obligación pura y simple, y para otros obligación condicional ó á plazo, ó pagadera en otro lugar (art. 702); y no será exigible para el que se*

riedad. Casos de solidaridad entre los deudores establecidos por la ley, se encuentran en los arts. 1081, 1661, 2067 y 3870; esta solidaridad es impuesta en mira de un interés general y de orden público, no puede ser alterada por la voluntad de las partes; mientras la de los arts. 1945, 2005 y 2281 sólo es en interés del individuo y puede ser modificada por la convención.

La ley 2, tit. 40, lib. 8 Cód. Romano, nos da el ejemplo de dos deudores obligados solidariamente para con un acreedor; y en la ley 11, tit. 2, lib. 45 Dig. son varios acreedores con un solo deudor.—Cons. MARCADE, IV, n° 603. DURANTON, XI, n° 194. DEMOLOMBE, XXVI, 247. FREITAS, art. 1012. AUBRY y RAY, § 298, ter. ZACHARLE, § 526, notas 9 y 10. SAVIGNY, *Oblig.* § 20, letra B.—Véase los artículos citados en el anterior.

(**Art. 702.**) La solidaridad es una modalidad de la obligación que no toca verdaderamente á su fondo; así como la identidad de la cosa ofrecida y el modo como se prometió, no toca á la identidad del objeto. La solidaridad debe estipularse en común, tener por objeto la misma

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 701.*—L. 10, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 2, Tit. 40, Lib. 8, Cód. Rom.—Respecto de los deudores y respecto de los acreedores, L. 11, tit. 2, lib. 45, Dig.—Cód. de Chile, art. 1511,—Cód. Francés, art. 1202.—de Nápoles, 1155,—Sardo, 1232.—Holandés, 1318.

*Faltos de la Crim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 701.*—Sólo puede declararse obligación solidaria la que así resulte de su contexto en términos inequívocos.—Jur. Civ., II, 9.

La solidaridad no se presume; el simple fiador no está obligado al pago mientras no se haga excusión en los bienes del deudor.—Jur. Civ., IV, 175, Sér. 3ª.

El fiador de una obligación no puede ser considerado como deudor solidario, mientras no se haya obligado en ese carácter expreso y categóricamente.—Jur. Com., V. 5, Sér. 1ª.

obligó en estas condiciones, sino cuando la condición se cumpla ó se venza el plazo.

cosa y reconocer un mismo título ó varios que ligándose los unos á los otros formen uno solo por su correlación. La solidaridad estipulada en nada se alterará, porque la obligación sin cambiar en su esencia varíe en sus modalidades, siendo para unos pura y simple, para otros á plazos ó condicionales, ó tengan plazo diferente ó sea pagadera en otro lugar. ¿Qué es una obligación solidaria? Es una obligación mancomunada en que cada uno de los deudores conjuntos se ha comprometido á pagar al acreedor toda la deuda, ó un solo deudor á pagar á cualquiera de los acreedores, ó cualquier acreedor á cobrarla de cualquier deudor. La obligación única se divide en tantas obligaciones cuantos deudores ó acreedores hubiere. Hay unidad é identidad de la deuda, y sin embargo, multiplicidad de obligaciones. ¿En qué se opondría que ese mismo acto fuera para unos convencional y para otros á plazo? Es una misma la obligación en su esencia, aunque unos puedan cumplirla de una manera y otros de otra, sin alterar la naturaleza de la obligación; es una especie de multiplicación de prestaciones, que se consideran con razón independientes unas de otras, aunque ligadas por la misma causa, de tal modo que cumplida por alguno se considera cumplida por todos. No se ataca la unidad de la obligación, cuando A. se obligó solidariamente con J. á pagar á E. diez mil pesos, porque A. deba pagar dentro de 90 días y J. bajo la condición de cuando llegue tal vapor á Buenos Aires ó de que A. pagará la cantidad en el Rosario y J. en Córdoba. Estas modalidades no alteran la obligación; si la condición no se cumple sólo A. abonará toda la cantidad en el plazo estipulado, reglando sus relaciones de derecho con J. respecto á lo que cada uno debió pagar. Con frecuencia la solidaridad se estipula en el mismo título, pero puede hacerse en actos separados, ligándolos de tal modo que vengan á formar uno solo por su conexión. Así, p. e., A. estipula hoy que pagará solidariamente con J. diez mil pesos á C. y sólo él firma la obligación; pero al día siguiente y en documento separado, J. á su vez se obliga á pagar solidariamente con A. los diez mil pesos debidos á C., serán entonces A. y J. deudores solidarios; pero si sin hacer mención del acto se hacen separadamente las obligaciones, no habrá solidaridad entre los co-deudores y aunque el acreedor pueda ejecutar á uno ú á otro, no asistirá otra relación entre ellos que la que hay entre el fiador y el principal obligado. Lo expuesto puede aplicarse á la nulidad ó rescisión de la obligación respecto de uno ó varios de los deudores, y la solidaridad en nada sería atacada respecto de los demás. Supongamos que





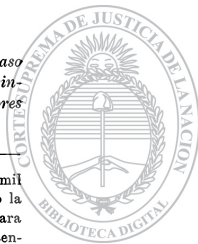
*La obligación solidaria perderá su carácter en el único caso de renunciar el acreedor expresamente á la solidaridad consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores (art. 704, 1ª parte).*

un menor y un mayor contraen la obligación de entregar diez mil pesos: ejecutado el menor, se excepciona anulando á su respecto la obligación, ésta subsiste por entero contra el mayor, quien para reglar sus relaciones de derecho con su co-deudor tendrá que atender al provecho que hubiere recibido con el dinero percibido.—Cons. MARCADÉ, al art. 1202, nº 5: LAROMBIÈRE, II, al art. 1201. DEMOLOMBE, XXVI, 203 y 206. MAYNZ, § 271. AUBRY y RAU, § 298, ter. Cód. DE CHILE, art. 1512. FREITAS, art. 1008.

Cuando A. firmando solo la obligación dijera, me obligo solidariamente con J. á pagar diez mil pesos á C. mientras J. por acto separado y refiriéndose á la obligación anterior prometiera pagar solidariamente con A. solo cinco mil pesos, será co-deudor por esa cantidad; si se objetara que la obligación no era la misma, se podría responder que es una sola hasta los cinco mil, pues en esa esa parte coinciden ambas; y los dos serán deudores solidarios por los cinco mil, mientras A. debería por su parte los otros cinco. No hay, pues, necesidad que cada uno de los deudores deba exactamente la misma cantidad.

(Art. 704.) La obligación solidaria pierde su carácter volviendo á ser simplemente mancomunada, cuando el acreedor ó acreedores hubieran renunciado expresamente á la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores. Y si son varios los acreedores, como cada uno es dueño, por decirlo así, de toda la acreencia, salvo su obligación de reglar sus derechos con sus co-acreedores, la deuda se considerará dividida. La renuncia debe ser expresa según este artículo, pero el siguiente en su última parte autoriza la tácita. El Código no ha decidido la cuestión tan debatida, de cuándo se renuncia la solidaridad sólo en provecho de uno ó de algunos de los deudores. El Cód. Francés, art. 1210, dice, la obligación se considerará solidaria para los otros deudores, «con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad», disposición reproducida por este

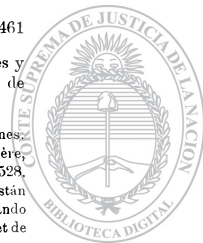
*Nota del Dr. Volez Sarsfield al art. 702.*—LL. 2, 7, 9, 12 y 15, Tit. 2, Lib. 45, Dig.—Cód. de Chile, art. 1512.—Cód. Francés, art. 1201.—de Nápoles, 1154.—Sardo, 1291.—Holandés, 1317.—Maynz, *Dercheo Romano*, § 271.



La solidaridad supone un mandato entre los acreedores y deudores respectivamente, aquéllos para cobrar el todo de

artículo. Los autores más notables sostienen diversas conclusiones. Delvincourt, II, pág. 510. Duranton, XI, n. 224 y 231. Larombière, II, al art. 1210, n. 7. Aubry y Rau, § 298, *ter.* nota 48. Zachariæ, § 528, nota 12, y Massé, V, n. 239, opinan que los deudores solidarios están obligados por el todo, pues el artículo sólo comprende el caso de cuando el deudor ha pagado su parte, libertándose de la solidaridad. Colmet de Santerre, V, 144 *bis*, II, y Demolombe, XXVI, 462 y sig., sostienen que sólo se aplica á la remisión de la solidaridad haya ó no pago. Finalmente, Marcadé, IV, 619 y 620, y Rodier, n. 145, criticando el artículo como contrario á los verdaderos principios de justicia, enseñan que no hay razón alguna para restringir los derechos del acreedor contra los otros deudores.

Veamos las razones de los primeros. El artículo del Cód. Francés (que el nuestro ha tomado literalmente) dicen, se aplica sólo á la renuncia de la solidaridad por el pago ó remisión de la parte del deudor, habiendo dejado de serlo; pero la renuncia por cualquier otra causa en nada ha cambiado la posición de los deudores, que continúan obligados por el todo antes como después, pues el acreedor ha renunciado á demandar el todo al deudor liberado, cuando fuere elegido para el cobro; pero no á los demás por la parte aun no pagada; que el deudor liberado de la solidaridad permanece siempre deudor para responder á los demás por su parte, cuando fueran obligados á pagar el todo: que el acto celebrado con uno de los co-deudores, sin pago ni remisión de deuda, es respecto de los otros co-deudores *res inter alias acta*, y finalmente, que el acreedor tiene derecho para dirigir su acción contra cualquiera de los deudores, y puede renunciar á su voluntad el derecho de ir contra éste ó aquél, sin alterar la obligación de los demás. A esto podría agregar, por mi parte, que nadie negaría al acreedor el derecho de comprometerse con uno de los deudores á no reclamar de él la obligación sino de los otros co-deudores, lo que no importaría extinguir la obligación, que multiplicándose en tantas cuantos son los deudores, en nada les aprovecharía, á menos de extinción total ó parcial. El raciocinio de Demolombe me parece decisivo, la ley dice: «el que ha renunciado á la solidaridad en provecho de uno de los deudores conserva su derecho contra los demás co-deudores con deducción de la parte correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad; luego, pues, la solidaridad de los otros co-deudores es con relación á la parte no renun-

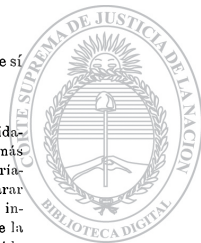


la deuda, éstos para pagarla; pero unos y deben reglar entre sí sus relaciones de derecho.

ciada.» Si hay razón para considerar alterada ó modificada la solidaridad en el caso de pago parcial ó remisión, de modo que los demás co-deudores no deben ya el total de la deuda, no veo por qué no daríamos el mismo efecto á la voluntad del acreedor que ha querido separar al deudor liberado, de la obligación total. El acreedor soportará la insolvencia de ese deudor liberado que ha dejado de formar parte de la obligación solidaria. Pothier, Taullier, Duranton y Zachariæ, así lo enseñan.

Es un principio reconocido de que el acreedor no puede cambiar las relaciones recíprocas de derecho entre los co-deudores solidarios, ni hacer peor la condición de los unos ó mejorar la de los otros, y esto sucedería si renunciando á la solidaridad para con uno, conservarse íntegro su derecho para perseguir á los demás por la totalidad de la obligación. El argumento de mayor fuerza es que la ley no distingue entre la liberación de la solidaridad por causa de pago de la hecha por remisión ó convenio, y cuando se renuncia á la solidaridad para con uno de los deudores, la obligación queda disminuída en la parte correspondiente al liberado. Es cierto que el acreedor puede elegir á su voluntad á cualquiera de los deudores para el pago de toda la deuda, pero también lo es, que si por un contrato posterior él ha alterado esta facultad renunciando en favor de uno á ese derecho, él ha aceptado expresamente en separarlo de la totalidad de la obligación, y no puede accionar contra él por la parte que tenía en la deuda, y solo contra los otros por lo restante.

Renunciar á la solidaridad respecto de todos los deudores, ha dicho la ley que era dividir la deuda entre todos ellos, como en una simple obligación conjunta. ¿Por qué no sería dividir la deuda cuando se ha separado á uno ó dos de los deudores solidarios? El Código se ha inspirado generalmente en el proyecto del Dr. Freitas, y ha debido tener á la vista el art. 1019. «Perderá (la obligación), parcialmente su carácter solidario, si el acreedor renunciare expresamente á la solidaridad sólo en provecho de uno ó de alguno de los deudores.» La solidaridad por lo restante es entonces parcial, pero ha rechazado el art. 1021, «el acreedor que renunciare á la solidaridad en provecho de uno de los co-deudores, recibiendo de él su cuota en la deuda ó haciéndole remisión, sólo podrá demandar á los otros co-deudores con deducción de esa cuota», pues lo ha generalizado, al hablar solo de renuncia.



La solidaridad se conserva en los casos siguientes:

a) *Aunque uno de los acreedores fuese incapaz de adquirir el derecho ó contraer la obligación, ésta no dejará de ser solidaria para los otros. La incapacidad sólo puede ser opuesta por el*

Cuando se han obligado solidariamente Alberto, Julio y Emilio á pagar á Carlos doce mil pesos, si éste por un convenio posterior se arreglase con Alberto para cobrarle únicamente los cuatro mil pesos que le corresponden, la solidaridad respecto de Julio y Emilio sólo comprendería los ocho mil pesos restantes, porque según los términos del artículo, se debe deducir la cuota del deudor dispensado de la solidaridad, y como una consecuencia de este principio, el acreedor soportaría la insolvencia de Alberto, que ha entrado por el convenio á ser deudor particular de cuatro mil pesos. Y esto sucedería, aun cuando el acreedor hubiera convenido con el deudor liberado de la solidaridad el reservarse el derecho de perseguir por el todo á los demás co-deudores.

¿Y qué diríamos respecto de la insolvencia de los otros co-deudores solidarios con relación al deudor liberado? ¿Deberá éste soportarla proporcionalmente en los términos del art. 717? El Dr. Segovia opina que sí, sin dar razón alguna. Es muy dudoso el caso, y me inclino á la negativa, porque el deudor liberado de la solidaridad debe considerarse como simple deudor conjunto, que sólo responde por su parte en la deuda; sus relaciones con los demás co-deudores han quedado rotas, por decirlo así, y si fuera insolvente, esa insolvencia la soportaría el acreedor, como en las obligaciones conjuntas; los que han quedado unidos por el vínculo de la solidaridad por sólo su parte en la deuda, se garanten los unos á los otros; no así el deudor separado. El Cód. Francés, art. 1215, parece resolver la cuestión en el sentido negativo, aunque no lo juzgan así los juristas, mientras el de Chile, art. 1516, la hace soportar á los demás acreedores; Freitas, 1015, 1022 y 1023, sólo dice lo que el art. 717; pero el 1016, n.º 7, limita el derecho del acreedor para hacer convenciones con uno de los deudores, que no les perjudicará si no las han consentido. Por mi parte, creo que habiéndose dividido la deuda y volviendo á tomar la obligación su carácter de simplemente mancomunada para el liberado, la insolvencia debe ser soportada sólo por los deudores solidarios, y no le alcanza al deudor liberado. Casi todos los juristas franceses explican de esta manera el artículo 1215. DELVINCOURT, 510. TOULLIER, VI, 739. DURANTON, XI, 231. POTHIER, *Obl.* 275. LAROMBIÈRE, II, al art. 1215, n.º 2. RODIER,



*acreedor ó deudor incapaz (art. 703.)* Si el deudor hubiere sido capaz cuando se contrajo la acreencia é incapaz de estipular la

138. AUBRY y RAU; 298, ter. nota 45. MOURLON, Rep. II, 1278. Optando en sentido contrario MARCADIÉ, COLMET DE SANTERRE y DEMOLOMBE.

Si el deudor liberado de la solidaridad fuera fiador ó garantía de la obligación, constando así en el título, la renuncia del acreedor en nada disminuiría la responsabilidad de los demás.

(**Art. 703.**) Como la solidaridad multiplica, por decirlo así, las obligaciones, considerándolas separadas é independientes, resulta de ahí que la nulidad ó rescisión pronunciada en favor de uno de los deudores ó contra alguno de los acreedores, no quita la solidaridad respecto de los otros. Si la obligación solidaria es contraída entre varios por una mujer casada sin consentimiento de su marido, y demandada se declara nula la obligación, continuaría siendo solidaria para los demás, y en sus relaciones de derecho entre los deudores, se consideraría este caso como el de insolvencia de uno de ellos, que debe ser soportado por los demás, reclamando sólo aquello que hubiera aprovechado al incapaz. La relación entre los deudores solidarios se funda en un mandato que cada uno se ha conferido, de poder pagar el todo al acreedor, extinguiendo la obligación, con el derecho de reclamar la parte de los demás; en el caso del incapaz, este mandato no puede existir. Por otra parte, no hay razón para que los mayores que contrajeron válidamente la obligación, se aprovechen de un beneficio personal del incapaz, que ha sido protegido especialmente. Si uno de los acreedores fuera incapaz, no creo que los demás acreedores solidarios tengan derecho para oponerse al pago, pues el que paga á un incapaz se reputa que no ha pagado válidamente, salvo su derecho de repetir aquello con que éste se enriqueció; sólo el deudor tendría derecho para defender su interés. Y la prueba de la exactitud de esta conclusión, la tenemos en el art. 1994, que declara subsistente la fianza, cuando la obligación principal se anula por alguna incapacidad relativa al deudor; en el art. 2020, que niega al fiador solidario el derecho de alegar la excepción de incapacidad del principal obligado, y finalmente, el art. 715. El acreedor solidario impúber no se reputa tal, mientras no esté representado por un guardador, y cualquier deudor que le pague no se desobligaría respecto de los demás acreedores. El Dr. Freitas, art. 1009, expresa mejor la idea cuando dice: «No dejará la obligación de ser solidaria aunque uno de los co-acreedores ó uno de los co-deudores tu-





solidaridad, responderá el acreedor por su porción viril, así como á sus co-deudores por la parte que tuviere.

b) *Si renunciare á la solidaridad sólo en provecho de uno ó de algunos de los deudores, la obligación continuará solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad (art. 704, 2ª parte).*

#### § 220.—DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA

La solidaridad entre los acreedores produce los efectos siguientes:

a) *El acreedor, ó cada acreedor, ó los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, ó contra cualquiera de ellos. Si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamar contra los demás (art. 705, 1ª parte);* porque la acreencia se divide en tantas, cuantos son los acreedores ó deudores.

viese incapacidad para adquirir el derecho ó contraer la obligación. La incapacidad de uno de los interesados no influirá sobre la validez de la obligación respecto de los otros.»

Los acreedores solidarios se reputan como asociados que tienen el poder de disponer individualmente de toda la acreencia, y se han investido mutuamente de un simple mandato para demandar, recibir y liberar á los demás deudores; de donde resultan las consecuencias siguientes: que cada acreedor solidario puede exigir la totalidad de la prestación; que cada deudor puede pagar á cualquiera de los acreedores; que la interrupción ó suspensión de la prescripción aprovecha ó perjudica á los demás.—AUBRY y RAU, § 298, *bis*.—Véase arts. 715, 1994 y 2020.

(**Art. 705.**) Dijimos que la solidaridad activa, art. 699, tenía lugar entre los acreedores, cuando cada uno de ellos podía demandar el todo de la acreencia, y este artículo, al suponer que cada acreedor puede exigir el pago de la deuda contra todos los deudores solidarios, ó contra cualquiera de ellos, se refiere á esa solidaridad, lo mismo que á la pasiva, cuando supone que cada deudor puede ser obligado al pago total.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 703.*—Aubry y Rau, § 298, letra a.

(**Art. 704.**) Véase pág. 460.

b) *El deudor puede pagar la deuda á cualquiera de los acreedores, si antes no hubiese sido demandado por algunos de ellos, y*

No debe olvidarse que la solidaridad de los deudores es independiente de la de los acreedores ó vice-versa, como lo expusimos en aquel lugar. Cuando uno de los acreedores solidarios demandase el pago de todos los deudores solidarios, si bien cada uno debe su porción viril, y la acreencia se divide entre ellos, como si fuera simplemente mancomunada, no debe considerarse asíen cuanto á sus efectos, porque todos responderán por el todo, y por la insolvencia de alguno de ellos, lo que no sucedería si fuera la obligación mancomunada, á menos que el acreedor al entablar la petición hubiera renunciado expresamente á la solidaridad. Pueden ocurrir los casos siguientes: 1º, Que el acreedor exija á un solo deudor su parte en la deuda, en cuyo caso la renuncia de la solidaridad respecto al deudor demandado se presume en la parte que le corresponde, si no ha hecho reserva alguna de sus derechos. Es un caso de renuncia tácita, y por consiguiente, ella no puede considerarse tal, cuando hubo reserva. Si en el recibo dado por el acreedor sólo constase que el deudor ha entregado tal suma *por su parte*, como lo supone el art. 1211, Cód. Francés, la renuncia tácita se presupone; no sería lo mismo si recibiendo una parte igual á la que le corresponde al acreedor, el recibo no dijese que era por su parte. Larombière, II, al art. 1211, n° 5, sostiene la opinión contraria, diciendo que la recepción y pago de una porción cualquiera de la deuda, supone el consentimiento en la división de ella. Por mi parte, la considero como una cuestión de hecho, que se resolverá teniendo presente que el Código admite la prueba de haber consentido en la división. 2º, Cuando uno de los acreedores reclamare el todo de uno de los deudores que resultare insolvente, puede demandar á los otros. El hecho de elegir á uno de los deudores solidarios para exigirle el todo, en nada altera las obligaciones de los otros co-deudores; pero sería difícil decidir si el acreedor que ha demandado á un deudor puede abandonar el juicio siguiéndolo contra cualquiera de los otros. La ley 28, tit. 41, lib. 8, Cód. Romano, dice: «ordenamos que de ninguna manera la elección que el acreedor haya hecho de uno de los deudores libere á ninguno de los otros... Y, por el contrario, que el acreedor tenga su derecho en toda su integridad contra los otros, hasta que haya sido completamente pagado», de donde ha deducido Pothier, que el acreedor podía abandonar el juicio y seguirlo contra cualquiera de los otros. Por mi parte, considero una cuestión de procedimiento, y podrá tener lugar, si el demandante llenare todas las condiciones para el desistimiento, y si hubiere demandado, reservándose sus derechos para





*la obligación queda extinguida respecto de todos. Pero si hubiese*

con los demás deudores. Si aun en el caso de tramitarse la acción, le concedemos el derecho de desistir para dirigirse contra cualquiera de los otros deudores solidarios, con mayor razón podrá usar de este derecho cuando el demandado fuera insolvente. 3º, Si de cualquier manera hubiera consentido en la división de la deuda, respecto de uno de los deudores, se entenderá que ha renunciado á la solidaridad con relación á él, y podrá reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor libertado, estando en el caso de la última parte del art. 704 que hemos examinado; es la renuncia tácita de la solidaridad respecto á uno de los deudores, que debe considerarse como la expresa. Demolombe, XXVI, n. 472, trae un ejemplo donde uno de los acreedores da á uno de los deudores el recibo siguiente: «he recibido 4200 francos por la mitad de la suma de 8400, que es el monto de la deuda», habiéndose decidido que no se podía inducir de tal documento que el acreedor hubiera libertado de la solidaridad al deudor. Corte Amiens, 22 junio de 1840. Lo repetimos, son cuestiones de hecho. Freitas determina en los arts. 1013 y 1016 los efectos de la solidaridad activa y pasiva. La parte primera de nuestro artículo es de Freitas, art. 1016, n. 1, y la 2ª, 3ª y 4ª, es de Goyena, art. 1062.—Cons. DEMOLOMBE, XXVI, n. 468 y sig. LAROMBIÈRE, l. c. Cód. FRANCÉS, arts. 1203 y 1204. AUBRY y RAU, § 298, ter. notas 24 y 25, dicen: nada se opone á que el deudor demandado haga intervenir en el juicio á sus otros co-deudores y éstos pueden tomar participación en él»; y debe seguirse esta opinión en vista del art. 715, si las leyes de procedimiento no dispusieran lo contrario.

El Cód. de Chile, art. 1517, trae un caso que puede reputarse comprendido en el artículo que examinamos: cuando se trata de la renuncia de la solidaridad en las obligaciones de tracto sucesivo, como en las prestaciones periódicas de canon, pensión, arrendamientos, etc., entendiéndose que la renuncia sólo comprende lo debido ó devengado, á menos de expresar lo contrario el acreedor.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 705.*—Proyecto de Goyena, art. 1062.—L. S. Tit. 12, Part. 5ª.—L. 2, tít. 40, lib. 8, Cód. Rom.—LL. 3 y 11, tít. 2, lib. 4ª, Dig.—L. 1, § 43, tít. 3, lib. 16, Dig.—Cód. Francés, arts. 1203 y 1204.—Cód. de Nápoles, arts. 1156 y 1153.—Cód. Sardo, arts. 1293 y 1294.—Cód. Holandés, arts. 1319 y 1320.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 705.*—El pago de la mitad de la suma adeudada por dos, solidariamente, no exime al que la pagó de la obligación de pagar la otra mitad.—XXXII, 266.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 705.*—La pena que la





*sido demandado por alguno de los acreedores, el pago debe hacerse á éste (art. 706); esto no impedirá que el acreedor pueda de-*

(**Art. 706.**) Este artículo se refiere á la solidaridad activa y comprende la pasiva, pues cada acreedor puede demandar el total de la deuda de cada uno de los deudores. Cuando se dice, el deudor puede pagar á cualquiera de los acreedores, se supone que los acreedores son solidarios entre sí, como lo explicamos en el art. 699; si no existiera solidaridad sólo se podría pagar á cada uno su parte. La solidaridad entre los acreedores faculta á cada uno para cobrar la deuda en su totalidad, como si fuera el único dueño, sin perjuicio de responder á sus co-acreedores por la parte que á cada uno corresponda y por la cual no tienen sino un poder ó mandato mutuo. De donde resulta esta consecuencia, que si ha cobrado una parte de la deuda de uno de los acreedores, debe hacer participe á sus co-acreedores de la parte correspondiente. Pero se ha suscitado la duda, sobre si cualquiera de los acreedores tendría derecho para tomar su parte del deudor, dándole recibo y dejando á los otros ejecutarla por el resto, de modo que si el deudor cayera posteriormente en insolvencia, sólo la soportarían los que no hubieren sido bastante diligentes. No es dudoso que si el acreedor tiene derecho para recibir el pago total pueda hacerlo por una parte, como lo sostiene Rodiér, n° 10, fundándose en que esta facultad entra en la del mandatario encargado de cobrar una suma de dinero; pero aunque se considere como un derecho ó facultad en cada acreedor solidario para demandar el pago de parte de la acreencia, y jamás como una obligación de la cual deba responder á sus co-acreedores por su negligencia, es necesario reconocer que, cuando cualquiera de ellos ha obrado contra el deudor, no ha podido hacerlo sólo en su propio provecho, y la comunidad de intereses que impone la solidaridad activa, hace partici-

---

ley de sellos impone á cada uno de los firmantes, ó aceptantes de un documento extendido en papel simple, y que debía serlo en el sello correspondiente, es la del decuplo del valor del sello á cada uno de los firmantes, pudiendo serle exigida á cualquiera de ellos, la de todos los que han incurrido en la pena.—Jur. Civ., IV, 120.

El fiador solidario no puede exigir que el acreedor haga excusión en los bienes del deudor.—Jur. Com. III, 374, Sér. 4°.

El firmante de una obligación solidaria, no puede exigir la ejecución del otro firmante.—Jur. Civ., I, 163, Sér. 5°.

La solidaridad no se presume; el simple fiador no está obligado mientras no se haga excusión en los bienes del deudor.—Jur. Civ. IV, 175, Sér. 3°.

El firmante de una obligación solidaria, no puede exigir la ejecución del otro firmante.—Jur. Civ. I, 163, Sér. 5°.

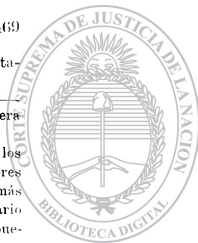
mandar á los otros deudores, desistiendo de la acción entablada.

pes á los demás co-acreedores de las ventajas que uno de ellos hubiera obtenido.

Pagada la obligación por uno de los deudores á cualquiera de los acreedores solidarios, queda extinguida la deuda; pero si los deudores no eran solidarios entre sí, el deudor que ha pagado por los demás puede repetir del que recibió en pago. Como el acreedor solidario tiene la elección para ejecutar á cualquiera de los deudores, éstos pueden libertarse de la obligación eligiendo á cualquiera de los acreedores para hacer el pago, con la única limitación de que, si hubiere sido demandado por alguno de ellos, debe hacer el pago á éste.

La demanda ante juez incompetente ó antes del vencimiento, ó deducida con un defecto legal que la hiciera nula, ¿ligaría al deudor para no hacer el pago á cualquiera de los acreedores? La palabra demanda indica la petición ante la justicia, y no bastaría por nuestra legislación que el acreedor pidiera el pago extrajudicialmente, como sucede en derecho francés, porque *les poursuites* del art. 1198 no significan demanda. LAROMBIÈRE, II, n° 2 al art. 1198. DURANTON, XI, n° 173. RODIERE, n° 14, y DEMOLOMBE, XXVI, n° 164, sostienen que basta cualquier acto haciendo saber al deudor que debe pagar á este acreedor, para que no pueda hacerlo á otro. La demanda ante juez incompetente, ó que fuere desechada por defecto legal, no ligaría al deudor para no hacer el pago á cualquiera de los acreedores, pues legalmente no hay demanda. El deudor puede renunciar al plazo y pagar antes del vencimiento á cualquiera de los acreedores libertándose de la deuda.

Cuando todos los acreedores solidarios hubieran entablado la demanda, como la posición del deudor no ha variado, puede pagar la deuda á cualquiera, pues el artículo habla de la demanda que alguno de los acreedores hubiera deducido, lo que no entra en el caso supuesto. Sucedería lo mismo, si varios de los acreedores hubieran deducido la demanda separadamente, sin que pudiera hacerse constar el tiempo; pero si hubiere sido notificado primero de una demanda no debe hacer el pago al segundo. Si á pesar de la notificación, el acreedor hubiera hecho el pago á otro de los acreedores de todo ó parte de la deuda, no se habría liberado según la doctrina de la ley 16, tit. 2, lib. 45, Dig. aceptada por el Código en este artículo y repetida en el 731, n° 2.—DEMOLOMBE, XXVI, 166, combate vivamente y con buenas razones la contraria opinión de LAROMBIÈRE.—CONS. ZACHARIE, § 537, nota 3 de Massé y Verger. AUBRY y RAU, § 298 *ter.* letra b. MARCADE, IV, al



c) *La novación, compensación, confusión ó remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación (art. 707);* porque siendo

art. 1198. COLMET DE SANTERRE, V, n° 129. FREITAS, art. 1013, n° 3. Cód. de CHILE, art. 1513. GOYENA, art. 1060.

(**Art. 707.**) Este artículo, como los dos anteriores, se refiere á la solidaridad activa y pasiva, y no hay razón para criticar la reunión de ambas solidaridades, pues de otro modo habría podido expresarse que cualquiera de los deudores puede hacer novación con cualquiera de los acreedores.

Pueden ocurrir los casos siguientes: un acreedor contra varios deudores solidarios; varios acreedores solidarios contra un solo deudor; varios acreedores solidarios contra varios deudores también solidarios; legislando este último caso, quedan comprendidos implícitamente los anteriores. Savigny, § 18, *Obl.*, hablando de los medios que pueden extinguir una obligación solidaria, además del pago, los divide en cuatro hechos: 1°, equivalente de pago, como la consignación y la dación en pago de otra cosa en lugar del dinero; 2°, acuerdo de voluntades entre las partes para extinguir la obligación, como la novación, compensación, remisión y transacción; 3°, elementos relativos á la acción ó al procedimiento, como la litis contestación, el juramento decisorio, sentencia arbitral, prescripción de la acción; 4°, hechos accidentales, como la confusión que se opera cuando viene á reunirse en la misma persona la calidad del deudor y acreedor.

Examinemos por nuestro derecho los modos de extinguirse la obligación solidaria. La novación en el primer caso no ofrece dificultad, cuando se trata entre un acreedor y varios deudores solidarios, porque el acreedor ha podido extinguir la deuda anterior creando una nueva; pero la duda viene al espíritu tratándose de varios acreedores que serían perjudicados por la novación operada sin su consentimiento;

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 706.*—Zachariæ, § 527. nota 3.—L. 5, tit. 14, Part. 5ª.—L. 16, tit. 2, lib. 4ª, Dig.—Institut. § 1, tit. 17, lib. 3.—Cód. Francés, art. 1198.—Sardo, 1288.—de Nápoles, 1153.—Holandés. 1315.—Cada uno de los acreedores solidarios, como cada uno de los deudores, es representante y mandatario de los otros. Él, pues, antes de ser demandado, es libre de pagar al acreedor que le agrade, porque cada uno tiene capacidad para recibir el todo. Pero puesta ya la demanda por uno de los acreedores, el deudor podría inutilizar la acción deducida en juicio pagando á otro, pues que el acreedor que lo ha demandado lo ha hecho á nombre y en representación de todos. Véase Marcadé sobre los arts. 1198 y 1200.

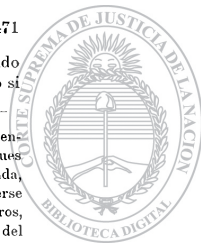


cada uno de los acreedores dueño de la acreencia, ha podido extinguirla con cualquiera de los deudores solidarios; pero si

no obstante, como cada acreedor puede extinguir toda la acreencia, debemos reconocerle el derecho para sustituirla por otra, pues tiene el mismo efecto que si hubiera recibido otra cosa que la debida, como sucede en la *in solutum datio*. Y esta novación puede hacerse ya tomando á uno solo de los deudores solidarios y liberando á los otros, ya un tercero que se sustituya al deudor. Todos los comentadores del derecho francés rechazan la novación como medio de extinguir la obligación solidaria, no sólo Marcadé, como lo dice en la nota el Dr. Velez, sino Duranton, Duvergier, Colmet de Santerre, Demolombe, Larombière, Aubry y Rau, etc., pero Savigny, l. c., la apoya decididamente en derecho romano, fundado en la ley 31, § 1, tit. 2, lib. 16, Dig.

La compensación se puede justificar con mejores razones, porque se trata de una especie de pago. Si Alberto y Julio me deben solidariamente 1000 \$, y posteriormente Alberto viene á ser mi acreedor por los 1000 \$, demandado por el pago total, puede oponerme la compensación, y aunque fuera de suma menor, deberá tenerse en cuenta; pero si yo desisto reservándome mis derechos contra Julio á quien demandando, éste deberá pagar el todo. Este modo de extinción sólo puede tener lugar generalmente entre un acreedor y un deudor, á menos que por cualquiera causa no hubiera un título común á los deudores contra los acreedores.—DEMANGEAT, II, 261 y sigs. DEMOLOMBE, XXVI, n° 192.

La remisión de la deuda que por el derecho francés no comprende sino la parte del acreedor solidario (art. 1198, 2ª línea), el Código Argentino la extiende á todos los acreedores, siguiendo la doctrina de Pothier, Obl. n° 260, n° 4, y de Savigny, § 18, pág. 192. La remisión es el *factum de non pretendo* de los romanos (l. 27, tit. 12, lib. 2, Dig.), por el cual un acreedor se comprometía á no cobrar á su deudor, y como lo hace notar Demangeat, este pacto era *in personam*, cuando se hubiere prometido á una persona solamente el no cobrarle ó remitirle la deuda, era *in rem* cuando se dijera simplemente, le perdono á Alberto la deuda; nuestro derecho no hace diferencia alguna y de cualquier manera que se hubiera remitido la deuda á uno de los deudores solidarios, si no hay reserva expresa en contrario, queda extinguida la obligación; pero la remisión debe ser de toda la obligación, pues, si sólo fuera de una parte, sólo la disminuiría y podría alegarse esta remisión por cualquiera de los co-deudores.



éstos no fueren solidarios la extinción sólo aprovechará al deudor que la ha obtenido, disminuyendo la parte de los demás.

El Código no acepta la transacción como una manera de extinguir la obligación solidaria, porque el art. 853 solo la admite á favor de los que la consenten, separándose sin razón, á nuestro juicio, de la jurisprudencia romana y de Savigny, § 18, Obl., pág. 199, porque cuando uno de los acreedores demanda á uno de los deudores solidarios, entre los cuales se litiga la obligación demandada, si el acreedor recibe tanto por transacción, esta convención, no por ser judicial, deja de anular la relación de derecho que existía entre los demás co-acreedores y co-deudores, l. 28, tit. 4, lib. 2, Cód. Romano. El Código no ha comprendido las acciones referentes al procedimiento, porque no pueden ser dictadas sino por los Estados; así la litis contestación, el juramento decisorio y la sentencia arbitral, están separadas de las leyes de fondo. Hemos dejado para el final la *confusión*; porque persistimos en la opinión manifestada en la nota 115, de la Instituta, considerándola como un error de doctrina, porque ningún Código ni ningún autor la traen como un medio de extinguir las obligaciones solidarias aunque el Cód. Civil Alemán, art. 429, la admite, pero el proyecto la rechaza en el art. 333. Se justifica perfectamente en el caso de un acreedor y un deudor; pero la obligación entonces se considera común y en su ejecución se tiene como indivisible, aunque no lo sea en su esencia. La confusión no puede tener lugar en los casos siguientes: A. y B. son mis deudores solidarios por diez mil pesos; heredo á A. y la obligación no puede considerarse como extinguida, porque la puedo cobrar de B., sin perjuicio de reglar con éste las relaciones de derecho que tenía con mi causante A. Tampoco puede extinguir la obligación cuando A. y B. acreedores solidarios de C. por fallecimiento de éste lo hereda A.; B. puede demandarle el total como tal heredero, sin perjuicio de oponerle su derecho por la mitad de la acreencia; menos aun hay extinción cuando A. y B. son acreedores solidarios de C. y D., en que por fallecimiento de uno de los acreedores hereda uno de los deudores ó vice-versa; la acción quedaría siempre expedita para ejercerla contra los restantes, salvo la facultad de oponer el derecho de su causante como acreedor ó deudor en su caso. Las autoridades que opone el Dr. Velez Sarsfield á todos los Códigos y autores que sostienen lo contrario, se reducen al lib. 3, tit. 29, § 1, Institutas que no viene al caso, pudiendo verse el § 39, tit. 6, lib. 4, que solo habla de la compensación; el Código de Chile, art. 1513, comprende en su segunda



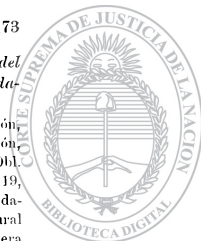
(l) *Si la cosa objeto de la obligación ha perecido sin culpa del deudor, la obligación se extingue para todos los acreedores solidarios.*

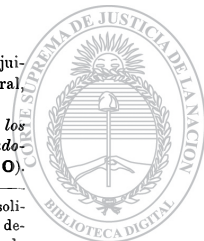
parte la condonación (nuestra remisión), la compensación y novación, sin abrazar la confusión. Goyena, art. 1061, habla sólo de la remisión. Freitas, art. 1013, n° 4, tampoco trae la confusión: Pothier, Obl. n°s 260 n° 4, sólo habla de la remisión, y finalmente. Savigny, § 19, n° 14, Oblig. que dice: «cuando uno de los deudores correales (solidarios) muere y deja por herederos al acreedor común, parece natural decir que la deuda en sí se considera extinguida, como si lo hubiera sido por el pago y que los demás co-deudores se encuentran liberados. Sin embargo, este modo de extinción no toca la existencia de la obligación misma, sino la relación de esta obligación con cierta persona. También es admitido que este acontecimiento no hace salir de la obligación sino á la persona del deudor fallecido; pero que el acreedor puede continuar ejecutando su acreencia contra los co-deudores.» La confusión como modo de extinguir una obligación solidaria operada con uno de los deudores, no tiene apoyo de ninguna especie y se debe considerar como un error. El art. 866 limita los efectos de la confusión á la parte del acreedor ó del deudor, rompiendo, por decirlo así, la solidaridad, dando razón á nuestra crítica, y explicando el presente artículo.—Véase arts. 809, 810, 830, 853, 866, 881, 822, 1614 y 3784.—Comp. la nota del Dr. Segovia con la cual estoy conforme en parte.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 707.*—Los códigos Francés, Sardo, Napolitano y Holandés, disponen que la remisión ó quita de la deuda que no es hecha sino por alguno de los acreedores solidarios, no libra al deudor sino de la parte de ese acreedor. Parece que están conformes en cuanto á la novación y compensación. Las razones que tuvieron los jurisconsultos franceses para no dar ese efecto á la remisión ó perdón de la deuda, fueron, según se ve en sus discursos, que todo acreedor solidario tiene, en efecto, derecho para hacer ejecutar la obligación, pero que la remisión, lejos de ser la ejecución de la obligación, la destruye por un simple acto de liberalidad. Un acreedor y un deudor de mala fe podrían por este medio perjudicar á los otros acreedores, pues les sería fácil suponer una remisión total de la deuda, aun cuando no fuese sino parcial, para sacar ambos provecho de la falsedad. Podría ser además que nada importase el recurso de los acreedores contra el que hubiese hecho la remisión del crédito, porque podría parecer insolvente.

A estas consideraciones puede contestarse que á nadie debe suponerse liberal de lo propio y de lo ajeno, cuando tiene obligación de reintegrarlo: que es más fácil hacer el fraude encubiertamente, dándose el acreedor por recibido de la deuda total, cuando sólo recibe un pago parcial, que hacer un fraude manifestado en la remisión del crédito.

Marcadé, en el comentario al art. 1198 del Cód. Francés, va más allá de los





rios (art. 709), sin dar derecho alguno por los daños y perjuicios; pero si hubiera sido el resultado de un contrato bilateral, se devolverán las cosas recibidas en virtud de él.

e) *Si la cosa ha perecido por el hecho ó culpa de uno de los deudores, ó se hallase éste constituido en mora, los otros co-deudores están obligados á pagar el equivalente de la cosa (art. 710).*

(Art. 709.) Uno de los efectos accidentales de la obligación solidaria es la extinción de la obligación, por haber perecido la cosa determinada sin culpa del deudor. La cosa puede ser divisible cuando son sumas de dinero, ú otras cantidades, ó cuando no siendo fungibles estuvieran comprendidas en un número de cosas iguales al número de acreedores ó á su múltiplo; es indivisible cuando se tratare de una cosa que no admite división, como un cuerpo cierto. Si varios han prometido entregar á dos conjunta y solidariamente los cien mil kilogramos de maíz depositados en tal almacén, si éste se incendiase sin culpa, la obligación se disolvería, devolviendo la recibido por el contrato. Freitas se refiere á la imposibilidad de pago, que abraza un radio de acción más extenso, mientras nuestro artículo habla de cuando «la cosa objeto de la obligación ha perecido», restringiendo la causa de extinción. Nada se dice cuando la cosa hubiese perecido en parte, y en ese caso deben aplicarse los principios de las obligaciones de dar, para constituir derechos reales ó para entregarlas á su dueño según el caso.—Véase arts. 556, 578 al 588, 665, 724, 888 y 895. FREITAS, l. c.

(Art. 710.) En las obligaciones solidarias todos los co-deudores se consideran en relación con el acreedor ó acreedores como constitu-

Códigos citados, y sostiene que ni la novación, ni la compensación, ni la confusión hecha por uno de los acreedores extingue la obligación.

A la autoridad de estos Códigos, podemos oponer la autoridad de Cód. Rom.—Inst. Lib. 3, tit. 29, § 1, y la del de Chile, conformes con nuestro artículo: el proyecto de Goyena, art. 1061, y el de Freitas, art. 1013. En cuanto á los jurisprudencistas, nuestro artículo es conforme á lo que enseña Pothier, n° 260, n. 4. Savigny trata la materia extensamente en el § 18 del *Derecho de las Obligaciones*, demostrando que todos los equivalentes de pago, *datio in solutum*, novación, compensación, remisión de la deuda, transacción, confusión, etc., aceptados por uno de los acreedores, extingue la obligación solidaria.

*Faltos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 707.*—El convenir sobre pagos parciales con el firmante de una letra, no comporta una transacción, ni enerva el derecho de cambiar la ejecución por el todo contra otro de los firmantes.—Jur. Com., VII, 403, Sfr. 4°.

f) *La indemnización de pérdidas é intereses en el caso del artículo anterior, podrá ser demandada por cualquiera de los acre-*

yendo una sola y única obligación: así cuando por falta de uno de ellos la cosa ha perecido, cada uno está obligado solidariamente á pagar el equivalente de la cosa. Sobre esto no hay duda alguna, pues no hay autor que opine lo contrario. Demolombe, XXVI, 342, trae este ejemplo: Pedro y Pablo me han tomado prestado solidariamente mi caballo, el caballo ha perecido por falta ó durante la mora de Pedro: en este estado, ¿cuál es mi derecho, sea contra Pedro sea contra Pablo? Contra Pedro es bien simple... Pablo me debe el precio de la cosa: bajo este punto de vista, él es responsable del hecho de Pedro, pero no me debe los daños é intereses» Respecto de la solidaridad, y por consiguiente, de la responsabilidad de la falta ó de la mora de cualquiera de los co-deudores, todos están contestes y apoyan el artículo. LAROMBIÈRE, II, n° 1, al art. 1205. POTHIER, *Obl.* n° 273. TOULIER, V, 731. DURANTON, XI, n° 217. AUBRY y RAU, § 298, ter. letra D.

En lo que se dividen los autores es en relación á los daños y perjuicios, pero en nuestro derecho no puede haber duda, pues el art. 711 dispone que se deben por cualquiera de los deudores. Freitas, en el art. 1014, n° 1, habla de la imposibilidad de pagar sin culpa del deudor, generalizando el principio, pero vuelve á esta idea en el art. 1017, n° 2, reduciendolo á la imposibilidad del pago en razón de la pérdida de la cosa por culpa de uno de los co-deudores solidarios, haciéndoles responsables por su equivalente, pero la indemnización de las pérdidas é intereses sólo la debe el co-deudor culpable.

La obligación de pagar «el equivalente» en caso de pérdida por culpa de uno de los co-deudores es solidaria, aunque el precio de la cosa sea en dinero, á diferencia de la obligación indivisible, donde deja de serlo en el mismo caso. La obligación indivisible se funda en la naturaleza de la cosa, y cuando perece y se debe su valor, ha desaparecido la indivisibilidad, no así en la solidaria, pues se funda en la voluntad de las partes ó en el mandato de la ley y continúa siendo solidaria.

El artículo no se refiere á la imposibilidad en general, sino á la que proviene por haber perecido la cosa, y tal como se encuentra redactado, encierra la verdadera doctrina jurídica que viene á alterarse, dándole la interpretación de la nota al art. 711.

Quando de dos deudores solidarios el uno fuera á plazo y el otro condicionalmente; p. e., A. y J. se obligan solidariamente á pagar á B. y C., acreedores solidarios, la suma de doce mil pesos, el 1°, á los 60 días,







dores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal (art. 711): porque es uno de los modos de cumplir la

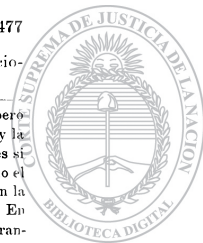
y el 2º, cuando tal condición se cumpliera. Vencido el plazo de A. y ejecutado, los intereses devengados no correrán contra J., pues no puede considerarse moroso; pero realizada la condición suspensiva bastará la interpelación hecha á A. para hacer correr los intereses contra ambos. Si hubiere una pena señalada, ésta se deberá por cualquiera de los co-deudores solidarios.

Los deudores solidarios deberán el equivalente de la cosa perdida por culpa ó mora de su co-deudor: sin embargo, si pudiera probarse que la cosa hubiera perecido en caso de mora aun estando en poder del acreedor, nada debería. Pero todo esto sometido á la interpretación del artículo siguiente, que modifica fundamentalmente la doctrina enseñada por los autores.

(Art. 711.) Los romanistas más distinguidos se encontraban en presencia de estas dos reglas: *alterius factum, alteri quoque necet*; y esta otra, *alterius mora alteris non nocet*, diferencia que Dumoulin había explicado hábilmente: pero que Demangeat (II, pág. 263), rechaza haciendo la diferencia entre el *factum* y la *mora*. Así dice este autor: «cuando la cosa perece por el hecho de alguno de los deudores, los demás quedan obligados, pero si perece por su hecho, después de estar constituido en mora, no está obligado sino el deudor moroso». El Código Francés, art. 1205, tomó el principio enseñado por Dumoulin y copiado por Pothier; de ahí se ha tomado nuestro art. 710. Hacemos esta digresión para conocer el origen de la disposición y poder explicarla en todos sus desenvolvimientos. Nuestro artículo estableció, que si la cosa perecía por el *hecho* ó culpa de los deudores, ó hallándose en mora, los otros co-deudores solidarios estaban obligados á pagar el equivalente de la cosa, mientras el Código Francés dice: «si la cosa pereció por *falta ó durante la mora* de uno de los deudores, etc.», y el Código Argentino «si la cosa pereció por *hecho ó culpa* de uno de los deudores, ó se hallase constituido en mora». La palabra hecho, debe tomarse como *hecho culpable* del deudor.

La disposición del presente artículo tomada aisladamente, daría razón á la crítica del Dr. Segovia. cuando afirma, que sólo se ocupa de la solidaridad activa, porque acuerda á cualquiera de los acreedores el

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 709 y 710.*—L. 32, § 4, Tít. 1, Lib. 22, Dig.—Cód. Francés, art. 1205.—Sardo, 1295,—de Luisiana, art. 1291.—Holandés, 1321.—de Nápoles, 1158.



obligación, pagando los beneficios que ella habría proporcionado al acreedor.

derecho de demandar la indemnización de las pérdidas é intereses: pero debe enlazarse con el anterior, que habla de la solidaridad pasiva, y la crítica entonces no tiene razón de ser. La dificultad á resolver es si los deudores solidarios deben en caso de culpa de su co-deudor, sólo el equivalente de la cosa que ha perecido, según el art. 710, ó también la indemnización de las pérdidas é intereses, como lo dice el artículo. En la nota el Dr. Velez Sarsfield dice que se ha separado del Código Francés y del Chileno, que hacen responsables de los daños y perjuicios sólo al acreedor culpable ó moroso, y que ha seguido á Freitas para establecer lo contrario. Hay un error evidente en la cita de Freitas. Este autor separa la solidaridad activa (entre los acreedores), de la pasiva (entre deudores), en los arts. 1014, nos 2 y 3, 1016 y 1017. Así, cuando varios acreedores solidarios ejecutan una obligación contra varios deudores que no son solidarios, el derecho de cualquiera de los acreedores es contra todos los deudores, y cuando fueren solidarios, contra cualquiera de ellos, y pueden pedir las pérdidas é intereses; pero no en caso de culpa de uno de ellos. Respecto de la mora, los intereses correrán en provecho de todos los acreedores, sin establecer que todos los deudores deben sufrir sus efectos, sino que los intereses que corren contra el deudor moroso, benefician á todos los acreedores solidarios. Esto es lo que establece Freitas en el art. 1014, nos 2 y 3.

Se han tomado los efectos de la solidaridad activa para aplicarlos á la pasiva, y de ahí el grave error en que incurre la nota del Código. Freitas acuerda á cualquiera de los acreedores solidarios el derecho de demandar los daños y perjuicios, lo mismo que la obligación, pero no los confiere derecho contra cualquiera de los deudores en caso de culpa de uno de ellos, por el contrario, en el art. 1017, n.º 2, dice expresamente, en los casos de culpa, los deudores sólo responden «por el equivalente» de la cosa perdida; pero los daños y perjuicios sólo recaerán sobre el culpable. El artículo entendido como lo dice la nota sanciona una injusticia. Desde el derecho romano hasta nuestros días se ha reconocido que no hay justicia en hacer responsable á los deudores solidarios sino por el valor de la cosa perdida, lo que basta para los efectos de la solidaridad, dejando la responsabilidad, sólo al culpable, para indemnizar los daños y perjuicios causados.

El art. 718 habla de la solidaridad pasiva, en que todos y cada uno de los deudores responden por el equivalente de la cosa perdida por culpa ó mora de uno de sus co-deudores; el 711 da derecho á cualquiera



g) *Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores, aprovecha ó perjudica á los demás (art. 713)*; porque se reputa como

de los acreedores (solidaridad activa), para reclamar en el mismo caso las pérdidas é intereses, sin decir una palabra de la solidaridad pasiva; pero uniendo los dos artículos como hay razón para hacerlo, llegaríamos á una conclusión poco jurídica, de que cualquiera de los acreedores podría demandar el equivalente de la cosa perdida, ó los daños y perjuicios de cualquiera de los deudores; consecuencia rechazada por todos los Códigos y autores, y aun por el mismo Freitas, cuya autoridad se cita para defenderla.

La nota del Dr. Velez Sarsfield es generalmente el principal elemento para entender é interpretar una disposición del mismo Código, en los casos oscuros ó dudosos; pues no debemos olvidar que si bien el Código es una ley del Congreso, fué sancionado sin discusión tal como lo presentó el Codificador; por esa razón me inclino á creer que los daños y perjuicios causados por el deudor solidario, se deben por los demás co-deudores. Convendría, no obstante, aclarar el artículo en el sentido de la justicia, siguiendo la doctrina enseñada por todos los Códigos y autores.—Cons. LAROMBIÈRE, II, al art. 1205. MARCADÉ, al art. 1205. POTHIER, *Obl.* I, n. 173. DEMANGEAT, II, pág. 262, TOULLIER, VI, n.º 731. DURANTON, XI, n.º 217. AUBRY y RAU, §. 298 letra d. COLMET DE SANTERRE, V, n.º 139, al art. 1205. DEMOLOMBE, XXVI, 344, es el único autor que sostiene la doctrina del artículo.

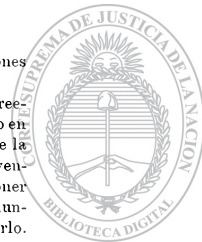
(**Art. 713.**) La ley romana dice: «Una deuda es debida solidariamente á varios acreedores por varios deudores, ó á un acreedor por

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 711.—Cód. Francés, art. 1205.—El Cód. de Chile, art. 1521, dispone que la acción de perjuicios á que dé lugar la culpa ó mora de algunos de los deudores, no podrá ser intentada por el acreedor, sino contra el deudor culpable ó moroso. Lo mismo el proyecto de Goyena, art. 1065, á no ser que hubiese estipulado expresamente que en el caso del artículo la responsabilidad debiera ser solidaria. Igual doctrina enseña Marcadé sobre el artículo 1205. Pero, sin embargo, establecemos lo contrario, siguiendo á Freitas, porque la obligación de satisfacer los perjuicios en el caso de la inajecución de la obligación es de ley, según lo hemos también establecido. Esa obligación sucede á la obligación primitiva en su importancia y carácter sin necesidad de convención especial. No debe olvidarse tampoco el principio de que los deudores son mutuos mandatarios y representantes los unos de los otros, lo que en tantos casos les es muy favorable. Deben, pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario. *Plures eadem actionem habentes unus loco solut.*



una sola deuda cuando se exige de uno solo; cualquier circunstancia que la modifique ó altere, queda modificada para los demás.

varios deudores solidarios, ó varios acreedores tienen un deudor común por la misma deuda; algunos de los deudores reconocen la deuda respecto de alguno de los acreedores, sea pagándola, sea de otra manera suficiente para interrumpir la prescripción... se dudaba si era permitido á aquellos deudores que han pagado la deuda común de perseguir á los otros en razón de la porción de la deuda pagada por ellos... ó si la prescripción se interrumpía igualmente respecto de los otros que no habían reconocido la deuda... pensamos que la equidad exige que cuando la prescripción ha sido interrumpida respecto de uno ó de algunos de aquellos que están obligados por el mismo contrato, se juzga que debe ser interrumpida respecto de todos en el caso en que exista uno ó varios deudores.» L. 5, tit. 40, lib. 8, Cód. Romano. La importancia de esta ley respecto al caso del artículo, nos ha hecho transcribirla, para mostrar la sabiduría de la legislación romana considerada como la razón escrita. El artículo que examinamos comprende la solidaridad activa y la pasiva, pues ordena que cualquier acto de uno de los acreedores solidarios contra uno de los deudores solidarios, interrumpe la prescripción en beneficio de sus otros co-acreedores, y en perjuicio de los co-deudores. Pero cuando hay varios acreedores y deudores es necesario que la solidaridad exista activa y pasivamente; porque si fuera sólo activa, como si A. y B. pudieran cobrar toda la deuda cualquiera de ellos, de los deudores conjuntos C. y D. ó de cada uno de ellos por su porción, ó en el caso inverso, la interrupción de la prescripción contra C. no perjudicaría á D. Haremos notar que el artículo sólo habla de los actos de los acreedores solidarios contra cualquiera de los deudores solidarios, sin legislar sobre los ejecutados por los deudores solidarios; p. e., si corriendo la prescripción, uno de los deudores ha reconocido nuevamente la deuda, esa interrupción; ¿perjudica á los otros co-deudores que no han cumplido el tiempo de la prescripción? La ley citada resuelve la cuestión afirmativamente; pero si la prescripción estuviese adquirida, ¿puede renunciarla uno de los deudores solidarios perjudicando á los demás, y haciendo aprovechar á todos los acreedores solidarios? Debemos distinguir: la renuncia del deudor á la prescripción adquirida en favor de un acreedor aprovecha á los demás co-acreedores solidarios; en esto están contestes los autores. Larombière. II, n° 2, al art. 1199. Vazeille Presc., n° 236. Demolombe, XXVI, n° 169, porque cualquier beneficio en favor de uno aprovecha á los demás, pues la obligación es



Esta idea no contradice la que supone tantas obligaciones cuantos deudores hubiere.

La solidaridad se funda en un mandato mutuo que los acreedores ó deudores se han conferido para cobrar ó pagar; pero en realidad ni los acreedores son dueños cada uno de ellos de la acreencia, ni los deudores lo son del total, á menos de convenición especial: por esa razón los acreedores no deberían disponer de la acreencia como de cosa propia, remitiéndola á su voluntad; pero el Código así lo ha dispuesto y debemos obedecerlo.

## § 221 — DE LA SOLIDARIDAD PASIVA

La solidaridad pasiva consiste en la obligación que varios

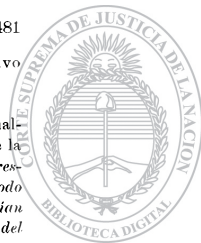
una; pero no puede perjudicar á los co-deudores que podrían oponer la prescripción.—*POTHIER, Obl.*, n° 665. *TROPLONG, Presc.* II, n° 669. *MASSÉ y VERGER* sobre *ZACHARIE*, § 528; nota 6. *MARCADE*, al 1250, n° 3.

Con relación á esta cuestión de tanta importancia debo hacer notar, que si corriendo la prescripción, pudo ser interrumpida por un reconocimiento cualquiera del deudor, en perjuicio de sus co-deudores solidarios, es porque no había derecho adquirido y á nadie perjudicaba; pero una vez cumplida, no puede interrumpirse, lo único que podría hacer es renunciarla en su propio perjuicio.

La suspensión es un beneficio personal acordado á ciertas personas y no puede tener lugar en este caso; pero como se verá más adelante, art. 715, sólo pueden deducirse las excepciones comunes á todos, y las personales al demandado, art. 3981. *Larombière*, al art. 1199, n° 3. *Duranton*, XI, n° 180, opinan que la suspensión aprovecha á los co-acreedores solidarios.

Cuando uno de los deudores solidarios hubiere fallecido dejando varios herederos, la interrupción de la prescripción contra uno de ellos no perjudica á sus co-herederos, y del mismo modo, la demanda entablada por uno de los herederos del acreedor solidario contra uno de los deudores no interrumpe la prescripción en favor de sus co-herederos, art. 3995. La solidaridad se rompe en relación á los herederos del deudor ó del acreedor solidario.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 713.*—L. 5, tit. 40, lib. 8, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1109.—Cód. Sardo, art. 1289.—Cód. de Nápoles, art. 1152.—*Zacharie* ha tratado extensamente la materia de este artículo en el § 528, nota 6.



aceptan de pagar cada uno la totalidad de la prestación, salvo su derecho para reclamar de sus co-obligados.

La solidaridad pasiva produce estos efectos:

a) El acreedor ó acreedores pueden reclamar contra cualquiera de los deudores ó contra todos juntos el pago total de la deuda, y *pueden exigir la parte que á un solo deudor corresponda. Si hubiesen reclamado sólo la parte, ó de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrían reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad (art. 705, 2ª parte);* porque habiendo renunciado á una parte, ha disminuído por propia voluntad el valor de la acreencia, y no puede reclamarla totalmente.

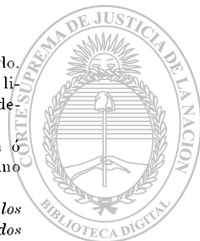
b) Los deudores ó cada deudor responden á los acreedores ó á cada acreedor de la solvencia de los co-deudores, de modo que aun en el caso de insolvencia de uno ó de varios de éstos, los solventes responden por los insolventes.

c) Los acreedores ó un acreedor que hubiere recibido la parte correspondiente á uno de los deudores, podrá exigir lo restante de la acreencia de cualquiera de los otros.

d) *Si falleciere alguno de los acreedores ó deudores, dejando más de un heredero, cada uno de los co-herederos no tendrá derecho á exigir ó recibir, ni estará obligado á pagar sino la cuota que le corresponde en el crédito ó en la deuda, según su haber hereditario (art. 712);* pero el acreedor ó acreedores pueden deman-

(Art. 712.) Cuando alguno de los acreedores ó deudores solidarios hubiere fallecido dejando más de un heredero, la solidaridad de la obligación no desaparece, pues si hay otros acreedores solidarios, pueden exigir la obligación total, como si hay otros deudores solidarios podrían ser demandados por el todo de la obligación. La división de la acreencia ó de la deuda entre los herederos para el caso en que quisieran proceder cada uno por sí, ó ser ejecutados separadamente, no impide que todos los herederos del acreedor fallecido, puedan intentar conjuntamente contra cualquiera de los deudores solidarios el pago de toda la deuda; como no exonera á los herederos de uno de los deudores solidarios el ser demandados todos por el total de la obligación del causante.

(Art. 705.) Véase pág. 465.



dar toda la deuda de la testamentaria del deudor fallecido.

e) Cada uno de los deudores puede pagar toda la deuda, libertando á los demás co-deudores, sin que el acreedor tenga derecho para dividirla.

f) El pago, la novación, la compensación, la confusión ó remisión que uno de los acreedores hubiere efectuado con uno de los deudores, extingue la acreencia.

g) *La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos (art. 714.)*

La ley tiene por objeto no sólo el determinar las relaciones de derecho de los herederos entre sí, como lo suponen algunos, sino también las relaciones que como herederos del acreedor tienen con el deudor solidario, ó como herederos de éste con el acreedor solidario. Así, por ejemplo, Alberto y Julio contraen la obligación solidaria de entregarme diez mil pesos; si fallece Alberto dejando dos herederos, cada uno de ellos es sólo deudor de la mitad, y sus relaciones conmigo se regularán de esta manera, ó ejecutaré á cada uno por la mitad ó á los dos conjuntamente por el todo, ó á Julio por el todo. Y en este artículo, como en los anteriores, hay cierta confusión, pues ha tomado de Freitas el n° 2, art. 1013, que corresponde á la solidaridad activa, para unirlo con el inc. 3° del 1016, correspondiente á la solidaridad pasiva, y se ha producido cierta obscuridad, por no haberlas separado como hacen todos los Códigos.

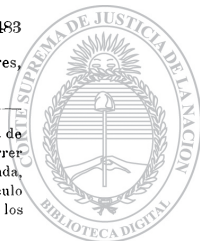
Cuando la sucesión se hubiera dividido, el acreedor ó acreedores solidarios deberán averiguar la parte de cada heredero, porque según sea, podrá demandar á cada uno de ellos.

La obligación se divide entre los herederos del deudor sin perder su solidaridad para demandarla por el total contra los otros deudores, ó para demandarla contra todos los herederos del fallecido.—Cód. DE CHILE, 1523. FREITAS, arts. 1013, n° 2 y 1016, n° 3.—Comp. art. 675.

Freitas agrega: «á menos que la deuda sea indivisible.» Y nuestro Código lo ha suprimido con razón, para no confundir la solidaridad con la indivisibilidad.—Véase art. 731, n. 4, y 3995.

(**Art. 714.**) El presente artículo se aplica sólo á la solidaridad pasiva, dejando por resolver las relaciones de los acreedores conjuntos: p. e. si A. y B. son acreedores conjuntos no solidarios, sólo podrán

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 712.—Véase al art. 688.*



h) Interrumpida la prescripción contra uno de los deudores, queda interrumpida para los demás.

demandar los dos de C. y D., deudores solidarios, toda la deuda de cualquiera de ellos; pero si B. pide sólo intereses de D., ¿los hará correr contra C.? No, seguramente, porque B. sólo tiene la mitad de la deuda, y su interpelación no puede beneficiar á su co-acreedor. El artículo está concebido en términos generales y nos autoriza á aplicarlo en los casos de solidaridad activa y pasiva.

La palabra demanda no indica hacerla ante el juez, basta la interpelación en cualquiera forma, para surtir todos sus efectos, art. 509.

El artículo ha sido tomado al pie de la letra del 1207 del Francés, y algunos de sus comentadores creen que sólo se aplica cuando en la obligación se hubiere estipulado intereses, pues únicamente así podría demandarlos. Demolombe, XXVI, n° 349, opina que son los intereses provenientes de la mora, determinados de antemano por la ley como una especie de cláusula penal á que están sujetos todos los deudores solidarios; pero olvida que para hacer incurrir en mora al deudor, es necesario pedirle el cumplimiento de la obligación, á menos de estipulación contraria ó en los casos del art. 509; y si no lo ha sido, la demanda sólo comprenderá los intereses convenidos ó los legales; porque el art. 622 los hace correr desde la demanda, y pedidos por uno de los acreedores solidarios á uno de los deudores solidarios constituido en mora, los hace correr contra todos los co-deudores. Pero cuando uno de los deudores es á plazo y el otro condicional, ¿desde cuándo corren los intereses? ¿Hay efecto retroactivo? Lo equitativo sería hacer correr los intereses desde el vencimiento del plazo ó de realizada la condición, reconociendo la gravedad y peso de la doctrina contraria. De esta opinión son Colmet de Santerre, V, n° 141 *bis*, y Demolombe, XXVI, n° 354. Cons. Marcadé, al art. 1207.—Véase art. 702.

Freitas, 1014, n° 3, hablando de la solidaridad activa dice: «los intereses de la mora correrán en provecho de todos los acreedores, aunque la mora haya sido provocada por uno de ellos», y en el art. 1017, n° 3, hablando de la solidaridad pasiva agrega: «los intereses de la mora, aunque la acción haya sido propuesta sólo contra uno de los co-deudores, recaerán sobre todos los otros co-deudores», y así debe entenderse nuestro artículo, porque son los intereses de la mora ó los pactados en la obligación de los que se habla.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 714.—Udd. Francés, art. 1207.—Marcadé*

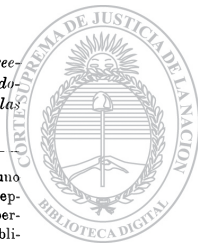


i) *Cada uno de los deudores puede oponer á la acción del acreedor todas las excepciones que sean comunes á todos los co-deudores. Puede oponer también las que le sean personales, pero no las que lo sean á los demás deudores (art. 715.)*

(Art. 715.) Se habla de la solidaridad pasiva, y cuando uno de los deudores solidarios es demandado puede oponer las excepciones siguientes: 1º, las comunes á los demás co-deudores; 2º, las personales al demandado; 3º, las que resulten de la naturaleza de la obligación. No podrá oponer las excepciones meramente personales á los otros co-deudores.

El artículo fué tomado del 1297 del Cód. Francés, suprimiendo la parte referente á las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, que examinaremos comprendiéndola entre las comunes á todos los co-deudores. Freitas, art. 1017, n° 6, habla de las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación y las comunes á todos los co-deudores. ¿Se confunden las excepciones comunes con las provenientes de la naturaleza de la cosa? En sus efectos sí, pero no en su origen. Las excepciones que miran á la naturaleza del contrato, como la falta de causa, la causa ilícita, la falta de objeto, la ausencia de las formas esenciales, la de ser prohibidas por las leyes ó contrarias al orden público ó buenas costumbres, se refieren á la obligación misma y pueden ser alegadas por cualquiera de los deudores solidarios, como excepciones que existían al formarse la obligación; pero la novación, el pago, la remisión, la pérdida de la cosa y la prescripción son causas posteriores á la constitución de la obligación, y si bien son comunes á todos, son personales, es decir, *in personam*, mientras en las otras son *in rem, rei coherentes*. Esta diferencia es meramente doctrinaria. Con relación á la remisión de parte de la deuda, ó á la confusión operada con alguno de los deudores, si bien pudieran llamarse meramente personales al deudor, sin embargo, las colocamos entre las comunes á todos. Cuando el acreedor ha remitido su parte de la deuda á uno de los deudores, ha disminuído la obligación en esa parte, y si quisiera ejecutarla en su totalidad, podría oponérsele la parte remitida: pues si por el hecho de librar de la solidaridad á uno de los deudores no podía reclamar la deuda sino con disminución de la parte del libe-

funda la razón de este artículo en el principio de que cada uno de los deudores es mandatario de los otros, y si ha habido mora en el cumplimiento de la obligación basta hacer la interpelación judicial á uno de los deudores.



j) Cuando la cosa ha perecido sin culpa de uno de los deudores, la obligación queda extinguida, pero si lo fué por culpa, los otros, deben pagar el equivalente ó las pérdidas é intereses.

rado, con más razón producirá este efecto cuando ha recibido el pago de la parte de uno de ellos, porque la remisión importa el pago. Con la confusión resultará lo mismo, se disminuirá la parte del acreedor á quien el deudor hubiere heredado. — DEMOLOMBE, XXVI, n° 383. LAROMBIÈRE, II, nos 2 y 311, art. 1207.

En cuanto á la compensación, como los demás deudores no pueden prevalerse de lo debido por el acreedor á uno de ellos, no podrán alegarla, mientras exista como un derecho á hacerse declarar por la justicia, á menos que el deudor mismo entregase al demandado el título de su crédito para alegarla; pero si ha sido declarada ya, pueden oponerla, porque equivale á un pago que entra en la categoría de las excepciones comunes, art. 830. Además de las excepciones comunes, el deudor solidario puede oponer las excepciones personales, es decir, no las inherentes á su persona, sino las que les corresponden exclusivamente; así, las referentes al modo de contraer la obligación, como la condición ó plazo, los vicios de su consentimiento, por error, dolo ó violencia, etc.; las relativas á su capacidad personal, por ser menor, interdicto, mujer casada; sea en cuanto á la existencia de ciertos medios para extinguir la obligación, como la compensación. No se deben confundir estas excepciones puramente personales al deudor con las otras, que son diversos modos de extinguir la obligación, como el pago, la novación, etc., que si bien han tenido lugar con uno de los deudores, afectando ó modificando la obligación, á todos corresponde alegarlas.

Las excepciones puramente personales á uno de los deudores, como en el caso de fuerza ó error, etc., no pueden ser alegadas por los otros, y si uno de ellos ha obtenido la declaración de nulidad de la obligación á su respecto, esta nulidad en nada puede aprovechar á los demás. Sin embargo, las opiniones se dividen á este respecto. Rodière, *Obl.* n° 77, opina que el co-deudor solidario puede hacer disminuir la deuda en la parte que corresponde al deudor liberado; mientras Larombière, II, n° 10 al art. 1208, sostiene que el acreedor puede cobrar el todo de otro deudor. Demolombe, XXVI, n° 387, opina que es cuestión de interpretación de la voluntad. Pongamos un ejemplo: Alberto y Julio se han obligado solidariamente á pagar mil pesos: demandado Julio rechaza la acción alegando su menor edad. ¿Podrá demandarse á Alberto





La solidaridad pasiva comprende los casos de insolvencia ó de imposibilidad de pago de uno de los deudores, porque la obligación permanece inalterable para los demás co-deudores; del mismo modo, en nada aprovechará ni perjudicará las condiciones ó modalidades concedidas ó impuestas á uno sólo de los deudores; así, unos podrían ser deudores solidarios bajo condición, sin alterar la solidaridad de los demás.

La solidaridad pierde su carácter de hacer exigible la prestación contra cualquiera de los deudores, cuando el acreedor la renuncia expresamente, consintiendo en dividir la deuda.

#### § 222. — DE LAS RELACIONES ENTRE LOS ACREEDORES Y DEUDORES SOLIDARIOS

Las relaciones entre los acreedores y deudores solidarios se regularán del siguiente modo:

— toda la suma? Si Alberto sabía que Julio era menor de edad, desde luego conocía que no podía contar con hacerle entregar su parte, y ha consentido en responder por el todo, debiendo culparse á sí mismo de la falta; pero si, por el contrario, ignoraba esa circunstancia y era conocida del acreedor, sería equitativo deducirse la parte del deudor liberado. En el caso de violencia del acreedor contra uno de los deudores solidarios, esta decisión sería más justa y conforme á los principios. Pero por nuestra legislación, en presencia del art. 703 que declara la solidaridad de la obligación para con los demás, á pesar de la incapacidad de uno de los co-deudores, que prohíbe á los otros oponer esa incapacidad para anular ó hacer disminuir la obligación, creo con Larombière que el acreedor puede cobrar el todo del otro deudor.—Cons. COLMET DE SANTERRE, V, n° 142 *bis* y sig. LAROMBIÈRE, l. c. DEMOLOMBE, XXVI, n° 387. AUBRY y RAU, § 298, *ter.* n° 2.

El Dr. Llerena parece confundir las excepciones comunes á todos los deudores, cuando pone entre éstas los vicios de error, dolo, intimidación, etc., que sólo en rarísimos casos pueden serlo, pues, generalmente son propios de determinados deudores. Las excepciones comunes son, como lo dijimos, las que nacen de la naturaleza de la obligación y de los actos posteriores destinados á extinguirla.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 715.*—L. 10, tít. 2, lib. 45, Dig.—Cód. Francés, art. 1208.—Cód. Holandés, art. 1327.—Cód. Sardo, art. 1297.—Cód. de Nápoles, art. 1151.

a) Los acreedores solidarios tendrán en la acreencia la parte señalada en la convención. y si no se hubiere estipulado, tendrán una parte igual, de modo que, *el acreedor que hubiese cobrado el todo ó parte de la deuda, ó que hubiese hecho quita ó remisión de ella, queda responsable á los otros acreedores de la parte que á éstos corresponda. dividido el crédito entre ellos (art. 708.)*

(Art. 708.) Cuando la solidaridad es entre los acreedores, puede ocurrir que uno de ellos hubiere recibido el todo ó parte de la deuda, ó hecho remisión de todo ó parte de ella; en estos cuatro casos, el acreedor responde á sus co-acreedores de la parte que les correspondía. La regla general en las obligaciones conjuntas mancomunadas es, que cada acreedor tiene una parte igual en la acreencia, si en el título de la obligación ó en la causa que las produjo no constare lo contrario. La solidaridad agregada á la obligación conjunta, es un accidente que en nada altera la relación de derecho entre los acreedores ó deudores. La solidaridad es necesario imponerla expresamente, es el efecto de un acto jurídico, no se presume ni para los acreedores entre sí (solidaridad activa), ni para los deudores (solidaridad pasiva) y las relaciones de los acreedores entre sí en nada influyen sobre las de los deudores. La presunción de que cada deudor ó cada acreedor tiene una parte igual en la acreencia ó en la deuda, se extiende á toda obligación mancomunada, aunque sea solidaria.

Las relaciones de derecho entre los acreedores son las de los socios ó mandatarios entre sí, y por esta razón se ha admitido la división de la deuda y la consiguiente responsabilidad. Si el acreedor recibió una parte, aunque fuera la que le correspondía, debe dividirla con sus co-deudores, como si hubiese recibido el todo. En el caso de remisión ó condonación de una parte, la deuda queda reducida á lo restante; pero en el del perdón de toda la deuda, se considera extinguida la obligación, y el acreedor debe la parte de los otros como si hubiera sido pagada. Todos los Códigos, con excepción del de Chile, art. 1513, y el proyecto del Dr. Freitas, art. 1013, nº 4, que lo siguió, han limitado la facultad de perdonar sólo á la parte que el acreedor tiene en la obligación, pues no debe disponer de lo ajeno. Si la ley da derecho á cada acreedor para cobrar toda la deuda, es porque se reputa que cada uno procede por sí y como mandatario de los demás, y debía estar en armonía con las facultades que se dan generalmente á los mandatarios; pero ¿qué responsabilidades tiene el acreedor que



b) *La obligación contruida solidariamente respecto de los acreedores, se divide entre los deudores, los cuales entre sí no están obli-*

hace novación con uno de sus deudores, renunciando á las garantías ó fianzas? ¿Cuáles son respecto del plazo? A. y J., p. e., acreedores solidarios por diez mil pesos que deben solidariamente á B. y C., por una obligación que vence el 15 de agosto de 1893; A. nova la obligación con C. únicamente, prolongando el plazo por 90 días más. La obligación primitiva se ha extinguido, como si hubiera sido pagada en su totalidad, y J. como B. no tienen derecho ni obligación. Parece natural que A. entregue á J. la parte correspondiente, vencido el 15 de agosto, porque la obligación se ha extinguido. En cuanto á la compensación de todo ó de parte de la obligación, como es una forma de pago, la relación entre los acreedores deberá reglarse como en los demás casos; no así en la confusión que se operase por haber heredado A. á su deudor C., pues la obligación no se extinguiría sino por la parte correspondiente á A. para con su deudor, y no á la de su otro co-acreedor con relación al otro deudor, art. 866.—Comp. TOULLIER, VI, art. 729. LAROMBIÈRE, II, n° 20, al art. 1197. DELVINCOURT, II, pág. 502. ZACHARLE, § 527, y la nota 14 de MASSÉ y VERGER. DURANTON, XI, n° 170 á 173. SAVIGNY, § 23, *Obl.* AUBRY y RAU, § 298, *bis*, nota 13.—FREITAS, arts. 989 y 1015.—Véase lo dicho en los arts. 689 y 717.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 708.*—Existe, dice Savigny, § 23, una cuestión muy debatida entre los juriconsultos referente á la obligación solidaria, tanto respecto de los acreedores, como respecto de los deudores. Cuando uno de los acreedores solidarios ha recibido la totalidad de la deuda, ¿está obligado á dividir con sus co-acreedores lo que se le hubiese pagado? Cuando uno de los deudores solidarios ha pagado el todo, y con su prestación ha puesto fin á la obligación, ¿puede exigir que sus co-deudores le indemnizen cada uno por su parte? Como la obligación es solidaria, el acreedor ha recibido lo que á él se le debía, el todo del crédito, y el deudor ha pagado todo lo que él debía, el total de la deuda. Entre los juriconsultos romanos había divergencia de opiniones. Entre los glosadores, las opiniones se han dividido aún más, y esta controversia existe hasta la época actual, y aun ha tomado mayor extensión: Savigny, discutiendo la materia por todos los principios de las obligaciones, y por el carácter que en la obligación solidaria toman los acreedores y deudores, dice que unos y otros no podrían librarse de las acciones que en los diversos casos podrían ejercer los acreedores y deudores. Ya la acción *pro socio*, ya la acción *negotiorum gestorum*, ya la acción de mandato, como que unos y otros son representantes y mandatarios de sus co-acreedores, co-deudores, ó comuneros de lo que se ha recibido. La cesión de acciones es otro medio que tendría el deudor para hacerse indemnizar de lo que hubiese pagado por los otros deudores. Como decía



gados sino á su parte y porción (art. 716), salvo lo que resultare de la convención, que será la regla.

(Art. 716.) Este es un caso de solidaridad activa, y cuando varios deudores conjuntos se hubieran obligado á pagar el todo á cualquiera de los acreedores, uno de éstos no podrá demandarla sino de todos los deudores juntos, ó de cada uno de ellos por la parte viril que tenga en la deuda, si es que del título mismo no resultare la parte que cada uno tiene. A. y B. se obligan conjuntamente, p. e., á pagar mil pesos á C. y D. pudiendo cualquiera de éstos recibir ó cobrar el todo de la deuda.

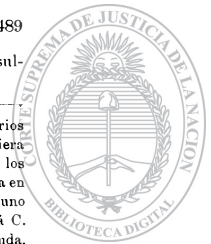
la Ley Romana, el deudor solidario está obligado á pagar al acreedor que le demande el todo de la obligación, *si actiones suas adversus ceteros prastare non recuset*. Véase Aubry y Rau, § 298, nota 17.

Zachariae, conforme con la doctrina de Savigny, dice, que sin embargo del principio de la comunidad del crédito, si el acreedor cobrase la parte que á él correspondiese, ó si el deudor pagase la parte que tuviese en la deuda, no tendría el primero nada que comunicar á los otros acreedores; ni el segundo derecho á ser indemnizado del pago que hubiese hecho, á no ser que la solidaridad de unos y otros naciera de un contrato de sociedad.—§ 527, nota 14.

Nosotros juzgamos que la solución de la cuestión debe únicamente determinarse por las relaciones especiales que existan entre los co-interesados, independientemente de toda solidaridad, y que varíen según las circunstancias particulares de los casos. Así, cuando se trata de acreedores solidarios, es preciso examinar si, según las relaciones obligatorias existentes entre ellos, el objeto pagado debe pertenecer á uno ó á todos. En el primer caso, si el pago ha sido recibido por otro, debe restituirlo al que se le debe. En el segundo caso, el acreedor que ha recibido el pago, debe comunicarlo á los otros, según las porciones que les correspondan.

Las mismas reglas se aplican á la solidaridad entre deudores. Si yo me he obligado solidariamente con Pedro á hacerle un favor, sin sacar ninguna ventaja de la obligación, es evidente que si él paga toda la deuda, no tiene ningún recurso contra mí: si por el contrario, yo hubiese pagado toda la deuda, puedo exigir de Pedro el reembolso de todo lo que hubiese pagado.

Si Pedro y yo hubiésemos contraído solidariamente una obligación en la cual el uno y el otro tuviera un interés, el que de nosotros hubiese hecho el pago, podría obligar al otro al reembolso de la parte que le correspondía en la deuda, y esta parte no sería precisamente la mitad, sino que sería determinada por las relaciones particulares que hubiese hecho nacer entre nosotros la comunidad de intereses. En ciertos casos, esta comunidad existe por la naturaleza de las cosas, por ejemplo, entre los socios; en otros, ha sido establecida por la ley, como entre muchos fiadores solidarios. Por el contrario, no tiene lugar cuando la obligación proviene de un delito, *nec enim ulla societas malefactorum*, dice la Ley Romana, *rel communicatio justa damni ex maleficio est*. El deudor solidario que tenga derecho á ejercer un recurso contra sus codeudores, usará para este efecto de los medios que le correspondan, según las circunstancias de la causa.





c) *Las relaciones de los co-deudores ó acreedores solidarios entre sí que hubiesen pagado la deuda por entero, ó que la hubiesen recibido, se reglarán como está dispuesto en el art. 689. Si alguno de los deudores resesultare insolvente, la pérdida se repartirá entre todos los solventes y el que hubiese hecho el pago (art. 717).*

La obligación es solidaria para los acreedores, porque cualquiera puede demandarla totalmente, y es mancomunada y divisible para los deudores que no pueden ser demandados sino por su parte, sin que el uno responda por la insolvencia del otro. Este artículo no regla las relaciones de los co-acreedores entre sí, ni las de los co-deudores que no son solidarios como lo hace el siguiente, sino la de los acreedores solidarios con los deudores que no son solidarios. Las palabras «entre sí» introducen cierta confusión y debieron suprimirse.—Cons. Cód. FRANCESES, art. 1213. GOYENA, art. 1068. LAROMBIÈRE, al art. 1213.

(**Art. 717.**) La ley presupone que todos los acreedores ó deudores solidarios tienen una parte igual en la acreencia salvo si, por el título ó el origen de ella corresponde á uno mayor ó menor porción ó la totalidad. Cuando alguno de los acreedores solidarios ha recibido el pago de todo ó de parte de la deuda, deberá dividirlo entre sus co-acreedores según la porción de cada uno: y se entiende por pago la extinción de la obligación por cualquiera de los modos establecidos, como, p. e., si se hubiera reemitido toda la deuda ó la hubiere novado, debiendo entregar á cada uno su parte, desde que la obligación ha desaparecido. Lo mismo sucederá entre los deudores solidarios: cuando alguno hubiera pagado el todo ó parte de la deuda, podrá repetir de sus co-deudores la parte que le corresponda. ¿Y si hubiere hecho novación tomando sobre sí la obligación y libertando á sus co-deudores? Podrá exigir igualmente la parte correspondiente á sus co-deudores liberados, teniendo presente las modalidades con que cada uno se hubiere obligado: p. e., si unos se hubieren obligado á plazo y no estuviere vencido, y otros bajo condición suspensiva, el derecho se ejercerá cuando venciere el plazo ó la condición se hubiere cumplido. ¿Y cuando se hubiera reemitido toda la deuda? Podría exigir las partes de cada uno como si hubiera pagado la deuda, y él solo aprovecharía la donación hecha por el acreedor.

¿Qué condiciones debe llenar el deudor que ha pagado, para repetir la parte de sus co-deudores? El qué tenía una excepción para negarse al pago, como la prescripción, ¿podría ser obligado á pagar su parte? No, seguramente, el deudor demandado debe dar conocimiento

Los principios que quedan explicados se aplicarán á la solidaridad activa entre varios acreedores contra varios deudores

á sus co-deudores, para que opongán las excepciones que tuvieren ó no hagan el pago á otro de los acreedores, pues cuando sin ser advertidos lo hubieran realizado, habrían pagado bien y extinguido la obligación, y el que vuelve á pagar no tendría derecho para reclamar de sus co-deudores, debiendo repetir del acreedor lo pagado indebidamente. Cuando dos deudores pagaren simultáneamente, ¿cuál de ellos habría pagado válidamente? Es una cuestión de hecho.

Cuando alguno de los deudores tuviere excepciones que alegar, si el Código de Procedimientos nada determinare sobre la necesidad y tiempo de hacer notificar á los demás co-deudores, á fin de asegurar la integridad de los recursos, los jueces deben examinar los hechos producidos, para declarar cuándo se considerarán renunciadas las excepciones.

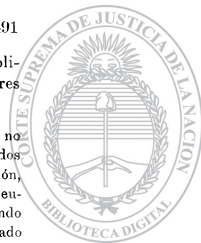
Si alguno de los deudores fuere insolvente, se dividirá su parte entre los solventes. Cuando uno ó alguno de los deudores fué liberado de la solidaridad, no soporta la insolvencia de los demás deudores que han permanecido solidarios por la parte restante de la obligación, así lo enseña el art. 704.

Cuando uno de los co-deudores hubiere pagado toda la deuda, tendrá derecho á cobrar los intereses desde el día del pago, si los demás estuvieran en las mismas condiciones; pero si la obligación fué á plazo ó condicional, sólo podrá hacerlo al vencimiento del plazo ó cuando la condición se cumpliera. Y el derecho del deudor para reembolsarse de sus co-deudores por la parte de éstos, lo ejercerá como subrogado del acreedor, y con sus mismos privilegios. En cuanto á los gastos hechos, siendo exclusivamente personales, deben pesar sobre él.—Cons. POTHIER, *Obl.* n° 281. LAROMBIERE, n° 7, al art. 1214. AUBRY y RAU, § 298 *bis*, nota 39.

Demolombe, XXVI, n° 432, explica las razones científicas de esta división entre los acreedores y deudores.—Cons. COLMET DE SANTERRE, V, n° 148, *bis* II, y FREITAS, arts. 1015, 1022, 1023 y 989.—Comp. arts. 689 y 768, n° 2.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 717.*—Cód. Francés, arts. 1214 y 1215.—Sardo, 1304 y 1305.—Holandés, 1329 y 1330.—Por Derecho Romano, si el acreedor hubiese demandado á todos los co-deudores, y á cada uno por su parte ó porción, ninguno de ellos respondía de la insolvencia del otro.—L. 16, tit. 41,

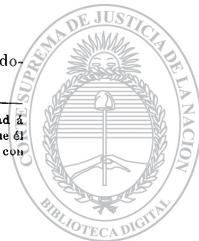




solidarios; pues la solidaridad puede existir entre los acreedores sin que influya sobre los deudores.

---

lib. 8, Cód. En el caso que el acreedor hubiese dispensado de la solidaridad á uno de los deudores, Pothier, Toullier, Duranton y Zachariæ enseñan que él debe sufrir el resultado de la insolvencia. Mareadé sostiene lo contrario, y con él están el Cód. Francés, art. 1215, el de Chile, Goyena y Freitas.



## TÍTULO XV

### DEL RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

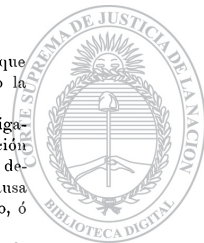
#### § 223.—CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es un acto unilateral, que depende exclusivamente de la voluntad del que lo practica; aunque en el procedimiento, los jueces dan por reconocidos ciertos hechos en rebeldía del obligado á pronunciarse sobre algún acto propio.

El Código lo define así: *el reconocimiento de una obligación es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida á una obligación respecto de otra persona* (**art. 718**): defi-

(**Art. 718.**) El reconocimiento y la confirmación pueden confundirse, cuando la deuda hubiese sido reconocida, haciendo desaparecer el vicio que anulaba la obligación; y es un verdadero reconocimiento, el acto por el cual se confirma la obligación. Difiere de la confirmación, en que el reconocimiento puede no reparar el vicio que anulaba la primitiva obligación; pero le sirve de fundamento. El reconocimiento puede considerarse bajo un triple aspecto: 1º, como medio de probar una obligación; 2º, como medio de operar una confirmación; 3º, para probar la interrupción de la prescripción. Un mismo acto puede tener estos tres efectos; porque al mismo tiempo de reconocer una obligación anterior dando el medio de probarla, puede confirmarla ó interrumpir la prescripción que corría. En los casos de interrupción, no sería un vínculo que exista sólo en la conciencia del deudor, como algunos lo afirman, porque la obligación es exigible hasta que haya sido declarada prescripta por sentencia. El reconocimiento fuera del caso de interrupción ó de confirmación debe considerarse como un medio de prueba, no difiriendo de la confesión. Puede hacerse judicial ó extrajudicial estando sujeto á lo determinado en las leyes de procedimiento, y en este sentido debe figurar en las de forma; pero el Código le señala otros efectos, y por esta parte puede justificarse su colocación entre las leyes de fondo. Aubry y Rau, § 337, nota 2, dicen: «el reconocimiento no importa la intención de reparar el vicio de que la obligación pueda adolecer: el efecto de la novación es de crear una obligación nueva en reemplazo de la anti-





nición que no impide el reconocimiento de derechos reales, que se adquirirán cuando no necesitaren de la tradición, como la hipoteca.

Para que el reconocimiento exista, es necesario una obligación ó un derecho anterior, aunque no confiriera una acción civil para reclamarlo. Así, se puede reconocer una deuda declarada prescripta ó remitida, pero no las que tengan una causa ilícita ó reprobada por las leyes, como las de juego prohibido, ó las contraídas por una causa torpe.

Uno de los caracteres del reconocimiento es que no puede diferir del acto primitivo; es decir, debe hacerlo revivir sin diferencia alguna, porque si *el acto del reconocimiento agrava la prestación original, ó la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber* (art. 723); pero si se recono-

gua, mientras en la confirmación sucede lo contrario» y Zachariæ, § 585, agrega «la confirmación contiene habitualmente un reconocimiento, pero éste no constituye siempre una confirmación.»—DURANTON, X, n° 345. AUBRY y RAT, l. c. y ZACHARIÆ, l. c.—Comp. arts. 707 y 3788.

El reconocimiento puede, pues, diferir de la confirmación, de la novación, de la renuncia á un derecho y de la ratificación de una obligación, que una persona ha contraído á nombre de otra, sin mandato previo.

(Art. 723.) El reconocimiento no puede agravar la prestación primitiva ó modificarla en perjuicio del deudor, y como el que reconoce una obligación preexistente sólo quiere darle validez, si hay error puede hacerlo corregir trayendo el título primitivo, aun en caso de varios y sucesivos reconocimientos. Toullier dice: «lo que el reconocimiento contenga de más ó de diferente, no produce efecto.» Si la prestación se ha modificado por el reconocimiento, es necesario buscar el *animus novandi*, que se haya manifestado de una manera inequívoca para que se admita la modificación; pero si hubiere una nueva causa lícita de deber, tanto la prestación principal agravada como la modificada quedarían subsistentes; como si debiéndome mil por una obligación anterior, he dado al presente quinientos, y el reconocimiento se ha hecho por mil quinientos. El artículo no dice si el reconocimiento que disminuye la prestación original puede ser rectificado por el deudor, deján-

ciase menos de lo enunciado en la obligación principal, se debe distinguir: si el acto reconocido estaba extinguido por la prescripción, el reconocimiento valdrá por la parte reconocida; pero no puede limitarse en caso contrario.

#### § 224.—MODO DE HACERSE EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento no está sujeto á formalidad alguna especial, depende de la clase de acto que se quiera reconocer, así dice el Código: *el acto del reconocimiento de las obligaciones está sujeto á todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos* (art. 719); así es que *puede hacerse*:

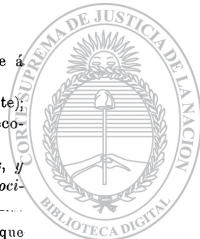
dolo en su verdadero valor. Pothier enseña, que cuando el deudor ha reconocido por menos del valor de la primitiva obligación prescrita, el acreedor no puede rectificarla, con cuya opinión estoy de acuerdo, pues si el acreedor pretendiese ejecutar el todo de la primitiva obligación, podría oponérsele la prescripción por la parte no reconocida.

¿Qué sucedería cuando el título primitivo se hubiera perdido ó destruido? Faltando el título no habría medio de hacer la confrontación, y por consiguiente, el reconocimiento se tendría como único título. En cuanto á la prueba, queda á las leyes de procedimiento el determinarla. —Cons. TOULLIER, VIII, n. 485 y 488. POTHIER, II, *Obl.* n. 780. DURANTON, XIII, 341, 258 y sig.

(Art. 719.) La forma del reconocimiento debe regirse por lo dispuesto en los actos jurídicos, arts. 973 á 978. Puede hacerse bajo condición y con cualquiera de las modalidades de las obligaciones. El reconocimiento por sí solo no produce efecto, si no existe una obligación anterior, y la prueba que resulta no tendrá valor, si la obligación no existió; lo que equivale á decir, el reconocimiento debe tener una causa. El reconocimiento puede hacerse en cualquier forma escrita, y aun verbalmente, si fuere hecho en juicio, porque tratándose de contratos de más de 200 pesos, debe hacerse por escrito.

Los autores indican dos especies de títulos que pueden ser objeto de reconocimiento: *ex certa scientia* llamados comúnmente *in forma speciali*, cuando el tenor del título primordial se relata, y los *in forma communi*, cuando el título no se relaciona; y se hace esta diferencia; los *in forma communi* no son válidos sino cuando el título es regular, legítimo y válido; mientras que los *in forma speciali* necesitan un re-





a) *Por actos entre vivos* (art. 720, 1ª parte), sujetándose á la forma establecida por el acto reconocido.

b) *Por disposición de última voluntad* (art. 720, 2ª parte); pero si el testamento fuere anulado, quedaría sin efecto el reconocimiento.

c) *Por instrumentos públicos, ó por instrumentos privados, y puede ser expreso ó tácito* (art. 720, 3ª parte). *El reconoci-*

conocimiento equivalente á la confirmación, borrando el vicio que anula el acto. El Código no ha hecho estas diferencias. En cuanto á los actos de reconocimiento relativos á la interrupción de la prescripción, quedan sometidos á las reglas ordinarias de la confesión, que las leyes de procedimientos determinarán cuando se trata de los juicios.—Cons. POTHIER, *Obl.* II, n° 778. DURANTON, XIII, n° 258 y sig. ZACHARIE, § 585. LAROMBIÈRE, IV, n° 3 al art. 1337.

El reconocimiento debe tener por objeto hacer revivir la obligación preexistente, porque no tendría valor si en otro acto extraño y por incidencia se enunciara la obligación.

(Art. 720.) El reconocimiento expreso puede hacerse en testamento ó por actos entre vivos. En el primer caso, si lo es en favor de un incapaz de recibir por testamento, debe considerarse como un legado disfrazado, y la presunción de la ley le es contraria, por aquella conocida regla de que quien no puede dar, no puede reconocer; *qui non potest dare non potest compiteri*; deberá probarse la verdad de la deuda reconocida, si hay herederos forzosos, pues de otro modo el testador podría defraudar los derechos legítimos de estos. Si el testamento fuera revocado, el reconocimiento quedaría sin valor, á semejanza del reconocimiento del art. 333, pues como legado no podría subsistir cuando todo desaparece por la revocación; si el testamento fuera declarado nulo por algún vicio de forma, el reconocimiento serviría como principio de prueba escrita para demostrar la verdad de la obligación; pero estos efectos son para la prueba de la obligación, no así para la interrupción de la prescripción que se produciría, aunque el testamento se revocase ó se declarase nulo, si tuviera los caracteres de un acto público ordinario.—TOULLIER, V, n° 636. MERLIN. *Rep.* I. *Testamento*.

El reconocimiento por actos entre vivos puede hacerse por instrumento público ó privado; pero debe encontrarse siempre la intención de reconocer la obligación, y no es bastante haber aceptado del acree-

miento tácito resultará de los pagos hechos por el deudor (art. 721), que serían retenidos por el acreedor, á menos de demostrarse que la obligación jamás había existido.

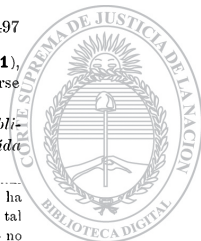
(1) *El acto del reconocimiento debe contener la causa de la obligación original, su importancia y el tiempo en que fué contraída (art. 722).*

dor un recibo donde se haga constar la obligación, p. e., si el que ha pagado una deuda atrasada exigiera un recibo diciendo: es por tal renta constituida en tal día, con el capital de tanto, etc.; ese recibo no probaría la renta que el acreedor ha pretendido hacer reconocer, sino simplemente el pago de la cantidad debida.

Si por el acto se reconoce una obligación modificándola, es necesario distinguir; si se refiere á la modalidad de ella, como si de condicional se la convierte en pura, ó de obligación común con otros en solidaria y no se realizara la condición, ó se le exigiera el todo de la obligación, esto importaría una agravación de la obligación reconocida, como en el caso de aumentar su valor, se podría demostrar el error y volverla á su primitivo estado, art. 723; si por el contrario, el reconocimiento ha disminuido la obligación que estaba prescripta, se debe estar al reconocimiento, que se puede decir ha dado vida á la obligación extinguida, pero si no estaba prescripta el acreedor puede hacerla reconocer en toda su integridad.—POTHIER, *Obl.* n° 778. LAROMBIERE, IV, n° 10, al art. 1337.

(Art. 721.) El reconocimiento tácito resultará de los pagos hechos, dice el artículo, pero no debe limitarse al pago, pues cualquier hecho que importe claramente el reconocimiento se debe tomar como tal; p. e., la prestación de una caución ó la entrega de una prenda para garantir la obligación; ambos hechos presuponen la existencia de la obligación. El artículo fué tomado de la nota 1ª de Zachariæ, § 585, donde se ponen como ejemplo los varios modos de hacerse el reconocimiento tácito. Y esta interpretación se apoya en el art. 3989, donde hablando de los modos de interrumpir la prescripción, trae como ejemplos de interrupción los indicados por Troplong, *Pres.* n° 618, entre los cuales se encuentra el citado. Así, cuando el deudor pide término ó consiente en que la cosa debida le sea embargada, ó si ha pagado los intereses atrasados, etc.—Véase MERLIN, *Rep. V. Interruption*. VAZELLE, *Pres.* n° 208 y sig. TROPLONG, *Pres.* II, n° 618. — Cons. arts. 1145 y 1146.

(Art. 722.) Estas condiciones pueden aumentarse estableciendo





Todo reconocimiento debe referirse al título de la obligación, y cuando ésta se alterase en perjuicio del deudor, no valdría en la parte alterada, á menos que se manifestara expresamente la voluntad de realizar un acto nuevo.

Cuando las partes al hacer el reconocimiento han manifestado la voluntad de sustituir el acto originario por otro nuevo, no rigen los principios expuestos, porque no es un reconocimiento en el sentido del Código, y entra en la categoría de los demás actos jurídicos.

En lo que se relaciona con la prueba, el acto del reconocimiento se encuentra sujeto á lo determinado por las leyes de procedimientos.

---

las modalidades que la obligación principal tenía, como si era condicional, solidaria, etc. Las condiciones indicadas demuestran que el reconocimiento no puede importar una confirmación. Por causa de la obligación, se entiende la que le dió origen, y puede provenir de los actos lícitos ó ilícitos de las relaciones de familia ó de las relaciones civiles. En el reconocimiento se expresará necesariamente la causa de la obligación, y si no se hiciere será nulo; aunque pudiera probarse que la obligación reconocida la tuvo, pues no se supone, como en las demás obligaciones. La importancia de la deuda reconocida ó la cosa objeto de la obligación, es otra de las condiciones esenciales del reconocimiento; si no existiera anularía el acto, pues faltaría el objeto. Es cuanto al tiempo en que se contrajo la obligación no es esencial, pues sólo tiene por objeto determinar el nacimiento de ella; lo mismo se observará con relación al lugar donde fué contraída. Si el tiempo de la obligación reconocida fuese equivocado, podría rectificarse cuando fuera necesario para los efectos de la prescripción; sin embargo, si se tratare de interrumpirla, no se necesitan esas condiciones.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 722.*—Toullier, X, n° 313. — Duranton, XIII, n° 257.—Zachariæ, § 585.

# SEGUNDA PARTE

## EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

### TÍTULO XVI

#### DEL PAGO

##### § 225. — GENERALIDADES

Según el (art. 724), *las obligaciones se extinguen: 1º, por el pago; 2º, por la novación; 3º, por la compensación; 4º, por la*

(Art. 724.) Las obligaciones no sólo se extinguen por los ocho modos señalados en este artículo: y si juzgamos incompleta la enumeración, no es un defecto real, pues los demás medios de extinción los sacamos del mismo Código. Así, p. e., la condición resolutoria cumplida, que deja sin efecto el contrato, es un medio de extinción. El principal medio de extinguir una obligación, es sin disputa el consentimiento de las partes; porque ellos mismos pueden destruir el vínculo, sin perjuicio naturalmente de los derechos adquiridos por terceros. La regla 35, tit. 17, lib. 50, Dig. decía: *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*; es natural que una obligación pueda ser disuelta por los mismos medios que se han observado al contraerla. Se puede señalar también, entre los medios de disolverse las obligaciones, la voluntad de una sola de las partes, en la sociedad, p. e., arts. 1759 y 1763, en el depósito art. 2226, en el mandato art. 1963, cuando cesa por la revocación ó renuncia, la espiración del término de un contrato, arts. 1767 y 1960.

La prescripción ha sido comprendida generalmente entre los medios de extinción, y el Código Francés así la considera: pero si examinamos su manera de obrar, se comprenderá que es más bien una defensa, un medio de paralizar una acción, que no toca al fondo de la obligación misma. Así, una deuda declarada prescripta, no está extinguida porque si el deudor la paga no puede repetir lo pagado, pues existe como obligación natural, art. 516, mientras en los demás modos de extinguir la obligación ésta desaparece por completo.





*transacción; 5º, por la confusión; 6º, por la renuncia de los derechos del acreedor; 7º, por la remisión de la deuda; 8º, por la imposibilidad del pago.* Estos son los medios generales y ordinarios de extinción, pero existen otros, como lo veremos en su guía.

No se deben confundir las defensas que el deudor puede tener para re-hazar una acción, con la extinción propiamente dicha, que hace desaparecer por completo la obligación, porque se ha cumplido en sus efectos; las defensas dejan casi siempre una obligación natural, como en la prescripción, p. e., que una vez declarada no anula ni extingue la obligación, sino le priva de la coerción que toda acción civil lleva consigo. Así, una obligación pagada se extingue, de modo que si se vuelve á pagar hay lugar á repetición, pero si se ha declarado prescripta, como no está extinguida, si se paga puede retenerse lo recibido.

En general, las obligaciones y derechos se transmiten á los herederos en caso de fallecimiento, á menos de no ser inherentes á la persona; así es que la muerte del deudor ó del acreedor en nada afecta á la estabilidad de la obligación.

La nulidad de la obligación, declarada por sentencia firme; el cumplimiento de la condición resolutoria; la espiración del

---

Cuando la sociedad fuere de dos personas, quedará disuelta por la muerte de una de ellas (art. 1758), y lo mismo sucede en el mandato, salvo casos especiales (art. 1963, nº 3).

Freitas, art. 1205, habla de la extinción del derecho *personal* y comprende, como varios autores, la anulación de los actos jurídicos. LAROMBÉRE, III, nº 1 al art. 1234. DEMOLOMBE, XXVII, nº 3 y sigs. AUBRY y RAU, 314, nota 5, y Freitas, en el art. 1213.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 724.*—Se ha dispuesto ya sobre la extinción de las obligaciones por el cumplimiento de la condición resolutoria y por el vencimiento del plazo resolutorio, y en otro lugar se tratará de la anulación de los actos que las hubiesen creado y de la prescripción.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 724.—La excepción de extinción de la obligación no procede, si el ejecutante no interviene en el contrato en que se funda.—Jur. Com., V, 321, Sér. 4º.

La procedencia de excepción de pago no exonera de las costas al ejecutado, si lo verificó después de trabado el embargo.—Jur. Civ., V, 240, Sér. 4º.



término señalado para concluir la obligación, son otros tantos medios de extinción.

## § 226. — DEL PAGO EN GENERAL

El pago se tomaba en derecho romano como un modo general de extinción, porque la palabra *solutio* (de *solvere*, desligar) comprendía toda clase de extinción; pero en el derecho moderno, y en el nuestro sobre todo, tiene un sentido restringido; pues *el pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación. ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar (art. 725).*

Pagar en el sentido general es extinguir una obligación, y por consiguiente, todo pago supone una deuda anterior, cuya

(**Art. 725.**) *Solvere decimus eum qui fecit quod facere promissit*, dice la ley 176, tit. 16, lib. 50 del Dig. El pago significa el cumplimiento de la prestación, y supone la satisfacción que el deudor da al acreedor, desligándose de la obligación. Es la forma típica de la extinción de la obligación; pero ordinariamente no sólo paga el que cumple exactamente con ella, sino el que satisface al acreedor entregándole ya la cosa u objeto prometido, ya otra cosa equivalente. En su acepción estricta y restringida, el pago se refiere especialmente á la prestación de sumas de dinero. Todo pago supone una obligación preexistente, y de ahí nace el derecho de repetir lo pagado por error, salvo en las obligaciones naturales, como lo explicamos en el art. 516. ZACHARÆ, § 557. LAROMBIÈRE, al art. 1235. Cód. DE CHILE, art. 1568. GOYENA, art. 1037.— Véase arts. 740 y 741.

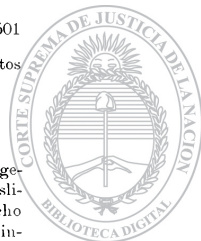
*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 725.*—Zachariæ, § 557.—LL. 1 y 2. Tit. 14, Part. 5ª.—L. 176, Dig. *De Verb. signi.*—Cód. de Luisiana, arts. 2127 y 2128.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 725.*—La conversión de la moneda de oro entregada para el pago de la moneda nacional debe hacerse al tipo de bolsa en el día de la entrega.—Jur. Civ., X, 101, Sér. 4ª.

La consignación al librarse el mandamiento oponiéndose á la extracción no puede fundar la excepción de pago.—Jur. Civ., VI, 525, Sér. 2ª.

La excepción de pago parcial fundada en la retención del anterior empedrado por el empresario, es improcedente si la Municipalidad hizo uso de él.—Jur. Civ., I, 5, Sér. 3ª.

El pagaré recibido en virtud de transacción judicial, debe ejecutarse en expediente por separado.—Jur. Com., VIII, 312, Sér. 4ª.





existencia lo justifica, pues el que paga lo que no debe tiene derecho á repetir lo pagado. De donde se deduce, que el que pagó sin deber, tiene obligación de probar, que no debía, pues la presunción le es adversa: porque el acto de pagar supone la existencia de una obligación, que se ha querido extinguir.

Cuando un tercero pagase por otro y fuese sustituido en los derechos del acreedor, extingue la deuda, pero en realidad el deudor no ha hecho sino cambiar de acreedor, porque la obligación continúa con las mismas garantías en favor del subrogado.

#### § 227. — DE LOS QUE PUEDEN HACER EL PAGO

Es condición esencial para que el pago sea válido, el de ser hecho por persona capaz; por eso dice el Código: *pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces, y todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación (art. 726)*. Pero no es

(**Art. 726.**) Para cumplir con la prestación es necesario tener capacidad de enajenar la cosa objeto de ella, cuando es una enajenación, pues si se tratase de devolver la cosa á su dueño, como en el comodato, aun el incapaz podría hacerlo. Los incapaces lo son de hecho ó de derecho: los de hecho lo son absolutamente como los impúberes, dementes, etc., art. 54, ó relativamente, como las mujeres casadas ó los menores púberes. Dijimos en nuestro *Tratado de contratos*, que cuando la incapacidad es absoluta, el contrato no ha existido, y cualquiera de las partes podía demandar la nulidad, aunque parece resultar lo contrario del art. 1164. Pero ¿qué efecto produciría el pago de una suma de dinero hecho por el menor, sin el consentimiento de su tutor, de una obligación válida, estando vencido el plazo? Sería válido y cualquiera acción de nulidad podría ser rechazada por el acreedor; pero no lo sería si debiendo un caballo, el menor entregase uno de los que están en la caballeriza, porque teniendo la elección el deudor, debe hacerla el tutor. Cuando se habla del pago como un medio de extinción, se entiende de obligaciones válidas y exigibles, pues si proviniera de una obligación natural, ó estuviera prescripta ó hubiera algún recurso legal para anularla, el pago de la persona incapaz no tendría valor.

El pago no sólo puede ser hecho por el deudor, sino por cualquiera persona que tenga interés en extinguir la obligación, como los ligados



necesario ser deudor para extinguir la obligación, así es que *el pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías (art. 727, 1ª parte)* entre

por un interés común, sean deudores solidarios, ó los que hubieren garantido la deuda, sea parcialmente ó dando prenda ó hipoteca. El pago hecho por cualquiera de estos interesados, extingue la obligación entre el acreedor y el deudor principal; pero subsiste con relación al que lo hizo ya sea subrogándose en los derechos del acreedor (para cobrar el todo), si es garante; ó para tomar la parte correspondiente á los otros deudores, en caso fueren solidarios. Moulon, II, nº 1313 dice, que la subrogación es una ficción legal, en virtud de la cual el tercero se juzga que ha comprado la deuda en vez de pagarla». El interés del que paga debe encontrarse en la obligación misma, y debe dar aviso á su co-interesado (el deudor principal), para conservar ese derecho; porque si éste hubiera pagado al acreedor ignorando el pago, la subrogación no tendría lugar, y sólo podría repetirlo del acreedor. El que hace el pago para deducir sus acciones contra el principal obligado, debe presentar el recibo dado por el acreedor, alegando haberlo hecho con su dinero, y debe ser creído mientras no se pruebe lo contrario; si hubiere pagado antes del plazo, sólo podrá cobrar cuando se venciere, y si la obligación es bajo condición suspensiva, cuando la condición se cumpliera.—Comp. Cód. Francés, art. 1232. GOYENA, art. 1099. LAROMBIÈRE, III, al art. 1236.—Véase arts. 54, 55 y 738.

(Art. 727.) Cuando el pago se hace por un tercero pueden ocurrir cinco hipótesis: 1ª, que el pago se haga con asentimiento del deudor, y en su nombre; 2ª, en nombre del tercero; 3ª, á nombre del deudor, ignorándolo; 4ª, en nombre del tercero, ignorándolo el deudor; 5ª, contra

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 726.*—L. 3, Tit. 14, Part. 5ª.—Los incapaces son todas las personas designadas en los arts. 54 y 55.—Pueden, por lo tanto, hacer el pago cualquiera de los deudores en una obligación solidaria ó indivisible; cualquiera de los co-deudores por la cuota que le corresponda, si la obligación fuese simplemente mancomunada y divisible, los fidejores, el heredero único del deudor.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 726.*—Cuando existen menores en un contrato de locación, el término para la mora sólo puede contarse desde que éstos se encuentren legalmente representados por un tutor; la conformidad de un condominio mayor no les obliga ante la ley.—Jur. Civ., IV, 490, Sér. 2ª.



acreedor y deudor; pero el tercero que hizo el pago se subroga en los derechos del acreedor.

la voluntad del deudor. Del último se ocupa el artículo siguiente. En el primer caso la obligación primitiva se extingue con todas las garantías dice el artículo, pero en realidad sólo cambia de persona, pues renace con las mismas garantías en favor del que hace el pago. El art. 768, n° 3, concede subrogación legal al tercero que paga y lo hace suceder en todos los derechos del acreedor, y por consiguiente, en el de prenda, hipoteca, anticresis ó fianza. Las palabras «de que la obligación queda extinguida» se aplican sólo al acreedor, que no conserva derecho alguno. En los cuatro primeros casos, el Código no hace distinción y concede la subrogación sólo para pedir «al deudor el valor de lo que hubiere dado en pago», no el cumplimiento de la obligación misma, pues esta expresión se encuentra explicada por el art. 771, que coloca al tercero en los mismos derechos del acreedor, sólo hasta la concurrencia de la suma desembolsada, pues puede suceder que el valor de lo dado en pago no sea el de la obligación misma, como si por convenio se hubiera entregado menos de lo debido, dándose el acreedor por pagado. Si la obligación estuviera vencida y corrieran intereses, éstos deben ser abonados por el deudor principal, no en virtud de los artículos 2050 y 2053, sino porque siendo el tercero el mismo acreedor, á quien ha subrogado, se le deben los mismos intereses; pero si hubiere hecho gastos para el cumplimiento de la obligación, no podrá cobrarlos sino cuando el mismo deudor hubiera debido hacerlos. No basta el vencimiento de la obligación para hacer correr los intereses, es necesario constituir al deudor en mora, salvo las excepciones del art. 509. Y no es necesario que el pago sea de toda la suma debida, si el acreedor consiente en recibirlo por partes; entonces la extinción será sólo parcial y podrá deducir su acción por lo restante contra su deudor. Cuando se paga ignorándolo el deudor, debe darle aviso, porque no tendrá derecho alguno contra él, si por ignorancia hiciera el pago, y sólo podrá reclamar del acreedor. El tercero debe pagar la deuda de otro, porque si lo hiciera en su propio nombre, y creyendo pagar la deuda propia, sólo tendría derecho para repetir contra el acreedor.

Cuando el acreedor rechazare el pago ofrecido por un tercero, éste puede obligarlo por medio de la consignación judicial, siendo de su cuenta los gastos, si aceptada la consignación no fuera condenado el acreedor en las costas. El Código Argentino se ha separado en esta parte del Francés, art. 1236.--Cons. LAROMBIÈRE, III. al art. 1236, MORTON, II, 1313 y 1314.

Cuando el pago se hubiere hecho con consentimiento del deudor ó ignorándolo, *el que lo hubiere hecho puede pedir al deudor*

Algunos confunden la situación del tercero interesado que hace el pago, con la del no interesado que paga contra la voluntad del deudor. Estas nociones se aclaran, si se colocan por su orden los que pueden hacer el pago, como los hicimos al comentar el art. 727. En la legislación francesa se distingue, cuando el pago se hace á nombre del deudor, de cuando es á nombre del tercero, acordando en el primer caso la acción del gestor de negocios, mientras en el segundo se concede la de *in rem verso*. En nuestro derecho no existen tales distinciones. La obligación pagada por el tercero no interesado en los dos casos mencionados, no se extingue en realidad para el deudor, precisamente por la disposición del art. 768, con la cual pretenden está en contradicción el presente art., cuando ella misma sustituye al tercero que hace el pago en todos los derechos del acreedor: lo que se extingue son los derechos del acreedor sobre el deudor.

El Dr. Llerena pretende introducir la diferencia del derecho francés, y comienza por establecer que estas dos disposiciones legislan casos distintos, cometiendo así una petición de principios. El artículo rige la relación de derecho del tercero no interesado que hace el pago con consentimiento del deudor, ó ignorándolo, sin distinguir los casos de cómo fué hecho el pago, y el art. 728 rige á su vez la relación de derecho del tercero que paga contra la voluntad del deudor, concediéndole la de *in rem verso*. La subrogación acordada por el artículo que examinamos, no exige que el pago sea hecho á nombre del deudor ó del tercero, basta que no lo sea contra la voluntad del deudor; legisla el caso del pago hecho por el tercero no interesado, y el 768, n° 3 y 771, n° 1, reglan las consecuencias de ese pago viniendo, por decirlo así, á complementarlo. El art. 729 se aplica cuando no hay subrogación legal. En ninguno de los dos casos del art. 768, n° 1 y 3, se puede privar al tercero de la subrogación legal, siempre que el pago no sea contra la voluntad del deudor.

En la jurisprudencia francesa tiene valor la distinción, porque la ley niega la subrogación (permitida por el Código Argentino), y hay verdadero interés en averiguar cómo se hizo el pago, pues si fué en nombre del deudor, tendrá la acción del gestor de negocios, y si lo hizo en nombre propio, sólo la de *in rem verso*.

Por nuestro derecho, el tercero puede hacer el pago de cualquier manera, pero si lo hiciera contra la voluntad del deudor no tendría derecho á la subrogación. ¿En virtud de qué disposición se me negaría





el valor de lo que hubiese dado en pago (art. 727, 2ª parte); de modo que si hubiera entregado una cosa fungible, el valor se determinará por peritos, tomando el precio corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación; si fueran cosas muebles, por el valor en que se estimaran.

Si (el tercero) hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento (art. 727, 3ª parte); pero el deudor no incurrirá en mora respecto del tercero, sino desde la interpelación.

Cuando el pago es hecho por el tercero con consentimiento del deudor, aquél se subroga en los derechos del acreedor; *también puede ser hecho por el tercero contra la voluntad del deudor; pero el que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago (art. 728)*, correspondiendo la prueba al que afirma que le fué útil.

la subrogación, si pago en mi propio nombre con consentimiento del deudor?

Pero si ignorándolo he pagado en mi propio nombre libértándolo, ¿por qué no subrogaría al acreedor? La ley no ha distinguido y no es permitido hacerlo sino para explicar disposiciones contradictorias.

La subrogación en favor del tercero tiene lugar de cualquier manera que se hubiere hecho el pago.—Véase arts. 768, 771, 791.

(Art. 728.) El artículo resuelve una de las cuestiones más interesantes y que la l. 24, tit. 19, lib. 2, Cód. Romano decidió, negando toda acción al que contra la voluntad del dueño se mezclaba en sus

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 727.*—L. 3, Tit. 14, Part. 5ª—L. 12, Tit. 12, Part. 5ª—L. 53, Tit. 3, Lib. 46, Dig.—L. 6, Tit. 1, Lib. 17, Dig.—L. 24, Tit. 19, Lib. 2, Cód. Rom.—Véase Marcadé sobre el art. 1236. El juriconsulto Mourlon ha tratado extensamente del pago hecho por un tercero: discute todas las opiniones relativas á la materia, y sus resoluciones están perfectamente fundadas. Cuando el pago se hace con consentimiento del deudor, hay contra él la acción del mandatao. Cuando se hace ignorándolo la acción, *negotiorum gestorum*.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 727.—Subroga al acreedor en todos sus derechos el tercero que ha efectuado el pago con conocimiento y sin oposición del deudor.—Jur. Com., VI, 359, Sér. 1ª.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 727.—El acreedor no puede ejercitar los derechos de su deudor contra tercero, sin previa subrogación legal, judicial ó convencional.—Jur. Civ. III, 495, Sér. 1ª.



La ley ha favorecido la extinción de las obligaciones, porque éstas son una restricción á la libertad de las personas, y asuntos, cuestión que en sus proyecciones ha llegado hasta nuestros días, sosteniendo unos que no debía concedérsele acción alguna, mientras Pothier, fundándose en la máxima *nemo ex damno alterius locupletior fieri debet*, sostenía la contraria, y Mayuz, § 372, nota 3, entre los modernos enseña igualmente, que no presumiéndose las liberalidades, debe haber lugar á la acción de *in rem verso*. Hay indudablemente un verdadero peligro, que puede llegar hasta el ataque del derecho de otro, constituyendo un delito del derecho civil, eso de autorizar á un tercero para mezclarse en los negocios ajenos, contrariando expresamente la voluntad del deudor. En el art. 2903, expondré mi opinión; en cuanto al pago á que se refiere el artículo, la dificultad se salva por la autorización de cobrar sólo aquello en que el pago hubiera sido útil al deudor; si éste tenía excepciones para no pagar, y extinguían la deuda, no la pagará al tercero, que lo hizo contra su voluntad. ¿Tendría que seguir un juicio con el tercero para demostrar su derecho? No, seguramente; el que hizo el pago contra la voluntad del deudor, debe demostrar que lo benefició, y el *quantum* del beneficio obtenido; á esa demanda puede oponer el deudor las defensas que habría podido deducir contra al acreedor.

Para fijar mejor los principios que se deducen de los tres artículos, podemos condensarlos en estas conclusiones: 1ª, el pago hecho por el deudor capaz extingue la obligación; 2ª, el pago hecho por co-deudores ó co-interesados en el cumplimiento de la obligación, la extinguen respecto del acreedor; pero el co-deudor se subroga en los derechos del acreedor, y esto puede hacerse contra la voluntad del deudor, como en el caso de la fianza, de los arts. 2029 y 2030; 3ª, el pago hecho por un tercero no interesado, con consentimiento del deudor ó ignorándolo, sin que haya diferencia entre si se hizo á nombre del deudor ó del tercero, extingue la obligación, para el acreedor, con todos los accesorios; pero renace para el tercero por la subrogación; 4ª, el pago hecho por el tercero contra la voluntad del deudor extingue la obligación, y no le da derecho sino para cobrar aquello en que el pago le fué útil.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 728.*—En cuanto á la primera parte, véanse las LL. 32, Tít. 12, y 3, Tít. 14, Part. 5ª.—En cuanto á la segunda, en contra, L. 11, Tít. 20, Lib. 3, F. R.—Toullier, VII, n° 12, y Freitas, art. 1036.—Zachariae, III, 182.—Proyecto de Goyau, art. 1099.—Los Códigos extranjeros guardan silencio. Pero Muradé, sobre el art. 1136, n° 673, sostiene la resolución del ar-





ha dispuesto que *el acreedor está obligado á aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando á nombre propio, ya á nombre del deudor; pero no estará obligado á subrogar en su lugar al que hiciera el pago (art. 729)*; si el acreedor se negase á recibir el pago, puede hacerse, por el tercero, la consignación judicial.

(Art. 729.) El Código se refiere al caso en que el tercero hace el pago, sea en nombre propio ó en nombre del deudor, cediendo de esta manera á la influencia de la teoría francesa, que ha rechazado. El tercero de que habla el artículo, es aquel á quien no interesa el cumplimiento de la obligación. El art. 768, n° 3, nos dice, que la subrogación se opera en favor del tercero no interesado que hace el pago, consintiendo tácita ó expresamente el deudor, ó ignorándolo; luego el artículo que estudiamos no puede referirse á esos casos de subrogación legal; queda la hipótesis de cuando el pago se hiciera contra la voluntad del deudor, y debemos distinguir: 1°, cuando el acreedor por convenio con el tercero le ceda sus derechos, y entonces á pesar de la oposición del deudor, el tercero subrogará al acreedor por la convención, ó habrá cesión de derechos en vez de subrogación convencional;

deudo, porque habiéndole sido útil el pago al deudor, aunque fuese contra su voluntad, se enriquecería con lo ajeno, si el que ha hecho el pago no pudiera cobrarle ni aquello en que le ha sido útil. Un deudor se niega, por ejemplo, á que un tercero haga el pago, porque se le cobra más de lo que debe, ó porque se cobra intereses que no cree deber; pero si el que ha hecho el pago sólo exige aquello que el deudor confesaba deber, no hay motivo para negarle toda acción. Durantou, XII, n° 19, es de opinión que las circunstancias del caso y los motivos de la negativa del deudor para que se haga el pago, es lo que debe decidir si hay ó no alguna acción para el que ha pagado contra la voluntad del deudor. Mourlon discute el punto, y resuelve la cuestión como Marcadé, porque no se puede suponer el ánimo *donandi* y porque la verdadera donación no tiene lugar sino cuando hay concurso de voluntades, ofrecimiento por una parte y aceptación por la otra.

Cuando damos al que ha hecho el pago acción para cobrar aquello en que el pago le ha sido útil al deudor, le reconocemos sólo la acción *in rem verso*, que se concede á todo aquel que emplea su dinero ó sus valores en utilidad de las cosas de un tercero. Esta es la opinión de Maynz, § 393, nota 3.

La Ley Romana dice: *Liberatur enim et alio solvente sive sciente, sive ignorante debitor, et invito et solutio fiat... solvere pro invito, et ignorante quique licet cum sit iure civile constitutum, licet etiam ignorantis inivique meliorem conditionem facere.*—Véase sobre el artículo la L. 5, Tit. 3, Lib. 26, Dig.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cuy.*—Aplicación del art. 728.—El pago hecho por un tercero no causa agravio ni puede ser rechazado por el que se reconoce deudor.—Jur. Civ., VIII, 37, Sér. 1°.



*Si la obligación fuera de hacer en que generalmente se buscan condiciones especiales para la ejecución, el acreedor no está*

2º, que el pago se haga contra la voluntad del deudor, y entonces no habrá subrogación sino la acción de *in rem verso*, como se dijo antes; este es el caso del artículo. ¿Qué sucederá cuando el acreedor y el deudor se opusieren al pago? Freitas, art. 1035, cree que el pago no puede hacerse, y apoyan esta opinión, Colmet de Santerre, X, n° 175, bis, VII á X, y Larombière al art. 1226. Pero Durantón, X, n° 98, sostiene la afirmativa, diciendo: «no solamente el tercero no interesado en el pago de la deuda puede pagarla á pesar del acreedor, haciendo la consignación cuando no quiera recibirla, sino que puede pagarla á pesar del deudor mismo, libertando así los bienes de la hipoteca... Tal era la decisión de las leyes romanas... La liberación es favorable y las leyes, por esto mismo han buscado en facilitarla»; mientras Colmet de Santerre contesta: «Cuando el tercero se encuentra en presencia de un acreedor que rehusa el pago y de un deudor que se opone á que se haga, es por lo menos extraño dar á un tercero derecho de interponerse entre estas dos personas para obligarlas por la justicia á destruir una relación personal entre ellas...» y concluye, «cuando el deudor y acreedor están de acuerdo para oponerse al pago, éste no puede tener lugar». El Código Argentino no resuelve esta cuestión, aunque autoriza al tercero para hacer el pago contra la voluntad del deudor, art. 728; pero no lo pone en presencia de una negativa uniforme de deudor y acreedor. Consideramos más jurídica la opinión que niega al tercero el derecho de mezclarse en una convención donde no tiene interés legal. Hay un peligro real en autorizar á los extraños para intervenir en las convenciones contra la voluntad de los contratantes, aunque sea con el objeto de beneficiarlos, pues nadie está obligado á recibir beneficios. Los jueces deben decidir el caso respetando la voluntad del acreedor y deudor; y creo más, que á pesar del mandato del artículo, se debe respetar la negativa: «el pago pudiera ser perjudicial al acreedor, p. e., si el derecho que el tercero pretende extinguir se liga á otro derecho, acción ó excepción que el acreedor no conservaría recibiendo el pago que le ofrece el tercero», Massé y Verger sobre Zachariae, § 558, ó cuando constase que el acreedor tiene interés en que la obligación sea ejecutada por el deudor y no por otro. ¿Puede el tercero no interesado, que ofrece el pago compensar la deuda con lo que el acreedor le deba? En una palabra, ¿puede cambiar á su voluntad de deudor? A. debe mil pesos á B.: C. es acreedor por mil pesos de B. y pretende pagar por A. cambiando de deudor.



*obligado á recibir el pago por la prestación del hecho ó servicio*

Entre los romanos, Papiniano había resuelto la cuestión negativamente en la ley 18, § 1, tit. 2, lib. 16, Dig. Duranton admite que si el deudor autoriza al tercero para pagar la deuda, la compensación tendrá lugar, no en caso contrario. La Corte de Sión, 2 de Junio de 1854 decidió, que cuando se trata del pago de una suma de dinero, el tercero debe ofrecer especies, y no un mandato ó un título cualquiera, que no haría sino implicar una nueva obligación. Por mi parte, reputo la compensación como una cosa extraña entre personas que no tienen la calidad de acreedor y deudor; porque en la hipótesis, C. es acreedor por mil pesos de B., pero no es deudor. La compensación se alega entre el acreedor y deudor, pero los terceros no pueden á su voluntad tomar las deudas de otros para compensarlas con los que á ellos se les deba. El Código Civil Argentino admite la compensación, sólo entre dos personas que por derecho propio reúnan la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, art. 818; por eso rechazo la opinión de Duranton, y sigo la decisión de la ley romana.

El art. 729 es una ampliación del 728, porque cuando el deudor y acreedor se unieran para no recibir el pago ofrecido por el tercero, no habría subrogación.

El Dr. Llerena enseña, que «cuando el tercero ha pagado contra la voluntad del deudor, aunque el acreedor lo subroge voluntariamente en sus derechos, su acción de repetición queda limitada á cobrar sólo aquello en que le ha sido útil el pago». Semejante afirmación es muy grave. El deudor no puede oponerse á que el acreedor acuerde la subrogación, pues usa de un derecho perfecto; el artículo no trata de las relaciones nacidas de la convención entre acreedor y tercero, sino de las legales; si contra la prohibición expresa del deudor pagareis los mil pesos que debe á P. no habrá subrogación legal y sólo podríais cobrar aquello en lo que fué útil el pago; si pagareis esa misma deuda ausente el deudor ó ignorándolo ó con su consentimiento, lo habrás subrogado legalmente; pero si el acreedor subroga al tercero en sus derechos, el deudor no podría impedirlo, porque á esa cesión es á la que el Código llama impropriamente *subrogación convencional*, que en realidad no existe.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 729.*—Véase L. 3, Tit. 14, Part. 5ª.—L. 53, Tit. 3, Lib. 46, Dig.—El art. 1236 del Cód. Francés, y Marcadé sobre dicho artículo.

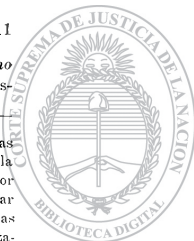
*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cop.*—Aplicación al art. 729.—Para que el acreedor sea obligado á recibir en pago deudas de terceros, el deudor debe jus-

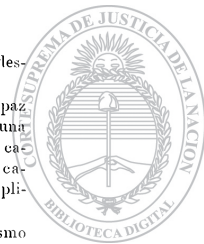
de un tercero, si hubiese interés en que sea ejecutado por el mismo deudor (art. 730); á menos que el tercero ó el deudor demos-

(Art. 730.) Como una excepción al artículo anterior, vienen las obligaciones de hacer, en que el acreedor no está obligado á recibir la prestación de un tercero, cuando tiene interés en que sea ejecutada por el deudor. En general, las prestaciones personales se deben calificar por la persona que recibe el servicio, tomando en cuenta las diferencias que pueden existir, respecto de su capacidad en la ejecución; así, el talento, la habilidad, el renombre, la experiencia, etc., son condiciones que pueden constituir una gran diferencia entre la prestación hecha por una persona ó por otra. Ulpiano había dicho: «entre los artistas hay una gran diferencia de talento, de naturaleza, de ciencia y de educación», l. 31, tit. 3, lib. 46, Dig.; pero cuando se trata de un trabajo vulgar, que cualquiera lo haría igual, un tercero puede ejecutarlo en las condiciones convenidas. Los jueces determinarán en caso de negativa, si por la calidad de la obra se ha buscado una ejecución personal. El Dr. Llerena, buscando una regla común á ambas obligaciones, opina, que toda obligación puede ser cumplida por un tercero no interesado, correspondiendo al acreedor demostrar «que su intención al formar la obligación ha sido que el mismo deudor le preste el hecho á que se obligó», conclusión errónea; porque el Código ha dividido la materia en obligaciones de dar, hacer ó no hacer, legislándolas separadamente. Las de dar, obedecen á un criterio diferente de las de hacer ó no hacer. En las obligaciones de dar, el tercero no interesado puede cumplirlas aun contra la voluntad del acreedor; esa es la regla general; pero las de hacer están sometidas á una regla diferente; el acreedor no está obligado á recibir la prestación, á menos que le sea indiferente la ejecución. Larombière, sosteniendo esta opinión, dice: «si el art. 1326 autoriza en principio á toda persona (aun no interesada) á pagar la deuda de un tercero, es porque le es indiferente al acreedor el recibir el pago de tal ó cual persona; pero se comprende que esta regla no recibe su aplicación sino cuando se trata de obligaciones de dar... en cuanto á las de hacer, es diferente».—MOURLOX. II, 1318. POTHIER, *Obl.* n.º 500.

Cuando se trata de una obligación de hacer, bastará al acreedor oponerse á la ejecución del tercero, y éste deberá probar que es indiferente al acreedor la ejecución por cualquiera persona. Cuando le man-

tificar que los préstamos fueron hechos por cuenta y orden de aquél—VIII, 506, Sér. 1.ª.





trasen que son servicios ó hechos vulgares que pueden ser des-  
empeñados por cualquiera.

Se dijo que el pago sólo podría hacerse por persona capaz de enajenar la cosa dada; pero como el cumplimiento de una obligación puede no importar una enajenación, como en los casos de comodato, depósito, etc., bastará que la persona sea capaz de ejecutar el acto, para que se repunte válido el cumplimiento de la obligación.

Cuando se ha entregado en pago una cosa de otro, el mismo deudor ó sus co-deudores pueden pedir la devolución de la cosa, ofreciendo *otra cosa de su propiedad*; pero no podrán demandar la nulidad del pago alegando que la cosa era ajena: este derecho sólo corresponde al acreedor que la recibió, ó al propietario que puede reivindicarla, si fuere robada ó perdida.

El deudor declarado insolvente no puede hacer pagos; si no lo estuviere ó por el pago viniera á serlo, el pago será válido, si el acreedor hubiera ejercitado sus derechos al cobrar la acreencia, sin tener la intención de defraudar á los demás acreedores. Se exceptúan los casos de quiebra, en que el pago hecho después de la efectiva cesación de pagos queda sin valor.

*Cuando por el pago deba transferirse la propiedad de la cosa, es preciso, para su validez, que el que lo hace sea propietario de*

dado hacer una estatua á tal artista y otro quiere ejecutarla, nada debo probar, me basta negarme á recibirla. En las obligaciones de hacer el acreedor no está obligado á recibir el pago de la prestación del tercero, esa es la regla que se completa con la parte siguiente: si tuviere interés en que sea ejecutada por él mismo; pero ésta no impone la obligación de demostrar ese interés para negarse á recibirlo, sino sirve como límite de su negativa, que no puede tener lugar cuando le sea indiferente la ejecución. La l. 31, tit. 3, lib. 46, Dig., dice: «la ejecución sin el consentimiento del estipulante no libera al deudor.»— Véase FRUITAS, art. 1038.

*Nota del Dr. Vélez Sarsfield al art. 730.—Véase L. 3, tit. 14, Part. 5ª.—L. 31, tit. 3, lib. 46, Dig.—Cód. Francés, art. 1237,—de Luisiana, 2132,—Sardo, 1327,—Holandés, 1118.—Napolitano, 1190.*



*ella y tenga capacidad de enajenarla (art. 738, 1ª parte)*, por que si fuera incapaz de transferirla, aunque tuviera la administración de sus bienes, el pago sería nulo. Así, el menor emancipado que ha contraído una deuda por dos mil pesos, no podrá pagarla sin autorización judicial.

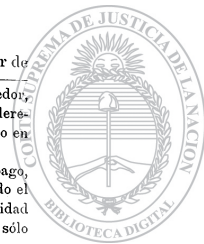
*Si el pago fuese de una suma de dinero ó de otra cosa que se consume por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor que la haya consumido de buena fe (art. 738, 2ª parte)*: es decir, ignorando

(Art. 738.) Este artículo regla las relaciones de derecho entre acreedor y deudor, sin referirse al derecho del propietario de cuya cosa se ha dispuesto sin su consentimiento: situación legislada separadamente en las acciones. Dos condiciones se necesitan para transferir el dominio de la cosa dada en pago: 1ª, ser capaz de enajenarla; 2ª, ser propietario de ella. La primera es general y abraza por completo el cumplimiento de la obligación; la falta de capacidad en el agente hace nulo el pago; pero si es capaz, aunque la cosa entregada fuera de otro, el pago será válido, á menos de ser robada ó perdida, como se demostrará mas adelante, arts. 2412, 2765, 2766. Cons. DEMOLOBME, XXVII, nº 84 y sig. LAROMBIERE, III, al 1238.

Quando la persona capaz hubiera entregado en pago una cosa ajena, no tiene derecho para hacer declarar nulo el pago ofreciendo otra propiedad: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, decía la regla de derecho romano.

Si el que ha entregado la cosa tiene obligación de eviccionarla, no puede usar una acción que produciría la evicción. El derecho de pedir la nulidad corresponde exclusivamente al acreedor que recibió el pago. El deudor no podría reivindicar una cosa que no le pertenece. y debe responder al propietario verdadero por los daños y perjuicios. ¿Con qué título podría reclamarla?

Se ha discutido en la jurisprudencia francesa y entre nosotros la correlación que debe existir entre este artículo y el 2412, tratando de buscar cuáles son los derechos del verdadero propietario. ¿Puede éste reivindicar del acreedor la cosa recibida en pago? Si se le concede este derecho en general, se iría contra el art. 2412, que hace de la posesión de buena fe, un verdadero título; si se le niega en absoluto, se consagraría el principio de que cualquiera puede disponer de las cosas ajenas. En mi opinión, el propietario tiene derecho para ejercer la reivindicación en estos tres casos: 1º, cuando el acreedor ha recibido en pago la cosa, sabiendo que no era de su deudor; 2º, cuando la cosa fué robada



la incapacidad del deudor; como si una mujer casada mayor de edad; 3º, cuando fué perdida. El artículo se aplica al deudor y acreedor, y habla de las acciones que les corresponden; pero no excluye el derecho del propietario para ejercer su acción reivindicatoria, fundado en los arts. 2412, 2765 y 2766.

La incapacidad del deudor es un medio general para anular el pago, sea la cosa propia ó ajena. El artículo no dice lo que sucede cuando el deudor no sea propietario de la cosa entregada, ó no tenga la capacidad para enajenarla; porque la repetición negada en el segundo inciso, sólo se aplica al pago de sumas de dinero, ó de cosas consumidas de buena fe. ¿Cuáles son los derechos del incapaz que hubiere dado una cosa mueble de que no podía disponer? La incapacidad lo autoriza para anular el pago y repetir lo pagado, si la cosa no ha pasado á un tercer poseedor de buena fe. Si la deuda era legal y la pagase sin autorización, puede hacerse devolver lo recibido. ¿Y qué provecho obtendría, si la tenía que pagar su representante? Que podría oponer todas las excepciones que no hubiera podido deducir por su incapacidad. El artículo sólo autoriza la repetición de las cosas consumibles que no se hubiesen consumido; y no debemos extenderlo á todas las que pueden ser materia de una enajenación por medio del pago, que están sujetas á otras reglas. Si el deudor incapaz puede repetir del acreedor las cosas que no consumió, ¿podrá hacerlo igualmente si son de las que no se consumen? En la nota al art. 738, resolvemos la cuestión. En las cosas consumibles son necesarias dos condiciones: la buena fe y que la cosa se haya consumido. La buena fe, ¿en qué tiempo debe existir? ¿al recibir las cosas ó al consumirlas? La buena fe debe existir en el momento de consumirlas. Cuando se reputan consumidas? ¿Bastará mezclarlas con otras de modo que no se puedan reconocer en su individualidad? ¿O será necesario que hayan desaparecido de poder del acreedor que las recibió? La cuestión es dudosa, como lo enseñan los autores, pero me decidido por la afirmativa, pues mientras el acreedor las tenga en su poder, aunque sean mezcladas con otras de la misma clase, se debe reputar que no se han consumido; y esta opinión se funda en la equidad, porque no se pueden reputar consumidas las cien fanegas de trigo entregadas por el hecho de estar mezcladas con las que están en los depósitos.

Todos los autores están conformes en aceptar como evidente el derecho del propietario de la cosa dada en pago, para reivindicarla de aquel á quien se la había confiado; pero la dificultad viene con la enajenación. La reivindicación de la cosa no se hace contra el deudor porque

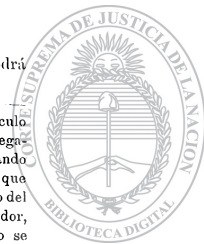


edad hubiese tomado prestada una suma de dinero ocultando su estado y la pagase, ignorando el acreedor la incapacidad.

no la tiene: ¿puede hacerla contra el tercer poseedor? Aquí las opiniones se dividen. Laurent, XVII, n.º 504, y el Dr. Llerena que lo sigue, sostienen que no hay derecho de *reivindicar*, porque el art. 1238 habla de la repetición, y sólo autoriza al deudor para ejercitarla. Por nuestra legislación, el punto debe resolverse acordando al propietario la reivindicación en estos tres casos: 1.º, cuando el acreedor hubiese conocido ó sabido que la cosa era ajena, porque le falta la principal condición para que la posesión valga por título: la buena fe; 2.º, cuando la cosa hubiere sido robada, porque si el ladrón ha pagado con ella á su deudor, el dueño tiene derecho para reivindicarla, no en virtud del artículo que estudiamos, sino del 2765; 3.º, cuando la cosa fuere perdida, si el que la encontró la dió en pago á su acreedor, el dueño puede reivindicarla igualmente, porque es una condición necesaria, para que la posesión valga como título, que sea de buena fe y la cosa no haya sido robada ó perdida. En nuestro derecho, la cuestión presenta menos dificultades, porque la regla del art. 2279 del Cód. Francés se encuentra modificada por el art. 2412, que le ha agregado: «la posesión de *buena fe*», excluyendo al poseedor de mala fe.—DELVINCOURT, II, pág. 540. DURANTON, XII, n.º 30. ZACHARIE, § 558, notas 11 y 12. COLMET DE SANTERRE, V, 177, *bis*, X y XI. AUBRY y RAU, § 316, nota 16.

El artículo se refiere al derecho del deudor que hizo el pago con la cosa ajena consumible y que puede *repetirla*; mientras el propietario puede *reivindicar* en los casos de mala fe del poseedor, robo ó pérdida de la cosa dada en pago. Mourlon (II, n.º 1324), citado para apoyar la opinión contraria, dice: «*así el propietario puede reivindicar su cosa y vencer al acreedor que la detenta...*» Hay un error en mi opinión, al afirmar que si se diera acción al propietario para reclamar la cosa mueble entregada á otro en pago, resultaría este derecho en contradicción con la regla de que la posesión de buena fe vale por título. Nada más inexacto, pues aplicamos la regla con sus excepciones. Así, cuando la posesión no sea de buena fe, ó cuando la cosa es robada ó perdida, la regla no se aplica, y entonces el propietario puede reivindicar la cosa mueble. Larombière da esta interpretación, que siguen muchos autores, y es la que concilia la aparente contradicción. El incapaz puede repetir la cosa mueble ajena entregada en pago; si no se ha consumido, este derecho es exclusivo; pero el propietario puede reivindicarla, si la cosa no fué poseída de buena fe, ó hubiere sido robada ó perdida.





Si se hubiere dado en pago la cosa ajena, el dueño no podrá reivindicarla sino cuando hubiese sido robada ó perdida.

Los errores en que incurre el Dr. Llerena al comentar este artículo son: 1º, acordar derecho al deudor y al acreedor capaces que han entregado ó recibido una cosa ajena para demandar la nulidad del pago, cuando el propietario sólo puede hacerlo en caso de robo ó pérdida; 2º, creer que la cosa dada en pago por el deudor capaz, no ha pasado al dominio del acreedor, y que si ha perecido por caso fortuito, perece para el deudor, cuando la ley solo autoriza al deudor incapaz para *repetirla* si no se hubiere consumido de buena fe; 3º, creer que el derecho del deudor para repetir la cosa entregada y no consumida se extiende hasta el caso en que, siendo capaz, ha entregado en pago la cosa ajena; porque entonces vendría á atacar el principio de que respecto de las cosas muebles la posesión de buena fe vale por título. Si el deudor me ha entregado en pago mil pesos que tenía en depósito y yo los he recibido de buena fe, ¿con qué derecho vendría á reclamarlos? ¿Qué seguridad podría existir en las transacciones, si en cada pago tuviéramos que librarnos á investigaciones semejantes? El deudor capaz no puede reclamar la cosa entregada. Pero ¿por qué razón se exige ser dueño de la cosa y capaz de enajenarla? 1º, porque el que no es dueño no puede disponer de ella, y el propietario puede reclamarla ó el que la recibió hacerse entregar otra; 2º, porque el derecho de repetición sólo está autorizado para las cosas que se consumen por el uso, y las cosas muebles están protegidas por el principio de que la posesión de buena fe vale por título; 3º, porque la persona capaz no puede atacar el acto jurídico, arts. 1049 y 1164, correspondiendo ese derecho al incapaz; 4º, porque las disposiciones del mismo Código deben ser armónicas, y no lo serían, si negándose al capaz el derecho de reclamar un acto jurídico, se le concediese ese derecho por este artículo.—Cons. MOURLON, II, n° 1324 y sig. LAROMBIÈRE, III, al art. 1238. POTHIER, *Obl.*, n° 458. MARCADÉ, IV, n° 682 y sig. DEMOLOMBE, XXVII, n° 116 y sig. COLMET DE SANTERRE, V, n° 177, *bis*, V á X. DURANTON, XII, n° 30. DELVINCOURT, II, pág. 540. TOULLIER, VII, n° 6 y sig. FREITAS, art. 1052 y su nota.—Véase arts. 54, 55, 1049, 1055, 1164, 2765.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 738.*—Véase Cód. Francés, art. 1238, y sobre él á Marcadé. Respecto á la segunda parte, L. 14, § 8, Tit. 3, Lib. 46. Dig. Cuando el que paga no es propietario de la cosa, y ésta es un inmueble, puede ser reivindicada por el verdadero propietario. Pero si el propietario no ejerce la repetición de la cosa, el deudor que la ha entregado no podrá hacerlo, por el principio *quem de eicitione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Si se tratase



## § 228.—A QUIÉN PUEDE HACERSE EL PAGO

*El pago debe hacerse:*

1º, *A la persona á cuyo favor estuviere constituida la obligación, si no hubiese cedido el crédito (art. 731, n° 1, primera parte); en caso de cesión, si ésta fuere notificada al deudor, deberá hacerlo al cesionario.*

Si la obligación se contrajo cuando era capaz y el acreedor perdiera su capacidad, el pago deberá hacerlo á su representante legal, si hubiere conocido la declaración de incapacidad.

El pago deberá hacerse *al legítimo representante* (del acreedor), *cuando lo hubiese constituido para recibir el pago, ó cuando el acreedor no tuviese la libre administración de sus bienes (art. 731, n° 1, segunda parte).*

(Art. 731, n° 1.) El principio general que domina la materia es que el pago debe hacerse al acreedor con las excepciones siguientes: 1ª, cuando el crédito estuviera cedido y notificada y aceptada la cesión; 2ª, si el crédito estuviera embargado por la justicia; 3ª, cuando el acreedor hubiere perdido su capacidad para recibir el pago; 4ª, cuando el padre hubiera sido privado de la patria potestad, las acreencias de sus hijos no deben serle pagadas; 5ª, cuando el acreedor no tuviere la libre administración de sus bienes. En todos estos casos, el pago debe hacerse al cesionario ó representante legal del incapaz, ó depositarlo á la orden del juez en su caso.

La facultad para recibir el pago debe darse por poder especial; pues él para administrar sólo comprende los actos ordinarios de administración, y él para cobrar no faculta para recibir una cosa por otra. Cuando la obligación se ha constituido entre personas capaces y el acreedor es declarado incapaz, el pago debe hacerse á su representante legal. Cuando la incapacidad sobreviniente fuera notoria, aunque no

de un mueble que no fuese perdido ni robado, el acreedor que lo ha recibido de buena fe no puede ser inquietado. Si el mueble hubiese sido perdido ó robado, podrá ser repetido por el dueño, pero no por el que lo ha pagado. Si el acreedor lo hubiese consumido de buena fe, no hay recurso contra él. Cuando el deudor propietario de la cosa dada en pago, no tenía capacidad para enajenarla, la nulidad del pago no puede ser demandada sino por el incapaz ó sus representantes, y no por el acreedor que la hubiese recibido, porque los beneficios de la incapacidad sólo se han establecido á favor de los incapaces.

Estos son los derivados inmediatos del artículo.



Para recibir el pago á nombre del acreedor es necesario tener poder especial. El poder puede ser expreso, tácito ó judicial cuando se ejecutan órdenes emanadas de los tribunales. El mandamiento de pago entregado al oficial de justicia, p. e., lo autoriza para recibir la cosa ó cantidad por que se libra la ejecución, y una vez pagada la suma ó entregada la cosa queda extinguida la obligación principal, aunque el empleado malversara los fondos ó fugase sin entregarlos.

En las obligaciones solidarias hay tantas acreencias por la suma total, como acreedores ó deudores, si la solidaridad es activa y pasiva, pudiendo pagarse válidamente por cualquiera de los deudores á cualquiera de los acreedores, y confirmando este principio, dice el (art. 731, n° 2) que se paga á cualquiera de los acreedores, si la obligación fuese indivisible ó solidaria, si el deudor no estuviere demandado por alguno de ellos; porque la

hubiere sido declarada el pago no debe tenerse por válido, como si se le hubiera pagado estando en el manicomio. Y en nuestro país sucede con frecuencia este hecho irregular, pues basta la solicitud de los parientes más próximos, con el certificado particular de dos médicos, para que los establecimientos los reciban sin más requisitos. Si la demencia no fuera notoria, el pago será válido. El que paga á una persona que no puede recibir, no queda desobligado.—FREITAS, art. 1041, n° 1. LAROMBIÈRE, III, n° 5, al art. 1239. — Véase arts. 1467, 1881, n° 1, 1883, 1888, 2211, 2213, 2214, 2220.

(Art. 731, n° 2.) Cuando la obligación es indivisible, como por la naturaleza del objeto no puede entregarse por partes, el pago puede hacerse á cualquiera de los acreedores, por cualquiera de los deudores. á diferencia de las obligaciones solidarias, en que puede serlo solamente para los deudores, y entonces no podrán pagar á cualquiera de los acreedores, sino á todos juntos; pero cuando hubiere solidaridad activa entre los acreedores, cualquiera de ellos puede recibirlo.—Véase lo dicho en los arts. 668, 686, 699, 1745, 2107, 2181, 3030 y 3776.

Quando el deudor estuviere demandado por uno de los acreedores solidarios, no puede hacer el pago á ninguno de los otros, pero puede hacerlo válidamente cualquiera de los otros deudores que ignoraban la demanda. La expresión, *si la obligación fuese solidaria*, debe entenderse cuando hay solidaridad activa y pasiva. — Véase FREITAS, art. 1041, n° 2.



demanda es un cuasi contrato que obliga al demandado á responder por la cantidad ó cosa demandada.

Por el contrario, cuando la obligación fuese mancomunada, que se divide en tantas partes iguales cuantas resulten de la multiplicación de los deudores por los acreedores, conservándose independientes las unas de las otras, como si fueran deudas separadas, entonces se pagaría *á cada uno de los co-acreedores, según la cuota que les corresponda, si la obligación fuese divisible, y no fuese solidaria* (art. 731, n° 3).

Una de las peculiaridades de las obligaciones solidarias es que no pasan á los herederos del acreedor ó del deudor sino perdiendo la solidaridad, mientras la indivisible permanece lo mismo; así, cuando en una acreencia solidaria activa y pasiva uno de los acreedores ha fallecido, cada uno de los herederos no podrá reclamar sino la parte que le correspondiese en la sucesión; por eso dice el (art. 731, n° 4), que se debe hacer el pago, *si el acreedor ó co-acreedor hubiese fallecido, á sus legiti-*

(Art. 731, n° 3.) Cuando la obligación fuera divisible ó simplemente mancomunada, como todo acreedor es dueño de la parte que determine el título, ó de una parte igual á los demás acreedores, caso de no determinarse, el deudor puede pagar á cada acreedor su parte y libertarse de la obligación, observándose lo dicho en el n° 1, respecto de la capacidad del acreedor, etc.—Véase arts. 675 y 693.

(Art. 731, n° 4.) La muerte de uno de los acreedores no hace perder la solidaridad á la obligación, porque todos los herederos juntos pueden demandar toda la deuda de cualquiera de los deudores solidarios; pero si cada uno ejerce el derecho, sólo puede cobrar la parte proporcional que le corresponda en la sucesión, y el pago hecho á cualquiera de los otros acreedores solidarios extingue la deuda.

Si la obligación fuere indivisible, como por su naturaleza no admite división, cualquiera de los herederos del acreedor podrá demandar el total de la obligación y el deudor puede pagarla, teniendo presente que este derecho queda fijado por la demanda de cualquiera de ellos. Si uno de los herederos del acreedor de una obligación indivisible demandase al deudor, éste no podrá hacer el pago á cualquiera de los otros acreedores, sino al demandante, á diferencia de lo que sucede en el mismo caso en las obligaciones solidarias.



*mos sucesores por título universal, ó á los herederos, según la cuota que á cada uno perteneciere, no siendo la obligación indivisible; porque todos los herederos representan unidos á su causante y no cada uno de ellos.*

La venta de un crédito toma el nombre de cesión, y se diferencia de la subrogación en que en aquélla pasan al cesionario todos los derechos del acreedor íntegramente, mientras en la subrogación, que es un beneficio concedido por la ley al que paga por otro, sólo adquiere derecho para cobrar lo que hubiese pagado, conservando todas las garantías que tenía el acreedor subrogado. Así, cuando el crédito estuviera cedido, se debe hacer el pago á los *cesionarios ó subrogados, legal ó convencionalmente* (art. 731, nº 5), que han sucedido en los derechos del acreedor.

Los títulos al portador tienen el privilegio de hacer suponer dueño al que los lleva ó presenta, y esta presunción sólo puede desvanecerse por una prueba en contra; por esa razón el pago debe hacerse, *al que presentase el título de crédito, si este fuese de pagarés al portador, salvo el caso de hurto ó de graves sospechas de no pertenecer el título al portador* (art. 731, nº 6),

(Art. 731, nº 5.) La subrogación legal ó convencional se distingue de la cesión en que el cesionario adquiere todos los derechos del cedente, mientras el subrogado sólo puede cobrar la suma desembolsada por él para la liberación del deudor (arts. 769 y 771, nº 1), de modo que si el deudor demostrase que el subrogado pagó sólo cincuenta de los cien que representa la deuda, no debería pagar sino los cincuenta.—Cons. LAROMBIÈRE, al art. 1249, nº 2. COLMET DE SANTERRE, V, 189 bis, I á V. DURANTON, XII, 108.—Véase com. al art. 769.

(Art. 731, nº 6.) En los títulos al portador deben aplicarse los siguientes principios: 1º, el poseedor de buena fe es dueño del título, y no puede intentarse en su contra la reivindicación; 2º, la reivindicación se puede hacer contra el que sustrajo el título, si lo tuviere en su poder; 3º, el dinero no es susceptible de reivindicación, y la acción contra el ladrón es esencialmente personal; 4º, si cobrado el documento robado, el ladrón hubiere pagado á su acreedor que lo recibió de buena fe, no habría lugar á reclamárselo á éste; 5º, si hubiere sospecha de la sustracción, como en caso de notificarse al deudor el no pago, si fuera reque-



en cuyo caso el deudor requerido para el pago puede presentarse haciendo la consignación. Cuando la sospecha proviniese de denuncia del que se dice propietario del título, y éste no se presentara judicialmente pidiendo el embargo, el deudor puede pagarlo, dando aviso al denunciante.

Si en el contrato se hubiese indicado una tercera persona para recibir el pago, se debe distinguir: si lo está como simple mandatario, bastará la voluntad del acreedor para revocar el mandato; en caso contrario, la persona designada forma parte integrante de la estipulación y no está en la mano del acreedor el alterar el contrato; por eso dice la ley, que el pago se hará *al tercero indicado para poder hacerlo, aunque lo resista el acreedor, y aunque á éste se le hubiese pagado una parte de la deuda* (art. 731, n° 7). Si el tercero indicado hubiera interve-

rido por el tenedor del documento, debe hacerse la consignación judicial, hasta que se decida á quién pertenece: 6°, cuando son cédulas hipotecarias, fondos públicos nacionales ó provinciales, si el propietario las hiciere registrar como suyos en una de las oficinas, y les pusiera su sello con consentimiento del Estado, los sacaría de la circulación.—SAVIGNY, *Obl.*, § 62 á 71.

Si prevenido el deudor particularmente de la sustracción del título, para no pagarlo, no obstante lo hiciera, no será responsable si lo hubiera pagado á un portador de buena fe; pero se reputará de ningún efecto si resultare haberlo hecho al mismo ladrón.

(Art. 731, n° 7.) Cuando se hubiere indicado á un tercero incapaz para recibir el pago, es decir, al *adjectus solutione gratia*, la l. 11, tit. 3, lib. 46, Dig., lo declaraba válido; porque el acreedor lo ha facultado para recibir, y debe atenerse á su autorización; pero si el tercero indicado hubiera sido capaz y dejara de serlo, entonces el pago debe hacerse al representante del incapaz, ó al marido, ó á la mujer con su consentimiento.—TOULLIER, VII, 24. Contra LAROMBIÈRE, III, 9, al art. 1239, y DURANTON, XII, 23.

El tercero indicado para recibir el pago puede serlo en calidad de mandatario, y entonces el acreedor podría revocar el mandato á su voluntad, siempre que lo consienta el deudor. Si Alberto ha prometido pagar diez á Julio ó á su apoderado Emilio, este mandato puede ser revocado, y si pagase al apoderado ignorando la revocación, habría pagado válidamente libertándose de la obligación. Si por el contrario es-



nido en el contrato, el deudor no quedará liberado por el pago que hiciera al acreedor, aunque hubieren convenido posterior-

tipulé para mí y para Julio dando la facultad al deudor de pagar á cualquiera de los dos, esta facultad es un derecho adquirido, del cual no puedo privar á mi deudor.

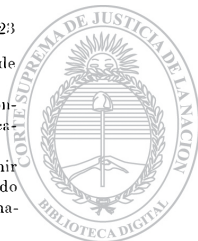
Si la persona designada para recibir el pago falleciere, no puede hacerse á sus herederos, pues es un derecho personal intransmisible; pero si resultare de la obligación que el tercero indicado era el dueño de la acreencia, se transmitirá á los herederos, como si Alberto declarase deber diez á Julio, obligándose á pagarlos á Emilio acreedor por la misma cantidad de Alberto. La persona designada no está autorizada para cobrar judicialmente, á menos que el acreedor no le hubiere hecho transferencia del crédito, ó le hubiera dado poder.—L. 10, tit. 3, lib. 46, Dig., y l. 7, § 6, tit. 5, lib. 13, Dig. Contra la primera parte —LAROMBIERE, III, n° 9, al art. 1239. DURANTON, XII, 53.

Si el acreedor hubiera recibido del deudor parte de la deuda, no por eso habrá adquirido el derecho de privarle de pagar lo restante á la persona indicada, l. 71, tit. 3, lib. 46, Dig., y eso es lo que nuestro artículo consagra.

Toullier, VII, n° 24 sostiene, que aun demandado por el acreedor, si el deudor hiciera el pago á la persona indicada lo habrá hecho válidamente, conclusión que parece apoyada por nuestro artículo, desde que autoriza á hacer el pago aun contra la voluntad del acreedor. El acreedor no puede revocar á su voluntad una facultad conferida al deudor, y con mayor razón si tiene un interés directo en ejercerla, como si el acreedor pagara al tercero de esa manera una deuda, entonces éste podría ejecutar la obligación como propia, pues habría una cesión y transmitiría sus derechos á sus herederos.

La indicación del lugar del pago, no autorizaría á recibirlo á la persona domiciliada en dicho lugar, como si prometo pagar diez á Alberto en casa de Julio, la indicación no haría válido el pago hecho á Julio, porque la autorización debe ser expresa.

El derecho acordado al deudor para pagar al acreedor ó al tercero indicado no es absoluto, ambos deben reputarse como acreedores solidarios, pudiendo el deudor elegir, y ésta facultad no se altera por los pagos parciales hechos á cualquiera de ellos; pero una vez demandado, el deudor no puede hacer el pago al otro, según se dijo en el n° 2, sin que esto se oponga al presente artículo, pues no comprende el caso. Se habla del pago parcial indicando claramente que el acreedor ha



mente en alterarlo, á menos que la indicación fuese un medio de facilitar el pago.

Si el tercero fuere indicado en interés del deudor, éste conservará su derecho para pagar al indicado, sin que la revocación produzca efecto.

La posesión material de un título de crédito hace presumir la propiedad de él, cuando el tenedor alegare ser él el indicado en el documento, á la orden; no obstante, los Bancos para ma-

tenido derecho para recibirlo, en concurrencia con la persona indicada. La disposición es tomada de Goyena, art. 1101, y la apoya en la l. 12, § 3, tít. 3, lib. 46, Dig., que dice: «hay razón para decidir lo contrario, si suponemos que alguno hubiere estipulado para sí ó para Ticio; pues, aun cuando el mismo estipulante me prohibiese de pagar á Ticio, si no obstante le pagare, estaría liberado; porque la estipulación ha recibido una condición fija, que el estipulante no puede cambiar.» Se trata, pues, de un tercero en cuyo favor se ha estipulado, que vendría á ser el caso del artículo.

La resistencia del acreedor, que sería de ningún efecto para el deudor, se debe entender restringida al caso de la ley, y aun entonces, si estuviese demandado, no podría hacer el pago al tercero indicado cuando ambos fueren solidarios; mientras no lo estuviera, conserva la elección y puede pagar á cualquiera de ellos. El artículo se aplica, pues, al caso de cesión, ó cuando la indicación importara transmisión de derecho.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 731.*—LL. 3, 4, 5 y 6, tít. 14, Part. 5ª.—L. 49, tít. 3, lib. 46, Dig.—Cód. Francés, art. 1239.—Napolitano, 1192.—Sardo, 1329.—En cuanto á los incisos 2º y 3º, lo que está resuelto en los títulos de las obligaciones solidarias, y de las obligaciones divisibles é indivisibles.—Respecto al 4º, las LL. 11, tít. 14, Part. 3ª; y 14, tít. 11, Part. 5ª.—L. 3, tít. 11, lib. 1, F. R.—Respecto al 5º, lo que se resolverá en el capítulo del pago con subrogación.

En cuanto al 6º, Savigny, en su obra, *Derecho de las obligaciones*, trata de los títulos al portador desde el § 62 hasta el 71, según la legislación de Prusia. Nos dice que el título al portador no puede ser emitido sino por los gobiernos ó sociedades especialmente autorizadas para hacerlo; y que á los particulares sólo les es permitido para dar cumplimiento á una determinada obligación, pues que el título al portador puede causar perjuicio á la moneda ó papel-moneda del país, y dar lugar á bancarotas fraudulentas.

Las relaciones de derecho entre acreedor y deudor en los títulos al portador, no están sometidas á las reglas generales del derecho de las obligaciones, sino á condiciones especiales que deben encontrarse en la creación de los títulos, razón por la cual no podemos proyectar leyes sobre la materia.

El verdadero acreedor del título al portador es el poseedor del mismo, por-





por seguridad exigen se justifique la identidad de la persona, aunque habrían pagado válidamente al que presentare el título.

que el hecho de la posesión establece siempre la presunción de la propiedad. Esta presunción de propiedad tiene una doble significación: de parte del poseedor importa que puede ejercer todos los derechos del propietario; de parte del deudor que él tiene el derecho absoluto de pagar á cualquier portador del título al portador.

El traspaso del derecho tiene lugar por la tradición del título. Es el mismo procedimiento que en el traspaso de la propiedad. La forma de una cesión no es exigida ni posible, pues que el título no indica la persona que tenga el derecho anterior, y que pueda hacerlo.

La reivindicación de los títulos al portador no tiene lugar sino contra el poseedor de mala fe, por ejemplo, el que los hubiese robado, y en cuyo poder aun existiesen, ó contra el depositario de ellos que se negara á entregarlos si los hubiese cobrado ó dádoles curso, aunque se hallasen indudablemente en poder de determinada persona no habría lugar á la reivindicación, ni de los títulos ni del dinero que hubiesen producido, aun cuando éste existiera en poder del ladrón ó depositario infiel, y el dueño anterior no tendría sino una acción personal contra el que se los hubiese substraído, pues no hay reivindicación de la moneda corriente.

La dificultad, en el caso de reivindicación, se presenta para la prueba de la propiedad. El demandante debe acreditar todas las indicaciones que pueden concurrir á demostrar que los títulos depositados ó robados son los mismos que pretende reivindicar.

Los títulos al portador que emiten los gobiernos, como fondos públicos, billetes de tesorería, pueden sufrir una alteración aparente por una señal cierta que se les agregue, y que los ponga fuera de circulación. Los particulares no pueden dejar sin efecto en sus transacciones esta declaración del Estado, deudor originario, que hace ilegal todo acto, respecto á los títulos anulados.

Cuando el propietario de un título al portador pierde la posesión, sea que este título se le haya perdido ó le haya sido robado, ó se haya destruido en un incendio ó en un naufragio, se encuentra colocado en una situación muy diversa de la del propietario de un papel-moneda que sufre un accidente semejante. La moneda lleva su valor en sí misma, y cuando un papel-moneda es destruido, la pérdida es irreparable. No sucede así en los títulos al portador que emiten los gobiernos, que no tienen valor en sí mismos, sino que son simples reconocimientos, títulos destinados á probar la obligación. La continuación de la obligación es completamente independiente de la existencia material del título que la comprueba. Puede decirse que el deudor no carga con otra obligación que la de hacer el pago al portador del título; mas aunque éste sea el derecho del deudor, no se entiende que debe ejercerlo en todas circunstancias. Este derecho no existe en casos dudosos. Cuando antes del pago, el que dice haber perdido la posesión del título, lo notifica al deudor para que no lo pague, éste debe provisoriamente rehusar el pago al portador, á fin de dejar á las partes, la posibilidad de hacer reconocer por medio de un proceso, en quién se halla la verdadera propiedad, por oposición á la propiedad presunta.

El procedimiento que se observa en los títulos al portador que llevan cupones de intereses, es el siguiente:—El propietario que ha sufrido el accidente de

á la orden; por eso se dice: *el pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda (art. 732)*: pero el pago

(Art. 732.) Se introduciría una gran perturbación en las transacciones, si la ley exigiera al deudor una investigación previa para verificar el pago. Bastará, pues, la posesión del título, aunque éste pueda ser más tarde materia de discusión, y aun en el caso de ser vencido, como sucedería cuando el heredero fuera excluido de la herencia por uno más próximo; del tercero que presenta como suyo un mandato sustraído al verdadero mandatario; del poseedor de un inmueble que hace las veces de propietario cobrando las rentas ó percibiendo los frutos, del cesionario cuyo acto es posteriormente anulado; en todos estos casos el pago será válido, si se hace de buena fe. El artículo ha suprimido las palabras «buena fe» del Cód. Francés, art. 1240, pues ésta se presume mientras no se pruebe lo contrario, salvo rarísimos casos. Ha agregado también, las palabras sobre la *propiedad de la deuda*, que no expresan con exactitud el pensamiento, pues si se litiga entre dos

la pérdida, da la prueba del hecho ante la autoridad pública, encargada de la emisión de los títulos, y particularmente del pago de los intereses. Es preciso designar exactamente los números que llevan los títulos, y comprobar la posesión que de ellos se tenía; la consecuencia inmediata de esta designación es que la autoridad observa si se presentan cupones de intereses correspondientes á esos números, y si así sucede, no son pagados al portador de ellos. El reclamante debe ser instruido de la presentación y de la persona del portador, y el negocio se resuelve en un proceso entre las dos partes.

Si se supone una destrucción material, la autoridad hace conocer públicamente por avisos sucesivos la pérdida declarada de los números, y llama á los que puedan ser tenedores de ellos para que los presenten. Si estos avisos no producen ningún resultado satisfactorio en el término de tres años, una decisión judicial declara la no existencia del título, y el que lo ha perdido recibe otro título de igual valor. Si aparece después un poseedor del título perdido, el Estado está exonerado de pagarlo: el negocio es ya entre partes, ante los jueces que declaran á quién pertenece el nuevo título que reemplazó al que se juzgaba perdido.

En cuanto al inc. 7, l. 5, tít. 14, Part. 5ª, L. 12, tít. 3, lib. 46, Dig.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 731.*—El pago verificado por error á un tercero no exonera de su obligación al deudor, en tanto no justifique que aquél estaba autorizado para su cobro por el acreedor.—Jur. Com., VII, 150, Sér. 4ª.

El pago hecho al apoderado ó mandatario con facultad de percibir, produce los mismos efectos legales que si se hubiese hecho al acreedor ó mandante personalmente.—Jur. Civ., XIII, 198, Sér. 4ª.



no será válido si fuera hecho al poseedor de un título no endosable, porque la mera posesión de un crédito semejante no establece presunción en favor del tenedor.

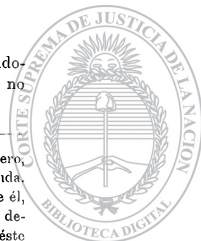
herederos que se excluyen, el pleito será sobre quién es el heredero, y por consiguiente, sobre el título hereditario, y no sobre la deuda. Estar en posesión de un crédito, es no sólo tener la materialidad de él, sino el derecho á cobrarlo. El deudor que paga, al único heredero declarado, el crédito á favor de la sucesión, queda liberado, aunque éste no tuviera el título en su poder.—*POTHIER, Obl. n° 503. DURANTON, XII, n°s 69 y 70. COLMET DE SANTERRE, V, n° 179, bis, I y II. TOULLIER, VII, n°s 26 y 27.*

El artículo trata únicamente del pago, y para hacer cualquiera otra modificación, como la transacción, novación, remisión, etc., de la deuda necesita ser verdadero acreedor, porque si la ley en virtud de consideraciones de un orden superior, declara válido el pago hecho á un acreedor que está en posesión legal del título, no sucede lo mismo con el que lo remite y resulta no pertenecerle; lo mismo sucedería en el caso de novación ó transacción: ambos contratos quedarían sin efecto por el reconocimiento del verdadero acreedor. *Toullier, VII, n° 29*, opina lo contrario respecto á la transacción, fundado en repetidas decisiones de los tribunales franceses. Los herederos á quienes se les dió posesión definitiva de los bienes del ausente, ó cuyos herederos desconocidos aparecen despues, deben tomar la herencia en el estado en que se encuentra, pues el heredero ha ejecutado válidamente todas las enajenaciones. *Arts. 125, 3555, 3954 y 4044.*

El deudor puede exigir se justifique la propiedad del título ó el derecho á cobrarlo; pero cuando es un tercero quien hace el pago, el fiador, p. e., debe prevenir al principal obligado para que deduzca las excepciones que tuviere, pues no podrá repetir lo pagado, si el deudor demostrase que tenía excepciones para extinguir ó anular la obligación.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 732.—Cód. Francés, art. 1210.—Sardo, 1380.—Estar en posesión de un crédito no es tener el acto escrito que lo prueba, sino gozar pacíficamente de la calidad de acreedor. Así, un heredero aparente está en posesión de los créditos hereditarios, y son válidos los pagos que le hacen los deudores de la sucesión, aunque después sea vencido en juicio y declarado no ser heredero. Por lo demás, tener el documento del crédito constituye la posesión cuando se trata de documentos pagaderos al portador.—Véase Marcadé sobre el art. 1210.*





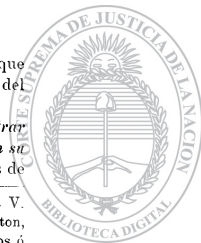
Si el título á la orden se hubiere cobrado con un falso endoso, el pago sería válido si fuese hecho de buena fe.

En general, el pago hecho de buena fe á la persona que estaba en posesión del título á la orden, aunque fuera hecho antes del vencimiento, se reputa válido; así, cuando se ha pagado al heredero declarado, que después ha sido vencido por otro más próximo pariente ó con un testamento ignorado, el pago sería válido.

El pago puede hacerse á los terceros no autorizados y también á los incapaces para recibirlo, pero entonces no extingue la obligación; por eso dice el Código: *el pago hecho á un tercero que no tuviese poder para recibirlo, es válido en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor, y en el todo, si el acreedor lo ratificase* (art. 733); pero la ratificación no debe perjudicar á

(Art. 733.) La ratificación puede ser expresa ó tácita, y de cualquier manera que fuere aceptado por el acreedor, el pago libera al deudor. Un ejemplo de ratificación tácita sería, cuando el acreedor demandando al que recibió el pago la entrega de lo recibido, ó si pide al deudor lo restante de la deuda deduciendo lo pagado al tercero.—L. 12, § 4, l. 1. 28 y 34, § 9, tit. 3, lib. 46, Dig. LAROMBIERE, III, n° 25 al art. 1240. DEMOLOMBE, XXVII, n° 175 y sig.

El pago se convierte en utilidad del acreedor, no cuando éste hubiera recibido del tercero la cantidad ó cosa entregada por el deudor, porque ese es caso de pago ratificado; esa cantidad pudo jugarla, perderla, donarla, etc.; esa no es la utilidad que busca la ley. En la persona capaz, como en la del incapaz, la utilidad debe ser la misma, traduciendo por el provecho ó por el aumento de patrimonio. La utilidad se demostrará, ya sea por haberse satisfecho otra deuda del acreedor, ó adquirido algo que lo hubiera enriquecido. El deudor debe, pues, demostrar el provecho recibido por el acreedor. ¿Pero ese provecho debe existir al tiempo de la demanda, ó cuando se recibió el pago? La l. 47, § 1, tit. 3, lib. 46, Dig. dice: «si la cosa ha perecido antes de la contestación, algunas veces se puede considerar que le ha aprovechado, como si ha comprado una cosa necesaria, que debía comprar con su dinero. Porque de esta manera no ha venido á ser más pobre, y por consiguiente, ha aprovechado.» Así, cuando se han pagado las contribuciones de un inmueble del acreedor, ó si se hicieron reparaciones necesarias en una casa, debe reputarse que le ha sido útil, pues lo habría hecho con su dinero, y se encontraría más pobre en esa cantidad.



los terceros que hubieren adquirido derechos. Si el tercero que recibió el pago sin autorización viniera á ser único heredero del acreedor, el pago sería válido, pues quedaría ratificado.

*El pago no puede hacerse á persona impedida de administrar sus bienes. Sólo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad (art. 734);* pero si lo hubiese confirmado después de

Opino con Toullier, n° 14. Colmet de Santerre, V, n° 180 bis II á V. Delvincourt, II, pág. 542. Larombière, IV, n° 8 al art. 1312, y Duranton, XII, n° 45, que si lo pagado ha sido empleado en gastos necesarios ó útiles al acreedor, el provecho obtenido se deberá calcular con completa independencia respecto á los hechos ocurridos con posterioridad, y bastará que haya existido cuando recibió el pago.—Contra DEMOLOMBE, XXVII, n° 196.

El pago puede hacerse antes del plazo al mandatario nombrado, si éste lo consiente, ó cuando por el objeto de la obligación resultase haberse puesto en favor del deudor, art. 570. En la jurisprudencia francesa esta conclusión es uniformemente aceptada, y aunque ambas legislaciones siguen reglas diferentes, pues en la nuestra el plazo se presume en beneficio de deudor y acreedor, mientras en la francesa es en beneficio del deudor, esta diferencia en nada alteraría la conclusión. La cuestión tiene su importancia, cuando el mandatario que recibió el pago antes del plazo cayera en insolvencia, antes de vencerse la obligación. Si el poder fuera para cobrar y percibir el importe de tal ó cual obligación, el pago habría sido bien hecho.

El pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación, art. 750, sin perjuicio que ambos contratantes puedan alterarlo, como si el deudor quisiera hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá obligarlo á hacerle descuentos.

Cuando el pago se hace al mandatario, es necesario distinguir, si el mandato llevase consigo mismo la prueba de su extinción, como si tuviere tiempo fijado y éste se encontrare vencido, de cuando no estándolo, según el título mismo, el mandante lo hubiera revocado sin conocimiento del deudor; en el primer caso, el pago sería de ningún valor, en el segundo válido.

(**Art. 734.**) La incapacidad de la persona puede ser de hecho ó de derecho; la de hecho es absoluta cuando la persona no tiene voluntad

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 733.*—Regla 17, Tít. 34, Part. 7°, y L. 5, Tít. 14, Part. 5°.—Cód. Francés, art. 1239.—Napolitano. 1292.—Sardo, 1329.



recobrar su capacidad, quedará firme y no podrá ser atacado.

La incapacidad puede ser accidental, para no realizar ciertos actos, como en el caso del art. 1244, en que siendo el marido el administrador legal de los bienes del matrimonio, no puede

ni discernimiento, como los dementes declarados tales y los menores impúberes; es relativa la de los menores púberes que necesitan del consentimiento de sus tutores. Las incapacidades de derecho son siempre absolutas, porque la ley prohíbe el acto. El pago hecho á un demente ó á un menor impúber es nulo; pero susceptible de confirmación, así que haya desaparecido el obstáculo legal. Si lo recibido en pago se ha convertido en provecho de los incapaces, debe descontar el deudor el valor del provecho obtenido. Si el pago se hace al incapaz relativamente, puede confirmarse por el tutor ó el marido, y entonces la deuda se considera extinguida, sin atender al provecho obtenido. Respecto al tiempo en que debe considerarse la utilidad, basta que exista en el momento de hacerse el pago, aunque haya desaparecido al entablar la demanda, porque aprovechó al incapaz.

Los actos de las personas incapaces son susceptibles de confirmación; así el menor que cumple su mayor edad, ó el demente que recobra su capacidad, pueden confirmarlo. Cuando el incapaz que recibió el pago alegare la nulidad, el deudor podrá oponerle compensación por aquello en que se enriqueció. Supongamos que la mujer casada recibió el pago de lo que se le debía, y con consentimiento de su marido adquiere con ese dinero un bien raíz: ese acto importaría una aprobación tácita del marido; lo mismo sucedería si el menor hubiere entregado el dinero á su tutor, ó si lo hubiera empleado útilmente.

No es necesario que el pago haya aumentado el patrimonio actual del incapaz: basta haberlo aprovechado cuando lo recibió, y no haberse hecho más pobre.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 734.*—Regla 17, Tit. 34, Part. 7.º—L. 5, Tit. 8, Lib. 26, Dig.—Cód. Francés, 1241.—Napolitano, 1191.—Sardo, 1431.—Hollandés, 1122.

*Fallos de la S. C. N.*—*Aplicación del art. 734.*—La rendición de cuentas sociales, hecha por uno de los socios á la esposa del otro, sin que ella esté autorizada por su marido ni por el juez, es de ningún valor, aun cuando se trate de bienes de propiedad de ella. Queda, sin embargo, al socio que rindió la cuenta expeditas sus acciones para repetir por lo pagado indebidamente á la esposa, ó cargar en cuenta lo que se hubiese convertido en su utilidad.—XXI, 186.



recibir lo que se deba á su mujer menor de edad, ó con una incapacidad general, como si fuera demente. Si el pago hecho al incapaz fuera confirmado por su representante legal, sería válido.

*Si el acreedor capaz de contraer la obligación se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, el deudor que sabiendo la incapacidad sobreviniente se lo hubiese hecho, no extingue la obligación (art. 735); á menos de haber sido ratificado por su representante autorizado para recibirlo; pero la extinguirá en la parte del provecho obtenido, que deberá ser demostrado por el deudor.*

*Si la deuda estuviera pignorada ó embargada judicialmente, el pago hecho al acreedor no será válido (art. 736, 1ª parte):*

(Art. 735.) El pago deberá hacerse al representante legal del incapaz, si por cualquier medio tuviese conocimiento de la incapacidad; como si notificado el nombramiento de curador del incapaz para que se hiciera el pago, fuere cambiado posteriormente sin hacérselo saber, y el deudor le pagare, la obligación se extinguiría. El principio general es, que la persona capaz con quien se contrató conserva su capacidad mientras no haya una declaración judicial en contrario; por esa razón, si el deudor pagase la deuda sin conocer la declaración, habría extinguido la obligación, si la demencia no fuera notoria. ¿Qué sucedería cuando el incapaz ocultó su menor edad para contratar, y se descubre al hacérsele el pago? El menor tiene derecho para pedir la nulidad del contrato, y el deudor puede resistirse al pago, cumpliendo un contrato que puede ser anulado. En este caso no hay incapacidad sobreviniente, pues que ésta existe, y si ha cumplido por su parte el contrato, el pago no tendrá valor sino por el provecho recibido por el incapaz. Un menor de edad que, diciéndose mayor, vende una casa y recibe su precio, anulado el contrato, el comprador devolverá la casa, y sólo podrá repetir lo aprovechado por el incapaz.

(Art. 736.) El embargo judicial puede decretarse por la totalidad de la deuda, ó por una parte. En el primer caso, si el deudor debidamente notificado hiciera el pago al embargado, no extinguirá la obli-

---

*Faltos de la Crim. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 735.—El reconocimiento del acreedor del verdadero estado de los negocios del deudor, anula todo acto ó contrato que perjudique á los demás acreedores, aun cuando al llevarlo á cabo el deudor no estuviese inhibido de disponer de sus bienes, ni declarado en quiebra.—Jur. Com., I, 338, Sér. 2ª.*



pero lo será en la parte que quedara libre una vez satisfecha la acreencia que aseguraba, ó por la que estaba embargada; por eso dice la ley, que *en este caso la nulidad del pago aprovechará solamente á los acreedores ejecutantes ó demandantes, ó á los que se hubiesen constituido la prenda, á quienes el deudor estará obligado á pagar de nuevo, salvo su derecho de repetir contra el acreedor á quien pagó* (art. 736, 2ª parte).

El embargo judicial crea una especie de prenda en favor del embargante y con relación al embargado; pero en caso de concurso no confiere privilegio sobre los demás acreedores quirografarios. El embargo incapacita al acreedor para recibir el

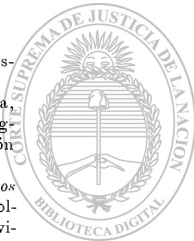
gación, y podrá repetir lo pagado del que lo recibió. ¿Si pagare al acreedor embargado, y el embargo se declarase nulo? El pago sería válido, pues ha desaparecido el impedimento legal del acreedor para recibirlo. Contra Larombière, III, 7, al art. 1242.

Si embargada toda la acreencia por una cantidad menor, el deudor pagare al acreedor embargante previa subrogación en sus derechos, entregando el resto al acreedor embargado, y antes de levantarse el embargo otro acreedor embargase la misma acreencia, el pago hecho al embargado sería nulo, porque estando la deuda bajo la mano de la justicia nadie ha podido disponer de ella, y no la ha extinguido. Si el deudor embargado pagara judicialmente al embargante y al embargado, la obligación se extinguiría, aunque se presentasen otros acreedores á embargar el crédito.

Cuando un crédito es dado en prenda, si el deudor pagase á su acreedor, el pago sería nulo en la parte pignorada, y si lo estuviera por una cantidad igual ó mayor, el pago sería nulo. Se ha confundido el embargo, que es una especie de prenda, con el acto de constituir la prenda voluntariamente; por eso el artículo que las distingue dice: la nulidad del pago aprovecha sólo á los acreedores ejecutantes (embargantes), ó á los *que se hubiesen constituido la prenda*, expresando que independientemente del embargo que crea un derecho, existe el de prenda que pudo constituirse con antelación. ¿Qué diremos, cuando se embargare un crédito pignorado? La preferencia del acreedor prendario no puede ser discutida, pues se ha constituido un derecho anterior al embargo.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 736.*—Cód. Francés, art. 1242.—Napolitano, 1195.—Sardo, 1332.—Holandés, 1123.





pago en perjuicio del embargante, pero no con relación al mismo acreedor.

Quando se ha entregado el crédito en seguridad de la deuda, debe ser notificado el deudor para que no pague el crédito ignorado, sino al acreedor prendario: si antes de la notificación hubiese pagado parte de la deuda, el pago sería válido.

*El pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores es de ningún valor (art. 737);* siempre que la insolvencia estuviera declarada, pero cuando por el pago mismo viniera á quedar insolvente, no se anularía sino probando que el deudor y acreedor se han confabulado para defraudar á los otros acreedores.

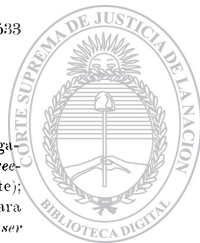
*Lo que está dispuesto sobre las personas que no pueden hacer pagos, es aplicable á los que no pueden recibirlos (art. 739);* así no podrán recibir: los incapaces, los terceros no interesados en el cumplimiento de la obligación, ni los que no tuvieren poder del acreedor.

(**Art. 737.**) Por deudor insolvente se entiende el declarado tal, pero si la insolvencia proviene del acto mismo, es necesario probar la mala fe del acreedor, para anular el pago. Los pagos hechos por el deudor, en fraude de sus acreedores son nulos, cuando hubo complicidad con el que recibió el pago, porque si era verdadero acreedor ejerció un derecho propio, aunque por el pago el deudor quedase insolvente.

El fallido como el insolvente no pueden hacer pagos. El artículo habla de los insolventes no declarados en juicio, pues exige que el pago sea hecho en fraude de sus acreedores.

(**Art. 739.**) La disposición coloca bajo un pie de absoluta igualdad á los que no pueden hacer pagos con los que no pueden recibirlos. Apliquense pues, los principios expuestos en las notas anteriores. La dificultad se encontrará en la aplicación de una disposición general que abrace la incapacidad, pero se puede sentar como regla, que quien no puede hacer pagos no puede recibirlos.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 737.—*L. 7, Tít. 15, Part. 5<sup>a</sup>.—De la revocación de los pagos hechos por el deudor en fraude de los acreedores, se dispondrá en la sección siguiente.



## CAPÍTULO I

## § 229.—DE LO QUE SE DEBE DAR EN PAGO

Como una regla general en el cumplimiento de las obligaciones, se debe establecer que, *el deudor debe entregar al acreedor la misma cosa á cuya entrega se obligó (art. 740, 1ª parte);* porque así se cumple con la obligación, y no tiene derecho para alterarla por su sola voluntad; así es que *el acreedor no puede ser obligado á recibir una cosa por otra, aunque sea de igual ó mayor valor (art. 740, 2ª parte);* á menos que la obligación fuera facul-

(Art. 740.) La primera regla que sirve de fundamento á las relaciones de derecho entre acreedor y deudor, es la convención pues, es la ley de los contratantes, salvo si fuera contraria al orden público ó á las buenas costumbres. El deudor no puede, pues, por su sola voluntad modificar la convención, á menos de haberse reservado esa facultad, como sucede en la obligación facultativa. El derecho es recíproco y el acreedor no podrá exigir se le entregue otra cosa que la prometida.

Cuando es una cosa cierta y determinada, el acreedor puede rechazar la indemnización de daños y perjuicios, haciéndose entregar la cosa; pero si ha sido entregada á otra persona, ¿cumplirá el deudor con su obligación dándole el valor de lo que hubiere obtenido por la cosa debida? No lo creo; deberá los daños y perjuicios causados. El deudor puede entregar otra cosa que la debida y extingue la obligación, si el acreedor la recibe voluntariamente; en ese caso hay *datio in solutio*; habrá novación cuando hubiere una nueva obligación para sustituir á la anterior.— Véase art. 779.

El acreedor no puede ser obligado á recibir una cosa por otra, *in-ríto creditori*, aunque la cosa sea de igual ó mayor valor. ¿Por qué no recibiría una cosa de mayor valor? Porque es resultado de un contrato que no puede ser alterado.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 740.*—L. 3, Tít. 14, Part. 5ª.—L. 17, Cód. De *Solutionibus*.—Cód. Francés, art. 1243.

*Faltos de la S. C. N.*—*Aplicación del art. 740.*—Las provincias no pueden cambiar las disposiciones de los arts. 619 y 770 del Código Civil y obligar al acreedor á aceptar contra su voluntad el pago de su crédito con los fondos públicos á la par. Tal pretensión es contraria á los artículos citados del Código Civil é importa dar á esos fondos un carácter forzosamente chancelario, cuando el acreedor sólo está obligado á recibir *moneda nacional*, y cuando la legisla-



tativa, ó cuando se hubiera estipulado que podría pagarse la pena disolviendo la obligación; pero ni aun en estos casos se cambia en realidad la cosa, porque se ha dejado indeterminada y sólo la elección viene á fijarla definitivamente.

Si la obligación fuere de entregar una cosa cierta y determinada, el deudor la cumplirá entregando la cosa en el estado en que se encontrase, sujetándose á lo dispuesto en los arts. 578 á 588.

*Si la obligación fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado á recibir en pago la ejecución de otro hecho, que no sea el de la obligación (art. 741), y podrá exigir se haga personal-*

---

(**Art. 741.**) En las obligaciones de hacer el deudor debe prestar el servicio ofrecido, cuando hay interés en el acreedor que la ejecución se haga por el deudor. Véase la nota al art. 730. Debe, pues, atenderse á la prestación misma y á la ejecución. Como dice Demolombe, XXVII, n° 71: «Lo que hace el objeto de la obligación no es tal hecho ó tal obra de una manera absoluta: es el hecho ejecutado por tal persona determinada.» La garantía ó fianza no podría ejecutarla: porque precisamente él mismo ha garantido que se hará por la persona á quien afianzó, á diferencia de las otras obligaciones en que los interesados pueden pagarlas.—Cons. COLMET DE SANTERRE, V, n° 176, *bis* II. LAROMBIÈRE, III, al art. 1237. DEMOLOMBE, I. c., y DURANTON, XII, n° 21.

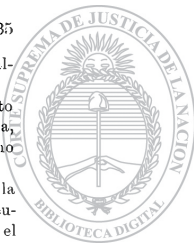
---

ción en materia de moneda está atribuida al Congreso de la Nación y prohibida á las provincias, art. 67, inc. 10, y art. 105, Constitución Nacional. Siendo también atribución del Congreso dictar el Código Civil, las provincias no pueden alterarlo una vez que ya aquél ha ejercido esa facultad, art. 67, inc. 17, y art. 105 Constitución Nacional.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 740.—La venta por un precio total, de una área determinada, compuesta de distintas fracciones, cuya extensión se fija en las primeras, obliga al vendedor á entregar en la última la cantidad total vendida, si le fuere materialmente imposible la entrega de alguna de las fracciones de extensión determinada.—Jur. Civ., VIII, 43, Sér. 2°.*

*Para que proceda la excepción de pago, el documento en que se funde debe referirse expresamente á la deuda que dió origen á la ejecución.—Jur. Civ., XV, 231, Sér. 4°.*

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 741.—La Ley de Partida antes citada que pone la excepción, cuando el deudor no puede ejecutar el hecho, en cuyo caso debe cumplir la obligación según lo ordene el juez.*



mente, si no fuere de aquellos hechos ordinarios en que cualquiera puede ejecutarlos.

Cuando la obligación es de no hacer, como su cumplimiento consiste en la abstención, la obligación se juzgará no cumplida, si el deudor ú otro en su nombre hubieren practicado el hecho de que debía abstenerse.

La regla general es, que la obligación debe cumplirse en la forma y modo estipulado, y si se hubiese convenido que el deudor liciera pagos parciales, ó entregase la obra por partes, el acreedor estará obligado á recibirlos; pero *cuando el acto de la obligación no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte en parte el cumplimiento de la obligación (art. 742)*, porque el plazo ha sido puesto en beneficio de ambos. Si el acreedor hubiera recibido un pago parcial, no estará obligado á aceptar los demás en esa forma, á menos de modificación expresa del contrato.

La regla de que no pueden hacerse pagos parciales tiene sus excepciones, como si se tratara de una deuda divisible, aunque fuera solidaria, con relación á los herederos del deudor, en que no están obligados sino por la porción hereditaria de cada uno, y la deuda se divide entonces en tantas cuantos herederos hubiere dejado el deudor.

*Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales, y en*

(Art. 742.) El contrato es la ley de los contratantes, y por consiguiente el deudor no puede por su voluntad alterarlo dando por partes lo que prometió entregar en su totalidad; pero si falleciere dejando varios herederos y la deuda fuera divisible, cada uno de ellos puede obligar al acreedor á que reciba la parte que le corresponde en la obligación; en este caso el pago se puede hacer parcialmente, si el acreedor cobrara la acreencia una vez hecha la división. El acreedor en caso de fallecimiento del deudor puede rehusar de cada uno de los herederos su parte y ocurrir por el todo á la sucesión. Véase lo dicho en la nota al art. 673. Si la obligación fuera mancomunada, cada uno de los deudores puede obligar al acreedor á recibir su parte, porque la obligación se divide en tantas, cuantos deudores hubiere.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 742.*—Es el espíritu de las l. l. 1, 2, 3 y 8, tit. 11 Part. 4.<sup>a</sup>—Véanse las citas sobre el art. 673.



*periodos determinados, el pago hecho por el último periodo hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario (art. 746), que deberá ser dada por el demandante para desvanecer la presunción; pero si en el mismo recibo se indicara que no se han pagado los periodos anteriores, la presunción desaparece.*

Si el demandante pidiese una cosa cierta que se le debe á plazo y otra bajo condición, y el deudor estuviera conforme con entregar la de plazo vencido, pero no la otra, alegando que la condición no se ha cumplido, el deudor puede obligarlo á recibir la primera, y sucederá lo mismo, *si la deuda fuese en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor, y deberá hacerse el pago por el deudor de la parte líquida, aun*

---

(Art. 746.) La presunción se extiende á toda deuda, ya se pague por periodos de meses ó años, ó aun por periodos irregulares.

Así, por ejemplo, una obligación de pagar mil al mes, tres á los cuatro, cinco á los siete, el recibo de haber pagado el segundo plazo, hace suponer el pago del primero; así, como pagado el último se supone pagado los anteriores. La l. 3, tit. 22, lib., Cód. Rom., libertaba de la contribución á los que probaran haber pagado los tres últimos años, á menos que algún receptor hubiera recibido una promesa de pagar esos años, ó se demostrara evidentemente que no los había pagado. Nuestras leyes fiscales son aún más severas, sin duda en razón de la incompetencia de la administración, porque el contribuyente debe probar que ha pagado el impuesto, sin que el último recibo establezca presunción en su favor. ¿Qué prueba debe darse para destruir la presunción? Corresponde á la ley de procedimiento el determinarla, teniéndose presente el art. 1193. Goyena, art. 1097 dice: «la prueba del pago debe hacerse por escrito»; pero si no pasare de doscientos pesos se puede hacer por testigos, y aun de suma mayor por la confesión del acreedor. La presunción legal tendrá efecto, cuando los atrasos se deban á la misma persona. Por ejemplo, si las cantidades se deben las del primer periodo á A., las del segundo á J. y las del tercero á E., el pago del segundo periodo ni el del último hará presumir los anteriores; lo mismo sucedería si los deudores fueran tres: que cada uno debiera pagar al acreedor un periodo; el pago del último no haría suponer los anteriores. Freitas, art. 1110, sólo establece la presunción en favor de las prestaciones periódicas, como rentas, pensiones, intereses, premios, salarios, etc.

antes de que pueda tener lugar el pago de la que no lo sea (art. 743): pero si se debiese (una) suma de dinero con intereses, el pago no se estimará íntegro sino pagándose todos los intereses con el capital (art. 744): pero eso no autorizará al acreedor

(Art. 743.) Las condiciones que debe tener una deuda para ser líquida son: 1ª, la certidumbre de su existencia; 2ª, la determinación de la cantidad ó de la suma á la cual se eleva. Estas condiciones deben ir siempre unidas; porque la deuda puede ser cierta, pero la cantidad indeterminada y entonces no sería líquida, desde que el *quantum* no es conocido. Por ejemplo, la acreencia de un médico que me ha atendido es cierta, pero no está determinada. Una pretensión dudosa, aunque esté perfectamente determinada, como está sometida á la decisión del tribunal, no es cierta en su existencia y no se considera como líquida. Pothier, *Obl.*, n° 628, dice: «una deuda contestada no es líquida...»

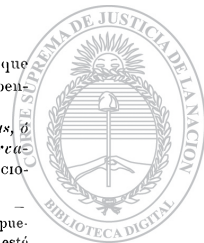
La obligación del deudor es siempre correlativa del derecho del acreedor; en este caso viene á ser un derecho á la vez; porque puede obligarlo á que reciba la suma líquida, libertándose por la consignación.

(Art. 744.) Los intereses devengados forman una sola acreencia con el capital, cuando se ha liquidado y aprobado judicialmente, art. 623. Una suma es cierta y determinada en cuanto al capital, é indeterminada en cuanto á los intereses, y puede ser pagada por partes, como se dijo en el artículo anterior. Y la razón es porque los intereses son ciertos, sea que se estipulen ó corran los legales, pues se deben según la convención. Otra cosa sería, si hubiera cuestión sobre si se deben ó no los intereses ó sobre la cantidad que debe pagarse: en estos casos el deudor tendría derecho para consignar la suma debida, libertándose de los intereses y esperar á la decisión judicial. Cuando se debieren anualidades sucesivas por rentas ó alquileres, si bien son deudas distintas para los efectos de la prescripción, ésta no puede comenzar sino desde que el derecho pudo ser ejercitado, pero no debe considerarse así

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 743.*—Proyecto de Goyena, art. 195.—Arg. de la l. 8, tit. 4, lib. 5, Dig.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 743.—Para que pueda declararse procedente la excepción de pago, el recibo en que se funde debe expresar determinadamente que se refiere á las sumas que fundan la ejecución.—Jur. Civ., XIII, 34, Sér. 3ª.





para cobrar intereses de intereses; sólo indica el artículo que pagado el capital no se disminuirán las garantías, ni se suspenderá el juicio seguido para el cobro.

*Si el pago consistiese en la entrega de cosas determinadas, ó de cosas inciertas ó de cosas fungibles, ó no fungibles, se observarán las disposiciones contenidas en el título: DE LAS OBLIGACIONES DE DAR. (art. 745.)*

con relación al cobro de la totalidad de las anualidades. El acreedor puede demandar una sola suma reuniendo todas las anualidades sin que esté obligado á recibirlas separadamente. Lo que no deja de tener su interés cuando se trata del procedimiento: pero esto no priva al deudor de deducir las excepciones que tuviere, considerándolas separadamente. Los autores enseñan, sin hacer distinción alguna, que se puede pagar por separado. — Véase AUBRY y RAU, § 319, nota 5. TOULLIER, VII, nos 69 y 70. LAROMBIÈRE, III, n° 7, al art. 1244. COLMET DE SANTERRE, V, 183 *bis*.

El deudor demandado puede hacer imputar los pagos á las anualidades que le parezcan, art. 773, pues todas son exigibles y de plazo vencido. En cuanto al privilegio que tienen los intereses de dos años garantidos por la hipoteca, el deudor podría pagarlos dejando garantido sólo el capital. La prevención del art. 746 quedará salvada con hacer constar en el recibo que se deben las otras anualidades. Los autores franceses resuelven en contra, no obstante de reconocer el principio de que hay tantas acreencias como anualidades vencidas; contrariando así lo dispuesto por el artículo 1253, que concede al deudor de muchas deudas el derecho de declarar cuál es la que desea pagar y que el Código ha incorporado en el art. 773. Si cada anualidad es una deuda separada, no hay razón para privar al deudor del derecho de declarar cuál es la que entiende pagar; pero esto sólo tendría lugar cuando no hubiere sido demandado. Véase Larombière, Colmet de Santerre, Aubry y Rau, Toullier, etc., que sostienen la opinión contraria á la expuesta.

(Art. 745.) Si el pago consistiera en la entrega de cosas determinadas, debe tenerse presente la definición del art. 725 en que se paga cumpliendo lo prometido, y esto no importa muchas veces una enajenación, como en el depósito, comodato, etc.; por consiguiente, si la cosa entregada fuera para devolverla á su dueño, los peligros del deterioro ó

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 744—Cód. de Chile, art. 1591.*

## CAPÍTULO II

## § 230.—DEL LUGAR EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

La regla de derecho es que *el pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligación* (art. 747, 1ª parte), sin que

pérdida casual serán de cuenta del dueño, y la cosa se entregará como se encuentre; pero si es para transferir el dominio, ó constituir sobre ella derechos reales, los peligros serán de cuenta del deudor. Si las cosas fueran ciertas (no fungibles), corresponde la elección al deudor, si no se hubiere estipulado lo contrario art. 601; si fueren de cantidades de cosas, será necesario individualizarlas, pesándolas, midiéndolas ó contándolas, art. 600; en todos estos casos se regirán por lo dispuesto en los arts. 578 á 615.

(Art. 747.) Hay puntos donde las leyes de fondo se tocan y confunden con las de forma que reglan el procedimiento, determinando el fuero de las partes y la jurisdicción de los jueces, y en que se comprende la necesidad de una legislación uniforme, que, como la civil, comercial penal y de minería, ha debido entregarse codificada á las provincias, sin alterar las jurisdicciones locales, ni tocar las autonomías; pero la Constitución dejó á éstas la facultad de dictar sus leyes de procedimiento, atribuyendo al Congreso la legislación de fondo. Por esa razón no hay armonía y uniformidad muchas veces. Estas ideas se presentan al espíritu, al examinar dónde debe cumplirse una obligación. El lugar donde debe exigirse la obligación se confunde con la jurisdicción y competencia de los Tribunales. Así, la ley de procedimientos de la Capital determina la competencia de los jueces en su art. 4º de esta manera: 1º, cuando ejerciten acciones reales sobre bienes muebles, lo será el juez del lugar en que se hallen situados los bienes, ó el domicilio del demandado á elección del demandante; 2º, cuando sean acciones personales, el del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación; á falta de éste, á elección del demandante, el domicilio del demandado ó

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 745.—Las Leyes Romanas y los Códigos modernos exigen la prueba del pago de los tres últimos periodos, para suponer el pago de los anteriores. Pero para esto no hay razón alguna. Si el acreedor ó la oficina pública encargada de una contribución da el recibo por el último año de una pensión ó contribución anual, los acreedores sólo deben ser culpados, cuando no expresaron que quedaban impagas las pensiones ó contribuciones anteriores. Este es el caso de aplicar el principio: Plus facimus liberationibus quam obligationibus.*







importe para el cumplimiento las estipulaciones posteriores que alteren el contrato, pues se considerarán como formando

del lugar del contrato, si allí se hallare el demandado aunque sea accidentalmente. Examinemos. Estoy domiciliado en la capital, y hemos designado en el contrato la ciudad de Rosario para entregar una cosa cierta y determinada; el Código Civil dice que allí debe cumplirse la obligación, mientras la ley de procedimientos me autoriza á demandarla aquí; pero se comprende, esto no altera la obligación, y el juez debe ordenar la entrega en el lugar convenido; no hay, pues, colisión en este caso; pero cuando la acción es personal sin habers señalando el lugar dónde debe cumplirse, la ley de proceso me autoriza ó demandarla á mi elección, en el domicilio del deudor ó en el del contrato, con tal que allí se encuentre el deudor, aunque sea accidentalmente; si demando en el lugar del contrato, es para obligarlo á cumplirlo en su domicilio. En uno y otro caso se salva la competencia de los Tribunales; pero no sucede así cuando se trata de acciones que tocan esencialmente al fondo y á la manera de ejercitarlas. La competencia de los tribunales no debe alterar el lugar del cumplimiento de la obligación. La l. 9, tit. 4, lib. 13, Dig. dice: «el que se ha obligado á entregar una cosa en cierto lugar, no puede forzar á su acreedor á recibirla en otro.» Sin embargo, hay autores que admiten la compensación de una acreencia pagadera en otro lugar, descontando los gastos, lo que vendría á alterar en cierto modo la regla del artículo.—Comp. TOULLIER, VII, n° 85. POTHIER, *Obl.*, n° 238. AUBRY y RAU, § 319, nota 15. LAROMBIÈRE, al art. 1247.

Cuando se hubieren designado conjuntamente dos lugares para hacer el pago, se debe entender que la voluntad de las partes ha sido la de pagar la mitad de la suma en cada lugar; pero si la cosa fuera indivisible, será una cuestión de interpretación, y los jueces la resolverán teniendo presente, como dice Freitas, art. 1055, n° 3, la naturaleza del pago, la calidad ó fin del negocio, y demás circunstancias.

En caso de designarse dos ó más lugares alternativamente, la elección corresponde al deudor como en las obligaciones alternativas, á menos de haberse dejado al acreedor la elección.

En las obligaciones recíprocas ó contratos *silagnáticos*, en que cada una de las partes es acreedor y deudor á la vez, el lugar de pago para el uno debe ser igualmente para el otro, si las prestaciones fueren simultáneas.

En la compra-venta, por ejemplo, vendida una cosa se entregará en el lugar donde se encuentra, si nada se hubiere convenido, y allí mismo se pagará el precio, si es al contado. La ley, interpretando la vo-



parte de él y modificándolo. Lo que se busca es una manifestación clara de voluntad; así, cuando en el contrato se hubie-

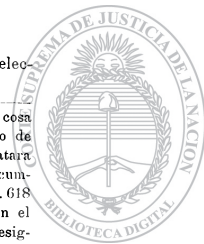
luntad de los interesados presume que el deudor ha querido entregarla en el lugar donde se encontraba en el momento del contrato, y el acreedor recibirla en dicho lugar. ¿Admite prueba en contra esta presunción? ¿Podría demostrarse por cualquier género de prueba, que esa no ha sido la voluntad de las partes? Prueba escrita sí, como si se exhibieran cartas ó documentos donde constase que la cosa debía entregarse en otro lugar. Si las partes designaren para la entrega de la cosa cierta el domicilio del acreedor, ¿será en el domicilio que tenía al tiempo de nacer la obligación, ó al de su cumplimiento? El deudor puede exigir se le reciba la cosa en el domicilio que tenía el acreedor al formarse la obligación, porque las partes han convenido teniendo en vista ese domicilio. Esta opinión es confirmada por el art. 2216.

El artículo habla del pago, expresión que por su generalidad comprende el cumplimiento de una obligación, sea la entrega de dinero, de cosas muebles ó de prestar un servicio, así es que debe aplicarse á toda clase de obligaciones.

Cuando se hubiere designado el domicilio de una tercera persona como lugar del pago de una cosa determinada, la entrega se hará en el domicilio que tenía al pactarse la obligación. Los gastos de la entrega son de cuenta del deudor, si no hubiere estipulación en contrario.

Cuando es cosa cierta y no se ha determinado el lugar en que debe entregarse, si el acreedor y deudor han cambiado de domicilio, ¿tendrá siempre derecho el deudor de entregarla donde se contrajo la obligación? La dificultad aumenta, si suponemos que uno y otro han cambiado de domicilio á lugares diferentes, abandonando el que ambos tenían al contraerse la obligación. Supongamos que la cosa existía en Buenos Aires cuando se contrajo la obligación, que el deudor se ha domiciliado posteriormente en el Rosario y el acreedor en Córdoba. ¿Dónde se exigirá la entrega de la cosa? ¿En Buenos Aires donde existía al formarse la obligación? Eso es lo que dice el artículo, cuando se trata de una cosa cierta y determinada, y no hay razón para alterar la regla, aunque sería el Rosario, si fueran sumas de dinero ó cantidades de cosas.

El artículo ha variado el original del Cód. Francés, art. 1247, que se refiere á lo que ocurre fuera de los dos casos, agregando el Código Argentino para mayor claridad á la expresión, *domicilio del deudor*, la frase determinante *al tiempo del cumplimiento de la obligación*. Se han salvado así muchísimas dudas. El pago debe, pues, hacerse:



ran designado alternativamente dos lugares distintos, la elección corresponderá al deudor.

1º, en el lugar designado; 2º, si no hubiere designación y fuese cosa cierta y determinada, en el lugar donde la cosa existía al tiempo de contraerse la obligación; 3º, si no hubo lugar designado, ni se tratara de cosa cierta, se hará en el domicilio del deudor al tiempo de cumplirse la obligación. ¿Cómo conciliar estas reglas con las de los arts. 618 y 1212? El art. 618 dice: «la entrega del dinero debe hacerse en el lugar donde se contrajo la obligación, cuando no hubiere lugar designado; en cualquier otro caso debe verificarse en el domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación»; coinciden en que siendo sumas de dinero deben entregarse en el lugar convenido; y se diferencian en que por este artículo el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, mientras el art. 618 dice, en el lugar donde se contrajo la obligación, en lo que está de acuerdo con el art. 1212, agregando éste: si el lugar del contrato fuere el del domicilio del deudor. El art. 747 habla del pago en general, y comprende todos los modos de cumplir la obligación; mientras el 618 sólo habla de la entrega de sumas de dinero, cuya parte podríamos considerar como una excepción a lo dispuesto en el art. 747; lo que encontramos más difícil de armonizar es la disposición del art. 1212, que también por su generalidad abraza toda clase de contratos; este artículo introduce nuevos factores de perturbación: 1º, el contrato debe cumplirse en el lugar designado, coincidiendo con las disposiciones de los arts. 618 y 747; pero agrega: *si no lo indicare la naturaleza de la obligación*, nuevo elemento de juicio para determinar dónde debe cumplirse el contrato, que no estaba indicado en los artículos referidos; 2º, el contrato debe cumplirse (cuando no hubiere lugar designado) en el lugar donde se celebró, en lo que coincide con el art. 618; pero agrega el 1212: *si fuere el domicilio del deudor*, lo que introduce una diferencia al parecer con el art. 618 y 747; pero donde existe la antonomia es en la frase siguiente: *aunque mudare después de domicilio*.

El pago tomado en su acepción general, es el cumplimiento del contrato; por consiguiente, la dificultad está en conciliar el art. 747 con el 1212; porque el 618 trata de las obligaciones de dar sumas de dinero y las regla en toda su extensión. Las disposiciones particulares de una institución del derecho, deben primar sobre las generales del mismo Código; así creo que, en las obligaciones de dar sumas de dinero el pago debe hacerse, en el lugar designado, si no se designó en el lugar donde la obligación se contrajo, y en cualquier otro caso en el domicilio del



*Si no hubiese lugar designado, y se tratase de un cuerpo cierto y determinado deberá hacerse donde existía al tiempo de contraerse la obligación (art. 747, 2ª parte); aunque el acreedor y deudor hubieran cambiado de domicilio. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación (art. 747, 3ª parte), sin perjuicio*

deudor al tiempo de cumplirse la obligación. Tratándose de otra clase de contratos, el pago se hará en el lugar designado ó en el que lo indicare la naturaleza de la obligación, como si se tratase de entrega de cosas que formarán el capital de una sociedad, que deberá hacerse donde ésta estuviere establecida; ó cuando fuera de cosas ciertas y determinadas, que deberán entregarse en el lugar donde existían al tiempo de hacerse el contrato; cuando no hubiere lugar designado, el contrato deberá cumplirse en el lugar donde fué hecho, si allí fuere el domicilio del deudor; lo que indica que el lugar está sujeto á la condición de que allí sea el domicilio. Lo anterior queda conciliado; pero lo que establece la antonomia es la cláusula, *aunque después cambiare de domicilio*, mientras que por el art. 747 debe cumplirse en el domicilio del deudor *al tiempo del vencimiento de la obligación*. Esta última parte es inconciliable, si no damos supremacía al art. 1212, como debe ser, porque regla el cumplimiento de los contratos, sobre la del art. 747, que sólo habla de uno de los modos de cumplirlo. Conciliamos los tres artículos de esta manera: lo dispuesto en las obligaciones de dar sumas de dinero, debe cumplirse en toda su extensión, porque es una institución particular; debemos, pues, separarla. En lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, se observarán estas reglas, para juzgar sobre el lugar en que deben cumplirse: 1ª, en el lugar designado; 2ª, si no hubiere lugar designado, donde lo indicare la naturaleza de la obligación; 3ª, á falta de esas indicaciones en el lugar del contrato, si fuera el domicilio del deudor, y aunque después hubiere cambiado de domicilio; 4ª, si se tratase de la entrega de una cosa cierta y determinada fuera del 1º y 2º caso, se hará en el lugar donde existía al tiempo de cumplirse la obligación; 5ª, en cualquier otro caso, el contrato se cumplirá en el domicilio del deudor al vencimiento de la obligación; 6ª, si el pago consistiera en una suma de dinero, como precio de una enajenación, debe hacerse en el lugar donde se entregó la cosa, si no se dió plazo para el pago, lo que debe considerarse como una excepción al art. 618; 7ª, en el domicilio de cada una de las partes cuando el contrato fuere hecho entre ausentes, por cartas ó agentes firmando docu-

de lo dispuesto por las leyes de procedimientos, que tratándose de competencia y jurisdicción, son excluyentes.

Los principios expuestos regirán en los casos en que hubiere un solo acreedor y un solo deudor. Cuando fueren varios deudores y la deuda mancomunada y divisible, si no hubiera lugar designado, el pago será hecho en el domicilio de cada deudor, por la porción viril, cuando en el título nada se dijera; pero si la deuda fuera solidaria podrá exigirse por el todo cualquiera de los deudores en su domicilio.

*Si el pago consistiese en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, debe ser hecho en el lugar de la tradición de la cosa, no habiendo lugar designado, salvo si*

mentos en diversos lugares, art. 1214.—Cons. 1. 42, tit. 1, lib. 45, Dig. tit. 16, § 2, lib. 3, INSTITUTA. MAYNZ, § 261, nota 1<sup>a</sup>. GOYENA, art. 1091. CÓD. DE CHILE, arts. 1587 y 1588. FREITAS, art. 1055, n<sup>o</sup> 4.—Véase arts. 576, 618, 1212, 1411, 1424.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 747.*—Cód. Francés, art. 1247.—Napoleónico, 1101.—Sardo, 1337.—De Luisiana, 2153, en cuanto á los dos primeros párrafos. Respecto al segundo inciso, el Cód. de Holanda, art. 1429, designa el domicilio del acreedor. La L. 13, Tit. 11, Part. 5<sup>a</sup>, dispone como el primer párrafo del artículo; mas la L. 32, Tit. 2, Part. 3<sup>a</sup>, da competencia al juez del lugar del contrato como que allí fuese el fuero de la causa, sin expresar que el obligado haya de encontrarse ó no en ese lugar. Por las Leyes Romanas el que se obligó á pagar en determinado lugar, no puede hacer el pago en otro contra la voluntad del acreedor.—L. 9, Tit. 4, Lib. 13, Dig.—L. 19, tit. 1, lib. 5, Drg.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 747.*—La acción sobre cobro de pesos por cumplimiento de un contrato, debe deducirse ante el juez del lugar designado para la ejecución del mismo.—XXVII, 338.

Es fuero preferente y preferido al del domicilio del demandado, el del lugar de la ejecución del contrato.—XXVIII, 11.

El cumplimiento de una obligación puede demandarse ante el juez del lugar donde debe cumplirse, si allí se encuentra el deudor al tiempo de la demanda.—XXVI, 214.

Cuando se ejercitan acciones personales y no resulta un lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, el juez competente es el del domicilio del deudor.—LIII, 553.

El juez del lugar designado en el contrato para su cumplimiento y pago, es el competente para conocer en el juicio instaurado al respecto.—XIX, 296.

*Fallos de la Cím. de Apet. de la Cap.—Aplicación del art. 747.*—No existiendo lugar designado para el pago, no puede exigirse en el lugar del contrato, sino en el domicilio del deudor.—Jur. Com., V, 87, Sér. 4<sup>a</sup>.



el pago fuese á plazo (art. 749); en cuyo caso debe hacerse en el domicilio del deudor. Cuando el pago consistiera en la entrega de otra cosa, como en el caso de permuta, ambas cosas deberán darse donde existían en el momento del contrato, según el art. 764.

*Si el deudor mudase de domicilio, en los casos en que el lugar de éste fuese el designado para el pago, el acreedor podrá exigirlo ó en el lugar del primer domicilio, ó en el del nuevo del deudor (art. 748);* pero tratándose de la competencia y jurisdicción,

(Art. 749.) Este artículo es una excepción del 618, cuando se trata de entregar sumas de dinero; allí se dijo: si no hay lugar designado para el pago, debe hacerse en el lugar del contrato; aquí se agrega: cuando el pago deba hacerse en dinero y fuera el resultado de una enajenación, deberá hacerse en el lugar de la tradición de la cosa. He comprado un carruaje en el Rosario por mil pesos, para entregármelo en Buenos Aires; aunque el lugar del contrato es el Rosario, no debo entregar allí el precio, sino en el lugar donde me entregan el carruaje; pero la regla recobra su imperio, si me han dado plazo; en ese caso deberé pagarlo en el Rosario, si no hubo lugar designado, y si cambiare de domicilio podrá cobrárseme en mi nuevo domicilio, al vencimiento de la obligación, como lo dice el art. 618. Debe, pues, distinguirse el pago de sumas de dinero de los demás, que están sometidos á los contratos.—FREITAS, art. 1060.—Véase arts. 1212, 1411, 1424.

(Art. 748.) Se trata del lugar designado para el pago, que establece la relación de derecho entre acreedor y deudor. Si fuera del domicilio del deudor, y éste lo cambiare, la ley faculta al acreedor para exigir el pago á su elección en el antiguo ó en el nuevo domicilio. Si

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 749.*—Convenido el precio de obras y su pago en terrenos por un valor fijo, ó en dinero á elección del acreedor, y ejecutadas aquéllas sin mora ni falta apreciable, el deudor no puede resistir el pago en terrenos elegidos por el acreedor, ni aun bajo pretexto de haberlos enajenado y serle imposible el pago.—LV, 178.

El precio de la cosa enajenada puede cobrarse ante el juez del lugar donde aquélla fué entregada.—XLVIII, 271.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 749.*—Es competente para su cumplimiento, el juez del lugar donde debía verificarse la tradición y el pago.—Jur. Com., III, 18, Sér. 4<sup>a</sup>.

La disposición que permite al demandante optar por el domicilio, sólo es aplicable cuando no existe lugar designado.—Jur. Com., III, 18, Sér. 4<sup>a</sup>.

estará sujeto á lo que dispongan las provincias. La disposición del Código Civil se debe aplicar sin restricción en la capital federal y territorios federales.

### CAPITULO III

#### § 231. —DEL TIEMPO EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

Para resolver las cuestiones que ocurrieran con relación al tiempo en que debe hacerse el pago, se atenderá á las reglas siguientes:

a) *El pago debe ser hecho el día del vencimiento de la obligación (art. 750)*, entendiéndose por tal, no sólo el día en que

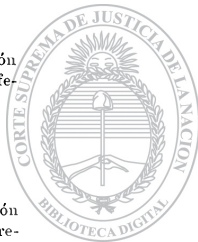
en el contrato hubo lugar designado, no se le puede exigir al deudor que haga la entrega en su domicilio; porque no habría razón para obligarlo á transportar la cosa del lugar en que debía de entregarla á su domicilio actual. El acreedor puede demandar, es cierto, al deudor en el lugar indicado para el pago en el domicilio actual; pero la demanda no altera el contrato, porque la cosa debe entregarse en el lugar convenido, á no ser que fueran sumas de dinero, como se dijo en el art. 618 y se repite en el art. 649. Si demandado para el pago lo quisiera hacer en su nuevo domicilio y el acreedor lo consintiera, se entendería reformado el contrato. Pothier, (*Obl.*, 240) enseña, que el deudor no puede ser obligado á pagar en otra parte fuera del lugar designado; pero que si no paga en dicho lugar, cuando la acreencia es ejecutiva, puede ejecutarse los bienes en el lugar donde se encuentren. En nuestro derecho no existe la dificultad que en el Francés, porque indica el domicilio del deudor al tiempo de cumplirse la obligación.

(**Art. 750.**) El plazo puede ser cierto ó incierto, suspensivo ó resolutorio, como se dijo en el art. 567. El vencimiento es el instante en que la obligación se hace exigible. Cuando no hubiere plazo, el juez lo designará teniendo en cuenta la naturaleza del contrato. En el presta-

---

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 748.—Procede la excepción de incompetencia, si por el contrato se ha convalidado la autoridad que debe entender en las cuestiones que surjan entre los contratantes.—Jur. Civ., I, 211, Sér. 5ª.*

Quando el domicilio fijado para el cumplimiento de la obligación lo ha sido en el interés exclusivo del acreedor, éste puede renunciar á ese beneficio.—Jur. Com., II, 71, Sér. 2ª.



termina el plazo señalado, sino también desde el momento en que la obligación se hace exigible por el cumplimiento de la condición suspensiva ó resolutoria.

b) *Si no hubiese plazo designado, se observará lo dispuesto en el art. 618 (art. 751)*; es decir, el juez determinará el día de

mo, por ejemplo, cuando no se hubiere señalado el plazo para la devolución de lo prestado, el acreedor no podrá demandarlo inmediatamente, será necesario que por lo menos la cosa haya servido para los fines con que fué prestada. Cuando se trata de sumas de dinero, se ha establecido que si no hubiere tiempo designado para la entrega, el juez lo designará (art. 618 y su com.), del mismo modo que cuando se hubiere autorizado al deudor para satisfacerla cuando pudiese ó tuviese medios de hacerlo, art. 620; pero esta disposición que se refiere á las sumas de dinero que deban entregarse, ¿regirá también para toda clase de pagos? Así lo establece el art. 620, cuya disposición la considero digna de crítica. Cuando el instrumento en que consta la obligación indicare el tiempo en que deba cumplirse, ¿podrá, no obstante, demostrarse por cualquier género de prueba cuál fué la intención de las partes? Sólo por escrito ó por confesión del obligado puede hacerse esa demostración. Cuando la fecha constare de un documento público, y ésta se hubiere alterado por un instrumento particular, la modificación no tendrá efecto contra los terceros ó sucesores á título singular, si su contenido no estuviere anotado en la matriz ó en la copia, por la cual hubiese obrado el tercero, art. 996; pero ella valdrá contra los sucesores á título universal que representan y continúan los derechos y obligaciones de su causante.

(**Art. 751.**) El artículo ha generalizado la disposición del 618, aplicable á las obligaciones de entregar sumas de dinero. Aubry y Rau, § 319, nota 10, y Zachariæ, § 561, nota 8, enseñan que el pago puede exigirse inmediatamente, cuando no hubiese término designado, á no ser que de la naturaleza de la obligación ó de otras circunstancias fuera indispensable cierto lapso de tiempo.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 750.*—L. 13, Tít. 11, Part. 5ª.—L. 8, Tít. 14, Part. 5ª.—L. 42, Tít. 1, Lib. 4ª, Dig.—Tít. 16, § 2, Lib. 3, Instit.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 750.*—Las obligaciones á pagar el día en que se termine una obra, son á plazo, y no pueden cobrarse sino después de cumplida aquélla. Antes del plazo, no pueden cobrarse sino en el caso de haberse formado contra el deudor concurso de acreedores.—XXII, 343.







la entrega, teniendo en cuenta las circunstancias que hayan precedido á la formación del contrato, así como la naturaleza de la obligación. Pero no se puede fijar un término único y perentorio para todos estos casos, pues no se interpretaría la voluntad de las partes. Y aunque en nuestros tribunales se ha aplicado con frecuencia la l. 5, tit. 27, Part. 3<sup>a</sup>, que acuerda el plazo de diez días, no creo deba seguirse como una regla invariable. Se trata de una facultad que el Código Civil acuerda á los jueces y deben usarla según su ilustrado criterio.

c) *Si por el acto de la obligación se autorizare al deudor para hacer el pago cuando pudiese ó tuviese medios de hacerlo, se observará lo dispuesto en el art. 620 (art. 752);* es decir, los jueces á

La ley 14, tit. 17, lib. 50, Dig. dice: «en las obligaciones que se ha fijado tiempo para el pago, la cosa se debe inmediatamente», pero un principio tan absoluto no está de acuerdo con la justicia, ni interpreta la voluntad presunta de las partes; por esa razón el Código Francés, arts. 1900 y 1901, estableció en el préstamo que, cuando no se ha fijado término, se presume que las partes han dejado al juez la facultad de determinarlo. Cuando se ha contratado la construcción de una casa sin fijarse término para su conclusión, ó cuando se ha prestado una cosa con tal objeto, los jueces determinarán el plazo en que deben cumplirse tales obligaciones; pero si se hubiere vendido una cosa sin fijar término para la entrega y pago de la cosa, ¿deberá exigirse inmediatamente? No; los jueces con conocimiento de las circunstancias que han precedido al contrato, así como de la situación de la cosa enajenada, determinarán el tiempo de la entrega.—Véase Freitas, art. 1064, n° 2. En apoyo de esta doctrina, citaremos á BOILEUX, VI, art. 1900.—TROPLONG, XIV, n° 260, y DURANTON, XVII, n° 583.

(**Art. 752.**) Es una regla que confirma la del art. 618, y no habría razón para rechazarla sino en casos especiales; porque cuando en un contrato de venta una de las partes se ha obligado á entregar la cosa

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 751.—Procede la fijación por los tribunales del plazo para el cumplimiento de una obligación condicional.—Jur. Civ., III, 134, Sér. 4<sup>a</sup>.*

*La fijación del término para el cumplimiento de una obligación sin plazo determinado, debe hacerse con audiencia del obligado.—Jur. Civ., III, 406, Sér. 4<sup>a</sup>.*

*La falta de plazo para el cumplimiento de la obligación, hace procedente la inhabilitación del título, mientras judicialmente no sea fijado.—Jur. Civ., VIII, 312, Sér. 2<sup>a</sup>.*



instancia de parte, asignarán el tiempo en que deba hacerse, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias especiales del contrato; pero no se reputará una obligación condicional, como se ha juzgado repetidas veces por nuestros tribunales. La ley reputa que las partes han dejado al juez la fijación del término, porque el art. 620 lo faculta para hacerlo, sin atender ni esperar demostración de que el deudor tiene los medios de realizarlo.

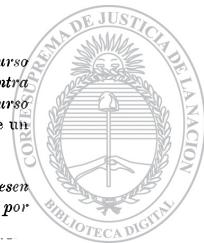
Hay casos en que la ley autoriza al acreedor para exigir el pago antes del plazo, reputándolo vencido, facilitando de ese modo el cumplimiento de la obligación; así *puede el acreedor exigir el pago antes del plazo* (art. 753, 1ª parte) en los casos siguientes:

---

pagada, cuando pudiera, el juez determinará según las circunstancias el tiempo en que deberá entregarse la cosa, ó el precio cuando esa condición se hubiere puesto al pago.—Véase el com. al art. 620.

(Art. 753.) Es necesario distinguir cuando la obligación se ha vencido por el cumplimiento de la condición ó del plazo, de cuando viene á ser exigible por el concurso que se forme al acreedor; si la obligación puede en ambos casos ser exigible, sus efectos no son los mismos. Concurrido el deudor, el acreedor que á su vez fuere el deudor de plazo vencido del concursado, no podría oponer la compensación, y deberá pagar su deuda entrando al concurso con su acreencia. Otro de los efectos de este vencimiento legal, podemos llamarlo así, antes del término, es que no afecta á los que estuvieren ligados por algún interés con el concursado, como los co-deudores solidarios, los fiadores y los terceros detentadores de inmuebles hipotecados, cuya deuda ha venido á ser exigible anticipadamente por la insolvencia. Si, pues, la insolvencia del deudor hace exigible el pago de una deuda, ella no altera la naturaleza de la obligación, que en razón de un orden superior se ha variado para el deudor, pero que permanece tal como era para los demás interesados. Pothier, (*Obl.*, nº 236) dice, hablando de los deudores solidarios: «la razón es que este deudor, que ha permanecido solvente, no puede sin su voluntad ser obligado á más de lo que ha querido obligarse».

El artículo dice: la deuda no será exigible contra los co-deudores solidarios que no hubiesen provocado el concurso, de donde se deduce que lo será contra los que lo concursaron; esta conclusión se encuentra



a) *Cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los co-deudores solidarios que no hubiesen provocado el concurso (art. 753, 2ª parte); porque no pueden ser responsables de un hecho que no les es imputable.*

b) *Cuando el deudor fuese declarado en quiebra.*

c) *Cuando los bienes hipotecados ó dados en prenda fuesen también obligados por hipoteca ó prenda á otro acreedor, y por*

justificada por las palabras transcritas de Pothier: la insolvencia del co-deudor solidario no es un hecho del co-deudor; pero él ha promovido el concurso haciendo exigible la obligación en que era deudor solidario; debe soportar las consecuencias de su hecho.

Respecto de la fianza pura y simple de una obligación á término, en el caso de insolvencia del deudor, los autores se han dividido.—Larombière, (II, n° 22 al 1188,) opina que, cuando el deudor principal ha caído en insolvencia, el acreedor puede exigir el pago aun contra los fiadores, pues si el deudor puede ser perseguido por la acreencia, puede serlo igualmente el fiador; Demolombe, (XXVII, n° 707), rechaza, con razón, á mi juicio, semejante conclusión. ¿En qué tiempo se ha sometido el fiador á satisfacer la obligación? Esa es la cuestión, es el beneficio del término con el que se ha contado en el momento en que se obligó, y del cual no puede privársele *ex-post facto*. Por mi parte, agregaré: el fiador no ha respondido de los actos del acreedor, anteriores al vencimiento de la obligación, ni responde de los hechos de su fiado sino en lo que se relacione con el cumplimiento de la obligación en el término estipulado. Duranton, XI, n° 120, sostiene nuestra teoría.

En el Código Civil Argentino, la resolución es más categórica; porque si para los co-deudores solidarios no es exigible la obligación en caso de insolvencia de uno de ellos, con menos razón lo sería para el fiador puro y simple que goza de los beneficios de orden y de excusión.

El artículo habla de *insolvente concursado*, y no de quebrado ó fallido. El quebrado puede tener un activo superior á su pasivo, y en ese caso no se encuentra insolvente; pero el vencimiento del término se extiende aún á los casos de quiebra. Pierde también el beneficio del término el deudor hipotecario en el caso de los artículos 3158 á 3160.— Véase Freitas, art. 1077, n° 1, y los autores citados en el art. 572.

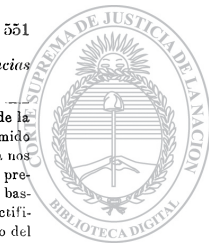
*el crédito de éste se hiciese remate de ellos en ejecución de sentencias pasadas en cosa juzgada (art. 754).*

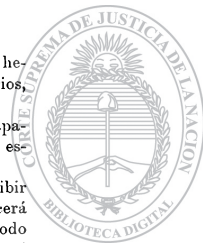
(Atr. 754.) Dijimos con el Dr. Leguizamón en la nota 123 de la Instituta, que Freitas traía otro caso que el Código había suprimido con razón, refiriéndonos al inc. 2 del art. 1077, y el Dr. Llerena nos observa, que no está suprimido porque figura en el 3161. Sin pretender hacer controversia sobre un punto claro, en mi opinión, me bastará traer ambos textos para demostrar que no es acertada su rectificación. Freitas dice: «será exigible la deuda antes del vencimiento del plazo... si estando el acreedor *garantido* con hipoteca, anticresis, prenda ó fianza, estas garantías se extinguieren, ó vinieren á ser insuficientes». Lo que quiere decir, de cualquier modo que se extingan, sea por desaparición de las cosas hipotecadas ó pignoradas, ó si se disminuyesen, el acreedor puede ejecutar la obligación. Mientras el art. 3161 habla de cuando el deudor hiciere actos que deteriorasen el inmueble ó disminuyeran su valor. Como se ve, el caso es de culpa del deudor hipotecario, y la ley con razón pena esa culpa haciéndolo perder el plazo; pero nada dice cuando sin culpa la cosa hubiere disminuido de valor, ni cuando la prenda hubiera desaparecido ó la fianza fuere insuficiente, y, por consiguiente, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación antes del plazo.

El acreedor puede exigir el pago antes del vencimiento: 1º, cuando el inmueble hipotecado disminuyese de valor por hecho del deudor ó de su representante; 2º, cuando estando hipotecado á otro acreedor, ó cuando sin estarlo éste lo ejecutare, ó lo hiciere vender por la mano de la justicia; 3º, cuando la prenda hubiera sido vendida en el mismo caso. El acreedor anticresista goza de privilegio sobre el inmueble que tiene en su poder, y puede pedir una colocación actual en caso de venta. Cuando la prenda ha desaparecido sin culpa del deudor ni del acreedor que la tenía, la obligación no se considera vencida.

En los tres casos citados la deuda se reputa vencida: en el 1º, como una pena impuesta al deudor de mala fe que disminuye la garantía; en el 2º y 3º, hay una especie de concurso abierto al bien hipotecado, pues se vende por la mano de la justicia, y los acreedores deben concurrir á la distribución de su importe.

La ley reputa vencido el plazo, sólo cuando el bien ha sido vendido en remate por ejecución de sentencia firme, y como las sentencias de remate que se dictan en ejecución de un crédito no causan ejecutoria, pues pueden ser reclamadas en juicio ordinario, pareciera que no debían aplicarse á esos casos, pero no es así. La ley de procedimientos,





d) Cuando el bien hipotecado disminuyese de valor por hechos del deudor, sea deteriorándolo, ó vendiendo los accesorios, ó si perdiese de importancia por cualquier falta del deudor.

Si las prendas, fianzas ó garantías dadas hubieran desaparecido sin culpa del deudor, la obligación continuará como estaba; pero si tuviese culpa deberá dar otras.

Sucede algunas veces que el acreedor consiente en recibir pagos parciales; pero cuando ésto tuviera lugar, no se establecerá una presunción contraria á lo estipulado en el contrato, de modo que pueda ser obligado á igual cosa para los demás pagos, ni tampoco, *si el deudor quisiere hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá éste ser obligado á hacer descuentos (art. 755)*; debiendo ambos sujetarse á lo estipulado en el contrato.

art. 500), da derecho para deducir el juicio ordinario, y el art. 526, da por chancelada la fianza si á los 30 días de concluirse el juicio ejecutivo no se hubiere entablado aquel. Sin embargo, tratándose de una distribución del valor del bien hipotecado á varios ó dado en prenda, todos los acreedores que tienen derechos reales pueden concurrir á tomar una colocación actual en el valor de la cosa, respondiendo naturalmente á las resultas del juicio ordinario que se puede deducir. Puede ocurrir que el deudor tenga excepciones contra alguno de los acreedores que concurren á la distribución del precio de la cosa rotatada y las deducirá cuando aquel pretenda su pago.

Sólo cuando se vendiere la cosa dada en prenda ó hipoteca, puede el acreedor demandar la acreencia antes del plazo.—Comp. DR. SEGOVIA al art. 754 y DR. LLERENA al mismo artículo y nuestra nota 123 de la INSTITUTA. FREITAS, art. 1077, n° 3.

(Art. 755.) El plazo es puesto en favor del deudor y acreedor, á no ser que por el objeto de la obligación, ó por otras circunstancias resultase en beneficio sólo de uno de ellos. El presente artículo difiere esencialmente del art. 1244 del Francés, y ha venido á decidir la controversia sobre la extensión de la facultad de los jueces, sosteniendo unos, como Duranton, que podían dar plazos para el pago de la deuda total, pero no dividirla, y otros, como Marcadé, que estaban facultados para hacer esa división, autorizando pagos parciales. Discusión que carece de importancia en nuestra legislación, pues los jueces no están autorizados para dar plazo alguno. Freitas, art. 1078, habla sólo



## CAPÍTULO IV

## § 232.—DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

La obligación que liga á una persona hacia otra, establece entre ellas una relación de derecho de distinta categoría é importancia. El deudor, es decir, el que debe dar, hacer ó no hacer, según la terminología del Código, tiene un gran interés en extinguir la obligación libertándose. Cuando el acreedor se niega á recibir la prestación, ¿qué debe hacer? ¿Cómo debe pagar? La ley le ha concedido un medio que equivale al pago real, extinguiendo la obligación; ese medio es la consignación. *Idágase, pues, por consignación, haciéndose depósito judicial de la suma que se debe (art. 756)*, en el Banco de la Nación Argentina á la

del caso en que el deudor y acreedor quisiera, el uno hacer pagos parciales y el otro, recibirlos. La modificación puede ser tácita, haciendo el pago parcial, ó expresa cuando se ha convenido en documento posterior obligándose á recibirlos parcialmente. En estos casos no habrá descuentos.

(Art. 756.) El artículo contiene un error de doctrina que en la práctica los jueces deben corregir. El depósito sin ofrecimiento real al acreedor y sin la negativa de éste á recibirlo, no puede ser declarado como la consignación á que se refiere el Código. El depósito judicial supone, pues, el ofrecimiento del deudor y una negativa del acreedor; no hay consignación en caso contrario, esto lo confirma el art. 757 y sig. Cuando se presente el deudor consignando la suma debida, debe afirmar que el acreedor no ha querido recibirla, ó que es incapaz de hacerlo.

El Código se ha separado de todos los modernos limitando el depósito judicial sólo á las sumas de dinero, estableciendo para los cuerpos

---

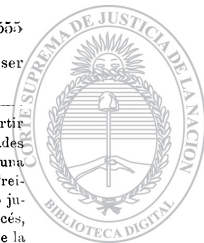
*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 755.*— Porque se ha establecido ya que el plazo en las obligaciones es á favor de deudor y acreedor.

El Cód. Francés, por el art. 1244, autoriza á los jueces para conceder dilaciones para el pago, aun después de cumplido el plazo de la obligación, cuando la posición del deudor lo exija. Si los jueces deben tener ó no esta facultad es una cuestión muy debatida entre los juriconsultos franceses. Marcadé sobre dicho artículo, Duranton, XII, n.º 88, y Dalloz, sección 1.ª, art. 1.º, § 5, n.º 24, sostienen la afirmativa. En contra, Merlin, *Quest. verb. ejcut. parée*. Toullier, VI, n.º 600.

orden del juez de lo civil ó comercial en turno, y como pago de la acreencia; acompañando el certificado de depósito, y expresando la negativa ó incapacidad del acreedor.

ciertos la intimación judicial al acreedor para que venga á recibirlo, y dejando las demás cantidades de cosas sin que puedan pagarse por la consignación. Hay un error de doctrina; porque la sola intimación no debería producir el efecto de la consignación, pues resultaría esta contradicción evidente: que el deudor pagaría sin tener la cosa con sólo ofrecerla, si la rehusa el acreedor. El Dr. Velez Sarsfield para separarse de lo enseñado por todos los Códigos, cuya uniformidad debió hacer gran peso en su espíritu, ha tenido en consideración las razones de Marcadé, (IV, n.º 728 al art. 1257,) que no son sólidas, pues se funda en que el ofrecimiento debe ser hecho en el domicilio del acreedor, y «¿cómo queréis (agrega dicho autor) que para hacer el ofrecimiento haga conducir á 100 á 200 leguas, p. e., 100 barriles de vino que debo entregar?» y coordinando con el art. 1264, que es nuestro art. 764, donde habla de la entrega de un cuerpo cierto, dice: «basta el ofrecimiento para surtir los efectos del pago, y por consiguiente, el depósito del art. 1257 no se debe aplicar sino al caso de entregar sumas de dinero». El Dr. Velez Sarsfield agrega: «¿Cómo haría el deudor el depósito judicial de un cargamento de hierro para ofrecerlo al acreedor en su domicilio y seguir todas las reglas de la consignación?» Pero para ofrecer alguna cosa no es necesario llevarla á presencia del acreedor: basta tener la seguridad de que la recibirá. Tratándose de cosas que no son dinero no pueden depositarse sin la intimación judicial; el juez, previa la negativa de recibirlas, debe ordenar el depósito; si éste no se hiciera, no podría surtir los efectos del pago; pues resultaría, según la teoría de Marcadé, que habiéndose pagado por el solo ofrecimiento, nada se debería en adelante, lo que sería un absurdo; pero no llega á ese resultado el mencionado autor; porque reconoce, no el pago, ni la extinción de la obligación, sino el derecho del acreedor para ofrecer la entrega de la cosa sin presentarla efectivamente al deudor; el derecho de decirle, venga á tomarla en el lugar convenido; cambiando así por completo la cuestión. Las circunstancias más ó menos difíciles que concurran para hacer un depósito, no son suficientes para privar del depósito mismo. Así, en el art. 764, se hace seguir el ofrecimiento rehusado de recibir un cuerpo cierto, del depósito en el lugar designado por el juez, se haría lo mismo con las demás cosas. Ese cargamento de hierro que debe recibir el acreedor y que es ofre-





Para que la consignación surta los efectos de pago, debe ser hecha en el lugar indicado, y de la misma suma debida.

cido por el deudor, debe ser depositado por orden judicial para surtir el efecto de pago. Creo, pues, que aun en el caso de pagar cantidades de cosas ó cosas ciertas ó inciertas, el depósito se impone como una condición necesaria para la liberación, fundándose en el art. 764. Freitas, art. 1079, dice: «págase por consignación, haciendo el depósito judicial de la *cosa, cantidad* ó suma que se debe». El Cód. Francés, art. 1257, y todos los que le siguen, hablan de la consignación de la suma ó cosa debida. El de Chile, art. 1599, dice: «la consignación es el depósito de *la cosa que se debe*, hecho en virtud de la repugnancia ó no comparencia del acreedor á recibirla.» Y el art. 1611, del Código Argentino, dice: «podrá ponerla en depósito judicial, si no la recibe el locador.» La consignación debe hacerse: cuando el acreedor se negare á recibir la suma debida, ó estuviera ausente, y en estas condiciones: 1º, debe depositarse la suma de dinero en el Banco Nacional á la orden del juez; 2º, hacerse el depósito donde el juez lo ordenare, tratándose de cantidades de cosas ó cosas ciertas ó inciertas; 3º, no bastará la intimación judicial que haga el deudor para libertarle de la obligación, si esa intimación no es seguida del depósito efectivo de la cosa debida. La consignación en estas condiciones, producirá los efectos del pago, si no es observada ó rechazada.

El ofrecimiento no debe producir por sí sólo en caso alguno el efecto de un pago real, pero libera al deudor de los efectos de la mora en ciertos casos. Cuando se debe una cosa cierta y se intima judicialmente al acreedor el recibirla, no habrá mora, y si se estipuló que el solo vencimiento la produciría, no deberá los intereses, si se demostrase que el ofrecimiento ha sido hecho en las condiciones del contrato, y no ha podido legalmente rehusarlo. Tal sería p. e., el caso del art. 1579, en que, no pagando el locatario dos meses consecutivos, puede el locador rescindir el contrato; bastará la intimación judicial de que reciba el alquiler, para impedir ese efecto.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 756.*—L. 8, Tit. 14, Part. 5ª.—LL. 19, Tit. 32, Lib. 1 y 9, Tit. 43, Lib. 8, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1257.—Sardo, 1947.—Holandés. 1440.—Napolitano, 1211. — En todos los Códigos de Europa y América la consignación comprende, tanto las deudas de sumas de dinero, como las deudas de cosas ciertas ó inciertas, cuando en realidad la consignación no puede tener lugar sino respecto á las deudas de dinero. ¿Cómo haría el deudor el depósito judicial de un cargamento de hierro, para ofrecerlo al acreedor en su domicilio y seguir todas las reglas de la consignación para las sumas de di-





La consignación sólo es permitida en las sumas de dinero, como lo expresa en la nota el Dr. Velez Sarsfield, al separarse de todos los códigos, innovando la doctrina corriente; pero los tribunales han corregido en parte este error, aplicando las leyes de procedimiento que permiten el depósito de cosas que no son dinero.

*La consignación puede tener lugar:*

1º *Cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor (art. 757, n° 1);* porque es un medio que se pone en la mano de este para libertarse de la obligación.

2º *Cuando el acreedor fuese incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quisiera hacerlo (art. 757, n° 2);* porque

(Art. 757, n° 1) No hay consignación ó depósito sino mediante la negativa del acreedor á recibir lo debido; puede tener razones para oponerse, y el juez al resolver el asunto decidirá si el depósito ha surtido los efectos del pago.

Freitas, art. 1079, n° 1 dice: «si el acreedor ó su representante legalmente autorizado no quisieran recibir el pago ofrecido por el deudor ó por un tercero».

(Art. 757, n° 2.) Puede suceder que la persona capaz, cuando el contrato se realizó, perdiera su capacidad, como si fuera declaradoamente ó la mujer se casare; en estos casos el pago se deberá hacer á su representante legal, pero el deudor de la mujer menor de edad casada, deberá depositar á nombre de ésta la suma debida, sin que pueda en-

nero? Para cualquier otra cosa, la oferta al acreedor por parte del deudor, para que venga á tomar la cosa debida, debe causar su liberación y tener los efectos de la consignación.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 756.*—El depósito por vía de embargo á los efectos del juicio ejecutivo, difiere sustancialmente del depósito de los objetos de la consignación en pago, respondiendo el uno al cumplimiento de las formalidades del procedimiento, ó sea las exigencias de la ley de forma (art. 265 y correlativos, Ley Proc.), y el otro á la satisfacción de la deuda, ó sea á las prescripciones de la ley de fondo.—XLVIII, 588.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 756.*—El depósito particular á la orden del acreedor, no puede en ningún caso tener los efectos del pago por consignación.—Jur. Civ., V, 389, Sér. 3ª.

Para que la consignación surta los efectos del pago debe ser judicial; el depósito á la orden del acreedor carece de valor jurídico.—Jur. Com., IX, 361, Sér. 4ª.



no está obligado á esperar se provea á su incapacidad; pero si el acreedor fuera incapaz al tiempo de contraerse la obligación y fuera capaz en el momento de cumplirla, no sería el caso de consignación.

3° *Cuando el acreedor estuviese ausente (art. 757, n° 3), en que se procederá según lo dispongan las leyes de procedimientos, nombrándole defensor, y siguiendo el juicio hasta que la consignación se declare bien hecha.*

4° *Cuando fuese dudoso el derecho del acreedor á recibir el pago, y concurrieren otras personas á exigirlo del deudor, ó cuando el acreedor fuese desconocido (art. 757, n° 4); en el primer*

tregarla al marido, art. 1244; éste es uno de los casos de depósito forzoso. Algunas veces ocurrirá, que habiendo sido incapaz de celebrar el contrato, fuera capaz cuando debiera hacersele el pago; el recibo de la cosa dada en pago, ¿importaría una confirmación tácita? Así lo creo, reservándome tratar esta cuestión en el art. 1063.

(Art. 757, n° 3.) La consignación se puede hacer cuando el acreedor estuviere ausente y no se le conociere representante legítimo. Las leyes de procedimientos determinarán la manera de representar al ausente para declarar bien hecha la consignación. Si el ausente hubiere sido declarado tal, y se hubiere dado la posesión provisoria á sus herederos, á éstos debe hacerse el ofrecimiento del pago, y con más razón cuando han sido puestos en posesión definitiva, porque entonces son verdaderos dueños.

Si el acreedor hipotecario estuviera ausente, el deudor puede pedir al juez del lugar donde el pago debe hacerse que lo cite por edictos, y no compareciendo, se le nombrará un defensor con quien se seguirá el juicio hasta el pago del crédito y cancelación de la hipoteca, art. 3203. — Véase Freitas, 1079, n° 3.

(Art. 757, n° 4.) Cuando hubiere un litigio entre varias personas sobre la propiedad de la cosa ó suma debida, y le fuere exigida por los litigantes, ¿es un deber consignarla á la orden del juez, ó simplemente un derecho que puede ó no usar? ¿Necesita que se le haga intimación judicial, ó basta que sea privada la requisición? La consignación y depósito libertan el deudor de las consecuencias de la falta de cumplimiento, y en este caso es un derecho; pero no debe hacer el depósito por requisiciones privadas; será obligatorio si á solicitud de partes



caso, sólo habrá lugar á la consignación, si se hubiera notificado al deudor para que no hiciera el pago.

El deudor no puede negarse al pago, pretendiendo el litigio, si no se le ha impedido hacerlo.

El segundo caso, puede ocurrir por fallecimiento del acreedor, sin conocerse los herederos, y entonces se seguirá el procedimiento indicado en las leyes de forma.

5° *Cuando la deuda fuese embargada ó retenida en poder del deudor, y éste quisiera exonerarse del depósito (art. 757, n° 5);* porque no está obligado á ser depositario judicial, pues el Banco de la Nación Argentina es la caja de consignaciones, y es allí donde deben hacerse.

6° *Cuando se hubiese perdido el título de la deuda (art. 757, n° 6);* porque de esa manera se crea un título público contra

se le hiciera la intimación. Si no le hubieran notificado, aunque conociera el litigio, debe pagar al acreedor y libertarse de la deuda.

Cuando el acreedor fuere desconocido, los jueces, con arreglo á la ley de procedimientos, le nombrarán defensor hasta que se declare bien hecha la consignación, y lo mismo se hará cuando muerto el acreedor se ignoren quiénes son los herederos.—Comp. FREITAS, 1079, n° 5.

(**Art. 757, n° 5.**) Cuando la deuda fué retenida judicialmente en poder del deudor, si rehusare el depósito, puede hacer la consignación; pero una vez aceptado el embargo en su poder, se considera depositario, y no es un deudor ordinario, pues tiene la cosa á la ley de depósito, como decían las antiguas leyes. En ese caso no es el deudor que paga la deuda por consignación, pues, la ha pagado, es depositario que entrega el depósito.—Comp. FREITAS, l. c., n° 5.

(**Art. 757, n° 6.**) En los casos de pérdida del título de la deuda, puede el deudor no aceptar el recibo simple del acreedor, sobre todo, cuando el título fuera de los que traen aparejada ejecución. El depósito judicial lo libertaría de cualquier reclamación. ¿Pero tendrá derecho el deudor á intervenir en el juicio que promueva el acreedor para hacerse entregar la suma depositada? Se puede considerar como si fuera un acreedor desconocido, y las leyes de procedimientos determinarán cómo se hará la entrega y las personas que intervendrán para la liberación, porque debe tenerse sumo cuidado á fin de evitar las colusiones ó fraudes que ocurrirían, si se permitiera el pago al que se dice acreedor,



cualquier reclamación posterior; pero si el título fuera á la orden, ó endosado en blanco, el acreedor no podría extraer lo depositado hasta no demostrar de una manera evidente que el título se ha destruído, ó dar las garantías necesarias para responder al tenedor (de buena fe) del documento.

Si la consignación se hubiera declarado legal, por haberse conformado el acreedor, consintiendo el deudor en que tome la suma consignada sin demostración alguna, y después apareciese el documento en poder de un poseedor de buena fe, el deudor debe volverlo á pagar, si el instrumento no fué perdido ó robado, salvo su derecho para repetir lo pagado.

*7º Cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él quisiera redimir las hipotecas con que se hallasen gravados (art. 757, nº 7); pero no puede obligar al acreedor á recibir la*

para defraudar al poseedor ó dueño del título que resultara después ser el verdadero acreedor. La consignación en este caso no producirá efectos de pago, si no fuera hecho con arreglo al título de la deuda; y resultará que no ha sido bien hecha, si fuera de menor cantidad, ó debiéndose capital é intereses, lo fuera sólo por el capital.—Freitas, l. c., nº 6.

Si el pago se hiciera al acreedor que no tiene el título, y después apareciese otro con el título debidamente transmitido, el deudor volvería á pagarlo, salvo su derecho de repetición contra el que recibió primero el pago.

(Art. 757, nº 7.) Cuando una persona comprare bienes raíces gravados con hipoteca y quisiera libertarlos, puede hacer la consignación de la deuda hasta que se levante el gravamen, y en este caso surte los efectos del pago respecto del acreedor hipotecario; pero si la obligación tuviera intereses es necesario depositar el capital é interés como se dijo en el art. 744. Las leyes de procedimientos determinarán la forma de levantar los gravámenes.—Comp. FREITAS, l. c., nº 7. Véase art. 3196.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 757.—El pago por consignación, surte sus efectos legales siempre que justifique haberlo hecho por negarse el acreedor á recibir el importe del crédito.—Jur. Civ., III, 246, Sér. 2º.*

*El deudor está obligado á consignar la deuda para salvar su derecho si el acreedor se niega á recibirla.—Jur. Civ., XI, 194, Sér. 1º.*



suma antes del vencimiento del plazo, á menos de pagar los intereses correspondientes.

*La consignación no tendrá la fuerza de pago, sino concurriendo en cuanto á las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estos requisitos, el acreedor no está obligado á aceptar el ofrecimiento del pago (art. 758).* Si se hiciere la consignación des-

(Art. 758.) Para que la consignación surta los efectos de pago, es necesario hacerla en las mismas condiciones del pago verdadero. Así, respecto de las personas, el acreedor debe ser capaz de recibir la cantidad, ó si fuera incapaz la ofrecerá á su representante legal; y el deudor debe ser capaz de hacer el pago. Los terceros capaces aunque no tengan interés pueden hacer el pago, y, por consiguiente, la consignación, extinguiendo la deuda en los mismos casos del art. 727.

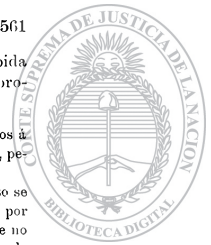
Todo cuanto se ha dicho respecto de las personas que pueden recibir el pago, se aplica á la consignación; así, un deudor solidario que tiene varios acreedores solidarios, puede hacer el depósito de la cantidad debida, si se negara á recibirla extinguiendo la obligación. Cuando hubiera de transmitirse la propiedad de una cosa, es necesario ser propietario y tener capacidad para enajenarla.

Con relación al objeto, es necesario ofrecer la totalidad de lo debido, y si se deben intereses, el capital y los intereses; si hubiera gastos no liquidados, bastará hacerse el depósito aproximativo obligándose á abonar lo que resultare de la liquidación. No es culpa del deudor el no poder ofrecer el total de los gastos, desde que no se han liquidado, y el acreedor no tiene derecho á impedir el pago, si por su falta no se hubiere hecho la liquidación. Cuando por culpa del acreedor fuera imposible conocer la cifra exacta de la liquidación, le bastará al deudor consignar el capital, ofreciendo abonar los gastos que se liquiden, según lo decidió la Corte de Casación francesa en 27 de febrero de 1849. Lo ofrecido y consignado debe ser la cosa misma objeto de la obligación, y aunque el art. 756 no autoriza el depósito sino de las sumas de dinero, se debe extender á las cantidades de cosas, sin que sea necesario presentar las ofrecidas; pues cuando se deben doscientos

---

Aceptado por el acreedor el pago por consignación, debe archivar el expediente.—Jur. Civ., XIII, 150, Sér. 4<sup>a</sup>.

Debe ser rechazada la excepción de espera fundada en documento privado, si es condicional y el deudor no justifica haber cumplido la condición.—Jur. Civ., XI, 191, Sér. 4<sup>a</sup>.



pués de estar constituido en mora, depositará la cantidad debida más los intereses estipulados; el depósito declarado legal pro-

mil kilogramos de maíz, no es necesario ir con una tropa de carros á afrecerlos al acreedor, bastará el ofrecimiento verbal, y si se niega, pedirá el depósito judicial.

En cuanto al modo se seguirán estas reglas: 1ª, el ofrecimiento se hará en las condiciones estipuladas; 2ª, no se hará por partes sino por la totalidad; 3ª, en la moneda estipulada, si fuera de aquellas que no tienen valor legal en la República, ó si fuera en otra clase de moneda circulante, pero con valor legal, debe depositarse su equivalente en moneda corriente nacional, al cambio en el lugar y día del vencimiento de la obligación; 4ª, si es de un cuerpo cierto, bastará la intimación judicial, precedida del depósito en el lugar que el juez determinare.

Por lo que se relaciona con el tiempo y lugar, se tendrá presente lo dicho en los arts. 747 y 750, y las reglas siguientes: 1ª, es necesario que el término se hubiera vencido, á menos de estar el deudor insolvente, ó de tratarse de la venta de la cosa hipotecada ó dada en prenda; 2ª, debe estar cumplida la condición suspensiva, y ofrecerse en el mismo tiempo estipulado para la resolutoria; 3ª, cuando no hubiere plazo, se hará dentro del señalado, sin que sea necesario esperar á su vencimiento, pues el juez lo ha concedido en beneficio del deudor; 4ª, que el ofrecimiento ó depósito se haga ante juez competente, porque el que no lo es, no podría conocer en el asunto ni dar por extinguida la obligación. Si se ofreciese mayor suma de la debida y el deudor se rehusara á recibirla é indicase la cantidad, se tendrá por aceptada la consignación en la parte que se reconoce el acreedor.—LAROMBIERE, III, n° 8, al art. 1258.

Cuando fueren sumas á fijarse según bases discutidas, y se hiciera la consignación de una que resultara superior á la debida, debe declararse bien hecha la consignación. En cuanto al lugar del pago, lo hemos estudiado en el art. 747.

Si faltare alguno de los requisitos explicados, la consignación sería declarada mal hecha, y no produciría los efectos del pago.

No hay forma determinada para hacer el ofrecimiento; en Francia se hace por un oficial público.

---

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 758.*—Debiendo hacerse el pago de una cantidad en oro, no es válida la consignación de billetes metálicos por el valor nominal de la misma cantidad.—XIX. 432.



duce el efecto de purgar la mora en el porvenir, haciendo que no le corran intereses.

Quando se han llenado todos los requisitos para que el pago sea válido, *la consignación hecha por depósito judicial que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuese impugnada por no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la declare legal (art. 759)*; pero esto se entenderá sólo cuando

(**Art. 759.**) La consignación no impugnada por el acreedor surte los efectos de pago extinguiendo la obligación; en esto no puede haber dificultad; pero si la suponemos impugnada por no tener las condiciones debidas, y el juez la declara legal, ¿desde cuándo se considera extinguida la obligación? ¿Desde el depósito ó del día de la sentencia? En la nota 125 de la Instituta tratamos la cuestión considerándola válida desde el día en que se hizo; el Dr. Llerena, siguiendo la misma opinión hace una distinción que debe tenerse en cuenta; si la consignación impugnada, dice, hubiera carecido de requisitos legales y se llenarían durante el juicio entonces, sólo producirá efecto desde la sentencia; si, por el contrario, nada hubiera faltado, la consignación producirá efecto de pago desde el día en que se hizo. El art. 1611 contiene incidentalmente la verdadera doctrina.

¿A quién corresponde los deterioros de la cosa depositada? Freitas, art. 1063 dice: «aunque el pago por consignación desoblique al deudor, conservará éste todavía el dominio de la cosa ó cantidad depositada, hasta que el acreedor ó quien tuviere derecho levante el depósito ó lo reciba efectivamente», siguiendo el principio de que el dominio de la cosa no se adquiere sino por la tradición. Y así debemos considerarlo por nuestro derecho.

En cuanto á los riesgos, Comp. POTHIER, *Obl.*, nº 580. DURANTON, XII, nº 229. DELVINCOURT, II, pág. 551.

Para que la consignación surta los efectos de pago, es necesario que sea de la misma cosa debida.—XVIII, 251.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 758.*—El pago por consignación, debe verificarse judicialmente para que surta efectos legales: el simple depósito de la suma en poder de un escribano, no basta para dar por efectuado el pago en tiempo oportuno.—Jur. Civ., X, 192, Sér. 2ª.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 759.*—Las citas sobre art. 724.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 759.*—En los casos de compensación, ésta procede también entre las deudas cuyo importe se ha consignado,



durante el juicio se hubieren llenado las condiciones que faltaban; en caso contrario, la consignación surtirá los efectos de pago desde que fué hecha. La sentencia establecerá si ha tenido el acreedor derecho para oponerse.

*Si el acreedor no impugnare la consignación, ó si fuese vencido en la oposición que hiciere, los gastos del depósito y las costas judiciales serán á su cargo (art. 760, 1ª parte), si el juez encontrase motivo suficiente para hacer la condenación, porque eso corresponde á la ley de forma; pues el acreedor pudo ser vencido por haberse llenado durante el juicio alguna de las con-*

(**Art. 760.**) La consignación no produce *ipso facto* el efecto de pago, ni extingue la obligación: es necesario haberla aceptado, ó que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada la declare legal: por eso el deudor puede retirarla antes de ser aceptada. Hecho el depósito por no haber querido recibirlo el acreedor ó encontrarse ausente, si el juez lo declara legal, los gastos de la guarda y conservación serán á cargo del acreedor. Las costas judiciales en que debe ser condenado el oponente, se decretarán según las leyes de procedimientos, porque si el juez considera que ha tenido alguna razón ó no ha existido mala fe, no lo condenará en ellas. « Si retirase el depósito », dice el artículo (lo que prueba que el depósito no produce el efecto de pago), « ó si fuese declarado ilegal, las costas y gastos serán de cuenta del deudor »; esta disposición, como la anterior, está sometida á la ley de procedimientos. En varias partes del Código, lleva-lo el codificador por los desenvolvimientos de ciertos principios, ha entrado en el procedimiento; pero los jueces no le acordarán autoridad sino en la Capital y territorios nacionales, donde el Congreso procede como legislatura local. Los gastos hechos por el deudor para realizar el depósito judicial, serán á su cargo si lo retira, sin que el juez pueda oponerle dificultad alguna. ¿Podrá retirar la consignación después que el juez hubiere dado traslado al acreedor? Esto corresponde también al procedimiento; pero en general debe

siempre que la consignación no haya sido aún aceptada ó declarada válida.—XXXVII, 11.

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 759.—La consignación al librarse el mandamiento oponiéndose á la extracción no puede fundar la excepción de pago.—Jur. Civ., VI, 325, Sér. 2ª.*

En los juicios que versen sobre consignación en pago, el que impugna el hecho asume el carácter de demandante.—Jur. Com., II, 387, Sér. 2ª.





diciones que faltaren, y no habría razón para condenarlo. Así, cuando la consignación se hiciere antes del plazo, y pendiente el juicio éste venciere, declarándola legal, por esta circunstancia, no podría condenársele en las costas.

La consignación puede retirarse, cuando el acreedor no la aceptare; así *serán* (las costas y gastos) *a cargo del deudor, si retirase el depósito ó si la consignación se juzgare ilegal (art. 760, 2ª parte)*; porque él mismo la reconoció que estaba mal hecha en el primer caso, y ha sido declarada por la sentencia en el segundo.

La consignación es un simple ofrecimiento de pago, un acto unilateral que puede retractarse por quien lo hace, y por eso ha dicho el Código: *mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, ó no hubiese recaído declaración judicial, teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada. La obligación en tal caso renacerá con todos sus accesorios (art. 761)*;

decidirse por la afirmativa, pues la litis sólo existe desde la contestación de la demanda; mientras no ha sido contestada, no hay pleito.

El Cód. Francés, art. 1260, habla de los gastos del ofrecimiento real, que se hacen por un oficial público y los que ocasiona el depósito.

(**Art. 761.**) El artículo usa de la palabra *renacerá* tomada de Freitas, dando á entender que la obligación se había extinguido por el

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 760.*—Cód. Francés, art. 1260.—Sardo. 1350.—Napolitano, 1214.

*Faltos de la S. C. N.*—*Aplicación del art. 760.*—Hecha una consignación judicial, el acreedor que se opuso á ella y desiste después de la oposición, es responsable de las costas relativas.—I, I, 67 y 74.

*Faltos de la Cam. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 760.*—Si resulta procedente la consignación, las costas son á cargo del acreedor.—Jur. Civ., X, 53, Sér. 2ª.

Las costas del incidente sobre consignación, son de cargo del ejecutado si son rechazadas las excepciones.—Jur. Com., II, 111, Sér. 4ª.

Declarada la procedencia de la consignación, la condenación en costas de la parte que le dió origen es ineludible.—Jur. Civ., VI, 294, Sér. 2ª.

Consiguado el capital en pago, las costas posteriores son de cargo del ejecutado, si la consignación se declara procedente.—Jur. Com., V, 376, Sér. 4ª.

Declarado procedente el pago por consignación, procede la condenación en costas contra el acreedor que lo impugnó.—Jur. Civ., VI, 61, Sér. 4ª.

Las costas y gastos de la consignación en pago, son á cargo del vencido.—Jur. Civ., XIII, 70, Sér. 4ª.



expresión impropia, pues la consignación no produce el efecto de extinguir la obligación sino desde la sentencia, y no puede

depósito, lo que no es exacto. Goyena, en el art. 1114, expresa mejor la idea al decir: «en ese caso la obligación queda subsistente, como si no hubiera existido consignación.» El depósito judicial no produce el efecto de pago hasta no haber sido aceptado por el acreedor, ó cuando una sentencia firme lo hubiera declarado legal. Y esta cuestión es de grande importancia para decidir á quién corresponde el peligro de la cosa depositada. La consignación es una oferta efectiva de pago, un acto unilateral que puede quedar sin consecuencias, si se retracta antes de la aceptación, como sucede en los contratos. La facultad que la ley reconoce al deudor para retirar el depósito ó la oferta real del pago, nos prueba que la obligación subsiste con todas sus garantías, hasta realizarse una de estas dos condiciones: 1<sup>a</sup>, ser aceptada por el acreedor; 2<sup>a</sup>, ser declarada legal por sentencia. Cuando el deudor ha retirado la consignación, la obligación no ha *renacido*, porque eso sería suponerla extinguida. Como consecuencia de este principio, los autores enseñan que los co-deudores ó fiadores no pueden oponerse en esa sola calidad á que el deudor retire el depósito. Pigeon sostiene que si los fiadores temieran que el deudor no pagase, podrían oponerse á que volviera á tomar la suma para *mantener la liberación operada por la consignación*. Parte de un principio erróneo de que por la consignación se opera la liberación, lo que no es exacto sino cuando ha sido aceptada por el acreedor ó declarada legal por el juez. Como dice Duranton, la consignación no tiene sino efectos condicionales subordinados al caso en que el deudor no la retirara, hasta que sea aceptada ó juzgada legal. Véase Larombière, III, n° 1, al art. 1261. Duranton, XII, n° 232 y sigs. El Dr. Llerena cree que la oposición del fiador puede tener por causa alguno de los casos del art. 2026, confundiendo un derecho propio del fiador, en los cuatro casos designados en ese artículo, para pedir el embargo de los bienes del deudor, con el derecho que tendría para oponerse al retiro de la consignación. El derecho á pedir el embargo, no es el caso de la oposición al retiro del depósito, aquel puede ejercerse en cualquier momento.

¿Puede el acreedor aceptar la consignación condicionalmente oponiéndose á que se retire? La consignación es una oferta de pago; si el acreedor la modifica al aceptarla, se entiende aceptada en la parte que las voluntades hayan coincidido, como si el acreedor dijese: acepto el depósito como pago de los intereses y parte del capital, importaría una



renacer lo que no ha dejado de existir. Pero *si ha habido sentencia declarando válida la consignación, el deudor no puede retirarla sin consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus co-deudores ó fiadores (art. 762)*; pero podría hacerlo si no hubiera

aceptación con oposición que el juez resolvería; pero el pago se tendría por hecho, si de la sentencia resultare legal; si sólo hubiera extinguido en parte la obligación, se entendería que el acreedor se convino en recibir por partes la acreencia, y el deudor debería lo restante. La diferencia entre la formación de una obligación y su extinción, nace de la naturaleza de las cosas; mientras no existe una obligación formada, cualquier modificación hecha á la oferta se considera como una nueva propuesta. Cuando se trata de extinguir la obligación existente, cualquiera oferta del deudor aceptada por el acreedor, aunque modificada, se entiende que la obligación se considerará extinguida, si el juez declara bien hecha la consignación, y sólo extinguida en parte, si la sentencia la declara legal en esa parte.

(**Art. 762.**) Este artículo viene á dar razón á lo expuesto en el anterior: los fiadores ó co-deudores no tienen derecho para oponerse al retiro de la consignación no aceptada. Cuando ha sido declarada legal por sentencia firme, la obligación queda extinguida desde el depósito, del mismo modo que cuando fué aceptada por el acreedor; éste puede volver á entregar al deudor las sumas ó cosas depositadas; pero esa resolución en nada perjudicará á sus co-deudores ó fiadores para quienes la deuda se extinguió. Pothier (*Obl.*, n° 580), dice: «se saca un argumento de la l. 62, tit. 14, lib. 2, Dig., pues ésta decide que cuando el deudor y sus fiadores han adquirido por el pacto de *non petendo* una excepción contra la acción del acreedor, él no puede, renunciando á este pacto, por una convención contraria, privar á sus fiadores de la excepción que les hizo adquirir, y con mayor razón, se dice, no puede hacer revivir la obligación de los fiadores, después que han sido liberados plenamente por la consignación.» Cuando un tercero hubiera dado prenda ó hipoteca para garantizar la obligación, una vez aceptada ó declarada legal la consignación, puede reclamar la prenda ó la cancelación de la hipoteca, aunque el acreedor haya devuelto las cosas. La prenda ó hipoteca dada por el mismo deudor que retira la consignación aceptada con consentimiento del acreedor, ¿se consideran extin-

-----  
*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 761.—Cód. Francés, art. 1261.—Sardo, 1331.—Napolitano, 1215.*



más interesado que el acreedor; es en este caso que se podría aplicar la expresión del artículo anterior, y la obligación extinguida renacería con todos sus accesorios, si así se hubiera convenido al permitirle retirarla.

*Si declarada válida la consignación el acreedor consiente que el deudor la retire, no puede para el pago de su crédito aprovecharse de las garantías ó seguridades que le competían y los co-deudores ó fiadores quedarán libres (art. 763);* porque la obligación ha quedado extinguida por la sentencia, y ha libertad á los co-obligados. Sin embargo, si sólo hubiese un deudor y un acreedor, pueden continuar en la misma forma y con las mismas garantías de prenda ó hipoteca, si así se hubieran convenido.

guidas? Sí, porque la deuda anterior no existe. El Dr. Llerena apoya esta opinión.

La sentencia que declara válida la consignación debe ser firme, si hubiera algún recurso puede retirarla el deudor, sin que nadie pueda oponerse.—Comp. MARCADE, IV, n° 741. POTHIER, *Obl.*, n° 580. AUBRY y RAU, § 322, nota 36.

(**Art. 763.**) Lo que se dijo en el artículo anterior tiene aquí su aplicación, agregando que los co-deudores ó fiadores quedan liberados no sólo en el caso de la sentencia que declara válida la consignación, sino también en el de aceptación del acreedor. Cuando A. consigna una suma á B. y éste la acepta por un escrito ante el juez, la obligación primitiva queda extinguida, y por consiguiente, las garantías ó seguridades. Si por cualquier evento se presentaren al juez consintiendo en que se retire la consignación, las garantías no renacerían. La aceptación de la consignación puede manifestarse expresa ó tácitamente, cuando hubiere hechos ó circunstancias que la hicieran presuponer.—LAROMBIÈRE, III, n° 2, al art. 1262.

La l. 62, tit. 14, lib. 2, Dig., dice: una vez adquirida la excepción, no puede ser privado de ella contra su voluntad.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 762.*—Cód. Francés, art. 1262.—El pago estaba definitivamente hecho, y extinguida la obligación principal con todos sus accesorios.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 763.*—Cód. Francés, art. 1263.—Napoleón, 1217.—Sardo, 1353.

## § 233.—DE LAS DEUDAS DE CUERPO CIERTO

Cuando la deuda es de una suma de dinero, la consignación se hace en el Banco de la Nación Argentina, que, por la ley de su creación, desempeña las funciones de Caja de Consignación; pero cuando se deben otras cosas que no son sumas de dinero se siguen estas reglas:

a) *Si la deuda fuese de un cuerpo cierto, que deba ser entregado en el lugar en que se encuentre, el deudor deberá hacer la intimación judicial al acreedor para que la reciba; y desde entonces la intimación surte todos los efectos de la consignación (art. 764, 1ª parte); pero el deudor se libera sólo de los efec-*

(Art. 764.) Este artículo debe interpretarse salvando un grave error. Cuando deba entregarse un cuerpo cierto en el lugar donde se encuentre, dice: *la intimación judicial al acreedor surte todos los efectos de la consignación*. La intimación, sin la entrega de la cosa, no puede surtir los efectos del pago, ni nadie puede pretender darle este sentido; por eso debemos agregar lo que sigue en el mismo artículo, que está en un período independiente: que la cosa debida deberá ser depositada entonces, en otra parte con autorización judicial; es después del depósito que surtirá esos efectos, si la sentencia la declara legal. La intimación judicial para recibir la cosa libera al deudor de ciertas obligaciones y constituye al acreedor en mora. «La intimación, dice Pothier, (*Obl.* n.º 577), cuando se trata de un cuerpo cierto equivale al ofrecimiento de pago», agregando más adelante, «y sobre esta intimación, el deudor podrá obtener del juez el permiso de poner la cosa en depósito en cualquier lugar.» Esta doctrina justa y razonable ha servido de base para formar el art. 1264, Cód. Francés, con el que el Dr. Velez Sarsfield ha querido concordarlo en la nota. Esta inteligencia es la única posible para destruir el error, que la intimación judicial surte los efectos de la consignación, y el art. 756 nos da la razón. La intimación y la manera cómo se hará el depósito de la cosa cierta y determinada está sujeta á la ley de procedimientos; es necesario que el juez sea competente, en primer lugar; debe ofrecerse la misma cosa, y la intimación no surtirá los efectos de pago por el solo depósito de la cosa debida, sino cuando ha sido aceptada por el acreedor ó la sentencia firme la declare legalmente hecha. Las formalidades para la intimación en las sumas de dinero son diferentes, por-





tos de la mora, porque la intimación no hace constar sino la negativa del acreedor á recibir la cosa; así es que el solo ofrecimiento no produce la consignación que tiene el efecto de pago; por eso agrega el artículo: *si el acreedor no lo recibe, la cosa debida puede ser depositada en otra parte con autorización judicial* (art. 764, 2ª parte); surtiendo entonces los efectos de pago si no

que se depositan en el Banco de la Nación (que es como la caja de consignaciones en la legislación francesa). á la orden del juez como perteneciente al acreedor, y con el certificado de haber hecho el depósito, se presenta al juez pidiendo se declare hecho el pago resistido por el acreedor. Cuando el cuerpo es cierto, se le intimará por intermedio del mismo juez que venga á recibirlo dentro del plazo que éste determine, y en caso de no hacerlo, se le mandará depositar en el lugar que se juzgue oportuno. Pero ya lo hemos dicho, esto pertenece á las leyes de proceso.

Para obtener este depósito no es necesario hacer un juicio contradictorio con el acreedor; basta que no venga á recibir la cosa para obtener se la guarde en otra parte; pero si será citado, y se le nombrará defensor en caso de ausencia, hasta que se declare legal ó ilegal la consignación.

Cuando se tratase de obligaciones de hacer, la intimación no puede ser seguida de consignación, porque no es posible depósito de esta especie, y bastará el ofrecimiento é intimación judicial, no para libertar al obligado de hacer lo que estipuló, sino para no incurrir en las consecuencias de la mora. — LAROMBIERE, III, n° 9, al art. 1264. Comp. MARCADÉ, IV, al art. 1264.— Véase arts. 765 y 1430.

Se entiende por cuerpo cierto, una cosa determinada en su individualidad, que no puede confundirse con las otras de su especie. y Marcadé, l. c., cuya doctrina se siguió en el art. 756, dice en el n° 742: «una simple intimación hecha por el deudor para venir á recibir la cosa en el lugar donde debe ser entregada, debería bastar entonces para reemplazar los ofrecimientos reales (y agrega equivocadamente, en mi opinión) y la consignación exigida para las deudas de dinero». La intimación para recibir la cosa, se hará cuando deba entregarse en el lugar donde se encuentra, pues, en caso contrario, se procederá como se dice en el artículo siguiente.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 764.*—Cód. Francés, art. 1261.—Marcadé, sobre este artículo, trata perfectamente esta materia.

fuese impugnada por el acreedor, ó si en caso de serlo fuera declarada legal por sentencia firme.

b) *Si la cosa se hallase en otro lugar que aquel en que deba ser entregada, es á cargo del deudor transportarla donde debe ser entregada, y hacer entonces la intimación al acreedor para que la reciba (art. 765), y proceder al depósito judicial, porque la*

(Art. 765.) La regla general es, que la intimación judicial de recibir el cuerpo cierto, debe hacerse sólo cuando éste debiera entregarse en el lugar en que se encuentre; pero esta regla no deberá ser rechazada, cuando la cosa se hallara en otro lugar, pues entonces le bastará al deudor transportarla al lugar y hacer el ofrecimiento: pero como hemos dicho, para que surta los efectos del pago, debe hacerse el depósito. Puede resultar que el lugar designado para entregarla fuere donde reside el acreedor, si posteriormente cambiare de domicilio, ¿el deudor deberá transportarla al antiguo domicilio donde no está el acreedor para ofrecerla y depositarla? Sería una cuestión de hecho que los jueces resolverían según los casos; se tendría por bien hecho el depósito en el lugar donde se encuentra la cosa, si resultara que el acreedor no tenía interés en que la transportasen á otro lugar para serle entregada.

El ofrecimiento de entrega y la intimación judicial seguida del depósito, no se hará sino en el lugar donde deba entregarse la cosa. Cuando el deudor deba llevarla al domicilio del acreedor, dice Marcadé (IV, n° 744), «si éste rehusare recibirla, en el momento en que el deudor viene á entregársela, éste, procurándose una prueba del rechazo, debe transportar la cosa á alguna casa de la localidad, haciendo la intimación al acreedor de venir á recibirla», dando aquí una razón á la resistencia que encontraba en el art. 1257, n° 728, para aceptar la consignación ó depósito para otras cosas que no fueran sumas de dinero. Todas esas dificultades de llevar á 100 ó 200 kms. de distancia los barriles de vino que debía entregar desaparecen aquí, dándose los medios naturales para hacer la intimación y el depósito.—Véase lo que dijimos en el art. 756.

Ese depósito provisorio no tendrá valor hasta que el juez no lo iniciase confirmado ó designado el lugar, y nombrado la persona del depositario, siguiéndose el juicio hasta declarar legal la consignación. Cuando la entrega deba hacerse en el domicilio del deudor y éste lo cambiare, la intimación se hará en ese domicilio, y si el acreedor estuviere ausente, debe procederse según lo determinen las leyes de procedimientos.





intimación no produce el efecto de la consignación si no fuere seguida del depósito. Si la cosa no fuere traída al lugar de la entrega y no obstante se hiciera la intimación, el acreedor puede rechazarla alegando esa circunstancia, en ese caso no se libertará el deudor de los efectos de la mora.

Quando el acreedor se negara á recibir la cosa debida, y durante el juicio ésta pereciera ó se deteriorara, perecerá para el deudor que continuó siendo dueño; pero una vez que se hubiera declarado bien hecho el depósito y libertado el deudor, los peligros serán á cargo del acreedor, aunque no hubiera tomado las cosas.

#### § 234.—DEUDAS DE COSAS INDETERMINADAS Á ELECCIÓN DEL ACREEDOR

En las deudas de cosas indeterminadas la elección corresponde al deudor, porque la voluntad de éste ha quedado incompleta, por decirlo así, y necesita de una manifestación expresa para fijarla definitivamente; pero *si la cosa debida fuese indeterminada y á elección del acreedor, el deudor debe hacerle intimación judicial para que haga la elección* (art. 766, 1ª parte); es decir,

Los gastos de transporte y la entrega de la cosa debida serán á cargo del deudor, si no hubiere estipulación en contrario; respecto de las costas judiciales, se determinarán según las leyes de procedimientos. —Comp. MARCADÉ, al art. 1264. LAROMBIÈRE, l. c., y AUBRY y RAU, § 322, n° 3. —Comp. arts. 821, 1410, 1415.

(Art. 766.) Cuando la cosa debida es indeterminada pueden ocurrir dos casos: 1º, que el acreedor tenga la elección; 2º, que la elección corresponda al deudor. En el primer caso, el deudor puede hacerle la intimación judicial para que haga la elección, y si no la verifica será autorizado por el juez para hacerla; una vez realizada, se procederá como en las deudas de cuerpo cierto. En el segundo, el deudor hará la elección intimando judicialmente al acreedor para que venga á recibir la cosa, procediendo al depósito en caso de negativa.

Aunque el art. 756 y el 764 hablan respectivamente de las sumas de dinero y de cuerpos ciertos, lo que parece excluir el depósito de las cantidades de cosas, sin embargo, no debe juzgarse así; porque cuando se debiera tantas pipas de vino ó tantos kils. de trigo, el deudor puede





que manifieste su voluntad para determinar la cosa, *y si rehusa-  
re hacerla, el deudor podrá ser autorizado por el juez para veri-  
ficarla (art. 766, 2ª parte)*; pero no podrá hacer la elección un  
tercero nombrado por el juez, aunque el acreedor estuviere  
ausente. Si hubiere sido declarado ausente con presunción de  
fallecimiento, harán la elección aquellos que hubieren sido  
puestos en posesión de los bienes. *Hecha la elección, el deudor  
debe hacer la intimación al acreedor para que la reciba, como en  
el caso de la deuda de cuerpo cierto (art. 766, 3ª parte).*

## CAPITULO V

### § 235.—DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

La subrogación es una ficción de la ley, por la que se supo-  
ne existe una obligación extinguida por el pago realizado por  
un tercero: así, *el pago con subrogación tiene lugar, cuando lo*

intimar al acreedor para que los reciba, ó se depositen judicialmente  
hasta que se declare legal la consignación.

Cuando la obligación no estuviera asegurada por una cláusula pe-  
nal, el deudor que interpela al acreedor y hace la consignación, se libera  
de las consecuencias que el vencimiento de la obligación pueda traerle;  
lo mismo sucedería cuando el solo vencimiento del término lo consti-  
tuyera en mora; opino como Aubry y Rau, § 322, nota 23, que no basta  
la intimación judicial para libertarse de esas consecuencias, es necesá-  
rio hacerla seguir de la consignación.

Cuando son cantidades de cosas que deben entregarse en el do-  
micilio del deudor, debe hacerse la intimación judicial al acreedor, y si  
se negare á recibirlas, el juez las mandará depositar á costa del acree-  
dor, pero en todos estos casos el ofrecimiento é intimación debe ser  
seguido de la consignación.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 765 y 766.*—Marcadé en el lugar  
citado.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cúp.*—Aplicación del art. 766.—Justificado  
por el acreedor haberse llenado las condiciones, el deudor debe ser compelido  
al cumplimiento de la obligación.—Jur. Civ., X, 189, Sér. 3ª.



*hace un tercero, á quien se transmiten todos los derechos del acreedor (art. 767, 1ª parte).*

La ley reconoce tres formas de subrogación, aunque el artículo diga que *la subrogación es convencional ó legal (art. 767, 2ª parte)*; porque en la convencional se comprenden dos: la cesión, que es la venta de los derechos del acreedor, y la subrogación de que habla el art. 769.

*La subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervención del deudor (art. 767, 3ª parte), cuando aquél, de acuerdo con el tercero que hace el pago, lo pone en su lugar concediéndole sus derechos, sea por el deudor sin el concurso de la voluntad del acreedor (art. 767, 4ª parte); cuan-*

(**Art. 767.**) Dumoulin dice: «la subrogación es la fusión de un acreedor en otro, bajo las mismas condiciones, ó bajo condiciones menos onerosas»; pero esta definición no expresa exactamente la idea de subrogación, ni menos la de Delvincourt, que la considera como un cambio de acreedor sin novación de la deuda. Los que han condensado mejor la materia son Aubry y Rau, § 321, nota 2, cuya definición trae la nota del Dr. Velez Sarsfield tomada literalmente de estos autores. Para la subrogación es necesario estas condiciones: pago efectivo, hecho por un tercero que se sustituya en los derechos del acreedor por la cantidad pagada si fuera igual ó menor que la deuda. La subrogación se distingue de la cesión de derechos: porque en ésta se puede cobrar toda la deuda sin atender á lo desembolsado por el tercero, y en aquélla sólo lo pagado: de la novación, porque en este contrato no se paga, sino se sustituye una obligación por otra. La definición del Código no es completa cuando dice, que por la subrogación se transmite al acreedor todos los derechos que tenía contra su deudor; ésto la haría confundir con la cesión; lo que se transmite son las garantías que tenía la acreencia, pero respecto de ésta queda limitada á lo que hubiere desembolsado el tercero.

La subrogación convencional tiene lugar cuando el tercero convenido con el acreedor ha hecho el pago, acordándole éste sus derechos en el límite del desembolso, y este convenio puede hacerse contra la voluntad del mismo deudor que no tiene derecho á impedirlo; y lo hará el mismo deudor ignorándolo el acreedor y aun contra su voluntad, como si tomara el dinero de un tercero para hacer el pago y lo subrogara en los derechos del acreedor. Así, como el acreedor no puede oponerse á este cambio, el deudor en el mismo caso no puede impedirlo.



do el deudor tomando prestado de otro, le concede los mismos privilegios y garantías que tenía el acreedor á quien paga. Tanto el acreedor como el deudor pueden obrar con completa independencia, y ninguno de ellos podrá oponerse á los actos del otro, cuando quisieran cambiar de deudor ó de acreedor.

La subrogación es convencional, cuando el acreedor ó el deudor han convenido en dar al que paga el crédito las mismas garantías que tenía el acreedor á quien se paga; es legal, cuan-

La subrogación se distingue además del derecho que tienen los acreedores para usar de las facultades renunciadas por sus deudores en los casos del art. 964, y lo mismo de los de la cesión de bienes ó del embargo, que acuerdan derechos diferentes.

Se debe rechazar la teoría de que el pago con subrogación extingue por completo la obligación, conservando sólo las garantías que seguirán á la nueva. La obligación desaparece sólo para el acreedor, no es una verdadera extinción, sino un desistimiento de sus derechos en favor de otro. La subrogación legal viene de la ley, y la convencional de la voluntad de las partes.

Un dato histórico: la palabra subrogación no viene del derecho romano, pues se empleaban siempre las palabras *sustituir*, *mandar*, *suceder*, *ceder acciones*, etc., y sólo en el derecho canónico se la empleó por primera vez. Los tratadistas hacen la diferencia entre la subrogación *real* que se opera cuando una cosa toma el mismo lugar que otra, de la *personal*, que es la de que se ocupa el Código. Demolombe hace la historia de las diversas fases por que ha pasado la subrogación para venir á ser una excepción del principio, de que una deuda pagada era deuda extinguida.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 767.*—La subrogación es, en verdad, una ficción jurídica admitida ó establecida por la ley, en virtud de la cual, una obligación extinguida por medio del pago efectuado por un tercero, ó por el deudor con los dineros que un tercero le ha dado á ese efecto, es considerada como que continúa subsistiendo á beneficio de este tercero, que está autorizado para hacer valer en la medida de lo que ha desembolsado los derechos y acciones del antiguo acreedor.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 767.—No puede conceptuarse subrogación el contrato en que se cedían derechos en expectativa.  
—Jur. Civ. V, 91, Sér. 2ª.

do por el ministerio de la ley el que hace el pago se sustituye en lugar del acreedor.

§ 236.—DE LA SUBROGACIÓN LEGAL

*La subrogación (legal) tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor á favor (art. 768) de las personas siguientes:*

1º *Del que siendo acreedor paga á otro acreedor que le es preferente (art. 768, n° 1), sea hipotecario, prendario ó de cual-*

(Art. 768.) La subrogación legal se funda en consideraciones que el legislador ha debido tener en cuenta para favorecer el pago; de ahí se ha venido á derogar el principio general, de que los derechos no se adquieren sino por la unión ó acuerdo de voluntades de las personas que forman una relación de derecho. La subrogación es, pues, una excepción y debe interpretarse de una manera restringida, rechazando lo que no esté expresamente concedido.

En la legislación romana cuando había dos acreedores hipotecarios, sólo el primero tenía derecho de ejecutar el inmueble, y por eso se llamaba *potentior creditor*; pero como era necesario hacer desaparecer esta injusticia, se autorizó al segundo acreedor hipotecario para que pagase al primero, pudiendo así ejercer sus derechos, fué el primer medio de subrogación que se conoció entonces, y no comprendía sino á los acreedores hipotecarios. La legislación francesa lo extendió á los acreedores quirografarios con privilegio en el art. 1251 y el Código Argentino más liberal ha comprendido á todos.

(Art. 768, n° 1.) La subrogación viene por el ministerio de la ley, independiente de la cesión ó de las convenciones, en favor del acreedor que paga á otro acreedor del mismo deudor, que le es preferente, aun cuando el pago se haga contra la voluntad del acreedor y á pesar de la oposición del deudor. Este acreedor es el tercero á que se refieren los arts. 727, 728 y 729, y que no es un verdadero interesado en intervenir en el pago, porque no está ligado por vínculo alguno con el deudor en relación al acreedor que tiene preferencia; el interés remoto que puede tener es el de dirigir la gestión judicial ahorrando gastos para obtener el pago de su crédito; así un acreedor quirografario puede pagar al hipotecario subrogándolo en sus derechos sobre el único bien que posee el deudor, procurando de que alcance para cubrir ambas deudas. Esta su-





quier clase, pues la ley no hace distinción. Si la acreencia pagada estuviera asegurada con prenda en poder de un tercero, el subrogado adquiriría el derecho de prenda, haciéndose saber al depositario; pero si la prenda estuviera en poder del acreedor, que es personalmente responsable al deudor de su tenencia, sería necesario el consentimiento del deudor para libertarse de toda responsabilidad.

El acreedor puede rehusar el pago de aquel sobre el que tiene preferencia y no puede ser obligado á admitirlo, cuando por la subrogación viniera á ser perjudicado en sus derechos. El ejercicio del derecho del uno, tiene por límite el derecho del otro que puede rechazar todo acto que lo disminuya.

2º *Del que paga una deuda á que estaba obligado con otros ó por otros* (art. 768, n° 2), y, por consiguiente tiene lugar la

brogación puede hacerse aún tratándose de los derechos que corresponden á los bancos hipotecarios fundados bajo leyes especiales; pero no pasarán al acreedor las facultades concedidas á esos establecimientos, para proceder sin forma de juicio á la venta de los bienes hipotecados.

Si el acreedor paga á otro acreedor que está en su misma categoría, que no tiene preferencia alguna, ¿lo subrogará contra la voluntad del deudor ó contra la del acreedor que no quiere aceptar el pago? El acreedor es interesado, y si la ley le concede la subrogación, es sólo cuando paga á otro que tenga preferencia; por consiguiente, no se subrogará cuando lo hiciera contra la voluntad del deudor ó del acreedor, en el caso de los arts. 728 y 729; pero si no lo resistiere el acreedor la subrogación tendrá lugar.—Véase LAROMBIÈRE, al art. 1251, n° 4.

(Art. 768, n° 2.) Este inciso es el n° 3 del art. 1251 del Código Francés, y el interés que presenta en la jurisprudencia francesa, así como las cuestiones á que da lugar, desaparecen con el inc. 3 del Código Civil Argentino. Cuando una persona está obligada con otras ó por otras al pago de una deuda, tiene un interés legítimo en tomar parte en su extinción, sea co-deudor solidario ó sea fiador personal, ó si sólo hubiere dado una cosa suya en prenda, en cualquiera de estos casos puede pagar la deuda subrogando al acreedor en sus derechos, con esta diferencia capital, que es necesario tener en cuenta: si es co-deudor solidario, no subrogará al acreedor en la integridad de la deuda, sino deduciendo la parte que le correspondía, y



subrogación en favor del co-deudor solidario, del co-deudor en una obligación indivisible, así como en favor del fiador que paga la deuda que afianzó conjuntamente con otros. En los casos de prenda ó hipoteca dada por terceras personas, que no se obligaron personalmente, creo se debe conceder la subrogación legal en su favor, cuando pagaren la deuda, á pesar de lo dicho en la nota 3121 del Dr. Velez Sarsfield, que parece decir lo contrario.

En el sistema del Código Civil no se concede la subrogación legal en favor del deudor simplemente mancomunado, cuando paga totalmente la deuda, lo que consideramos un error de doctrina, desde que el mismo código concede la subrogación *al tercero no interesado que hace el pago, consintiendo tácita ó expresamente el deudor, ó ignorándolo (art. 768, n° 3)*; porque si

sólo por la proporcional que corresponde á sus co-deudores, pues de otra manera se moverían dentro de un círculo sin fin. Supongamos que sean deudores solidarios A., B. y C. de la suma de seis mil pesos. A. paga toda la deuda y se sustituye en los derechos del acreedor, no por lo seis mil pesos, sino por cuatro mil, si por el título de la deuda no hubiere desigualdad, y estos cuatro no los puede cobrar de B. ó de C. en su totalidad, sino en la proporción correspondiente, y si C. fuera insolvente debe responder con B. por la insolvenia y pagar por mitad; así en ese caso no tendría derecho sino por dos mil pesos contra cada uno ó por tres mil pesos contra B. en caso de insolvenia de C. (art. 717 y su com.) Si la deuda fué mancomunada y uno de los co-deudores la abonare en su totalidad, no se subroga en los derechos del acreedor, art. 693.

La ley busca el interés del que paga para concederle la subrogación; pero el Código ha rechazado en parte este principio, cuando la admite en favor del tercero que no tiene interés alguno, y en el natural deseo de explicar estas diferencias, es que debemos suponer que el que paga una deuda á que estaba obligado con otros, se subroga en los derechos del acreedor, aun en el caso de hacerlo contra la voluntad del deudor ó del acreedor, ó de ambos unidos, á diferencia del n° 3, que vamos á examinar.

(Art. 768, n° 3.) Es el n° 3 del art. 1117. del proyecto de Goyena que figura en el art 1210 del Código Civil Español promulgado en 1889. Goyena, explicando esta adición, que parece singular y que no

se concede á un extraño, debía acordarse al deudor mancomunado considerándolo como tal. Así, el art. 693 debe considerarse como una excepción al presente.

figura en código alguno, dice: «este caso omitido en el Cód. Francés y demás modernos, envuelve un mandato expreso ó tácito de parte del deudor, y debe presumirse que éste por librarse de un acreedor más incómodo, quiso que su favorecedor quedase subrogado en favor de aquél, y que igual fué la intención del tercero que hizo el pago.» Nuestro Código, sin tener presente esta circunstancia, le agregó una última frase que desvirtuaba el fundamento del inciso: «cuando el pago se hiciera por el tercero *ignorándolo el deudor*», en cuyo caso puede responder muchas veces á una venganza, ó á un deseo de tomar cierta influencia que dañaría al deudor. Se comprende el pago con consentimiento del deudor dado expresa ó tácitamente; porque conoce quién debe sustituir á su acreedor, y se puede tomar como un mandato; pero no sucede lo mismo cuando el pago se hizo ignorándolo, en que no debería tener más derecho que los de un gestor de negocios. En general, puede ser indiferente la persona del acreedor; pero habrá casos especiales en que sería un verdadero perjuicio que un tercero extraño venga á sustituirse á un amigo ó pariente del deudor. En el caso de Goyena, se parte de un mandato presunto del deudor, hay, pues, un interés evidente en su beneficio, que el legislador debe tratar de favorecer, como lo hace el art. 770, lo que no sucede en nuestro caso con el agregado que se le ha hecho. La autorización expresa dada por el deudor para abonar su acreencia, puede hacerse en cualquiera forma; mientras la tácita resultará de actos que presupongan ese mandato; como si se hiciera el pago delante del acreedor, sin contradecirlo.

Se ha criticado la separación en los cinco incisos, cuando podría haberse comprendido en un solo artículo, en lo que se habría tal vez adelantado en claridad y concisión; lo que nos parece censurable en este artículo, es la última frase agregada, que no tiene justificación en código alguno, ni en autor conocido: conceder subrogación al tercero extraño que paga una deuda *ignorándolo el deudor*, es romper la base del mandato tácito en que reposa la subrogación á los extraños; creo se han agregado esas palabras con imprevisión.

No guarda armonía la disposición del art. 2029 con la del 728, y la del presente inciso. El principio general que domina la materia de la subrogación legal, es que nadie debe intervenir en los asuntos de otros sin un interés justificado; que todo deudor puede oponerse al pago de su





*4° Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble (art. 768, n° 4), dando*

deuda hecha por una persona que no tenga interés; así, el que viene a garantirme con su fianza contra mi voluntad, toma una participación en mis asuntos que no deseo darle, y si puede garantirme contra mi deseo, adquiere en seguida el derecho de pagar mi deuda, y subrogar al acreedor; he aquí cómo por no seguir el principio dirigente que domina esta materia, ha podido conducirnos á este resultado: que mi enemigo A., que con arreglo al art. 2029, afianzó mi deuda contra mi expresa voluntad, viene á ser mi acreedor pagándola.

Esto ataca mi derecho y libertad para que nadie intervenga en mis asuntos.

Sin embargo, en la nota al art. 3121, el Dr. Velez Sarsfield, reaccionando en parte, contra una teoría extraña que da derecho á cualquiera para mezclarse en los asuntos de otro, niega la subrogación al tercero que hubiere hipotecado su finca en garantía de una obligación de otro, sin obligarse personalmente, sin hacer distinción del caso en que esa hipoteca hubiera sido pedida por el mismo deudor con el objeto de obtener el crédito que solicita. ¿Se quiere una falta mayor de consecuencia, la de negar la subrogación al que da la hipoteca por empeño del deudor, y concederla al fiador que interviene en el asunto contra la voluntad del deudor? Pero afortunadamente los arts. 726 y 727 le conceden al hipotecario especialmente esa subrogación.

Mi opinión es que la ley deberá corregirse en el porvenir. — Véase Dr. Segovia, con el que no estoy conforme. — GOYENA, al art. 1117, n° 2.

(Art. 768, n° 4.) Esta subrogación viene del derecho romano, como lo hicimos notar en el art. 767, tratándose del acreedor hipotecario que pagaba al hipotecario primitivo que le era preferido. El caso del artículo es el siguiente: he comprado un inmueble que reconocía dos hipotecas de A. y B. sin obligarme personalmente; he pagado la hipoteca de A.; pero B. ejecuta la propiedad y la vende; procediéndose á la distribución del precio del inmueble, yo pido la colocación de mi crédito hipotecario, y si es anterior al del ejecutante, me será pagado en la totalidad en virtud de la subrogación; si fuera una hipoteca posterior, tomaría lo que quedase. El artículo habla del que adquirió el inmueble y *paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre él*, cuando todos los códigos se refieren á los *acreedores que tengan hipoteca*, porque es el caso de subrogación legal. Se debe, pues, entender que la subrogación se con-





así derecho al adquirente que pagó una de las hipotecas ó parte de alguna de ellas, para tomar una colocación actual en la distribución del precio del inmueble, cuando hubiere sido vendido por ejecución. Para esta subrogación es necesario que la adquisición haya precedido al pago de la hipoteca, teniendo, por consiguiente, un interés legítimo en hacerlo; pero pierde de su interés con la disposición del n° 3 que da una extensión incomprensible á la subrogación.

5° *Del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma (art. 768, n° 5);* porque teniendo un legítimo interés en extinguirla, debe concedérsele el beneficio.

cede al comprador que paga á los acreedores hipotecarios. Otro caso de subrogación legal: he comprado la casa que reconocía una hipoteca que he pagado; posteriormente se rescinde ó anula la venta, y yo en virtud de la subrogación legal, tengo derecho de hacerme pagar la hipoteca con sus intereses. Para tener este derecho, ¿se necesita adquirir el inmueble como dice el artículo? En la jurisprudencia francesa era de absoluta necesidad esa condición, porque no existe el inc. 3, que autoriza á los no *interesados* para hacer el pago subrogando al acreedor; para nosotros no lo es, sino en el caso de pagar contra la voluntad del deudor; por consiguiente, aunque la enajenación hubiera sido anulada, el presunto propietario puede pagar las hipotecas que gravaban el inmueble subrogando á los acreedores hipotecarios. Se debe hacer notar, que se niega la subrogación al que sin obligarse personalmente, hubiere hipotecado una propiedad en garantía de la deuda de un tercero; si la propiedad fuera vendida y con su precio pagada la hipoteca, se subrogará, y podrá demandar del deudor los daños y perjuicios que le hubiese originado. — Véase la nota al art. 3121.

Si el comprador en lugar de pagar á los hipotecarios, entregase el precio al vendedor, no habrá subrogación legal en su favor, y sólo tendrá acción personal contra el vendedor; á menos que expresamente no se hubiera convenido que ese precio sería empleado en el pago de los hipotecarios adquiriendo la subrogación. — LAROMBIÈRE, III, n° 17 al art. 1251.

(**Art. 768, n° 5.**) El heredero por el hecho de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, ha querido conservar la separación de su patrimonio con el de la sucesión, y para facilitar la administración, la



La subrogación legal de que hablan los cinco incisos, se opera por el ministerio de la ley, así que se hubiere hecho el pago efectivo, y se entiende por tal, toda entrega de suma de dinero ó de cosas por la cual se desinterese el acreedor, total ó parcialmente. No es, pues, necesario que sea la misma cantidad ó la cosa debida, siempre que al acreedor la reciba como equivalente de su acreencia; ni tampoco necesita hacerlo constar en acto auténtico, aunque sería conveniente para evitar fraudes.

### § 237. — DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

Se ha dicho que *la subrogación convencional* podía producirse bajo dos formas: la de cesión propiamente dicha, si se ha vendido el crédito, y *tiene lugar, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso la subrogación será regida por las disposiciones sobre la CESIÓN DE DERECHOS (art. 769)*, en que

ley le ha concedido la subrogación legal por las deudas de ésta que pagara de su propio peculio. Y cuando se habla de deudas, debe comprenderse todas las cargas que pesan sobre la sucesión, y gravan la herencia, como los legados, etc. No basta que el pago sea hecho por su porción, cuando son varios los herederos beneficiarios, como sucede en la jurisprudencia francesa, porque en todo caso sería reputado como tercero no interesado que ha pagado con consentimiento, ó por lo menos ignorándolo los demás deudores de la sucesión.—Véase Larombière, al art. 2251, que explica extensamente los n<sup>os</sup> 1, 2, 4, 5; porque el 3 es tomado de Goyena, habiéndole hecho una variación que no se puede justificar ante los principios. Es necesario armonizar la última parte del art. 693 con el 727, y el n<sup>o</sup> 3 de este artículo.

(**Art. 769.**) La subrogación convencional tiene entre nosotros una acción muy limitada, porque son raros los casos donde no exista la

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 768.*—Cód. Francés, art. 1251.—Sardo, 1441.—Holandés, 1438.—Napolitano, 1204.—Por Derecho Romano, sólo el acreedor hipotecario posterior, que pagaba al hipotecario anterior, quedaba subrogado por ministerio de la ley, pero no lo quedaba el simple acreedor quirografario, ó un tercero, á no mediar pacto ó cesión.—Lo mismo dispone la Ley de Partida 35, tít. 3, Part. 5<sup>a</sup>.—LL. 22, tít. 14, y 1, 5, 8 y 10, tít. 18, lib. 8, Cód. Romano.—Véase á Goyena, art. 1117.—Respecto al n<sup>o</sup> 2, véase á Marcadé sobre el art. 1252, n<sup>o</sup> 718.



el crédito se transmite íntegro al cesionario, considerándose como si fuera el mismo acreedor.

legal con la disposición del inc. 3, en que se faculta á los terceros no interesados para pagar por otro, sea con autorización expresa ó tácita, ó ignorando el deudor. Sólo quedan, pues, para la subrogación convencional los casos en que el pago se hiciera contra la voluntad del deudor; ó en el propio nombre del que hace el pago. ¿La subrogación convencional puede modificarse de modo que produzca efectos más extensos? Es muy discutible en nuestra legislación, porque, como veremos más adelante, el art. 771 les señala iguales efectos y sólo la permite respecto de ciertos derechos y acciones en vez de extenderla. En el art. 771, n° 2, estudio esta cuestión.

Para que la subrogación convencional tenga lugar, es necesario: 1°, que se estipule expresamente; 2°, que el tercero que hace el pago lo verifique en su propio nombre, porque si lo hiciera á nombre del deudor extinguiría por completo la obligación, y no habría materia de subrogación; 3°, siempre que haga constar que su intención es subrogar al acreedor en todos sus derechos. La subrogación convencional debe ser hecha al mismo tiempo que el pago, y en el mismo acto, en lo que difiere de la cesión de derechos; la ley 76, tit. 3, lib. 46, Dig. dice: «si después de haber pagado sin convención alguna, todo lo que se debía en virtud de la cuenta tutelar, son cedidas las acciones después de algún intervalo, esta cesión no tiene efecto; porque no queda acción que ceder.»

La subrogación convencional se regirá por la cesión de derechos, dice el artículo, y es necesario hacer la diferencia entre la *cesión* y la *subrogación*. Entre los jurisconsultos se han dividido las opiniones en tres escuelas: unos confundiéndolas en un solo y mismo caso, los otros considerándolas como completamente diferentes, y la tercera ha adoptado un sistema de conciliación, destinado á explicar las semejanzas y desemejanzas.

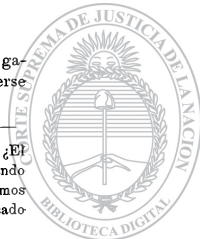
Entre nosotros no pueden confundirse: si buscamos la intención, encontraremos que en la cesión el acreedor tiene por objeto vender su crédito y el cesionario comprarlo; mientras en la subrogación convencional el acreedor no tiene la intención sino de recibir el pago, haciendo que el tercero se reembolse de lo pagado mediante la subrogación. En la subrogación hay una ficción jurídica, en virtud de la cual una obligación extinguida por el pago, se considera que continúa subsistiendo en favor del tercero que lo ha verificado; en la cesión no hay ficción, la obligación existe porque no ha sido pagada; en la ce-



En la subrogación convencional, por el contrario, el acreedor sólo cede sus derechos al que le hace el pago, y puede limitarse en la subrogación el simple pago. En la subrogación es de absoluta necesidad que el pago hecho por el tercero sea de la deuda en la cual pretende subrogarse, mientras en la cesión no hay tal necesidad, basta que el derecho sea cesible. Las diferencias capitales que se encuentran en nuestro Código son: que la subrogación convencional da derecho al tercero que hizo el pago para cobrar la suma que hubiere realmente desembolsado para la liberación del deudor; el pago es la medida de su derecho; mientras en la cesión no se tiene en cuenta el desembolso, toda la obligación con sus garantías ha pasado al cesionario, sin limitación alguna. En la subrogación, el acreedor que la ha concedido no está obligado á garantía alguna: y el consentimiento que da no le obliga; mientras el cesionario garante la legitimidad del crédito. En la cesión, el traspaso del crédito respecto de los terceros interesados en contestar la cesión, no tiene lugar sino por la notificación ó aceptación del deudor cedido, art. 1459, mientras en la subrogación convencional se opera por el pago hecho al acreedor, transmitiéndole éste sus derechos; aunque esto no importe privarle de los que tenía contra su primitivo acreedor, y que podrá deducirlos contra el subrogado. La Ley Romana establecía que la cesión puede hacerse antes del pago, ó cuando se hizo después de haber convenido la cesión, mientras la subrogación debe hacerse en el mismo acto. Téngase presente que la subrogación convencional se rige por la cesión de derechos.

La subrogación convencional se hace en el mismo acto, pero puede realizarse separadamente, siempre que sea simultánea, como si se ha convenido por un acto separado, que el pago se hacía con el objeto de subrogar al tercero en todos los derechos del acreedor, y á continuación, en acto separado, se hiciera constar el pago. La subrogación convencional debe ser expresa, jamás se presume y en la duda se interpreta naturalmente contra el que se pretende subrogado; pero no hay fórmula especial, basta usar de la palabra subrogación ó que se diga por el acreedor que lo coloca en su lugar y rango, ó que lo sustituye en sus derechos y acciones. Las expresiones ambiguas ó que pusieran en duda la subrogación deben juzgarse en favor de ésta, porque no se habrían consignado, ó serían inútiles si sólo hubiera querido tomar el lugar de un gestor de negocios.

La subrogación convencional puede hacerse entre el acreedor y el tercero, ó entre el deudor y el tercero que le hace el préstamo para



los. Así, al subrogarlo puede convenirse que no tendrá las garantías que aseguraban la acreencia; lo que no puede hacerse en la cesión, ni en la subrogación legal.

pagar la deuda; de esta segunda se ocupa el artículo siguiente. ¿El acreedor puede negarse á subrogar al tercero en sus derechos, cuando hace el pago en nombre del deudor ó en su propio nombre? Hemos manifestado el alcance que dábamos al art. 729, que creemos colocado impropiamente después del inciso 3° del art. 768.

En la legislación francesa la afirmativa es evidente, porque no habiendo subrogación sino en los cuatro casos que hemos copiado con excepción del inciso 3°, el acreedor puede resistirse á subrogar al tercero, pues como expresa Larombière, puede decirse al tercero que ofrece el pago á condición de subrogación: acepto el pago que me ofrecéis, pues no puedo rehusarlo; pero os niego la subrogación, porque no podéis obligarme á consentirla.

El Código no ha previsto, ni tratado de impedir los casos de fraude que pueden ocurrir á consecuencia de supuestas subrogaciones. Un acreedor privilegiado que es pagado por un tercero, sin subrogarlo en sus derechos, puede por un acto posterior y en perjuicio de los acreedores quirografarios, obtener una subrogación, aun en perjuicio del mismo deudor; así es que los interesados tendrán siempre el derecho de atacar las subrogaciones fraudulentas.—LAROMBIÈRE, l. c. n° 11. DURANTON, XII, n° 116.

¿Es necesario que el subrogado tenga el título de la deuda? No; porque el título es un medio de prueba, no es la acreencia misma; si el deudor tiene alguna duda, puede hacer la consignación; pero eso no impedirá que la subrogación se haya verificado.—MOURLOX, II, 1353 y sig. MARCADÉ al art. 1250, n° 2.

Las relaciones entre el deudor y el subrogado son las siguientes: éste debe darle aviso del pago que ha hecho y de la sustitución en los derechos del acreedor; si á consecuencia de esta ignorancia pagase al acreedor originario habría extinguido la deuda, y sólo tendrá acción el subrogado para repetir lo pagado del acreedor con daños y perjuicios. Si alguno de los co-deudores solidarios, ignorando la subrogación, paga toda la deuda, será considerado como el único subrogado legalmente.

El acreedor capaz de recibir puede subrogar en sus derechos al tercero; pero no sucede lo mismo con el mandatario; porque la facultad de recibir no presupone la de consentir en la subrogación. En los ca-



Aunque en el Código no se haga claramente la diferencia entre la subrogación y la cesión, es necesario que la doctrina la precise. En la subrogación convencional, el subrogado sólo adquiere derecho para cobrar lo que hubiere desembolsado; en la cesión tiene todos los derechos, como si fuera el acreedor; en aquélla puede limitarla á ciertos derechos según la convención, en ésta no puede hacerlo.

La subrogación convencional puede ser consentida por el mandatario autorizado expresamente, ó por el representante necesario del incapaz, con autorización judicial.

Como el acreedor puede rehusar la subrogación convencional, cuando no existe la legal, tiene derecho para imponer condiciones restringiendo sus efectos, y no conceder las garantías ó fianzas que aseguraban la acreencia.

La subrogación convencional concedida por el acreedor debe ser expresa, y hacerse en el mismo acto del pago, por documento público ó privado; pero este último no perjudicará á terceros sino desde que hubiera adquirido fecha cierta; sin embargo, podrá ser opuesto al mismo deudor ó á sus sucesores universales así como á los que se encuentren obligados por prenda ó hipoteca. No hay forma especial para hacerse la subrogación, pero

esos en que el acreedor es dueño de acordarla ó rehusarla, él debe expresar claramente su voluntad. Los tutores ó curadores que administran los bienes de sus pupilos ó incapaces, pueden conceder subrogación convencional en favor de los terceros que paguen los créditos de los incapaces.

La ley habla del pago como base de la subrogación, y debemos entender por pago cualquier medio que el acreedor acepte para transferirle sus derechos. Así, cuando A. debe mil pesos á B. y éste acepta en pago de esa suma mi carruaje y me transfiere ó subroga en sus derechos, hay verdadera subrogación, desde que así se estipuló. Puede igualmente darse por pagado de la deuda y transferirme todos sus derechos en virtud de un documento que él hubiera otorgado; pero en todos estos casos los jueces tienen el deber de investigar (á solicitud de los interesados) si hubo cesión, subrogación ó fianza.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 769.*—Cód. Francés, art. 1250.—Sardo. 1340.—Napolitano, 1203.



debe ser en términos que no dejen duda, sobre la intención de hacer ocupar el subrogado el mismo lugar del acreedor.

Debe hacerse en el mismo acto del pago, porque si así no fuera, la obligación se habría extinguido, y no tendrían poder para hacerla renacer. En este caso, la acción que corresponde al que ha hecho el pago, es la del gestor de negocios, y si lo hizo contra la voluntad del deudor, la de *in rem verso* por el provecho obtenido.

La simultaneidad del pago y de la subrogación debe probarse por el recibo y la entrega del título, donde deberá constar la subrogación acordada, que podrá no obstante ser atacada por los terceros en caso de fraude.

La subrogación convencional se confunde con la cesión y el mismo Código las considera idénticas al ordenar que se rija por ese título, pero en la doctrina tiene diferencias fundamentales, que viene á confirmar el (art. 770) al decir: *la subrogación*

(Art. 770.) Otra clase de subrogación es la que puede hacer el deudor mismo, pagando la deuda con otra cantidad que ha tomado prestada para cambiar de acreedor. Esta disposición tomada del inciso 2º, del art. 1250, Cód. Francés, presentará graves dificultades en la práctica. Para evitar los casos de fraude, el Cód. Francés exige que el acto del préstamo y del pago se haga ante notario, declarándose que la suma prestada lo ha sido con ese objeto, y que en el recibo se declare que el pago se ha hecho con los dineros prestados. Estas formas han sido suprimidas por nuestro Código, y consideramos un gravísimo defecto, que los tribunales deben corregir en parte, al aplicar la ley, tratando de dar garantías á los demás acreedores contra las subrogaciones fraudulentas.

Aunque el Código no exige formalidad alguna especial, para que tenga lugar esta clase de subrogación, es necesario que la doctrina llene el vacío de la ley. Dos clases de subrogación convencional se reconocen en nuestro derecho: 1º, subrogación concedida por el acreedor, aun contra la voluntad del deudor; 2º, subrogación por préstamo, cuando el deudor tomando de otro una suma, paga á su acreedor aun contra su voluntad, subrogando al prestamista. Es necesario estudiar las cuestiones que nacen de este acto. ¿Cómo debe probarse el préstamo? ¿En qué tiempo debe hacerse el pago y cómo demostrar haberlo hecho con el dinero recibido? ¿Qué sucederá cuando varios

*convencional puede hacerse también por el deudor, cuando paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado*

hubieran dado dinero con ese objeto? ¿Qué, si el acreedor resiste á dar el recibo haciendo constar que la deuda ha sido pagada con dinero prestado?

El deudor que toma prestada una cantidad para pagar su deuda, ¿cómo debe hacer constar el préstamo? ¿Debe ser por acto privado ó bastará hacerlo constar por escrito, ó será necesario que haya simultaneidad en el préstamo y en el pago de la deuda? El Código no responde á estas cuestiones, pero como el artículo ha sido tomado del francés, se podría decir que conscientemente ha rechazado ó separándose del sistema de ese Código, lo que sería aventurado sostener, porque ha existido más bien imprevisión, que conocimiento perfecto del asunto. Así, el préstamo debe constar por escrito, indicándose en el instrumento, que se hace con el objeto de pagar al acreedor y de hacerlo sustituir en sus derechos; no bastaría, pues, un préstamo cualquiera que á voluntad del deudor podría convertirse en uno privilegiado. El dinero ó suma recibida deberá ser la misma que se ha prestado con dicho objeto, y los acreedores perjudicados por la subrogación pueden atacar el acto y exigir del acreedor que hizo el préstamo la prueba de que el dinero empleado ha sido el prestado. La ley no exige la simultaneidad del préstamo y del pago, y se deja á la apreciación de los jueces el determinar según las circunstancias de cada caso, cuándo se juzgará hecho, para que produzca la subrogación. El préstamo de una suma para pagar al acreedor y subrogarlo en sus derechos, que se hizo el 14 de Septiembre de 1893, p. e.: cuando el pago se realizó el 22 de Noviembre, si fuera atacada la subrogación como simulada, en ese caso, los jueces atendiendo á las circunstancias especiales, determinarán su validez ó nulidad, exigiendo la prueba de que el dinero prestado dos meses antes ha servido para pagar la acreencia; y si no puede probarlo debe atribuirla á su propia culpa, desde que no exigió de su deudor las garantías eficaces para que la subrogación se efectuara, pues si el pago se hizo por el deudor sin expresarle de quién hubo el dinero y cuál era el objeto, habrá extinguido la obligación sin que hubiera subrogación.

Si varias personas hubieran prestado sucesivamente la misma suma para que el deudor pagase al acreedor y lo subrogase en sus derechos, ¿cuál debe ser el subrogado? Larombière, (III, al art. 1250,) opina que la presunción más natural es que el último en fecha es el que debe sub-







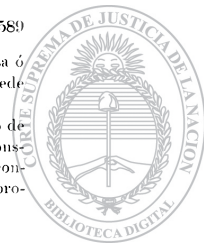
*prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo; en este caso es el mismo deudor que extingue la deuda, y subroga al prestamista, sea por la cantidad*

rogarse, porque se presume que con ese dinero se hizo el pago. Por mi parte, rechazo esa opinión para atenerme exclusivamente á la manifestación del deudor, en el momento de hacer el pago, y conceder la subrogación á tal ó cual de los prestamistas, fundándome en las palabras del Código: «cuando paga la deuda con cantidad que ha tomado prestada, subroga al prestamista en los derechos del acreedor primitivo.» Si todos los prestamistas entregaron la suma con ese objeto, y el deudor pagó la deuda sin subrogar á ninguno de ellos, habría extinguido la obligación sin que haya subrogación; si por el contrario declaró al hacer el pago, que todos le habían prestado el dinero, y que á todos los subrogaba, deben entrar proporcionalmente. Si el acreedor al recibir el pago del deudor, se negare á consignar en el recibo que el dinero era entregado por A. para pagar la deuda de B. subrogando al acreedor en sus derechos, el deudor puede hacer constar el pago en una forma pública, ó consignarlo á su nombre y á la orden del juez, refiriendo esta circunstancia.

A medida que se profundiza el alcance de este artículo, se comprende el error padecido, y se hace necesario que la doctrina y la jurisprudencia llenen este vacío é impidan los fraudes que pueden ocurrir. Larombière, III, 62 y sig., trata con gran acopio de conocimiento esta materia tan delicada.—MERLIN, *Rep. l.<sup>o</sup> Subrogación de Pers.*, S. 2, § 8, n.<sup>o</sup> 7. TOULIER, VII, 171.

Es necesario no confundir, como lo hacen algunos, la subrogación con la delegación. La subrogación tiene por objeto directo el sustituir un acreedor por otro, y no necesita del consentimiento del deudor, y aun puede hacerse contra su voluntad; mientras en la delegación, por el contrario, se coloca á un deudor en lugar del otro: *delegare est vice sua rem alium dare creditori*, y por consiguiente, no puede hacerse sin el consentimiento expreso del acreedor y del deudor. La delegación exige necesariamente el consentimiento del acreedor, del deudor delegante y del delegatario, mientras la subrogación se opera legalmente por el mero pago en algunos casos, ó convencionalmente cuando se conviene el acreedor en subrogar en sus derechos al que hace el pago.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 770.—Cód. Francés, art. 1250.—L. 2, tít. 3, lib. 42, Dig.—L. 1, tít. 19, lib. 8, Cód. Rom.*



prestada, ó por otra menor, si se le hubiera acordado quita ó estuviera disminuida. Es un derecho del deudor, que puede ejercerlo contra la voluntad del acreedor.

Para que ésta subrogación se considere válida respecto de terceros interesados: en contestarla, es necesario hacerla constar de una manera expresa, estableciendo que la deuda se contrae para pagar la acreencia, y que al realizar el pago lo subroga en los mismos derechos del acreedor.

### § 238.—EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN

La subrogación pone al que hace el pago en el mismo lugar que ocupaba el acreedor con relación al deudor, para conservarle todas las garantías y privilegios del crédito; por eso dice la ley, que *la subrogación legal ó concencional, traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el acreedor principal y co-deudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes (art. 771):* que no regirán cuando de la convención resultare lo contrario, en la subrogación convencional. Así, no pasarán las garantías, si se hubiera convenido que quedarían extinguidas.

*1º El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor (art. 771, n° 1º*

(Art. 771.) Una de las diferencias capitales entre la cesión de derechos y la subrogación se deduce del objeto de uno y otro acto. El cesionario hace un negocio propio buscando una natural ganancia, y probablemente ha pagado una cantidad menor para cobrar una mayor; mientras el tercero que paga por otro no hace un negocio propio, sino uno ajeno, pues su objeto es liberar al deudor poniéndose en todos los privilegios y garantías del acreedor, para reembolsarse de lo pagado; de ahí esta diferencia capital: el cesionario ejerce todos los derechos del acreedor sin limitación alguna; el subrogado sólo puede ejercerlo hasta la concurrencia del capital desembolsado. Todos los autores aceptan esta diferencia.—Véase MERLIN. *Quest. Vº Subrogación d' persona*, § 1. MARCADE, al art. 1250, n° 3. COLMET DE SENTERRE, V, 189 bis, VIII. DURANTON, XII, 122. LAROMBIERE, al art. 1250.



en lo que se diferencia de la cesión de derechos, pues el cesionario puede cobrar toda la deuda, sin atender al desembolso.

2° *El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado á ciertos derechos y acciones por el acreedor, ó por el deudor que la consiente* (art. 771, n° 2); en lo que se diferencia de la les

Resulta de esta diferencia, que si el acreedor ha subrogado al tercero en sus derechos recibiendo una cantidad menor que la debida, haciéndole remisión de lo restante, como el tercero obra á nombre del deudor, éste será el beneficiado con la remisión, y no estará obligado á pagar el total; como una consecuencia de este mismo principio, resultará que el subrogado no podrá cobrar intereses, si la acreencia pagada no los producía; pero lo haría en el caso contrario como lo enseña Larombière, III, al art. 1252, n° 11.

La subrogación legal ó convencional tiene, pues, un mismo límite: el desembolso hecho por el subrogado, y en caso de duda sobre el carácter de la convención, si importa una cesión de derecho ó una subrogación, los jueces según las circunstancias podrán declarar, que un acto calificado como cesión es una subrogación ó vice-versa. La averiguación del juez se reduce á saber, si los fondos entregados al acreedor lo fueron en su interés ó en el del deudor.

(Art. 771, n° 2.) Cuando hay subrogación convencional por no existir la legal, no es exacto que siempre se transfieran los derechos y acciones del acreedor primitivo, porque éste, dueño de su derecho, ha podido modificar el alcance de la subrogación limitándola á ciertas acciones; y cuando la subrogación ha tenido lugar tomando el dinero del deudor para sustituir á su acreedor, nadie le puede negar su derecho para dar mayores garantías á su segundo acreedor; así puede constituir en su favor prenda ó hipoteca que no tenía el primero.

La subrogación legal está fundada sobre un pacto tácito, que se supone entre el tercero y el deudor; el acreedor entonces no puede imponer condiciones; mientras en la convencional siendo dueño de su derecho puede hacerlo para acordar la subrogación. Puede restringirla á ciertos derechos, limitando las acciones, como si tenía prenda y no quisiera traspasar ese derecho. En el art. 769 dijimos que era discutible el punto, sobre si por la subrogación convencional podría darse mayor extensión que por la legal; p. e., si habiendo pagado mil por un crédito de dos mil que A. tenía contra B., aquél me subroga en todos sus derechos para que cobre los dos mil pesos; el Código dice, sólo podrá cobrar los mil que ha desembolsado; la voluntad de las partes no



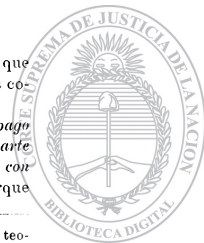
gal, que se produce por el ministerio de la ley, sin que inter venga la voluntad de los interesados. Así, la subrogación convencional puede ser por menos cantidad de la debida, y puede aumentar ó disminuir las garantías.

3º *La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda á la cual estaban obligados con otros, no los autoriza á ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus co-obligados, sino hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado á contribuir para el pago de la deuda (art. 771, n° 3); debiendo soportar la*

puede ir más allá de la ley, y para eso sería necesario que los derechos se hubieran cedido; en un caso como este, aunque se emplee la palabra subrogación, desde el momento que el convenio tenga por objeto beneficiar al tercero que hace el pago, se debe considerar como si fuera una cesión de derechos.

La subrogación convencional produce generalmente los mismos efectos que la legal, como lo enseñan POTHIER, *Obl.*, n° 281. COLMET DE SANTERRE, V, n° 148, *bis* I y II. DELVINCOURT, II, pág. 504. DURANTON, XI, nos 243 y 844, y XII, n° 168. ZACHARIÆ, § 563, nota 3.

(Art. 771, n° 3.) Pothier (*Obl.* n° 281) planteaba la cuestión en estos términos: «cuando una obligación ha sido contraída solidariamente por cuatro particulares, si uno de ellos ha pagado con subrogación el total de la acreencia, ¿puede obrar solidariamente contra cada uno de sus co-deudores bajo la deducción del cuarto á que estaba obligado por su parte? ¿O puede obrar solamente contra cada uno por su parte? La cuestión fué decidida antiguamente de un modo afirmativo por la primera opinión... pero han venido nuevas decisiones á aceptar la segunda. La razón es que de otra manera se haría un circuito de acciones, porque aquel de mis co-deudores á quien hubiera hecho pagar el total de la acreencia, deducida mi cuarta parte, tendría derecho al pagarla de ser subrogado en todas las acciones del acreedor bajo la deducción de la parte que le corresponde, y en virtud de esta subrogación, tendría derecho á exigirme con la deducción de su parte lo que él me habría pagado...» Es por esta razón que para evitar ese círculo infinito, se ha dividido la acción en tantas partes cuantos eran los obligados. ¿Pero cómo se explicaría entonces el art. 693, que niega la subrogación al deudor mancomunado, que hubiera pagado la deuda íntegra? Es una excepción, como se dijo en dicho artículo.



insolvencia de los co-deudores solidarios en la proporción que le corresponda con los demás. No puede, pues, cobrar á sus obligados el todo de la deuda.

4.<sup>o</sup> *Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere hecho un pago parcial, y los bienes del deudor no alcanzaren á pagar la parte restante del acreedor y la del subrogado, éstos concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiese (art. 772);* porque

Véase los autores citados en el número anterior. Contra esta teoría convertida en ley por el art. 693.—Comp. TOULLIER, VII, 163.—Comp. arts. 689, 693, 717, 1752, 2084, 2307, 2308 y 3721.

Téngase presente que si la obligación es solidaria todos deben soportar proporcionalmente la insolvencia, pero no si es mancomunada.

(**Art. 772.**) Nuestro Código se ha separado con razón del francés, que dispone lo contrario, sancionando una injusticia, como lo hace notar Marcadé, IV, n<sup>o</sup> 713 al art. 1252. El caso es el siguiente: A., acreedor hipotecario de B. por veinte mil pesos, ha recibido diez mil pesos de C., subrogándolo en esa parte en sus derechos; vendida la casa que suponemos es el único bien del deudor, si la ejecución produce sólo quince mil pesos, el acreedor A. y el subrogado C., que, tienen igual porción, recibirán siete mil quinientos pesos cada uno, perdiendo así el subrogado la cuarta parte de lo que pagó. Concurrén ambos como acreedores originarios con igual privilegio, mientras que según el sistema del Código Francés, el acreedor primitivo era preferido por el pago de su crédito, dejando lo restante para el subrogado. Se debe entender que la igualdad con la cual deben ser considerados ambos acreedores, es cuando nada se hubiere convenido en contrario; porque si el acreedor al hacer la subrogación convencional se reservare el privilegio para ser pagado primero, debe cumplirse la convención. La expresión del Código es inexacta, cuando dice: si el subrogado en lugar del acreedor hubiere hecho un pago parcial, en vez de decir, cuando el pago hubiere sido parcial y los bienes del deudor no alcanzaren, el subrogado en los derechos del acreedor en esa parte concurrirá con igual derecho con el acreedor originario. Se comprende, el subrogado en los derechos del acreedor no puede hacer pagos parciales, porque la subrogación lo coloca en el lugar del acreedor y sólo

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 771.*—Cód. Francés, art. 1252.—Véase á Marcadé sobre este artículo del Código, n<sup>o</sup> 1.—Merlin, *Quest. verb. subrog. de pers.* § 1, Duranton, tom. 12, n<sup>o</sup> 122.—Aubry y Rau, lib. 1, § 321, n<sup>o</sup> 4.

estando en la misma línea y gozando de los mismos privilegios, no hay razón para acordarles preferencia; pero la regla rige sólo para la subrogación legal, que los interesados no pueden alterar en sus efectos, y se aplicará á la convencional, cuando no se hubiera variado por el contrato.



## CAPITULO VI

### § 239.—DE LA IMPUTACIÓN DEL PAGO

La imputación es un derecho que la ley concede al deudor de varias obligaciones para indicar la que quiere extinguir;

tiene derecho á cobrar; el pago parcial ha debido hacerlo al acreedor originario para que le conceda la subrogación, ó entregando la suma al deudor para que lo subrogue al pagar en los derechos de su acreedor, en la parte que hace el pago.—Comp. LAROMBIÈRE, III, n° 25 al art. 1152. AUBRY y RAU, § 321, nota 89. DURANTON, XII, n° 186. MARCADÉ, IV, n° 713 al art. 1152 en contra COLMET DE SANTERRE, V, n° 197, *bis*, XIV.

El artículo se refiere á la misma acreencia, porque el acreedor puede tener otro crédito contra el mismo deudor que tenga igual ó preferente privilegio.

Cuando hubiere diversos subrogados parciales por haber pagado cada uno parte de la deuda, deberán todos concurrir á prorata si los bienes del deudor no alcanzaren para el pago total?

Lo decide por la afirmativa el art. 1613, del Cód. Chileno; á mi juicio se debe tomar esta decisión con mucha cautela, pues como dice (Larombière, III, n° 33, al art. 1252,) «con frecuencia las diversas partes de una misma acreencia no tienen las mismas causas de preferencia. Tal parte tiene una hipoteca á una fecha, mientras otra la tiene con fecha diferente. Esta diversidad en las causas de preferencia no impide que todas las partes de la acreencia se reúnan para formar una acreencia única en su conjunto». En casos semejantes, los que hicieron los pagos parciales subrogándose en esa parte, deben declarar cuál entienden pagar.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 772.*—En contra, Cód. Francés, art. 1152.—Cód. Sardo, art. 1442.—Cód. Napolitano, art. 1203.—Marcadé sostiene la resolución de nuestro artículo contra el Código Francés de una manera incontestable, n° 713.



pero para ejercitarlo se necesita de ciertas condiciones, por eso dice el código: *si las obligaciones para con un solo acreedor, tuvieran por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago por cuál de ellas debe entenderse que lo hace (art. 773)*; y aunque fueran de diversa naturaleza, siempre que hubiera dos que pudieran confundirse ó hubiere dudas.

El deudor puede pagar á su voluntad la deuda que le fuese menos onerosa, dejando subsistentes las que pesan más sobre su patrimonio, y puede obligar al acreedor á que le dé recibo por aquella que quiera extinguir; pero este derecho tiene un límite

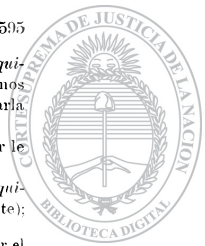
(**Art. 773.**) La imputación no es sino la aplicación de un pago con el objeto de extinguir total ó parcialmente una obligación, y supone necesariamente varias deudas, ó por lo menos varias porciones de una misma deuda de igual naturaleza. En una sola deuda, no habría lugar á duda y el pago se imputaría á la única; pero cuando son varias, ó una misma se descompone en capital é interés, p. e., la duda nace, y entonces el derecho á indicar la imputación lo tiene el que paga con arreglo á los principios que más adelante se exponen.

Las prestaciones deben ser de la misma naturaleza para que el acreedor pueda elegir ó determinar cuál de ellas quiere extinguir; pues si debiera una suma de dinero, una cantidad de maíz y otra de vino, esas tres deudas de diversa naturaleza no podrían hacer dudar respecto de la imputación, porque si se entregado dinero se imputará á la suma debida, así como si entregué vino deberá imputarse á lá deuda de esta clase.

El que hace el pago debe declarar á cuál de las deudas debe imputarse, porque después no podrá hacerlo, y se imputaría á la más onerosa entre las de plazo vencido. La facultad del deudor para hacer la imputación tiene un límite: el de no perjudicar los derechos del acreedor.—Véase AUBRY y RAU, § 320, nota 3. MARCADE, IV, 720 al art. 1253. TOULIER, VII, nos 174 y 180.—FREITAS, art. 1092.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 773.*—L. 10, tít. 14, Part. 1.<sup>a</sup>.—L. 8, tít. 20, lib. 3, F. R.—L. L. 1, 2 y 3, tít. 3, lib. 46, Dig.—L. 1, tít. 43, lib. 8, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1253.—Sardo, 1843.—Napolitano. 1707.

*Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 773.*—Tratándose de prestaciones de la misma naturaleza, los pagos deben imputarse á la deuda designada en el acto de hacerlos.—LVIII, 289.



y es que la elección del deudor no podrá ser sobre deuda ilíquida, ni sobre la que no sea de plazo vencido (art. 774), á menos que se hubiera reservado la facultad por el contrato de pagarla antes del plazo.

El acreedor puede imputar el pago á la deuda que mejor le pareciere, en los casos siguientes:

a) *Cuando el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y vencidas para la imputación del pago* (art. 775, 1ª parte);

(Art. 774.) El derecho de elegir que tiene el deudor al hacer el pago, se encuentra limitado por el del acreedor, que no debe ser perjudicado por la elección; así, entre una deuda de plazo vencido y otra que no lo está, el interés del acreedor es que se impute á la vencida sobre la que puede ejercer inmediatamente su derecho; lo mismo sucederá si se tratare de una líquida y otra ilíquida. Freitas, art. 1092, es más exacto en la expresión cuando dice: «sin consentimiento del acreedor, el pago no se imputará á deuda ilíquida ó que estuviere por vencer»: mientras el Código afirma una inexactitud al decir: «la elección del deudor no podrá ser sobre deuda ilíquida, etc.,» cuando esto tendrá lugar si lo consiente el acreedor. ¿Qué sucederá cuando el plazo fuere estipulado en favor del deudor? Creo como el Dr. Llerena que puede declararlo vencido por su sola voluntad, y por consiguiente, la deuda se consideraría como tal, p. e., si se hubiere estipulado una obligación á pagarla á los 180 días ó antes si así le conviniera al deudor.

(Art. 775.) Se trata de un hecho consumado. El deudor tiene perfecto derecho para elegir la deuda á la que debe hacerse la imputación, y este derecho es pleno desde que puede obligar al acreedor á recibir la cosa dada en pago; como es perfecto el derecho del acreedor, en ciertos casos, para rehusarlo. Pero cuando no designa la deuda vencida y líquida que quiere extinguir, y acepta el recibo imputando la cantidad á la deuda que el acreedor hubiere elegido, entonces sólo tiene derecho para cambiar la imputación, demostrando que ha existido dolo, violencia ó sorpresa por parte del acreedor. La pala

---

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 774.*—No es facultativo en el deudor imputar una entrega á una deuda ilíquida de fecha posterior, cuando habla otra anterior.—XVIII, 413.

*Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 774.*—Procede la consignación en la ejecución de honorarios, si del recibo consta que la suma entregada lo fué para el expediente en que han sido devengados.—Jur. Civ., XIII. 204, Sér. 4ª.





porque se supone que ha renunciado á su derecho de hacer la imputación dejándolo al acreedor.

b) Si además de lo anterior, el deudor *hubiese aceptado recibir del acreedor, imputando el pago á alguna de ellas especialmente sorpresa* tomada de Pothier por el Código Francés y traída al nuestro, por mas general que parezca, pues se la puede confundir con el dolo, tiene un sentido limitado, por oposición á éste mismo dolo ó á la violencia.

La simple sorpresa no reúne generalmente los caracteres del dolo, como lo hacen notar Duranton, XII, 193. y Toullier, VII, n° 177, sin que haya mala intención, ni engaño por parte del acreedor que ha podido elegir la imputación, desde que el deudor no usaba de su derecho. La sorpresa como el dolo, debe ser un hecho personal del acreedor, porque si lo fuera de un tercero, sin participación de aquél, no podría atacarse la imputación. Bastará que reuna el deudor algunas circunstancias para determinar su voluntad en sentido contrario; p. e., si no sabía leer, y la suma pagada fuera igual á una de las deudas que le eran más gravosas; si coincidiera con el vencimiento cuando hizo el pago, en estos casos los jueces deben declarar que ha existido sorpresa y debe cambiarse la imputación. A. debe mil pesos á B., por cuya deuda lo ha hipotecado su casa; esta deuda gana intereses desde el vencimiento; le debe igualmente dos sumas de quinientos pesos sin interés alguno y sin garantía. Si el deudor no sabe leer y paga los mil pesos el día del vencimiento de la hipoteca, puede reclamar la imputación hecha por el acreedor á las dos deudas vencidas de quinientos pesos cada una. Cuando el deudor no usó de su derecho de elegir la deuda á que debía imputarse el pago, el acreedor ha podido hacerlo válidamente al dar el recibo. Si la imputación no se hubiera hecho por el acreedor, se entenderá que ambos se han referido á la legal. Una vez hecha y aceptada la imputación, ninguno de los dos puede cambiarla sin el consentimiento del otro; pero si perjudicara á terceros, el cambio tampoco podrán hacerlo sin el consentimiento del perjudicado. — AUBRY y RAU, § 320, nota 10.

La prueba de la imputación debe ser por escrito, pues se trata del ejercicio de una facultad, que importa la realización de un acto jurídico. Cuando el acreedor formase parte de una sociedad á la que la misma persona debiera una suma igualmente exigible, si el deudor no hubiere determinado la imputación, deberá hacerse proporcionalmente á ambos créditos, art. 1728. Estas consideraciones deben aplicarse á los mandatos legales, como el tutor ó curador; á los convencionales como el



*te, no puede pedir se impute en cuenta de otra, á menos que haya mediado dolo, violencia ó sorpresa por parte del acreedor (art. 775, 2ª parte): porque no puede hacérsele responsable de los hechos de tercero, en que no hubiere intervenido aquél.*

apoderado para un asunto, que siendo al mismo tiempo acreedor personal del mismo deudor, hiciera la imputación del pago á sus propias acreencias, y sería caso de dolo, cuando sin estar vencidas hubiera hecho la imputación.

No creo, como algunos, que para saber «si la imputación ha sido hecha contra la voluntad del deudor sea menester tener en cuenta la condición moral del individuo, ó si el acreedor es ó no capaz de engañar al deudor»; porque sería lanzarnos en un laberinto de suposiciones del que no podríamos salir con la verdad, y porque hablándose de la sorpresa y no del dolo, no debemos averiguar la capacidad para engañar. No se trata de un engaño, sino del ejercicio de un derecho no usado por el deudor, y en que la regla de Bachovious (citado por Pothier) tiene su aplicación, y según la cual «el acreedor debe hacer la imputación sobre la deuda que él habría pagado si hubiera sido el deudor». El Dr. Llerena, incurre en error al afirmar: «que imputado el pago á una deuda hipotecaria, aunque la extinción sea parcial, para que la deuda surta efecto como hipotecaria, habrá necesidad de hacer un nuevo registro, sea refiriéndolo á toda la deuda, ó sólo creando la deuda hipotecaria por la parte que se extinguió por el pago parcial». Imputado el pago parcial á una deuda hipotecaria, se ha extinguido parcialmente, y no se puede hacer la cancelación parcial hasta no pagarse el total (art. 3188). Para que la deuda surta efecto como hipotecaria, no se necesita un nuevo registro; porque la deuda pagada en parte no puede surtir efecto hipotecario, desde que se ha extinguido la obligación en esa parte; si se tratare de la parte adeudada, la hipoteca subsiste, pues no se ha cancelado: si el pago parcial se hizo por un tercero con subrogación, tampoco necesita registro, porque es la misma hipoteca. Lo que habrá querido expresar es que la subrogación obtenida por el tercero al pagar la deuda hipotecaria sería necesario registrarla; lo que tampoco sería exacto (sino respecto de tercero), porque el subrogado entra en todos los derechos del acreedor.

Cuando en virtud de la imputación hecha por el acreedor á una deuda hipotecaria, ésta se hubiere extinguido, y cancelado la hipoteca; declarada nula la imputación, el juez debe declarar nula la chan-

(Art. 775.) Véase pág. 595.



Para hacerse la imputación deben seguirse las reglas siguientes:

a) *Si el deudor debiese capital con intereses, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al principal (art. 776),*

calación ordenando se vuelva á registrar; si no se hiciere el registro, la hipoteca no perjudicará á los terceros que hubieren registrado sus hipotecas, cuando el bien estaba libre.

(Art. 776.) Cuando se deben sólo capitales, la imputación tiene que hacerse necesariamente á éstos; pero debiéndose también intereses, se necesita del consentimiento expreso del acreedor para hacer la imputación al capital, sin comprender los intereses. La razón es que el deudor no puede perjudicar al acreedor, dejando de pagar los intereses que no devengan interés. Aquí es una sola deuda constituida en diversas partes, y se debe tomarla en su integridad para hacer la imputación, respetando los derechos del acreedor. Los intereses á los que se debe imputar el pago, deben ser vencidos y exigibles. Cuando se paga por capital é interés, si la suma no alcanzara á cubrir el total, se debe imputar primero á los intereses y lo restante al capital; y no proporcionalmente á los intereses y al capital.

Si la imputación se hizo expresamente á los intereses y la cantidad entregada fuera mayor, lo restante debe imputarse al capital, aunque no se hubiera expresado; pero si el capital no fuera exigible, el deudor puede repetir la cantidad que hubiera abonado de más. La regla para la imputación de los intereses se extiende igualmente á los gastos hechos para cobrar la deuda, porque éstos, como accesorios de la obligación, deben ser pagados antes que el principal.

Cuando la deuda fuera con intereses que no se encontraran vencidos al hacerse el pago, la imputación no se hará al capital, como lo creen algunos, desde que tampoco está vencida la acreencia, y los magistrados resolverán tomando en cuenta la naturaleza del caso; la imputación se hará por los intereses vencidos, proporcionalmente al tiempo corrido, y lo demás por el capital. Para que haya imputación debe existir deuda líquida de plazo vencido, y no habiéndola, no hay razón para hacerla. La imputación á los intereses con preferencia al capital, no obedece, al principio de que el acreedor no está obligado á recibir pagos parciales, pues si ha consentido en recibir el pago por

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 775.*—Cód. Frances, art. 1255.—Véase L. 1, dt. 3, lib. 46, Dig.—Arg. de la L. 10, tit. 14, Part. 5ª.—L. 8, tit. 20, lib. 3, F. R.—Pothier, n.º 529, al 7.

á menos de haberse reservado expresamente esa facultad, y la razón es que no tiene derecho para perjudicar al acreedor privándole de una renta.

b) *El pago hecho por cuenta de capital é intereses se imputará primero á los intereses, á no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital (art. 777);* porque es una consecuencia de la

partes, es porque los intereses forman un todo con el capital (art. 774). La verdadera razón es que nadie desea privarse de lo que le produce una renta, dejando para que le paguen después lo que nada le produce.

El artículo habla de una deuda de capital con intereses; si fueran varias de la misma categoría, podría hacerse la imputación al capital de cada una de ellas, si así lo hubieran convenido; pero el deudor puede indicar la imputación á una sola deuda de manera á pagaria en su totalidad; si no alcanzare, el acreedor puede negarse á hacer la imputación.— Véase LAROMBIÈRE, III, al art. 1254. FREITAS, art. 1094. GOYENA, art. 1105.

(**Art. 777.**) El artículo se refiere al recibo dado por el acreedor. por capital é intereses, y declara que la imputación se hará primero á los intereses hasta pagarlos en su totalidad. ¿Qué sucederá cuando se ha dado el recibo por cuenta de capital solamente? Se cumplirá la voluntad manifestada por el acreedor, á menos de alegar engaño, violencia ó dolo sufrido por el deudor. Ulpiano habia dicho: «en las cosas que son debidas al día presente, es cierto que cuando se paga alguna cosa sin declarar por qué acreencia, ésta parece pagada por la causa más onerosa», (l. 5, tit. 3, lib. 46, Dig.). Este artículo formaba uno solo con el anterior en el proyecto del Dr. Freitas, 1094, siendo éste más claro. Habiendo varias deudas por capital é intereses, y otras por capital solamente, si el recibo indica que es por cuenta del capital, ¿á qué deudas se hará la imputación? Como se trata de investigar cuál fué la intención del deudor, debe decidirse que lo es por el capital de la que lleva intereses, pues es la más onerosa, l. 1, tit. 43, lib. 8, Cód. Rom., l. 10, tit. 14, Part. 5ª.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 776.*—L. 5, tit. 3, lib. 46, Dig.—L. 1, tit. 43, lib. 8, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1254.—Cód.ardo, art. 1344.—Napolitano, 1108.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 777.*—Véase L. 10, tit. 15, Part. 5ª.—L. 1, Código De Solutionibus.—L. 5, tit. 3, lib. 46, Dig.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 777.—Los pagos parci-





regla anterior, desde que no puede obligar al acreedor á imputar al capital, sin pagar los intereses debidos.

Cuando el deudor hubiera entregado diversas cantidades á cuenta de varias deudas, sin manifestar cuál de ellas quiso extinguir, ni expresándose en el recibo del acreedor á que deuda se *hubiere hecho la imputación del pago* (**art. 778**, 1ª parte), se aplicarán los principios siguientes:

1º *Debe imputarse en las de plazo vencido á la más onerosa al deudor, ó porque llevara intereses, ó porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, ó por mediar prenda ó hipoteca ó por otra razón semejante* (**art. 778**, 2ª parte); colocándose el juez para resolver la imputación en el mismo lugar del deudor, interpretando su voluntad.

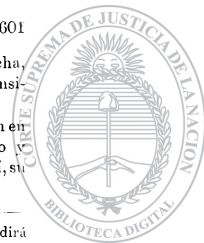
2º *Si las deudas fueran de igual naturaleza, se imputará á todas á prorata* (**art. 778**, 3ª parte).

(**Art. 778.**) Se trata de averiguar cuál ha sido la voluntad del deudor al hacer el pago, cuando no la manifestó; porque el acreedor al dar el recibo imputándola ha hecho uso de un derecho perfecto; pero si nada hubiera expresado en el recibo, entonces la ley busca interpretar la voluntad del deudor y ha establecido estas reglas: 1ª, se hará la imputación á la deuda de plazo vencido que sea líquida; 2ª, si hay varias deudas de plazo vencido, la imputación se hará á la más onerosa, ya sea porque lleve interés, ó porque hubiere una pena constituida para su falta de cumplimiento, etc.; 3ª, si todas fuesen de igual naturaleza, la imputación se hará á prorata. Es una cuestión de hecho que los jueces deben resolver; porque puede existir una deuda hipotecaria menos onerosa que la que lleva intereses, y algunas veces será muy difícil determinar cuál sea la más gravosa. Así, la imputación se hará sobre las deudas no contestadas, y entre éstas las que traen aparejada ejecución, en oposición á las que no la traen; sobre las privilegiadas ó hipotecarias, en oposición á las quirografarias ó sin privilegio; á aquellas que tienen fianza, en oposición de aquellas en que fuera fiador solidario con otros; á aquella que está en ejecución judicial, en oposición á la que no lo estuviere.

Cuando hubiere una deuda con cláusula penal, y otra bajo condición

---

ciales á cuenta de un crédito hacen presumir el pago de los intereses hasta la fecha del último recibo.—Jur. Civ., III, 519, Sér. 1ª.



El acreedor y deudor no pueden alterar la imputación hecha, cuando ese cambio perjudicase á terceros interesados en considerar la deuda como extinguida.

Las imputaciones que podemos llamar legales, sólo rigen en los casos en que el deudor no hubiera usado de su derecho y consultan sus intereses, buscando sorprender, por decirlo así, su intención.

resolutoria como en la venta con pacto de retroventa, el juez decidirá cuál de las dos es más perjudicial.

Cuando ninguna de las acreencias se encontrare vencida, ¿á cuál de ellas debe hacerse la imputación? Se ha juzgado por la Corte de Casación francesa (28 de Junio de 1853) que corresponde al juez determinar, según las circunstancias de la causa, cuál tenía el deudor más interés en pagar; siendo de notar que la sentencia atacada determinaba que era aquella que se vencía más pronto. Por mi parte opino, que si no ha existido error en el pago, si el deudor ha querido ir entregando cantidades á cuenta y el acreedor recibíéndolas, sin expresar uno ú otro la imputación, queda al arbitrio del Juez el determinarla, siguiendo las reglas expuestas. Si en el mismo día vencieron varias deudas, la imputación legal se hará según las reglas anteriores. Cuando todas las deudas fueran de la misma naturaleza, las leyes romanas establecían que la imputación se hiciera á la más antigua. L. 5, tit. 6, lib. 46, Dig.; pero el Código ha rechazado ese sistema, pues, aunque en éste título nada se indique, en la nota del Dr. Velez Sarsfield lo repudia, y porque es de la naturaleza de toda obligación que produce intereses, el no disminuir el capital productivo de una renta, para conservar el que no la produce; lo que justifica plenamente la opinión del codificador rechazando esa teoría que favorecía al acreedor, cuando en la imputación se busca beneficiar al deudor.

Cuando las deudas son de igual naturaleza, con el mismo interés y vencidas, la imputación debe hacerse á prorata, dice el artículo, pareciendo atacar el principio enseñado, de que el pago no debe hacerse por partes. ¿Por qué no dar por canceladas aquéllas que alcanzaran á cubrirse con la cantidad pagada? La razón es porque si son deudas que gozan de intereses y se debieren, éstos deben pagarse antes de imputarlo al capital, respetando así el principio del art. 777; conclusión que se apoya en una decisión de PAPINIANO, l. 8, tit. 31, lib. 46, Dig.

La imputación en materia de cuenta corriente se rige por la legis-

En la imputación legal, los magistrados tienen facultades para alterar las reglas precedentes, cuando de circunstancias especiales resultare que la voluntad del deudor hubiera sido de pagar tal deuda, en vez de tal otra.

## CAPÍTULO VII

### § 240.—DEL PAGO POR ENTREGA DE BIENES

El pago por entrega de bienes es una modificación que de común acuerdo hacen el deudor y acreedor al contrato que ha creado la obligación, y tiene lugar, *cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, ó del hecho que se le debía prestar (art. 779)*; y se llama dación en pago, estando sujeta á las reglas siguientes:

lación comercial, haciendo notar que las diversas deudas, como los pagos, forman en el haber y debe del comerciante y del banquero un todo homogéneo formando una sola deuda; los cheques ú órdenes de pago, como los depósitos, forman un todo en la cuenta.

(**Art. 779.**) Hay pago por entrega de bienes, cuando debiéndose una cantidad de dinero, se entregan otras cosas para extinguir la obligación; es la *datio in solutum* de los romanos. Naturalmente viene al espíritu, que ha existido un cambio en las condiciones de la obligación, pues debiéndose entregar dinero se dió otra cosa; pero como ese cambio es momentáneo generalmente, ó cuando no lo es queda sólo en la mente é intención de las partes, no se puede decir que haya novación;

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 778.*—L. 10, tit. 14, Part. 5ª; LL. 5 y 10, tit. 3, lib. 46, Dig.—Cód. Francés, art. 1276.—Napolitano, 1110.—Sardo, 1346.—Los comentaristas del Cód. Francés, enseñan que en caso de dos deudas de igual naturaleza, el pago debe imputarse á la más antigua.—Marcadé en el n° 726.—Lo mismo Gregorio López, sobre la Ley de Partida citada, y algunas de las Leyes Romanas citadas, y el inciso 1276 del Cód. Francés.—Pero para esto no hay razón alguna, ni se presenta para el deudor motivo de preferencia para hacer el pago de la deuda más antigua. Seguimos, pues, la resolución de la Ley de Partida que no supone preferencia á la deuda más antigua; y que en caso de deudas de igual naturaleza, juzga el pago como hecho á prorrata entre ellas.

*Fallos de la S. C. N.*—Aplicación del art. 778.—La imputación de pago, en defecto de toda manifestación, debe hacerse á la deuda más onerosa.—XXIV, 391.





a) *Si la cosa recibida en pago por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de DERECHOS (art. 780);* porque hay una verdadera cesión en el

porque si se hubiera cambiado la obligación extinguiendo la primera, no habría pago por entrega de bienes, pues al cumplirse la segunda obligación recién se habría llenado en toda su integridad.

Si se hubiera entregado en pago un crédito, habría novación, pues la obligación, aunque extinguida, se puede decir, ha renacido en la segunda. Si lo que se debía entregar eran bienes y se admitiera dinero, se entenderá representado el precio de las cosas debidas, art. 1335. El cambio de prestación debe ser aceptado por el acreedor y sólo en esa condición tiene lugar la dación en pago. El pago por entrega de bienes debe hacerse también, cuando se deben unas cosas y se entregan en sustitución otras, que recibe voluntariamente el acreedor. FREITAS, art. 1115. Véase arts. 1325 y 2180. L. 177, tit. 16, lib. 50, Dig.—Comp. MAYNZ, § 372, nota 13 y las leyes que cita.

El pago por entrega de bienes sólo se puede hacer al mismo acreedor ó á su apoderado con poder especial. El hecho de haber sido autorizado el acreedor para vender la cosa y pagarse con su producido, no prueba que se le haya autorizado para recibirla en pago; así lo enseña FREITAS, art. 1116.

(Art. 780.) Si lo entregado en pago fuere un crédito endosable, se regirá por las leyes comerciales; sino fuera transmisible por endoso, se regirá por lo dispuesto en la cesión, ya sea el crédito en favor del deudor ó de otros que á su vez lo hubieran obtenido por cesión. El artículo exige que el crédito cedido al acreedor sea en favor del deudor, y bastará para el objeto que el deudor tenga derecho para cobrar como suya la cantidad. Si el crédito cedido por el deudor le hubiera sido cedido á su vez gratuitamente por el acreedor originario, se regirá en cuanto á la evicción por los artículos 2145 y siguientes.

Para ceder un crédito y pasar su propiedad es necesario ser capaz, entregar el título del crédito con el instrumento de la cesión, y notificarla al deudor. Freitas, art. 1118, comprende el caso cuando un ter-

---

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación al art. 779.*—Es válida la entrega de un terreno dado en pago, hecha al mandatario de los acreedores, si éste se hallaba autorizado por ellos á otorgar las escrituras y á dar carta de pago por las cantidades que abonara el deudor, máxime cuando los mismos acreedores alegan no haber instado antes por la entrega en la inteligencia de que se hubiese hecho al apoderado.—LVIII, 251.





traspaso de la deuda, á menos que por convenio expreso no la limitara el dueño de la acreencia que hace el pago. La obligación primitiva quedará extinguida, pudiéndose decir que hay novación, porque se ha sustituido una obligación por otra.

b) *Si se determinase el precio por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de COMPRA-VENTA (art. 781);* porque debiendo dinero y entregando una cosa por un precio determinado, la ha vendido en realidad; pero si debiendo entregar una cosa paga el valor de ella en dinero, toma el carácter de comprador.

c) *Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador; pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva (art. 783);* que ha quedado extinguida por el pago; el

cero hiciera el pago de este modo, admitiéndolo el acreedor, y debemos considerarlo igualmente comprendido. La disposición del art. 1435, ordenando se rijá por el título de la compra-venta toda cesión de derechos que importe una dación en pago, se aplica en este caso, ¿Cómo conciliar el art. 780 con el 1435? El art. 780 es de mera referencia, enviándonos al título de la cesión, mientras el art. 1435 de la misma cesión nos dice que tales actos deben regirse por la compra-venta. A pesar de esto no puedo considerar como inútil el título de la cesión de créditos, cuando se trate de una dación en pago, y opino que existiendo en el fondo una cesión, éste título debe aplicarse con preferencia y subsidiariamente el de la compra-venta. El Dr. Segovia participa de esta opinión.

(**Art. 781.**) Cuando debiéndose sumas de dinero se entregase en pago cualquier otra cosa, señalándole un precio, las relaciones entre acreedor y deudor serán juzgadas por la compra-venta, siendo vendedor el que entrega la cosa y comprador el que la recibe. Así, deberá juzgarse por el mismo título, si debiéndose cosas determinadas se le señalara un precio, y se entregaran al acreedor las sumas correspondientes; éste resultaría vendedor y el deudor comprador. Cuando debiéndose cosas se entregasen otras, se regirá por el título de la permuta.—FREITAS, art. 1117.

(**Art. 783.**) Domat dice: «si el pago ó lo que lo reemplaza no hubiese producido efecto, la hipoteca revivirá con la acreencia... pero

nuevo contrato le dará derecho para exigir los daños y perjuicios causados por la privación de la cosa.

Como en la autorización general dada para recibirlo debido

si un acreedor se hubiera contentado con el traspaso de una deuda, á sus riesgos, y hubiera dado recibo, la hipoteca y la acreencia permanecerán extinguidas, aunque el acreedor no sea pagado de la deuda cedida». (Leyes civ., sec. 7, tit. 1, lib. 3.) Sobre este pasaje, Troplong, Martou, Pont y Duranton sostienen que la *datio in solutum* opera una extinción condicional. «La dación en pago tiene un doble objeto, dice Martou (Priv. é Hipoteca, n° 1336), es la extinción de la obligación del deudor y la transmisión al acreedor de la propiedad del objeto entregado, si esta transmisión de la propiedad, que es la condición de la liberación del deudor, es revocada por la evicción, la deuda renace y con ella los accesorios que la garantían.» El Código ha adoptado la teoría contraria; no obstante, en la nota 3198, el Dr. Velez Sarsfield patrocina abiertamente la opinión que él mismo rechazó. Treilhard en su exposición de motivos, da la razón y fundamento de la doctrina consagrada por el artículo, cuando dice: «si el acreedor ha aceptado voluntariamente un inmueble ú otra cosa en pago, la fianza se extingue, aun cuando el acreedor hubiera sido vencido y privado de la cosa que ha recibido. La obligación primitiva se ha extinguido por la aceptación... si el acreedor tiene una acción resultante de la evicción, esta acción es completamente diferente de la primera». Locré, XV, 320, n° 24. No opino como Aubry y Rau, § 292, nota 4, que la dación en pago suponga una novación, porque la dación extingue la obligación sin engendrar otra, á no ser en el caso del art. 780, cuando se entrega un crédito en pago. El que debiendo dinero entrega una cosa que el acreedor recibe, no hace una novación, paga y extingue la obligación, á diferencia del que debiendo dinero ofrece por una nueva obligación otra cosa en pago; ha extinguido la primera, pero queda subsistente la segunda. La dación en pago supone necesariamente una modificación en el modo de solventar la obligación; pero sin crear otra, ni novarla. Cuando el acreedor que recibió una cosa fuera vencido, tendrá la acción del comprador para ser indemnizado, si la dación importara una venta; la del cesionario contra el cedente, si fuere un crédito; pero la obligación extinguida por el pago no renacerá. A esta disposición general responden los arts. 855, 2050, 2114 y 3198, aunque la nota de este último artículo parece conceder el derecho de hacer revivir la hipoteca, cuando hubiere desaparecido la confusión entre el acree-





al acreedor, sólo se comprende el acto de aceptar la cosa ó suma dada en pago, resultará que, *los representantes del acreedor, sean necesarios ó voluntarios, no están autorizados para aceptar pagos por entrega de bienes (art. 782)*; que importan la formación de un nuevo contrato, y no la extinción de la obligación por la entrega de la suma ó cosa debida. Los representantes necesarios sólo pueden hacerlo con autorización judicial, porque el acto importa una compra; los voluntarios podrán realizarlo con poder especial del acreedor.

— — — — —  
 dor hipotecario, que viene á ser propietario de la cosa hipotecada, fundándose en que la hipoteca ha quedado anotada. Cuando examine dicho artículo expondré la verdadera teoría.—FREITAS, art. 1119.

(**Art. 782.**) Quiere decir que el representante necesario debe tener permiso del juez; porque importando la dación en pago una enajenación del deudor al acreedor, ó vice-versa, se necesita facultad para el acto. Tener poder para recibir una cantidad de dinero, no implica la facultad de comprar al mismo deudor una cosa por el precio del crédito ó por parte de él; lo mismo sucede cuando esté encargado de recibir una cosa, y reciba dinero: eso importa una enajenación. En los representantes necesarios se comprende la prohibición, porque no pueden comprar ni vender por sus representados, sino en remate público y previas formalidades determinadas. Se debe aceptar la dación de cosas que fueren para el consumo ó necesidades del incapaz, pues entran en el límite de la administración; como si debiéndole una cantidad de dinero recibiese en pago cantidades de cosas necesarias para el consumo ordinario. Puede aceptar pagos por entrega de bienes, cuando el juez lo hubiere autorizado; por eso el artículo no expresa con exactitud la idea; el Dr. Freitas, es más claro cuando dice: «el representante necesario ó voluntario del acreedor, *aunque tenga poderes especiales para recibir del deudor y darle recibos*, no está autorizado para aceptar pagos por entrega de bienes», limitándose á los casos en que el poder sólo lo autoriza á recibir y dar finiquitos.—FREITAS, art. 1120.

## CAPÍTULO VIII

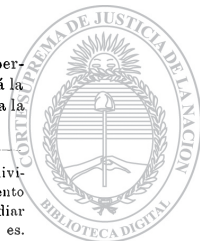
### DE LO DADO EN PAGO DE LO QUE NO SE DEBE

#### § 241. — DEL ERROR DE HECHO Y DEL DE DERECHO

Contra la máxima general de que la ignorancia ó el error de derecho no impide los efectos legales de los actos lícitos, se levanta como una defensa para desvanecer tales actos, el derecho de repetición, que no los ataca sino en sus consecuencias, y la ley autoriza *al que por un error de hecho ó de derecho se creyere deudor y entregase alguna cosa ó cantidad en pago, para repetirla del que la recibió* (art. 784); pero es necesario que el pago se haya hecho por error y no tenga una causa jurídica que pueda legitimarlo; pues, si sabiendo que nada debía, y siendo evidente la intención de hacer una liberalidad, no habrá derecho para repetir lo dado.

(Art. 784.) La ignorancia de las leyes, á nadie excusa (art. 20), así como el error de derecho no impedirá los efectos legales de los actos lícitos (art. 923); pero estos principios generales tienen sus excepciones, como en los casos en que el error de derecho puede ser invocado como causa de nulidad. Así, cuando tratando de extinguir una obligación que por error de derecho se ha creído existente, se paga la cantidad que se creía deber, habrá lugar á repetición. La cuestión era debatida en el derecho romano, pero ni bajo el imperio de la legislación francesa, ni menos de la nuestra, puede caber duda á este respecto. Dos condiciones son necesarias para que haya lugar á la repetición: 1ª, que el pago se haya hecho por error; 2ª, que lo pagado no sea debido: en estas circunstancias se concede la *condictio indebiti*, que no debe confundirse con la *condictio sine causa*, con la *condictio ob turpem vel injustam causam*. El que paga una deuda que sabe no debe, no se encuentra en las condiciones del que paga por error, y por consiguiente, no goza del derecho de repetición por causa de error. El Cód. Francés, arts. 1376 y 1377, divide el error en dos categorías: al que recibe por error ó sabiendo que no le era debido, y al que paga por error creyéndose deudor, sin decir si es por error de hecho ó de derecho; el Código Ar-





El error de hecho tendrá lugar cuando debiendo á una persona se ha pagado á otra, mientras el de derecho se refiere á la misma causa de deber, como si en una deuda mancomunada la pagare por entero, creyendo que la ley lo obligaba así.

gentino, uniendo los dos artículos, formó uno solo, agregando la división del error que no contenía el francés, y suprimiendo el conocimiento del que recibía el pago. De ahí la dificultad que puede nacer al estudiar el pago hecho por el que se dice deudor, sabiendo que no lo es. Toullier (II, n° 60 á 62), sostiene que ese pago debe considerarse como una donación, examinando detalladamente el caso y fundándose en la l. 1, tit. 6, lib. 16, Dig., que dice: «si alguno ha pagado una cosa que no debía en la falsa creencia de deberla, tiene para demandar su devolución, la acción de que hablamos. Pero esta acción no se concede á aquél que ha pagado indebidamente una cosa sabiendo que no la debía»; esta ley unida á las l. l. 50, tit. 6, lib. 12 y 53, tit. 17, lib. 50, Dig., que dicen expresamente: el que paga sabiendo que no debe se presume que dona, hacen que la mayor parte de los autores se decidan por esta opinión, apoyada por Delvincourt, III, 449. Larombière, V, n° 26, al art. 1376. Aubry y Rau, § 442, nota 4. Sin embargo de tan respetables autoridades, me decido por la opinión contraria, fundado en las razones siguientes: 1ª, por el Código la donación debe ser aceptada expresa ó tácitamente (art. 1792), y debe haber la intención de donar, en el que hace el pago, y la de recibir la donación en el donatario; 2ª, la donación no se presume sino en casos determinados (art. 1818), entre los cuales no se encuentra el que examinamos. En el caso propuesto por Colmet de Santerre (V, n° 357 bis, III y IV), del deudor que *sabiendo* que no debe porque ha pagado la deuda, vuelve á pagarla por haber perdido el recibo, la intención de donar no puede suponerse y la devolución debe acordarse, si ha encontrado el recibo perdido, no por la acción de *condictio indebiti*, sino por la de *condictio sine causa*. La regla será modificada, según los casos, dando á los jueces la facultad de examinar y decidir, cuál ha sido la intención del que hizo el pago sabiendo que nada debía, así como las condiciones en que lo recibió.—Comp. MARCADE, V, n° 1, á los arts. 1376 y 1377. LOCRÉ, XIII, 54, n° 15. DURANTON, XIII, n° 84, y FREITAS, 3482.

Respecto del error de derecho, debemos hacer una distinción importante, que se relaciona con las obligaciones naturales. El que por error de derecho hubiera pagado una deuda prescripta, ó una de juego prohibido ó declarada nula, no podrá repetir lo pagado, luego el



Si el error de derecho fuera con relación á la eficacia ó coerción que pudiera ejercerse contra el dendor, como si ignorase que no se puede cobrar en juicio la deuda de juego prohibido, y la pagase, no habría lugar á repetición; porque es un efecto de la obligación natural el retener lo pagado por tales causas; lo mismo sucedería si por error se hubiese pagado una deuda declarada prescripta.

En el pago hecho por error se deben distinguir los casos en que lo recibido fuera de buena fe, creyéndose acreedor del que pagó, de los de mala fe, en que conoce el error y acepta no

error de derecho por sí solo no autoriza la repetición; es necesario para fundarla que sea de naturaleza tal, que no haya podido producir obligación alguna, ó como dicen Aubry y Rau (§ 442, nota 11), que la excepción perentoria fuera tal que su admisión hubiera hecho desaparecer toda causa de pago; porque si la obligación ha podido producir una obligación natural, el error no autorizaría la repetición.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 784.*—LL. 28 y siguientes, Tít. 14. Part. 5, L. 7. Tít. 6. Lib. 12, Dig.—Instit. Tít. 28, Lib. 3, § 6.—Véanse los artículos 1376 y 1377 del Cód. Francés que hablan tanto del acreedor como del deudor. Lo siguen los demás Códigos publicados. En esos Códigos no se distingue si la entrega se ha hecho por un error de hecho ó por un error de derecho, y esto ha originado una grave cuestión entre los juristas franceses. Toullier, tom. XI, n.º 60 y 61, y Zachariæ, tom. III, pág. 183 y 185, fundados en el Derecho Romano, sostienen que el que paga por un error de derecho no tiene repetición, porque tal error no puede alegarse. Pero el principio de equidad, dice Marcadé, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma ó con una cosa que no se le debía, ó que no se la debía el que la entrega. Cuando á él nada se le debe, es indudable que no puede apoyarse en el error ajeno: cuando es verdadero acreedor, y otro, por un error de derecho, le hace el pago, la repetición no le priva de cobrar lo que le deba el verdadero deudor. Un legatario, p. e., que errando en el derecho cree que debe pagar una deuda del testador, y la paga en efecto, no le priva al acreedor, por la repetición que ejerza, cobrar lo que le debe el verdadero deudor.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—Aplicación del art. 784.—Es obligatoria la devolución á la masa común de las sumas recibidas indebidamente por un heredero.—Jur. Civ., IX, 112, Sér. 3.º

No procede la repetición fundada en el pago hecho por error, si resulta que existía la obligación, ya fuese personal ó del antecesor del demandante.—Jur. Civ., XIII, 312, Sér. 4.º

El que por error de hecho verifica un pago indebido, tiene derecho á repetir lo que lo recibió.—Jur. Civ., XIII, 309, Sér. 4.º



obstante el pago. Así, *el que recibió el pago de buena fe, está obligado á restituir igual cantidad que la recibida, ó la cosa que se le entregó con los frutos pendientes; pero no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fe (art. 786);* porque el error padecido ha sido provocado por el deudor al hacer el pago; pero *si ha habido mala fe en el que recibió el pago, debe restituir la cantidad ó la cosa, con los intereses ó los frutos*

(**Art. 786.**) La acción de repetición debe ejercerse contra el que recibió el pago de buena fe, del modo siguiente: 1º, debe restituir el dinero recibido sin intereses; 2º, si fueren cosas deberá devolverlas de la misma calidad y especie que las recibidas; 3º, si fueren cosas productivas de frutos, las restituirá con los pendientes; 4º, el que recibió el pago debe considerarse como poseedor de buena fe, mientras no se pruebe lo contrario; 5º, deja de ser poseedor de buena fe desde que conoció el error cometido; 6º, en cuanto á la pérdida y deterioro de las cosas que debe devolver, se aplicará las disposiciones de los arts. 578 y sigs.

La acción de repetición se ejercerá en los límites marcados para los poseedores de buena fe, haciendo suyos los frutos percibidos.

¿Pero los adquirirá á pesar de no haberlos consumido? El artículo dice: los frutos pendientes pertenecen al que pagó por error; pero no los consumidos, mientras el art. 590 agrega: los frutos percibidos corresponden al poseedor de buena fe, y el art. 2423 repite la misma disposición, así que, siendo poseedor de buena fe el que recibió el pago, no necesita consumirlos para hacerlos suyos. Sin embargo, una razón de equidad en este caso debía autorizar al verdadero dueño de la cosa para cobrarlos, pagando los gastos que se hubieran hecho en la percepción.—L. 15, tit. 6, lib. 12, Dig.

Cuando se trata de un bien raíz, debe restituirlo como se hallare con sus accesorios y acciones, ó deterioros, pudiendo cobrarse las mejoras necesarias ó útiles, así como los gastos, en los términos de los arts. 589, 2427 y sigs. El art. 792 es terminante á este respecto, autorizando la repetición, sea que se hubiere hecho el pago por error, ó de cualquier modo.

Los deterioros ocurridos sin culpa del que recibió la cosa deben ser á cargo del propietario, así como si ha perecido sin culpa, la obligación de restituirla se ha extinguido. Los intereses ó frutos de la cosa sólo se deberán desde la interposición de la demanda, porque como poseedor de buena fe no está constituido en mora, sino desde ese ins-

*que hubiese producido ó podido producir desde el día del pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fe (art. 788), y*

tante. Cuando hubiere recibido algún provecho de los deterioros, debe abonarlos al dueño de la cosa, como si vendió los materiales de la casa demolida ó extrajo ó vendió árboles.

(Art. 788.) La mala fe consiste en el conocimiento del que recibe el pago de que nada le era debido, ó de debérsele una suma menor. Si es una cantidad de dinero lo recibido, la restituirá con sus intereses; si es una cosa, con los frutos producidos ó que haya podido producir hasta el día del pago. En esta parte se hace una excepción al principio general, de que no se deben los intereses de las sumas debidas, sino desde la interpelación judicial. El poseedor de mala fe debe restituir la cosa desde el momento que la recibió, estando constituido en mora, sin necesidad de interpelación. Cuando las cosas recibidas fueran fungibles, la restitución debe hacerse por su equivalente, pagándose los daños y perjuicios sufridos por el dador que por error las entregó. Cuando eran cosas productoras de frutos, no sólo debe los percibidos, sino los que dejó de percibir, á menos que la culpa ó negligencia en no percibirlos hubiera provenido de un hecho que tuvo lugar cuando tenía buena fe.

El artículo comprende las cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, así como las determinadas, ó sean cuerpos ciertos. En cuanto á las primeras, que nunca perecen ni se deterioran, deben devolverse *in natura*, y sólo en el caso de ser imposible, los daños y perjuicios. El Código considera al poseedor de buena fe, y le permite hacer suyos los frutos percibidos.

Cuando se tratase de prestaciones personales que no se pueden restituir, deben aplicarse las siguientes reglas: 1ª, si el que las recibió, tenía buena fe, no debe pagarlas sino en razón del beneficio recibido; 2ª, si fuera de mala fe, las pagará según el valor intrínseco y absoluto

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 786.*—No hacemos concordancia en este y los artículos que siguen, porque nos separamos enteramente, tanto de las resoluciones de nuestras leyes, como de la de los Códigos extranjeros en puntos muy importantes.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 786.*—Declarado nulo el embargo y venta de una finca, su dueño tiene derecho á cobrar al causante los intereses del precio que recibió desde el día del embargo, hasta el de su reintegración en la propiedad y posesión de la misma.—XVII, 241.





como tal se considera en mora desde que recibió el pago; y *si la cosa se ha deteriorado ó destruido, aunque sea por caso fortuito, el que la recibió de mala fe en pago, debe reparar su deterioro ó su valor* (art. 789, 1ª parte); es decir, reparar el deterioro ó pagar su valor.

de los servicios hechos.—Cons. sobre el artículo TOULIER, XI, n° 92 y sigs. AUBRY y RAU, § 442, nota 20. DURANTON, XIII, n° 683 y siguientes.—Comp. arts. 2435 á 2444.

(Art. 789.) Cuando la cosa se ha deteriorado, el verdadero propietario no tendrá derecho á reclamar esos deterioros ó la destrucción, sino cuando el poseedor ha sido de mala fe. El que creyéndose dueño la deja ó descuida, y se deteriora ó perece, no puede ser responsable, pues como dueño no debe cuenta de su conducta á los demás; pero si supo que la cosa no le era debida, ó si habiéndola recibido de buena fe después conoció el error, deberá todas las pérdidas y deterioros, aunque fueran ocasionadas por caso fortuito, á no ser que la pérdida hubiera ocurrido aun estando en poder del dueño: porque como dice Colmet de Santerre, (V, n° 360, *bis*) «el poseedor de mala fe no es un ladrón; el acto que ha cometido no es de los que la ley califica de robo; por consiguiente, no se debe exagerar imponiéndole la responsabilidad de la cosa que hubiese debido perecer igualmente en poder del acreedor.» Aubry y Rau, § 331, nota 6, opinan, que ni aun el ladrón estaría obligado á pagar la cosa; pero no soy de esta opinión y sigo la contraria sostenida por Pothier, *Obl.* 664. Toullier, VII, n° 468. Larombière, XIV al art. 1302 y Colmet de Sante-  
rre, V, n° 257, *bis*. Respecto á la manera de considerar el caso fortuito ó la fuerza mayor, es cuestión de hecho que queda al arbitrio de los magistrados el determinarla, según las circunstancias del caso; sobre todo, cuando se trata de cantidades de cosas ó de cosas no fungibles que han podido transportarse á otro lugar; en cuanto á los bienes raíces, no puede existir la menor duda, en casos de terremotos, inundaciones, etc., en que las cosas se habrían deteriorado ó perecido en poder de cualquiera. La regla es, que el poseedor de mala fe está constituido en mora y debe la cosa desde que la recibió, aunque se deteriore ó se pierda por caso fortuito; se exceptúan los únicos casos de este artículo.—Comp. arts. 585, 892, 972, 1057 y 2435.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 788.*—Conforme la L. 37, Tít. 14, Part 5ª.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 789.*—Un terremoto, p. e., que hubiese des-





*El derecho de repetir lo entregado cesa (art. 785, 1ª parte), en los casos siguientes:*

a) *Cuando el acreedor ha destruido el documento que le servía de título á consecuencia del pago; pero le queda á salvo el derecho al que ha pagado, contra el deudor verdadero (art. 785, 2ª parte).*

(Art. 785.) Domat (Sec. I, tit. 7, lib. 2), dice: «si un acreedor recibe un pago de manos de aquél que pensando ser su deudor no lo era, en realidad, y que pagaba sólo creyendo serlo, ese pago no liberta al verdadero deudor, y obliga al que lo recibe á devolverlo... pero si el acreedor hubiera destruido el título de su acreencia, como en el caso de un documento hecho pedazos, de suerte que su deuda estuviese perdida ó en peligro, el pago en este caso subsistiría», principio que fué consignado en el art. 1377 del Cód. Francés, de donde ha sido tomado por el Cód. Argentino. El pago debe tener, pues, estas condiciones: 1ª, el que lo recibe debe ser verdadero acreedor; 2ª, el que pagó debe hacerlo en su nombre creyéndose verdadero deudor; 3ª, que el acreedor haya suprimido el título de la deuda, ó destruido el documento que le servía de título. Es necesario que el acreedor haya recibido el pago de buena fe; porque si hubiera tenido conciencia del error en que incurria el que lo hacía, no podría invocar en su favor los principios de equidad natural.

Todos los autores están contestes en que la mala fe no debe ser protegida en este caso.

El acreedor debe ser verdadero acreedor, porque si no existiera acreencia, no podría realizarse la hipótesis destruyendo un título que no ha existido. El que pagó la deuda debe hacerlo creyendo que era verdadero deudor, porque si sabía que no lo era, habría realizado el pago válidamente, como en los casos de los arts. 727 á 729, y jamás tendría lugar á repetición. El Código ha traducido la palabra *supprimé* del francés por la de destruir, lo que puede introducir alguna duda en el alcance que debe darse á la disposición. Suprimir el título de una acreencia, es hacerlo desaparecer de cualquier manera, ya sea por destrucción material, ó porque venga á quedar inútil por la prescripción; por ejemplo. Debemos, pues, restablecer el verdadero sentido y alcance de aquella expresión.

truido ó deteriorado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. Este es el gran principio de equidad del Derecho Romano: *Nullam injuriam, aut damnum dare videtur æque perituri citibus.*—Aubry y Rauy, § 321.—Cód. Francés, art. 1302, inc. 1ª.—Cód. Sardo, art. 1301, inciso 1ª.

de donde resulta que debe existir un acreedor verdadero, un tercero que se subroga en los derechos de éste y un deudor por el cual se ha hecho el pago.

b) Cuando la cosa entregada ha perecido ó se ha deteriorado

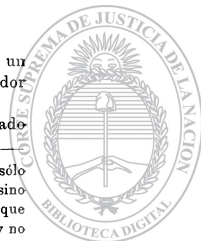
Destruir el documento ó el título de la deuda, comprende no sólo la destrucción material del título que prueba la acreencia, sino cualquier medio que haga imposible ó difícil su cobro. El que habiendo sido pagado de su crédito lo ha dejado prescribir, y no pudiera cobrarlo, aunque no haya destruido materialmente el título, ha quedado legalmente impedido; lo mismo sucedería si se hubieran extinguido las garantías que tenía, como la hipoteca, prenda, etc., y el deudor estuviera insolvente.

La restitución al que ha pagado por error no se concede, sino cuando el acreedor de buena fe que recibió el pago no sufre perjuicio alguno en sus derechos, como lo enseña POTHIER, *Obl.*, n° 256.

No habiendo repetición contra el acreedor de buena fe que recibió el pago, ¿qué acción le corresponde contra el verdadero deudor? El Dr. Velez Sarsfield dice en la nota que es la del *negotiorum gestor*, el Dr. Segovia que es la de *in rem verso*, y el Dr. Llerena que tiene subrogación legal.

No hay gestión de negocios, si creyendo el gestor hacer un negocio suyo hubiere hecho el de otro (art. 2289); luego en la hipótesis no la hay porque el pagador creyó hacer su propio negocio. Sin embargo, Larombière apoya la opinión de la nota. ¿Habrá subrogación legal y podrá el tercero que hizo el pago ejercerla contra el verdadero deudor? Creo que la habría en los casos 1, 3, 4, 5 del art. 768, cuando resultare que el pago por error se hubiera hecho, por ejemplo, á un acreedor que tiene preferencia, ó cuando el deudor fuera obligado solidariamente con el que hizo el pago; en estos casos no habría razón para negarle la subrogación, aunque por error hubiera hecho el pago; pero en el caso del n° 3, cuando un tercero completamente extraño paga la deuda de otro consintiéndolo éste ó ignorándolo, es muy difícil acordarla. He criticado la agregación de *ignorándolo* que desvirtúa la razón de la disposición (art. 768, n° 3), y me refiero á lo dicho allí.

La subrogación debe concederse cuando no se demuestre que el deudor verdadero se opuso al pago de la deuda, lo que excluiría en este caso el error. El Código ha concedido subrogación legal á todo el que paga la deuda de otro; y ha supuesto la voluntad de extinguir la obli-





siendo poseedor de mala fe, debe reparar los deterioros ó pagar su valor, *ó no ser que el deterioro ó pérdida de ella hubiera también de haber sucedido estando en poder del que la entregó* (art. 789, 2ª parte.)

c) Cuando el acreedor que recibió el pago, aunque conservase el título, no pudiera cobrarlo por haberse prescripto durante el tiempo que corrió entre el pago y el conocimiento del error.

d) Cuando el deudor verdadero se encontrase en quiebra ó insolvente, al descubrirse el error, no habiéndolo estado cuando se venció la obligación extinguida por el tercero.

El que pide la repetición de lo pagado debe demostrar. 1º. el pago realizado; 2º. la ausencia de toda obligación natural ó civil que le sirva de causa; 3º. el error de hecho ó de derecho en que ha incurrido; 4º. la capacidad de la persona que ha recibido el pago, ó si fuese incapaz el provecho obtenido.

La ley ha dado tal importancia al pago por error, que contra los principios más fundamentales de la legislación ha concedido la reivindicación, perjudicando la causa de la justicia y de la equidad; así ha dicho: *si el que de buena fe recibió en pago una cosa raíz la hubiese enajenado por título oneroso ó por título lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviere* (art. 787), haciendo precaria é incierta la adquisición

gación, mientras en la hipótesis el que paga obra por cuenta propia, y quiere extinguir su obligación.

Cuando no hay subrogación, debe concederse la acción de *in rem verso*.

Véase el art. 828 y su com.—Comp. arts. 768, 2289, 2306.—Cons. l. l. 19, 44 y 65, tit. 6, lib. 12, Dig.

(Art. 787.) El Código resuelve una de las cuestiones más serias y de mayor transcendencia, introduciendo una perturbación en la adquisición de la propiedad, violando el gran principio de que el enaje-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 787.*—El acreedor que en el caso del artículo recibe el pago, ha podido creer que el que lo hace es un tercero que paga por el verdadero deudor, y ha inutilizado el título del crédito. El error del que le ha hecho el pago no debe perjudicarle. Al que ha hecho el pago, le queda la acción *negotiorum gestorum* contra el verdadero deudor.

---

(Art. 789.) Véase pág. 612.

de los bienes raíces dados en pago, que sólo pueden asegurarse por la prescripción, que si bien es un título, y de los mejores,

nante no puede reclamarla, porque él mismo está obligado á evicción; la, principio llevado al extremo de privarle del derecho de anular la venta, cuando por error hubiera vendido la cosa ajena, art. 1329; principio que reconoce como válida la enajenación á título oneroso hecha en fraude de los acreedores, art. 970, cuando hubo buena fe en el que la adquirió; finalmente, que reconoce válidas las enajenaciones hechas por el poseedor de buena fe de la herencia, cuando fuere heredero en grado sucesible, art. 3430. Todos los Códigos sólo obligan al acreedor putativo á la devolución del precio de la cosa, si la hubiere vendido de buena fe, y niegan la reivindicación cuando la enajenación ha sido á título oneroso. El art. 1380, Cód. Francés y todos los que le siguen, Cód. de Chile, art. 2303, Freitas, art. 3482, n° 7. No hay en apoyo de esta teoría sino las débiles razones de Marcadé, V, n° 3 al art. 1380, y las de Duranton, XIII, n° 683, pues todos los autores están en contra: Códigos y autores que han debido pesar en la opinión del doctor Velez Sarsfield no admitiendo sino principios seguros. Llamamos la atención, porque la transmisión de la propiedad y la seguridad de que goza puede ser atacada por este lado. El caso del artículo es el siguiente: A., creyéndose deudor erróneamente, entrega en pago de su deuda á B. su casa, calle tal, núm. tal, entregándola por ese precio; B. la transmite á C. y por ventas sucesivas, viene á poder de F., cuando el vendedor A. reconoce que ha pagado indebidamente; si la casa no se ha adquirido por la prescripción, puede reivindicarla del último poseedor. Debe tenerse, pues, sumo cuidado en averiguar la verdad de la acreencia, y toda dación en pago será sometida á un exámen prolijo antes de adquirir una propiedad raíz. En este caso la reivindicación ejercida por el mismo enajenante anula la evicción á que estaba obligado.

¿Y cuándo en la venta no se expresara que es una dación en pago? ¿Habrá lugar á la reivindicación del poder de terceros adquirentes? No lo creo, se llevaría á los extremos más odiosos semejante excepción, y serían destruidas las bases sobre que reposa la transmisión de la propiedad; así, aunque se probase la verdad de la dación en pago, la reivindicación contra terceros no tendría lugar. Los argumentos con quea poya el Dr. Velez Sarsfield la doctrina del artículo, considerando al adquirente como mero poseedor de buena fe, cuando es propietario putativo, desde que á la posesión une el título translativo de dominio,



está sujeto á las contingencias de la suspensión y de la interrupción.

Puede pagarse igualmente en virtud de una causa, si existe, pero sujeta á desaparecer, y se entiende haberse pagado bajo condición, pues si la causa desaparece, el pago no tiene causa y puede repetirse.

no tienen fuerza. Eso de que el adquirente «no pueda transferir otros derechos que los propios, y que la enajenación de la cosa hecha por el que no es propietario no hace propietario al que la adquiere», se puede contestar con que el verdadero propietario la ha enajenado en pago de su deuda (que pudo ser cierta ó falsa) que si no ha recibido el precio no tendría acción sino contra el que la recibió; que el adquirente ha tenido verdadero dominio y lo ha podido traspasar á los terceros á quienes la enajenó. Contra del artículo. DEMOULIN, *Dir. et Indiv.* parte 2ª, n° 140. POTHIER, *Obl.* n° 256. TOULLIER, XI, n° 97 y sig. DELVINCOURT, III, pág. 681. AUBRY y RAU, § 442, nota 31, pero COLMET DE SANTERRE, V, n°s 361 y 362 aceptando la teoría la modifica en caso de evicción. El artículo se refiere á las cosas raíces, lo que excluye las muebles; en éstas valiendo la posesión por título no serían reivindicables.—Comp. arts. 599, n° 2, 3430 y 3775.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 787.*—Esta es una grave cuestión entre los juriconsultos. La Ley de Partida 37, Tit. 14, Part. 5ª, y todos los Códigos extranjeros, sólo obligan al acreedor putativo á la devolución del precio de la cosa, si la hubiese vendido. Toullier, tom. XI, n° 97 y 99, fundado en el Derecho Romano le niega al que hizo el pago el derecho de reivindicación; pero Duranton, tom. XIII, n° 683, y Mareadé sobre los arts. 1378 y siguientes, sostienen la afirmativa. Lo estricto de los principios del Derecho Romano hacía no considerar al acreedor putativo como mero poseedor de buena fe, sino como simple deudor de la cosa, cuando en realidad sólo es poseedor de buena fe de la cosa que se le ha dado en pago. Nosotros lo hemos calificado como tal en los artículos anteriores, y decimos que el poseedor de buena fe, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no transmite la propiedad de ella, cuando la enajena, y puede reivindicarla el verdadero propietario. En las herencias, si el heredero aparente enajena las cosas hereditarias, pueden ser éstas reivindicadas por los verdaderos herederos cuando ha sido vencido en juicio, pues no se le considera sino como poseedor de buena fe. No se pueden transferir otros derechos que los propios, y la enajenación hecha por el que no es propietario, no hace propietario al que la adquiere. El que ha recibido en pago una cosa que no se le debía, no ha podido llegar á ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo fué por un error y por una falsa causa.



## § 242.—DEL ERROR ESENCIAL

El pago puede hacerse en virtud de un error esencial, y dar lugar á repetición, y también por un error que no es esencial, y entonces no se puede repetir lo pagado.

Hay error esencial, cuando el deudor hubiera pagado una cosa por otra, ó de alguna manera se hubiera equivocado en el pago viniendo éste á quedar sin fundamento legítimo. Así dice el (art. 790.) *Habrá error esencial con lugar á repetición, aunque el deudor lo sea efectivamente, en los casos siguientes:*

1º *Si la obligación fuese condicional, y el deudor pagase antes del cumplimiento de la condición (art. 790, n° 1);* porque la obligación no existe antes de cumplirse la condición, y el pago no tendría causa.

2º *Si la obligación fuese de dar una cosa cierta, y el deudor pagase al acreedor, entregándole una cosa por otra (art. 790, n° 2);* porque no ha podido extinguir la obligación á menos de

---

(Art. 790, n° 1.) El error es esencial y dará lugar á la repetición, cuando debiéndose condicionalmente, se pagara como si la obligación fuera pura y simple; pero esta clase de error que autoriza la repetición, no tendrá efecto contra terceros de buena fe que adquirieron la propiedad raíz, ni puede acordar la reivindicación en los términos del art. 787, y nos autoriza á pensar así, el mismo art. 787 que se aplica sólo á los que no han sido deudores, y el deudor condicional si bien no lo es hasta que la condición se cumpla, el presunto acreedor puede pedir medidas conservatorias de su derecho, y aun ser admitido á recibir lo que se debe, dando fianza de devolverlo, si la condición no se cumple. Una vez cumplida la condición cesa el derecho de repetición, porque entonces la obligación es definitiva. Debe armonizarse este inciso con el art. 548, donde puede entregarse la cosa, ó pagarse la cantidad antes de cumplirse la condición (no por error), estando autorizado á retenerla hasta que la condición no se cumpla, ó sea cierto que no se cumplirá. —FREITAS, art. 1038, n° 1.

(Art. 790, n° 2.) Cuando debiéndose una cosa cierta se entregase otra por error, el derecho de repetición se concede, siempre que se ofrezca la cosa debida, y el acreedor tendrá derecho para retener la cosa hasta que le sea entregada la otra. Sería curioso que hubiera





un nuevo contrato; ni el acreedor puede retener lo recibido, aunque prefiriese quedarse con la cosa dando finiquito por lo debido, ni el deudor obligarlo á que la retenga, pues el contrato no se altera sino por voluntad de las partes.

3º *Si la obligación fuese de dar una cosa incierta, y sólo determinada por su especie, ó si fuese la obligación alternativa y el deudor pagase en la suposición de estar sujeto á una obligación de dar una cosa cierta, ó entregando al acreedor todas las cosas comprendidas en la alternativa (art. 790, n° 3);* porque en uno y otro caso se ha despojado de un derecho, y puede reclamarlo demostrando el error.

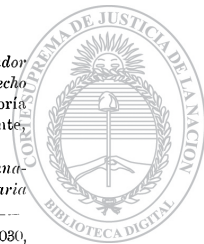
4º *Si la obligación fuese alternativa compitiendo al deudor la elección, y él hiciese el pago en la suposición de corresponder la elección al acreedor (art. 790, n° 4.)*

enajenado á otro esa cosa, y quedándose insolvente por la entrega, perjudicase á su acreedor. Así, el error cometido sobre la cosa que debía entregarse, como si debiendo los dos caballos de mi carruaje, diese éste, me autorizaría á repetirlo. Tratándose de cosas muebles adquiridas por la sola tradición habiendo buena fe, y no siendo las cosas robadas ó perdidas, no se podrían reclamar si hubieran pasado á tercer poseedor; tampoco podrá hacerse en las raíces adquiridas de buena fe.—Véase FREITAS, art. 1030, n° 2.

(Art. 790, n° 3.) Si debe una cosa incierta determinada por su especie, como un caballo, una vaca, y entregara un caballo de raza ó una vaca pura, creyendo que eran esos los que debía entregar, ó si debiendo un caballo ó una vaca alternativamente, entregara los dos, en uno y otro caso, como la elección corresponde al deudor (salvo pacto en contrario), y debe hacerla libremente y con pleno conocimiento, puede rectificar el error en el primer caso, y debe ofrecer el caballo ó la vaca que desea entregar en pago de la obligación, reclamando el entregado; en el segundo, como ha entregado los dos, y tiene la elección, debe reclamar el que quiera, cumpliendo así la obligación.—Véase FREITAS, art. 1030, n° 3.

(Art. 790, n° 4.) Como si me obligué á entregar mi carruaje ó mil pesos, y entregara la cantidad pedida por el acreedor creyendo que á él le corresponde la elección. Todo esto es meramente doctrinario, y si bien tiene su importancia, lo que en realidad facilita y aumenta, son





5° *Si la obligación fuese de hacer ó de no hacer, y el deudor pagase prestando un hecho por otro, ó absteniéndose de un hecho por otro (art. 790, n° 5); porque en uno y otro caso no habría extinguido la obligación que queda exigible, y por consiguiente, el pago no tendría causa.*

6° *Si la obligación fuese divisible ó simplemente mancomunada, y el deudor la pague en su totalidad como si fuese solidaria*

los pleitos á que puede dar origen cualquier pago. Freitas, art. 1030, con esa minuciosidad que ha distinguido su proyecto, y que influyó, sin duda, para que él mismo lo rechazara, ha legislado todos estos casos que él llama error esencial en el pago, y que sólo pueden interesar, como doctrina científica, y tendrá importancia en muy raros casos en que por acontecimientos imprevistos venga un desnivel en el valor de las cosas; pues, en general, las cosas ofrecidas en una alternativa son de valor semejante, cuando se trata de una enajenación.

(Art. 790, n° 5.) Si la obligación consistiera en la prestación de un hecho, como si debiera construir una tapia, é hiciera una casa con consentimiento tácito del acreedor que no se ha opuesto; en este caso no se debe destruir lo hecho, para cumplir en seguida la prestación, se tomará entonces el valor de lo ejecutado, comparándolo con lo que debía ejecutar, y se abonará la diferencia. No sería justo que se le obligara á pagar el total de una prestación debida, y que recibió por error: deben compensarse los valores. Si nada se debía y se ejecutó por error, como no se puede devolver, tendrá acción para cobrar una suma equivalente, no á lo que debía pagarse por la prestación, sino á aquello en que le hubiera sido útil al que la recibió. Cuando se trata de no hacer, en que el deudor se hubiera abstenido de un hecho por otro, siendo de tan difícil apreciación el beneficio recibido por el acreedor, para compensarlo con la abstención debida, creo que en general debe considerarse como no sucedida; como si se hubiera obligado á no levantar una pared en su terreno que quitase las vistas del mío, y en vez de esto dejase de cortar los árboles de su propio terreno, ó si se obligó á no hacer tal cosa, y se privase de hacer tal otra; reconociendo el error recobrará completamente su derecho, y podrá ejecutar en adelante el hecho de que se abstuvo, pero no creo que pueda dar lugar á indemnización ni compensación alguna, salvo algún caso raro en que se probase el beneficio recibido. Esto pertenece más á la doctrina que á la práctica.—FREITAS, art. 1030, n° 5.

(**art. 790**, n° 6); porque no se subroga en los derechos del acreedor según el art. 693, y sólo tiene acción contra el acreedor que recibió el pago, y sobre todo, porque como deudor mancomunado sólo debe la parte proporcional de la deuda.

En todos estos casos hay lugar á repetición, salvo el derecho del deudor para renunciarlo expresamente.

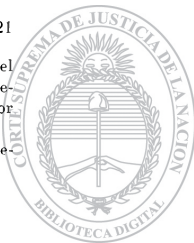
#### § 243.—DEL ERROR QUE NO ES ESENCIAL

El error que se refiere á una modalidad de la obligación, y que no la altera en sus bases fundamentales, no da lugar á repetición; así dice la ley: *no habrá error esencial, ni se puede repetir lo que se hubiese pagado, en los casos siguientes:*

1º *Cuando la obligación fuese á plazo y el deudor pagase antes del vencimiento del plazo* (**art. 791**, n° 1); porque se considera

(**Art. 790**, n° 6.) Si debiendo con otros cuatro la suma de mil pesos, los he pagado en su totalidad creyéndome deudor solidario, tengo derecho á repetir lo que corresponde á mis otros co-obligados, pidiendo la devolución de los 750 entregados por error. Si la obligación era de entregar con A. mil vacas á B., y creyendo la obligación indivisible las hubiera entregado por mi parte, sólo tendré derecho á reclamar las 500 restantes. Aquí el error de derecho no me debe perjudicar como se dijo en el com. art. 784.—Véase lo dicho en la última parte del 675 y su com.—FREITAS, art. 1030, n° 6.

(**Art. 791**, n° 1.) No se autoriza la repetición, cuando el error versare sobre el plazo, sea cierto ó incierto, porque debiendo cumplirse necesariamente, la obligación subsiste desde un principio, á diferencia de cuando es condicional suspensiva que puede ó no existir. Si A. me debe mil que pagará á los diez años, y creyendo vencido el plazo me los pagase antes, no podrá repetirlos; pero si ignorando la existencia del plazo hiciera el pago, podría repetir la cantidad con arreglo al art. 571 y su com. Pagar antes del plazo sabiendo que la deuda tenía plazo, es renunciar á los beneficios que él proporcionaba, pero pagarla creyéndola deber sin plazo alguno, es equivocarse y da lugar á repetición. Es necesario hacer esta distinción para armonizar la disposición final del art. 571 que debía suprimirse, distinción que no se hace en el proyecto del Dr. Freitas, porque no contiene aquella disposición.





haberlo renunciado, cuando fuese establecido en su favor; sin embargo, habría convenido hacer una excepción, si el plazo fuera tan largo que hubiera un verdadero perjuicio en hacerlo antes.

2º *Cuando se hubiere pagado una deuda que ya se hallaba prescripta (art. 791, n° 2);* porque es el efecto de las obligaciones naturales, que carecen de coerción, pero una vez cumplidas se puede retener lo entregado en virtud de ellas.

3º *Cuando se hubiese pagado una deuda cuyo título era nulo ó anulable por falta de forma ó vicio en la forma (art. 791, n° 3);* porque equivale á una confirmación. Si una deuda ha sido declarada nula por sentencia por carecer de formalidades y es pagada después, no se puede repetir lo entregado porque es una obligación natural cumplida.

4º *Cuando se pagase una deuda que no hubiese sido reconocida en juicio por falta de prueba (art. 791, n° 4),* pues es una obligación natural que se cumple.

(**Art. 791, n° 2.**) Cuando por error de derecho se hubiere pagado una deuda prescripta, no se hace distinción entre si fué declarada después de un juicio, ó si sólo hay derecho para hacerla declarar. En el primer caso, siendo una obligación natural cumplida, el acreedor puede retener lo pagado, y en el segundo, con mayor razón desde que la acreencia existe en toda su fuerza y vigor.—FREITAS, art. 1031, n° 3.

(**Atr. 791, n° 3.**) Si pagare un préstamo de mil pesos que no constare por escrito (art. 1193), ó si cumpliera la obligación contraída por la mujer sin consentimiento del marido, ó cuando ejecutase un contrato que pudo ser declarado nulo; en todos estos casos no hay una confirmación de los actos que pudieron anularse, sino el cumplimiento del contrato con pleno conocimiento de causa para hacerlo. Freitas, art. 1031, n° 3. En contra de esta teoría véase Pothier, *Obl.*, n° 143, y sig. Aubry y Rau, § 442, n° 2. Larombière, V, nos 5 á 8, al art. 1376. El artículo se debe limitar al caso en que el título fuera nulo por vicio de forma ó anulable por la misma causa, porque entonces hay obligación natural. Se habla del título y no de la obligación misma, que si fuere nula por cualquier otra causa, daría lugar á la repetición.

(**Art. 791, n° 4.**) Cuando se pagare una deuda que hubiera sido rechazada en juicio por falta de prueba, ó por no haber sido bastante la producida, como si sólo hubiere prueba testimonial, cuando la ley la

5° Cuando se pague una deuda, cuyo pago no tuviere derecho el acreedor á demandar en juicio, según el Código (art. 791, n° 5); disposición demasiado general que comprende todas las obligaciones naturales y que hace inútiles las de los números 2, 3 y 4.

6° Cuando con pleno conocimiento se hubiese pagado la deuda de otro (791, n° 6); porque no hay error, y se subroga al acre-

---

rechazare, ó no hubiere sino un testigo, ó los contrarios fueran más numerosos ó más respetables, ó no pudiera producir prueba; en todos esos casos no hay lugar á repetición.—FREITAS, art. 1031, n° 5.—Véase art. 515, n° 4, y su com.

(Art. 791, n° 5.) Si la deuda fuera de juego prohibido, ó la cantidad fué dada por causa torpe, cuando la torpeza está por parte del que paga, ó cuando se pague una deuda que no se pudiera reclamar civilmente, en todos esos casos no habrá lugar á repetición, porque haciéndose voluntariamente el pago, el que lo recibe tiene derecho para retenerlo. Cuando hubiere una obligación natural, se supone que al cumplirla el deudor satisface su conciencia ó su honor, aunque ignore que no se podía obligarlo. No es necesario tener pleno conocimiento de la causa al hacer el pago, como algunos piensan, porque entonces no habría el error presumido por la ley; basta que el pago se haya hecho voluntariamente, como lo dice el art. 2063, para que no haya lugar á repetición.—Véase art. 516, y su com.

(Art. 791, n° 6.) Este es el inc. 9 del art. 1031, de Freitas, y parece á primera vista que no tiene colocación entre los pagos hechos por error, porque si ha pagado con *pleno conocimiento* la deuda de otro, no se concibe equivocación. O suponemos que la deuda de otro pagada conscientemente es una deuda natural, ó que es una deuda civil, y que la repetición no puede ejercerse en el 2° caso contra el acreedor, sino contra el deudor.

Y en esta parte tiene su explicación el art. 516, dando el verdadero alcance á la expresión, del *pago hecho voluntariamente*, sobre el cual los autores franceses han discutido largamente, diciendo que importaba pleno conocimiento de causa, cuando indica sólo la libertad de acción (como dice Savigny, *Obl.*, n° 9), sin hacer alusión á los motivos del pago, ó al conocimiento que el deudor ha podido adquirir de los hechos. No tiene en realidad por objeto, sino mostrar claramente la





edor en todos sus derechos, si el pago no se hubiera hecho contra la voluntad del deudor; y aun así mismo tendría derecho para repetir aquello en que el pago le fué útil.

#### § 244.—DEL PAGO HECHO SIN CAUSA

Puede confundirse fácilmente el pago hecho sin causa, con el hecho por error esencial, que quita la base sobre que descansa la obligación, dejándola sin causa; pero el Código las distingue, cuando dice: *el pago debe ser considerado hecho sin causa:*

a) *Cuando ha tenido lugar en consideración á una causa futura, á cuya realización se oponía un obstáculo legal* (art. 793, 1ª parte), como si se hubiese pagado el precio de una cosa que

verdadera situación del agente. Se podría, encontrar raro que un demandado absuelto haya pagado satisfaciendo su conciencia.

El que es condenado, paga porque el juez lo obliga, ó por librarse de la coerción; pero siempre contra su voluntad: el que ha sido absuelto no tiene esos motivos, nadie lo obliga y procede por su voluntad.

El artículo parece confirmar esta teoría contra el sentir de la mayoría de los jurisconsultos franceses, que exigen tenga pleno conocimiento de que la deuda es natural, y que no puede serle exigida judicialmente. La tesis que sostengo está confirmada por los arts. 860, 1061, n.ºs 3, 1063. Véase el art. 516. Me inclino á creer que se niega la acción de repetición sólo contra el acreedor, salvando la que tiene contra el deudor: porque si ha pagado la deuda de otro sabiendo que no era propia, la ha extinguido y nada puede reclamar del acreedor que ha sido bien pagado; pero sí contra el deudor, ya sea subrogándose en los derechos del acreedor, ó por la de *in rem verso*, cuando lo hizo contra su voluntad.

El inciso quedaría perfectamente explicado si se le agregase: salvo su acción contra el deudor.

(Art. 793.) Cuando en una obligación condicional suspensiva el obligado se hubiera adelantado á cumplirla (caso del art. 548), y la condición no se cumpliera, la repetición se deduce porque no hay causa para retener lo entregado, y se devolverá lo recibido con los aumentos, pero no con los frutos percibidos. Lo mismo sucederá si la causa futura no debe realizarse, porque se oponga un obstáculo legal, como si se entregara una cantidad por causa de un matrimonio legalmente imposi-



ha sido declarada posteriormente fuera del comercio por una ley especial, en que puede repetirse lo pagado.

b) *Cuando el pago fuese en consideración de una causa existente, pero que hubiese cesado de existir (art. 793, 2ª parte.)*

c) *Es también hecho sin causa, el pago efectuado en virtud de una obligación, cuya causa fuese contraria á las leyes ó al orden público; á no ser que fuese hecho en ejecución de una convención, que debiese procurar á cada una de las partes una rentaja ilícita, en cuyo caso no podrá repetirse (794):* porque la ley no debe

ble. Si la causa del pago hubiera dejadode existir cuando se realizo, la repetición está autorizada ilegalmente, como si se pagara la dote para la celebración de un matrimonio, y la prometida hubiera fallecido antes de realizarse, ó si se hubiera pagado el importe de una cosa que no se pudo devolver al dueño, y que después le fuese entregada. Se debe autorizar la repetición, siempre que faltare la causa que justifica el pago, ó el motivo impulsivo que ha llevado á verificarlo, sin consideración al error cometido, porque así como no hay obligación sin causa, no debe existir legitimidad en el pago, sin que haya un acto que lo justifique, y no hay necesidad de examinar si fué hecho por un sentimiento de honor ó de delicadeza. — Aubry y Rau, § 442 *bis*, nota 4. — Comp. arts. 499 y sig., y 1238.

(Art. 794.) El que conscientemente cumple una obligación contraria á la ley ó al orden público, siendo incapaz de imponer su propia voluntad contra la prohibición de la ley, no puede hacer legítimo el pago.

En cuanto á la prohibición de las leyes, véase los arts. 18 y 21, y su com.

Una obligación contraria á la ley es de ningún efecto, y la ejecución, pagando ó cumpliendo lo prometido no tiene base legal, y puede ser repetido; el orden social está protegido por estas leyes prohibitivas. Los contratos entre tutor y pupilo, autorizan la repetición de lo pagado, salvo la obligación del menor para devolver aquello en que el pago le fué útil.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 793.*—Por ejemplo, una suma dada á título de dote en mira de un matrimonio legalmente imposible, ó que de hecho no se hubiese celebrado; y en el caso de una indemnización pagada por la falta de exhibición de una cosa de la cual el propietario hubiese después recobrado la posesión.

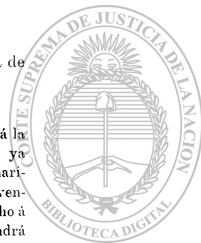
prestar su autoridad, interviniendo ni en favor ni en contra de los que la violan.

Las leyes de orden público fundadas en principios que toman á la sociedad como un ser orgánico, y tienen por objeto el conservarla, ya determinando el orden de las sucesiones, la potestad paterna ó marital, etc.; esas leyes los particulares no pueden alterarlas en sus convenciones; y lo pactado en contra de ellas no tiene valor. El pago hecho á un individuo á quien se ha considerado heredero sin serlo, no tendrá valor respecto de la sucesión, y autorizará la repetición del que lo recibió, por más que la voluntad de las partes le hubiera dado y reconocido ese carácter.—Comp. TOULLIER, XI, núm. 89. LAROMBIÈRE, V, al art. 1376, n° 21. AUBRY y RAU, § 442 *bis*, nota 7.

Cuando la convención debiera procurar á cada una de las partes ventajas ilícitas, como una sociedad para el contrabando, por ejemplo, lo pagado en virtud de esa convención no podrá repetirse; esta es una excepción al principio general que autoriza la repetición, y se funda en que, cuando el individuo viola conscientemente las leyes, no debe ser protegido por ellas; pues sería acordarle la impunidad si se le autorizare á recobrar lo dado por obtener una ventaja ilícita. Apoyan la resolución del artículo LAROMBIÈRE, n° 10, al art. 1133. PAUL PONT, *Petit. Contr.*, I, n° 663. DELVINCOURT, II, p. 462 y 473. TOULLIER, XI, n° 126.

Los que combaten esta conclusión dicen, que no autorizar la repetición es dar verdadero efecto á la convención, en virtud de la que se hizo el pago contrario á la ley; cuando en realidad se conserva lo recibido, no en virtud del contrato, sino en razón de la indignidad que habría en demandar la devolución, alegando su propio delito ó acto ilícito. Nemo auditor turpitudinem suam allegans. Los que autorizan la repetición son DEMOLOMBE, XXVI, n° 382. COLMET DE SANTERRE, V, n° 49 *bis*, y MARCADÉ, al art. 1133.

Cuando una ley nueva viene á declarar ilícito un acto, esa ley debe aplicarse á las convenciones anteriores que lo hubieren estipulado y no podrá ser ejecutado en adelante; el contrato vendría á quedar sin efecto, desde que su cumplimiento se ha hecho imposible, sin culpa por parte de los contratantes. En cuanto al alcance de la expresión, orden público, véase el art. 5, de donde se deduce esta consecuencia importante: que cuando la ley consagra el derecho de la persona como unido ó identificado con una ley de orden público, no hay necesidad de una prohibición expresa; mientras las demás dispo-





§ 245.—DEL PAGO HECHO POR CAUSA CONTRARIA Á LAS BUENAS COSTUMBRES

Las buenas costumbres en una nación, son las que regulan las acciones humanas, tomando por norma los usos y hábitos generales, que se fundan en la honestidad y en los deberes religiosos y sociales, por eso *el pago efectuado sin causa, ó por una causa contraria á las buenas costumbres, como también el que se hubiese obtenido por medios ilícitos, puede ser repetido, haya sido ó no hecho por error (art. 792)*: pues la repetición se autoriza por la causa que ha originado el pago.

*El pago hecho por una causa contraria á las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho ó la omisión en virtud de la cual el pago*

siciones deben ser protegidas por una prohibición.—LAROMBIÈRE, I, n° 15, al art. 1133.

(Art. 792.) El pago hecho sin causa, puede ser porque la causa futura de la obligación no se hubiera realizado, ó porque considerándola existente hubiera dejado de existir. Hay lugar á la *condictio sin causa* cuando desde un principio se ha obligado sin causa, ó si ésta ha tenido su efecto antes de contraerse la obligación, ó no ha tenido lugar dice la ley 1, § 2, tit. 7, lib. 12. Dig., y se distingue de la *condictio indebiti* de que acabamos de hablar, en que esta acción se da sólo cuando el pago se ha hecho por error, mientras el que paga en virtud de una causa futura ó por una existente, pero sujeta á desaparecer, paga condicionalmente para cuando la causa futura exista ó no desaparezca la existente; si la condición no se cumple, el pago no tiene razón de ser y puede ser repetido, porque no hay causa. Cuando la causa es contraria á las buenas costumbres *condictio propter turpem vel injustam causam*, el pago se puede repetir en las condiciones que se dirán en el art. 795. Si el pago se obtuvo por medios ilícitos, ó contra la prohibi-

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 794.*—Por ejemplo, en el caso que una sociedad se formase para operaciones de contrabando, y una de las partes quisiera repetir contra la otra las sumas pagadas en ejecución de la convención á título de beneficios ó pérdidas.

*Faltos de la S. C. N. Aplicación del art. 794.*—Es indebido el pago de un impuesto declarado inconstitucional por fallo de la Suprema Corte.—XXVIII, 219 y 222.





*ha sido efectuado, hubiese sido cumplido (art. 795, 1ª parte), porque la ley debe castigar al que escandaliza á la sociedad en que vive, y proteger al inocente contra la explotación; pero si hay torpeza en ambas partes, la repetición no tiene lugar, aunque el hecho no se hubiese realizado (art. 795, 2ª parte); pues la ley*

ción de la ley, podrá ser repetido. En estos casos el error no tiene papel alguno, porque independiente de él tiene lugar la repetición.— Véase Aubry y Rau, § 442, nota 2.—Comp. arts. 499 á 584, 784, 793 á 795, 2919 y 4080.

(**Ari. 795.**) Se entiende por buenas costumbres las acciones arregladas al sentimiento general del deber, de la honradez y del pudor público; *quod pietatem, crismationem, reverentiam laedit*. Pero es difícil definir lo que se entiende por honestidad, y sólo refiriéndose á una época dada de la sociedad, se puede tener la completa inteligencia de esa expresión; porque las costumbres cambian con el grado de civilización de cada nación, y con los ideales que impulsan á la sociedad en su marcha progresiva ó decadente. A medida que la sociedad adelanta, desaparecen ciertas preocupaciones que formaban parte del deber social, así es que la expresión de buenas costumbres se debe referir á la época en que se ha realizado el contrato. El pago hecho por una causa contraria á las buenas costumbres puede dividirse así: 1º, si sólo hay torpeza por parte del que recibe; 2º, si la hay por parte del que paga; 3º, si la hay en ambos.

En el primer caso, se puede repetir lo pagado, como si se entregado mil pesos para que no matéis á Pedro: «Juliano, consultado en un caso semejante (dice la ley 2, tít. 5, lib. 12, Dig.), ha respondido que se podría repetir lo que se hubiere dado por no cometer una muerte.» En

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 792.*—Este artículo y los siguientes son consecuencias necesarias de los artículos desde el 499 hasta el 501 inclusive.

*Faltos de la S. C. N.—Aplicación del art. 792.*—Declarada la insubsistencia de un contrato bilateral, debe devolverse lo pagado por razón de dicho contrato. En los contratos bilaterales, la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra. El pago hecho sin causa da lugar á la repetición de lo pagado.—LIII, 327.

*Faltos de la C. de Apel. de la Csp. Aplicación del art. 792.*—Para que proceda la repetición por el pago verificado dos veces indebidamente, es necesario justificar que no existían otras causas que las que motivaron uno de los pagos; si resulta que existían otras á las que pudo ser imputado, la repetición debe ser rechazada.—Jur. C., VII, 345, Sér. 3ª.

no debe prestar su autoridad, ni intervenir en proteger á los que contrarían las costumbres que son la base de su socialidad.

§ 246. — DE LOS DOCUMENTOS DE CRÉDITO ENTREGADOS POR ERROR

No sólo se paga entregando la cantidad debida, sino también novando la obligación existente, ó que se creía tal, así es que

el segundo caso, la repetición debe ser negada, pues quien paga para que se cometa un delito ó un acto ilícito, no debe tener derecho para repetirlo; así, cuando A. ha pagado á una mujer para que le conceda sus favores, si ésta se niega, no podrá exigirle la devolución. En el tercer caso, con mayor razón, porque hay torpeza en el que recibe el pago y en el que lo da, como si he pagado á un juez para que me dé una sentencia favorable, ejemplo de la ley 2, § 2, tit. 5, lib. 12, Dig.: pero entonces debe castigarse al juez que recibió el pago, haciendo entregar al Estado lo recibido. De todo esto resulta, que no hay lugar á repetición cuando el pago se ha hecho para cometer un delito ó para abstenerse de cumplir con un deber moral ó una obligación jurídica, como se ha decidido en varios tribunales franceses.— Véase AUBRY y RAU, § 442 *bis*, nota 15. POTHIER, *Obl.* n.ºs 43 á 47. TOULLIER, VI, n.º 126. DURANTON, X, n.º 374. LAROMBIÈRE, I, al art. 1133, n.º 37 y sig.

La repetición de lo pagado sin causa ó por una contraria á la ley ó buenas costumbres, se debe demandar de una manera diferente de cuando fuere hecho por error. Dijimos, que habiendo buena fe por parte del que recibe, la restitución se haría como en el caso del poseedor de buena fe, haciendo suyos los frutos percibidos y no pagando los intereses del dinero sino desde la interpelación, mientras en el pago hecho sin causa ó por una contraria á la ley ó buenas costumbres, el que lo ha recibido debe reputarse poseedor de mala fe, estando obligado á restituir la cosa con sus frutos.—Comp. arts. 959, 1503, 1623 y 4030.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 795.*—Por la primera parte del artículo resulta que el dinero pagado, ó la cosa dada á una persona para que se abstenga de un delito ó de una acción immoral, ó para que cumpla una obligación, puede repetirse. L. 2, §§ 1 y 2, Dig. *De cond. ob. turp. cau.*—La Ley Romana decía *quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest*, L. 1, § 2, Dig. eod. tit. Respecto á la segunda parte del artículo, decía también *ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti diximus*.—L. 3, Dig., eod. tit.

Sobre los cuatro últimos artículos véase Aubry y Rau. § 442, *bis*.—Pothier *De las obligaciones*, n.º 43 á 47.—Toullier, t. VI, n.º 126.—Duranton, t. X, n.º 374.—Merlin, *Quest. verb. Cause des obligations*.





*lo dispuesto en este capítulo es extensivo á las obligaciones putativas, aunque el pago no se haya verificado; y así, el que por error se constituyó acreedor de otro que también por error se constituyó deudor, queda obligado á restituirle el respectivo instrumento de crédito, y á darle liberación por otro instrumento de la misma naturaleza (art. 796).* Si el instrumento fuera privado, bastará con la devolución.

Lo mismo que se ha dicho respecto á la deuda constituida por error, tiene lugar con relación al que por error aceptó una liberación de su acreedor, que también por error se la dió, queda obligado á reconocerlo nuevamente como á su acreedor por la misma deuda, con las mismas garantías y por instrumentos de igual naturaleza (art. 797); pero como se ha extinguido la obliga-

(Art. 796.) Obligación putativa es aquella que se ha constituido por error del acreedor y del deudor, y se reputa válida hasta que no se anulare. Cuando uno por error se constituyó en acreedor de otro, que también por error se constituyó deudor, si la obligación se cumplió, podrá demandar lo pagado, y si no hubo pago, pedirá la devolución del título de crédito; si la entrega no bastase para liberarlo, deberá darle otro instrumento de la misma naturaleza. Si es un instrumento simple, bastará con la devolución; pero si fuera público será necesario declararlo sin valor por otro de la misma clase. Cualquiera obligación que tenga alguna de las causas de error esencial, ó sea ilícita, contraria á las leyes ó al orden público, puede ser reclamada antes que se la demande. Cuando el acreedor se negara á otorgar la escritura, puede hacérsela judicialmente, anulando el instrumento.

El acreedor que por error hubiera recibido parte del crédito y viniera á demandar lo restante, estará obligado á entregar el documento ó dar cancelación de él y á devolver lo recibido. En los casos de demanda y juicio, la sentencia le servirá de carta de pago. — FREITAS, arts. 3472 y 3473.

(Art. 797.) Esta obligación es puramente personal entre el deudor y acreedor y no puede perjudicar á terceros, cuando por causa de la liberación se hubiera constituido otra obligación en el tiempo intermedio. Si la obligación tenía prenda y se ha restituido al deudor, quien la ha dado en seguridad á otro acreedor, no puede reclamarla del poseedor al constituir la nueva obligación. Son obligaciones personales y pueden comprender derechos reales constituidos para seguridad de la



ción, los fiadores han quedado desligados, y no pueden ser obligados á prestar la misma fianza.

*No obstante la liberación dada por error, el verdadero acreedor tendrá derecho á demandar á su deudor en los términos del anterior artículo, si la deuda no estuviere vencida, y servirá de nuevo título de crédito la sentencia que en su favor se pronuncie. Si la deuda estuviere ya vencida podrá demandar su pago (art. 798):* teniendo presente lo dispuesto en los arts. 1191 á

deuda, sin alterar el principio de la reivindicación acordada por el art. 787. La obligación del deudor para constituir la misma deuda con las seguridades y garantías que tenía la extinguida por error, se debe entender mientras pueda realizarlo, sin perjuicio de terceros que hubieran adquirido derechos sobre las cosas. Los gastos para constituir la misma deuda, serán á cargo del acreedor. En el caso de una hipoteca cancelada por error, si en el intermedio se hubiese constituido otra, aquélla no conservaría su rango, porque la hipoteca cancelada (aunque sea por error), ha dejado de ser tal, libertando la propiedad. Si suponemos que el bien raíz reconocía dos hipotecas de las cuales la primera se ha cancelado por error, al volverla á constituirse, ¿cuál sería la colocación del segundo acreedor? La primera se ha extinguido y no renace para el hipotecario que ha quedado en primera línea. Cualquiera hipoteca que se constituyera después, sería posterior por la fecha de la inscripción y no le perjudicaría.—Comp. FREITAS, art. 3478.—Comp. arts. 718 y 3788.

(Art. 798.) Si la deuda no estuviera vencida, la demanda se entablará para hacer declarar nula la cancelación dada por error, y la sentencia la mandará restituir con las mismas seguridades, garantías y privilegios, sirviendo de verdadero título: si tuviere garantía hipotecaria, se mandará inscribir la sentencia en su parte pertinente en el registro de hipotecas. Cuando la deuda se encontrare vencida en vez de demandar el título y las garantías de la extinguida por error, puede pedir el pago demostrando el error cometido. Cuando la acreencia no pudiera ser garantida del mismo modo, como si el fiador se negare á afianzar, el juez no puede obligarlo á prestar la misma fianza, pero sí otra equivalente.—FREITAS, art. 3479.

*Fallos de S. C. N. Aplicación del art. 797.*—Cuando el acreedor, por error, libra de la obligación al deudor, que también por error acepta, éste queda obligado.—XVI. 362.

1193 con relación á la prueba, pues cuando la liberación se hubiera hecho por fraude ó dolo, podrá demostrarse por cualquier género de prueba.

Los gastos hechos para reconstituir el título de la acreencia serán á cargo del acreedor que cometió el error, si hubo buena fe por el deudor.

## CAPÍTULO IX

### § 247.—DEL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

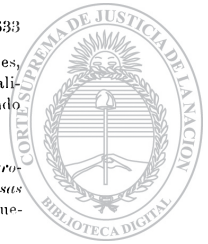
Este título no se encuentra en la generalidad de los Códigos modernos y está destinado á desaparecer como el de las obligaciones naturales, porque convierte los deberes morales en obligaciones civiles, penetrando en el fuero interior del individuo y violentando, se puede decir, la conciencia. La ley debe dejar á cada individuo la responsabilidad que trae consigo una acción que la sociedad castiga con su reprobación.

El capítulo ha sido tomado á la letra del Código Chileno, y no lo considero bien colocado entre los medios de extinguir las obligaciones, como no lo estaría la espera ú otro semejante, que sólo modifica la obligación, sin extinguirla.

*El beneficio de competencia es el que se concede á ciertos deudores, para no obligárseles á pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de derolución cuando mejoren de fortuna (art. 799);* por eso la le-

(**Art. 799.**) El beneficio de competencia que reconocía la legislación romana, y que no fué adoptado por el código francés, ni por el proyecto de Freitas, ha sido tomado del código chileno. Cuando se condena á pagar á alguno según sus facultades (dice la l. 173, tit. 17, lib. 50, Dig.), «no se exige que pague totalmente la deuda, sino aquello que pueda pagar sin incomodarse, á fin de no reducirlo á la indigencia», es lo que se llamaba *benefitium competentis*. Se puede definir así: es un privilegio concedido por la ley á ciertos deudores para no obligarlos á pagar sino lo que puedan, reteniendo lo necesario para su subsistencia. En estos casos los jueces determinarán lo que deben dejar al deudor, según la condición social y las demás circunstancias.





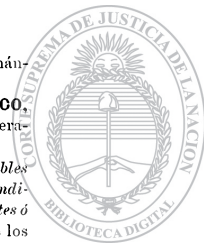
gislación francesa limita el beneficio á casos muy especiales, como el de alimentos, y el Código Chileno prohíbe pedir los alimentos y el beneficio de competencia al mismo tiempo, debiendo elegir entre uno ó otro.

*El acreedor está obligado á conceder este beneficio:*

1° *A sus descendientes ó ascendientes no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación (art. 800, n° 1);* porque repugna á las bue-

No debemos ocultar los peligros de estas facultades arbitrarias, pero están limitados á determinados casos, donde los lazos de la familia ó del reconocimiento han debido influir para considerar al deudor. La modesta subsistencia es el límite de la facultad acordada, y debe estar en relación con el rango de la persona, no permitiéndole nada de lujo; pero sin reducirlo á una vida demasiado sencilla, que se pueda decir miserable para su clase. La deuda que se deja de pagar reconoce los intereses estipulados; lo único que varía es la forma de pago, y el tiempo de la devolución, que debe hacerse cuando mejore de fortuna, ó á medida que vaya adquiriendo bienes. El acreedor tendrá, pues, derecho á investigar judicialmente los bienes ó rentas del deudor, para hacerlo cumplir con la obligación.— Véase Cód. de Chile, art. 799.

(Art. 800, n° 1.) Cuando el acreedor fuera descendiente del deudor, gozará de beneficio de competencia menos en los casos siguientes: 1°, si lo injurió de hecho, poniendo las manos sobre su ascendiente; 2°, si atentó contra la vida de éste; 3°, si lo acusó criminalmente por delito que merezca pena de 5 años de prisión ó trabajos forzados, art. 3747. Si el acreedor fuera ascendiente gozará del beneficio pudiendo ser privado en los casos del n° 2 y 3. Cualquiera otra falta no le hará perder el beneficio acordado, en virtud de las consideraciones sociales que impone un parentesco tan inmediato. Si el descendiente abandonare la casa paterna, ó se casare sin licencia del padre, en que puede ser privado de los alimentos, no por eso perderá el beneficio de competencia. Los padres no lo perderán, si hubieren expuesto ó abandonado á sus hijos, ó fueren privados de la patria potestad por tratarlos cruelmente ó darles malos ejemplos. La razón de esta opinión es que la ley sólo exceptúa las causas de desheredación, y se deben separar todas las demás por graves que fueren. ¿Debe haber sido juzgada la causa, ó puede alegarse como tal, para privar del beneficio de competencia? Bastará su existencia para alegarla contra el que opone el privilegio.



nas costumbres, que un padre deje en la miseria á su hijo tomándole lo más necesario para su subsistencia.

2º *A su cónyuge no estando divorciado por su culpa* (**art. 800, n° 2**); porque si lo estuviere, no tiene derecho á las consideraciones de la ley.

3º *A sus hermanos, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes ó ascendientes* (**art. 800, n° 3**), teniendo en cuenta que entre los hermanos no hay ese respeto y veneración que las costumbres exigen de los hijos para con los padres.

4º *A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad* (**art. 800, n° 4**).

5º *Al donante, pero sólo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida* (**art. 800, n° 5**); pero una vez cumplida,

(**Art. 800, n° 2**.) Goza del beneficio el cónyuge divorciado, si fuere inocente, y con mayor razón si hubiese sido abandonado. El cónyuge abandonado voluntaria y maliciosamente, gozará del beneficio, aunque no haya hecho pronunciar el divorcio. Esta disposición debe armonizarse con la de los arts. 3574 y 3575, pues si los cónyuges dejan de heredarse, cesará el beneficio.

(**Art. 800, n° 3**.) No hay semejanza entre la falta cometida por los descendientes poniendo las manos sobre sus ascendientes, y entre esta misma cometida entre hermanos; pero como éstos no son herederos forzosos, no es extraño que una falta más leve pueda privarles del beneficio. La falta debe haberse cometido siendo los hermanos mayores de edad, porque si el mayor hubiere corregido á su hermano menor, éste no puede alegar más tarde que lo ha injuriado de hecho poniéndole las manos.

(**Art. 800, n° 4**.) La antigua legislación comparaba á los socios con los hermanos, y esta idea inexacta en cuanto al fondo, porque no es el afecto el que los une, sino el interés, sin tener muchas veces vínculo de amistad, se ha incorporado á la legislación moderna, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan de la sociedad.

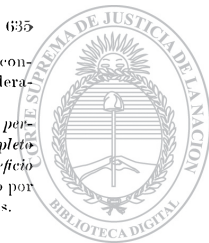
(**Art. 800, n° 5**.) En el caso del donante se justifica perfectamente, porque no habría equidad en reducir á la indigencia á aquel que ha querido beneficiar á otro dándole lo suyo. Como la ley no distin-

no hay derecho al beneficio de competencia, dejando á la conciencia y agradecimiento del donatario el tener las consideraciones á que se hizo acreedor.

6º *Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes, y es perseguido en los que después ha adquirido, para el pago completo de la deuda anterior á la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores á cuyo favor se hizo (art. 800, nº 6), y sólo por esas deudas, pudiendo ejecutarlo por las contraídas después.*

que entre las donaciones remuneratorias, destinadas á compensar servicios que dan acción á reclamarlos y las meras liberalidades, no debemos distinguir; pues si el donatario ha aceptado la donación, ha renunciado al derecho de demandar los servicios que ella compensa.

(Art. 800, nº 6.) Cuando un individuo ha entregado todos sus bienes, y los acreedores aceptan la cesión, están obligados á venderlos. Si realizada la enajenación y pagadas las deudas sobrase algo, deben entregar al deudor el excedente; pero si lo que regularmente sucede, no alcanzare para cubrir sus créditos, conservarán su derecho por lo restante para cuando el deudor mejore de fortuna: en este caso se le concede el beneficio de competencia, si fuere demandado por esas deudas, y no se le hubiera dado carta de pago, como sucede generalmente. Pero esas acreencias están sujetas como todas las demás á la prescripción. ¿Desde cuándo comienza á correr? Sobre esta materia hay una completa obscuridad en nuestra legislación. Una acción prescriptible, ¿basta deducirla en juicio para convertirla en imprescriptible? La pregunta por sí sola importa una duda que hiere la justicia. Sin embargo, nuestra legislación deficiente, no registra disposición alguna aplicable á la prescripción de las acciones deducidas en juicio; pero los tribunales no tienen facultades para suspender la prescripción, ni los individuos pueden crearse un privilegio por la demanda, y por esa razón deben aplicarse á las acciones deducidas en juicio, los mismos principios que rigen para la prescripción ordinaria liberatoria, ó para adquirir los derechos. La demanda judicial interrumpe la prescripción; pero no puede impedir que continúe corriendo, desde el momento que se abandona la acción. La prescripción comenzará á correr desde la última diligencia judicial; cada presentación equivaldrá á una interrupción. Las acciones judiciales no suspenden la prescripción, la interrumpen; pero como la interrupción inutiliza la prescripción corriendo, volverá á comenzar nuevamente desde el abandono de la acción.







El beneficio de competencia, que es una espera indeterminada, sólo se concede cuando se hubiere alegado en juicio, y responde á una avanzada civilización que impone el respeto á los vínculos de familia ó á las relaciones contraídas en una sociedad de intereses, aboliendo esa crueldad inútil de las antiguas sociedades, que permitían reducir á la esclavitud al deudor desgraciado, ó el de mantenerlo en prisión, como en las modernas; pero que es inútil entre nosotros donde la prisión por deudas está abolida. No la consideramos justificada según nuestro modo de ser, y ha debido dejarse á la piedad un deber que pierde de su fuerza, cuando es impuesto por la ley.

La acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes; pero una vez demandada en juicio se prescribirá por diez de abandonado el juicio. En los concursos sea por cesión de bienes ó declaración de quiebra, los acreedores que no se hubiesen presentado, habrán perdido sus derechos con arreglo á las leyes generales de la prescripción de las acciones en particular. Un ejemplo dará una idea clara de esta opinión: un abogado es acreedor por honorarios en un juicio terminado; no se presenta al concurso dos años después de iniciado y de la citación por edictos: su crédito se encuentra prescripto y no tiene derecho para cobrarlo.

La prescripción de las acreencias del concursado, comienza á correr desde la terminación del concurso, y si no la han interrumpido se prescribirán por 10 y 20 años, como las demás.

Si se ha demandado la reivindicación de un inmueble, por el acto de la demanda se ha interrumpido la prescripción; pero ésta comienza á correr desde la última diligencia judicial, y pasados diez años se ha prescripto la propiedad adquirida con buena fe y justo título.

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 799 y 800.—Cód. de Chile. arts. 1625 y 1626.—L. 1, Tit. 15, Part. 5ª.—L. 173, Dig. De divers. reg. juris.*

## TÍTULO XVII

### DE LA NOVACIÓN

#### § 248.— CARACTERES DE LA NOVACIÓN

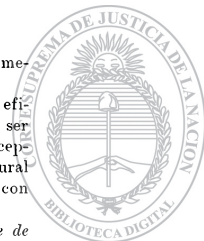
La novación como medio de extinguir las obligaciones tiene caracteres muy marcados, aunque ofrece puntos de contacto con la cesión, y algunas veces se la puede confundir.

La novación puede ser *objetiva*, cuando se refiere al objeto mismo ó á la prestación que se cambia, y *subjetiva* cuando se cambia la persona del acreedor ó del deudor, siendo la misma prestación.

El carácter dominante de la novación, es que para su existencia necesita de dos obligaciones civilmente eficaces, de las cuales una se extingue ó desaparece, siendo sustituida por la segunda; así es que se define diciendo: *la novación es la transformación de una obligación en otra* (**art. 801**), y en eso se dis-

(**Art. 801.**) Merlin en un estudio histórico muy interesante, demuestra cómo la novación vino á penetrar en el espíritu de la legislación romana, salvando las dificultades que se le oponían en una legislación esencialmente formulista. La *acceptilación Aquiliana* fué una forma encontrada por el jurisconsulto Aquilio Gallo. Entre los romanos se conocía una novación *necesaria* ó más bien dicho *judicial*, que tenía lugar en los juicios, sea por la contestación de la demanda interpuesta, sea por el juicio mismo, que mediante la sentencia modificaba la obligación. La legislación moderna ha aceptado solamente la novación voluntaria que define la l. 1, tit. 2, lib. 46, Dig. diciendo: «la novación es la transfusión ó la traslación de una deuda en otra obligación sea civil ó natural; es decir, cuando de una causa precedente se ha establecido una nueva, de tal manera que la primera ha quedado extinguida.» La novación supone la voluntad, y por consiguiente, la capacidad de las partes para modificar sus derechos; supone igualmente, un contrato preexistente del cual la novación es su resultado tangible. La novación es, pues, convencional, y tiene lugar cuando una obligación se transforma en otra que la sustituye, lo que ha hecho sostener á algunos jurisconsultos, que no hacían sino cambiar la obligación en vez de destruirla. La novación puede operarse por el





tingue de la cesión y de la subrogación, que sólo existen mediante la primera obligación que permanece inalterable.

En la novación ambas obligaciones deben ser civilmente eficaces y válidas, porque una obligación natural no puede ser novada pues, no existe para el derecho, y sólo sirve de excepción para retener lo pagado. En general, la obligación natural puede servir de causa legítima para formar una obligación, con excepción de las deudas de juego prohibido.

*La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, ó se hallaba ya extinguida el día que la posterior fué contrada, no habrá novación (art. 802), y lo mismo no la habrá cuando la segunda fuera nula, porque debe existir siempre una obligación.*

cambio de la obligación permaneciendo el mismo acreedor y el mismo deudor, ó por el cambio del deudor ó por el del acreedor. Del primer caso hablaremos en el artículo siguiente. Cuando el deudor ha ofrecido al acreedor y éste aceptado que otro tome sobre sí la deuda, el acto se llama delegación: *delegare es vice sua alium reum dare creditori, rei cui jussuerit*, dice la l. 11, tit. 2, lib. 46, Dig.

Cuando se cambia el acreedor, pueden ocurrir dos casos: 1º, que dé por extinguida mi obligación, con tal que paguéis la misma cantidad á Pedro; 2º, que la dé por extinguida si entregáis á Pedro tal cosa por tal otra.

Cuando sólo hay cambio de acreedor toma el nombre de *cesión*, pues para que haya novación es necesario una nueva obligación.—Cons. LAROMBIÈRE, III, al art. 1271. TOULLIER, VII, nº 273 y sig. POTHIER, *Obl.*, nº 549 y sig. y 597.

Freitas al art. 1122 dice: son aplicables á la novación las reglas sobre la sección tercera (contratos en general), sobre la capacidad para contratar, objeto, modo, forma y prueba de los contratos.»

(Art. 802.) Aquí se presenta una de las cuestiones más graves de la jurisprudencia, á saber: la novación de una obligación conociendo

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 801*—Marcadé, nº 747.—La Ley Romana define la novación: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem trans usio atque translatio*, L. 1, Tit. 2, Lib. 46, Dig. Lo mismo la L. 15, Tit. 14, Part. 5ª, que reconoce dos casos de novación: 1º, cambio de la obligación; 2º, cambio del deudor.—El Cód. Francés, por los arts. 1271 y 1273, reconoce tres casos: 1º, una nueva deuda; 2º, un nuevo acreedor; 3º, un nuevo deudor.—Lo siguen el Cód. Sardo, arts. 1363 y 1365.—Holandés, 1449 y 1451.—Napolitano, 1225 y 1327.

Cuando la obligación se fundara en otra que hubiera sido declarada judicialmente extinguida, la nueva será válida, no

los defectos que la anulaban, ¿importa una confirmación como lo creyeron Aubry y Rau, § 324, nota 15 y lo consignó Freitas en el art. 1137?

¿La nueva obligación correrá la suerte de la primera, que era anulable? La negativa no ofrece duda, en las novaciones que se operan por el cambio del deudor ó del acreedor, que constituyen nuevas obligaciones, extinguiendo la primera. Por ejemplo: debo á B. mil pesos y acepto que A. le pague por mí tomando sobre sí la deuda: si la obligación mía con B. se anulara, en nada afectaría las relaciones de derecho entre A. y B.; mi acción se dirigiría contra B. Lo mismo sucedería si la novación se operase por el cambio de un nuevo acreedor en el caso del art. 817. Si los mil pesos debidos por mí á B. proviniesen de juego prohibido, y acepté en pagarlos á C. que los había prestado á B., éste nada tiene que ver con el origen de la obligación, porque la causa de la suya es legítima. Pero cuando el mismo acreedor y deudor transforman la obligación extinguiendo la primitiva, la cuestión toma un gran interés. Yo puedo reconocer la obligación anulable renunciando en la nueva á las excepciones, y si la obligación era susceptible de confirmación, nadie puede oponerse á que la confirme: pero las deudas de juego prohibido no son confirmables. ¿La novación importa por sí sólo una confirmación? Una mujer casada, p. e., ha prometido, sin consentimiento de su marido, pagar mil pesos: vencido el plazo el marido ha firmado una nueva obligación por la cantidad, entregando el documento de la primer obligación; no hay confirmación, pues no es la misma obligación, porque la primera ha quedado extinguida, y finalmente, porque la confirmación debe contener la sustancia del acto que se quiere confirmar, el vicio de que adolecía y la manifestación de confirmarlo, art. 1061; elementos que no se encuentran en la novación; pero en el fondo hay una confirmación, desde que viene á ser la misma obligación sin los vicios que la anulaban, y como dicen Aubry y Rau (§ 324, nota 15), «desde el momento que la novación se ha consentido conociendo el vicio que anulaba la primera obligación, ésta se encuentra confirmada por el hecho mismo de novarla», principio que Freitas aceptó en su art. 1137, limitándola á los actos anulables por nulidad relativa; pero esto no es aceptable en nuestro derecho. Las obligaciones naturales pueden servir de base á una obligación exigible, y sólo se exceptúa la deuda de juego prohibido, que expresamente la ley ha impedido transformar en obligación civil. Este es el alcance que dimos al art. 516. La obligación natural



como novación, sino como otra obligación que tiene una causa lícita de deber.

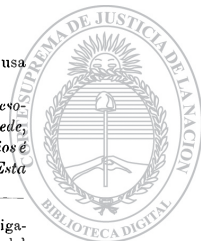
*La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan á la nueva. Esta*

no puede ser objeto de una novación, pero sirve de causa á una obligación civil, como sucede en la anulada por incapacidad relativa del agente, ó la declarada prescripta por la sentencia; no obstante, pueden ser novadas antes de la nulidad, con la excepción de las prohibidas por las leyes. Una obligación declarada prescripta por sentencia puede convertirse en civil, si la reconozco como tal.

El menor de edad cuya obligación fue anulada por su incapacidad relativa, puede reconocerla siendo mayor, y servirá de base á una nueva obligación. Pero no habrá novación sino otro contrato. El artículo dice: «no habrá novación cuando la obligación anterior fuera nula ó se hallase extinguida el día que la posterior fué contraída», indicando así que no pueden novarse las obligaciones nulas y las extinguidas, pues en uno y otro caso falta la obligación anterior. Freitas en el art. 1137 dice: «pero si el acto jurídico de la obligación anterior fuere nulo por nulidad relativa, ó fuere anulable, la novación subsanará la nulidad, valiendo como confirmación»; doctrina contraria á la del artículo que estudiamos.

Las leyes romanas y la jurisprudencia francesa consagran los principios expuestos, y no hay razón para separarse de tan grandes y poderosas autoridades. Pothier, *Obl.*, n° 550 y siguiente, enseña esta doctrina, que han confirmado. LAROMBIÈRE, III, al art. 1271, n° 10. COLMET DE SANTERRE, V, n° 219 bis, 5. DURANTON, XXI, n° 294. TOULLIER, VI, n° 390. MASSÉ y VERGER sobre Zacharie, § 566, nota, 5.

La novación supone una obligación anterior que le sirve de causa, y si ésta se encontraba extinguida cuando se contrajo la nueva obligación, no habrá novación, ó si fuere nula por nulidad absoluta, como en la obligación contraída por un menor impúber, ó contra la prohibición de la ley. Cuando la cosa objeto de la obligación hubiera perecido en el momento de hacerse la novación, debemos distinguir: si pereció sin culpa del obligado, la obligación se extingue, y la novación no podrá operarse; pero si hubo culpa, la novación posterior será válida,



*reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha (art. 803); pero el acreedor no puede reservarse el de-*

porque los daños y perjuicios debidos constituyen la causa de la segunda obligación.—Comp. DURANTON, XII, n° 275. LAROMBIÈRE, III, n° 5, al art. 1271.

(Art. 803.) El principal objeto de la novación es el de extinguir la obligación que viene á reemplazar; por consiguiente, la antigua desaparece con todos sus accesorios. Las obligaciones accesorias que garanten la obligación se extinguen igualmente, excepto en los casos de los arts. 1994 y 3122, cuando la obligación se anula por incapacidad relativa del deudor, en que la fianza y la hipoteca quedan subsistentes. Cuando la acreencia novada tuviera privilegios ó hipotecas pueden conservarse, si al hacer la novación el acreedor se los hubiere reservado expresamente; en esta reserva no es necesario que el deudor intervenga, cuando la novación fuera hecha por el cambio de acreedor. Aubry y Rau, (§ 324, nota 54), dice con mayor claridad que nuestro artículo: «cuando la hipoteca ha sido dada por el deudor, ésta sólo puede reservarse para la garantía de la nueva obligación, sin que haya necesidad de su consentimiento, aunque la novación se opere por el cambio de deudor»; participan de esta opinión: TOULLIER, XII, n° 312. DURANTON, XII, 312. ZACHARIE, 566. LAROMBIÈRE, III, al art. 1279, mientras que la combaten: POTHIER, *Obl.*, n° 599. DELVINCOURT, II, pág. 570 y MARCADE, al art. 1279, n° 3.

El Código ha consagrado la primera opinión. Aubry y Rau, § 324, nota 49, dicen: «en caso de novación por delegación (lo que sólo aceptamos con las restricciones hechas en el art. 802), la insolvencia del delegado deja subsistente la novación con todos sus efectos. Ella no da lugar á un recurso de garantía contra el antiguo deudor, á menos que el acreedor no haya hecho reserva expresa sobre todo, ó que sin saberlo el delegado hubiera estado insolvente ó quebrado.»—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 406. DURANTON, XII, n° 325.

*Nota del Dr. Velez Sarafiel al art. 802.*—LL. 129 y 178, Dig. *De Regulis juris*.—Instit. Lib. 3, Tit. 30, § 3. La resolución del artículo no impide que una obligación natural pueda por medio de la novación ser convertida en una obligación civil.—L. 1, § 1, Dig. *De nov.*—Pothier, *Obl.*, n° 589.—Duranton, X, n° 330. Tampoco se opone que una obligación anulable, susceptible de confirmación, pueda de la misma manera ser transformada en una obligación válida. Aubry y Rau, § 324, n° 1.



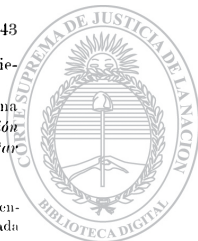
*recho de prenda ó hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados ó empeñados pertenecieren á terceros que no hu-*

Cuando la novación tuviera lugar entre acreedor y deudor, la reserva debe ser expresa y consentida por el deudor para que no se extingan las garantías. Resulta de lo expuesto, que la novación produce todos sus efectos, aunque la nueva obligación no tenga una ejecución efectiva, pues ha sustituido á la antigua: *Obligatio semel extincta non reviviscit*. ¿Qué sucederá si la nueva obligación se anula por la incapacidad relativa del obligado? La anterior obligación no se consideraría extinguida, dicen unos, á menos de resultar expresamente que el acreedor ha entendido contentarse con la obligación del incapaz, conociendo el vicio que llavaba la nueva obligación. De esta opinión son AUBRY y RAU, § 324, nota 23. COLMET DE SANTERRE, V, n° 219 bis, VI, y MARCADE, al art. 2272, nos 2 y 3.

La obligación primitiva se considerará extinguida, dicen otros, porque la nulidad relativa del segundo deudor sólo es un defecto personal, y el acreedor ha debido tenerla en cuenta, imputándose á su propia imprudencia el haber permitido la extinción de la antigua obligación: son de esta opinión: LAROMBIÈRE, III, n° 2, al art. 1271. TOULLIER, VII, n° 298. DURANTON, XII, n° 282, y DELVINCOURT, II, pág. 565 y 566, y me inclino á aceptarla como más conforme á los principios del derecho. No hay exactitud en afirmar, como lo hacen Aubry y Rau, que el acreedor al hacer la novación lo ha hecho bajo la condición de que la nueva obligación sea jurídicamente eficaz: la verdad es que ha consentido en extinguir la antigua, tomando una nueva de otro deudor sin condición alguna, sabiendo que libertaba por completo á su antiguo deudor, ha preferido cambiarlo por uno nuevo, ya porque le ofrecía mayores garantías ó por cualquier otra causa; y la observación toma mayor importancia, si se admite que la insolvencia del nuevo deudor no hace revivir la antigua obligación. El principio sería cierto, cuando la nueva obligación hubiera sido contraída por el mismo deudor ó por su sucesor: porque haciendo anular la nueva obligación se enriquecería en daño del acreedor, y el incapaz estaría siempre obligado por aquello en que fué beneficiado, por la liberación que ha sido la consecuencia. En caso de incapacidad absoluta del nuevo deudor, como no ha podido existir novación, la obligación anterior no se ha extinguido. Si la incapacidad proviene del acreedor, como éste puede hacer anular el contrato, se repnta que no ha existido novación.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 803.*—Aubry y Rau, § 324, n° 5. L. 15,





biesen tenido parte en la novación (art. 804), si éstos no hubiesen consentido expresamente.

En cuanto á la capacidad para hacer novación, como es una manera de extinguir las obligaciones, *sólo pueden hacer novación los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar* (art. 805).

(Art. 804.) Cuando terceras personas hubieren constituido prenda, hipoteca ó fianzas, garantiendo la obligación, si ésta fuera novada sin su consentimiento ó aceptación, aunque el acreedor se hubiera reservado expresamente las garantías de la primera, quedarían extinguidas, no sólo porque la primera obligación garantida ha desaparecido, sino porque no puede hacerse alteración alguna sin su consentimiento. En una obligación en que han intervenido terceros, garantiéndola, deben tener participación en cualquiera modificación fundamental que se opere; á diferencia de cuando el mismo deudor hubiere dado esas garantías, y un tercero novare la obligación reservándose aquellas, en que no necesita del consentimiento del deudor. El artículo es tomado del 1125 de Freitas.

(Art. 805.) La novación es un contrato sujeto como los demás á las mismas reglas del derecho común, relativo á las condiciones de capacidad, consentimiento, etc. En general, quien puede pagar puede novar, con excepción del que teniendo poder para recibir el pago y dar recibos no puede novar. Los representantes necesarios ó voluntarios, no pueden hacer novaciones sin autorizaciones especiales. La l. 10, tit. 2, lib. 46, Dig., dice: *cui recte solvitur is etiam novare potest*, que el Código Argentino ha fijado bajo la regla: puede novar quien puede pagar. La novación importa una renuncia á la antigua obligación, necesitando, por consiguiente, capacidad para hacerla. Cuando la novación se opera por el acreedor que transfiere gratuitamente su crédito á otro, es necesario que el uno sea capaz de hacer la liberalidad y el otro de aceptarla.

Tít. 14, Part. 5.<sup>a</sup>—LL., 18 y 30. Tít. 2, Lib. 46, Dig.—Cód. Francés, arts. 1278 y 1281.—Sardo, 1370.—Napolitano, 1232.—Holandés, 1457.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 803.—La cancelación de una hipoteca, importa la del préstamo con que estaba garantida, y en consecuencia la nueva hipoteca importa una novación.—Jur. Civ., X, 344, Sér. 3.<sup>a</sup>

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 803.—L. 17, Tít. 14, Part. 5.<sup>a</sup>.—Cód. Francés, arts. 1272.—Sardo 1364.





Los que tienen la administración de bienes ajenos, pueden hacer novaciones respecto de las cosas que pueden disponer libremente; pero *el representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación, si no tuviere poderes especiales (art. 806)* para el acto de que se trata, sin que haya necesidad de indicar la obligación que debe ser novada; así, bastará un poder general que contenga la especialidad de hacer novaciones.

#### § 249.—DE LA NOVACIÓN OBJETIVA Y SUS EFECTOS

Cuando se cambia el objeto de la prestación, como si debiendo mil pesos me obligo á entregar tal carruaje, extinguiendo la primera obligación y reemplazándola por la nueva, hay

(**Art. 806.**) El representante puede ser necesario ó voluntario, el artículo no distingue. El tutor ó curador no pueden hacer novación en las obligaciones de sus pupilos ó curados sin expresa autorización del juez; pero como el objeto de la prohibición es impedir que el menor sea perjudicado con el cambio de deudor, ó la modificación de la obligación, no sería discutible la validez de la novación, cuando se ha tomado nuevas garantías, como fianzas ó hipotecas que no hubiera tenido la primitiva. Me inclino á aceptar su validez, y el juez debe confirmarla, quitándole el vicio. El tutor tiene facultad para recibir pagos de lo debido al menor, dar finiquitos y extinguir obligaciones, y como la novación es un modo de extinción, se podría sostener la facultad de novar; pero la novación no es un pago en la verdadera acepción jurídica. Cuando se trata del representante voluntario, se necesita poder especial para hacerla (art. 1881, n° 1); pero la facultad puede comprenderse en un poder general expresando dicha cláusula, sin que haya necesidad de darla en cada caso especial. El poder para recibir pagos y dar recibos no sería bastante para hacer novaciones, porque si es una manera de extinguir la obligación, la novación no es un pago, como se ha dicho.

— Comp. MERLIN, Rep. V°. *Novación*, 4. TOULLIER, VII, n° 293. LAROMBIÈRE, III, al art. 1272, n° 4.

*Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 806.*—Los miembros de un sindicato no constituido, ni inscrito como sociedad anónima son personalmente y solidariamente responsables para con los terceros de los contratos ú obligaciones que á nombre del sindicato lleven á efecto mandatarios debidamente autorizados, siempre que conste de un modo fehaciente la ratificación del mandato.—Jur. Civ., V, 207, Sér. 4°.



verdadera novación. Sobre esto no hay dificultad; pues aunque la cosa ofrecida por la segunda obligación perezca sin culpa del dendor, la antigua obligación no renacerá; pero *cuando una obligación pura se convierte en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega á faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera (art. 807)*: porque se su-

(**Art. 807.**) Para que haya novación es necesario que existan dos obligaciones y la primera quede extinguida por la segunda. Si la obligación primitiva era pura y simple, quedará extinguida si la segunda que la reemplaza es también pura; pero si es condicional es necesario distinguir: cuando la condición afirmativa es suspensiva y llega á cumplirse, la obligación subsiste, y reemplaza á la primitiva; si no se cumple la obligación no existe, y la novación no puede tener lugar, pues no hay obligación que la reemplace. Si la condición suspensiva es negativa, y el hecho no se realiza en el tiempo convenido, ó es cierto que se realizará, la obligación tiene efecto, y por consiguiente la novación, en caso contrario, no existirá. Cuando la condición es resolutoria puede estar sujeta la resolución del derecho á la realización de un hecho incierto y futuro; si el hecho se realiza no existe obligación, y por consiguiente, no puede haber novación: si está sujeta á un hecho negativo y el hecho no se realiza, ó es cierto que no se realizará, la obligación tendrá efecto, y por consiguiente, la novación, en caso contrario, no la habrá.

No se distingue generalmente el hecho positivo del negativo á que puede estar sujeta la adquisición ó resolución de un derecho: de ahí es que muchas veces haya defecto en la manera de expresarse, ó por lo menos sea necesario una explicación; así, cuando Aubry y Rau, § 324, nota 17, dicen: «si la nueva obligación está sometida á una condición suspensiva ó resolutoria, la novación no producirá efecto definitivamente, sino cuando la condición suspensiva llegue á cumplirse ó la resolutoria á faltar», se refiere, no á los hechos que pueden ser positivos ó negativos, sino á las condiciones que se cumplen, realizándose ó no los hechos que le sirven de base. Te daré cien si dentro de un mes no viene el vapor tal; pasa el mes sin llegar, ó naufraga antes del mes, y la obligación viene á ser perfecta por la *no realización* del hecho. Te vendo mi casa y te la entrego; pero la venta quedará sin efecto si dentro de seis meses llega el vapor tal y el vapor llega realizándose el hecho, y la obligación no tiene efecto por *haberse realizado* el caso previsto. Para resolver si la novación se opera en la segunda obliga-



pone que las partes no han tenido intención de extinguirla sino bajo esa condición, y porque es de la naturaleza de este contrato la existencia de dos obligaciones válidas. No obstante, las partes pueden hacer contratos aleatorios, extinguiendo la primera obligación; pero ese contrato no importará una novación.

Siendo condición esencial de la novación la existencia de dos obligaciones, *tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera (art. 808)*; porque no habiendo existido, la segunda no tendrá una causa legítima que le sirva de fundamento.

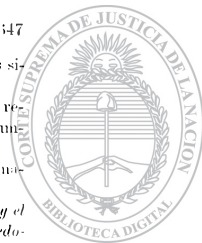
ción, no hay sino atenderse á la existencia ó no existencia de la segunda; si ésta no existe, la primera renace.

Nadie puede impedir que una persona capaz cambie una obligación pura y simple en otra condicional, manifestando expresamente que queda extinguida la primera; en ese caso la nueva obligación es independiente de la otra, y debe ser ejecutada, como dice Larombière, III, n° 7, al art. 1271: «si la condición suspensiva no se cumple ó la resolutoria se cumple, en virtud del efecto retroactivo de las condiciones, se reputa que la obligación primitiva no existió.» En cuanto al término es independiente para la novación, porque existiendo las dos obligaciones, en nada alterará su exigibilidad inmediata ó á un plazo cualquiera; así puede novarse una obligación vencida por otra á término, ó una á término más largo por otra exigible en un plazo más corto.

Cuando la nueva obligación fuera absolutamente nula, la novación no tendrá lugar y continuará subsistiendo la primitiva.

No se debe hacer diferencia cuando la primitiva obligación pura y simple se ha novado por una condicional, entre si la nueva obligación es suspensiva ó resolutoria, porque de cualquiera manera que fueran, si no llega á existir la segunda, no puede haber novación. No se debe perder de vista que no hay novación cuando sólo existe una obligación; puede dar ocasión á cualquier otro acto jurídico, más no á la novación. Esta opinión es uniforme entre todos los jurisconsultos.—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 585. AUBRY y RAU, § 324, nota 17. DEMOLOMBE, XXVIII, n° 261 y sig. LAROMBIÈRE, III, al art. 1271, nos 6 á 8. DURANTON, XII, n° 296 y sig. MAYNZ, § 377, nota 10, y las l.l. 8 y 14, tit 2, lib. 46, 3, tit. 30, lib. 3, Institutas.

**Art. 808.** Cuando la obligación condicional es la que se convierte en pura y simple, sucede lo mismo que en el artículo anterior,



De los principios expuestos se deducen las conclusiones siguientes:

a) Que no habrá novación, si la condición suspensiva ó resolutoria, en que se funda una de las obligaciones, no se cumpliera ó es cierto que no se cumplirá.

b) Que no habrá novación, cuando los interesados la desnaturalizaran haciendo un contrato aleatorio.

c) *Que la novación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, extingue la obligación de éste para con los otros acreedores (art. 809), siendo la solidaridad activa y pasiva, porque hay*

salvo la hipótesis de una manifestación expresa de la voluntad de las partes en transformar la nueva obligación en una independiente y separada de la primera. Si la condición es suspensiva y no tiene efecto, la nueva obligación carece de fundamento y no puede existir, porque no hay obligación que novar; si la condición fuere resolutoria y se cumpliera, la obligación ha desaparecido, y tampoco tiene base la novación. *Si reró sub conditione, non statim, sed ubi conditio existerit*, dice la l. 81, tít. 3, lib. 46, Dig., y lo han repetido todos los juriscónsultos. Es necesario buscar la existencia de dos obligaciones para que haya novación. No la habrá, pues, si la obligación bajo condición resolutoria se ha convertido en una pura y simple y la resolutoria tiene lugar, desapareciendo la primera obligación.—Comp. MAYNZ, § 377, nota 10. AUBRY Y RAU, § 324, nota 12. FREITAS, art. 1132 y GOYENA, art. 1134.

(Art. 809.) En la solidaridad activa, la novación operada por uno de los acreedores extingue la primitiva obligación; pero si viniera á anularse por cualquier defecto de forma, renacerá la antigua. Si la nueva cosa ofrecida hubiere perecido sin culpa del deudor y se extinguiera la nueva obligación, no renacerá la antigua. Cuando hubiere varios deudores que no fueren solidarios entre sí, aunque cualquiera de los acreedores pudiera cobrar el total de la obligación de todos los deudores juntos, la novación hecha por uno de éstos aprovechará sólo al que la hizo, y la podrá oponer á los demás acreedores; pero dejará subsistente la obligación primitiva respecto de los demás co-deudores en la parte que les corresponda. Cuando la obligación es solidaria entre

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts. 807 y 808.*—La razón en el caso de los dos artículos es que no existiendo la condición, no hay más que una obligación, y toda novación requiere esencialmente dos obligaciones.—Instít. § 3, Tít. 30, Lib. 3.

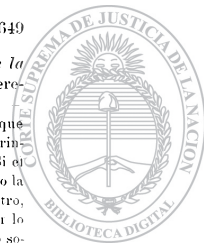


tantas deudas independientes como acreedores y deudores, pero ligadas de tal modo, que cualquiera modificación ó alteración de cada una de ellas influye sobre las demás.

d) *La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias ó indivisibles, extingue la obligación de los otros co-deudores (art. 810).*

varios acreedores y varios deudores, hay tantas obligaciones completas é independientes como deudores, y la novación de cualquiera de ellos extingue la obligación primitiva. Las fianzas, hipotecas ó garantías dadas por terceros quedarán extinguidas por la novación, aunque el acreedor las hubiere reservado, si los terceros no han aceptado y garantido la nueva obligación. La liberación de los co-deudores es sin perjuicio de la subrogación legal del deudor para repetir de sus co-deudores el derecho del acreedor, menos la parte del subrogado.—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 509. AUBRY Y RAU, § 324, nota 52. DURANTON, XII, n° 37. COLMET DE SANTERRE, V, n° 228, *bis*, I. TOULIER, VII, n° 314 y nuestros arts. 707, 715 y 830.

(**Art. 810.**) Se trata de la solidaridad pasiva entre varios deudores y un solo acreedor, y la novación hecha con cualquiera de ellos extingue la obligación de los demás, sin perjuicio de las responsabilidades por su parte, para con el deudor que tomó sobre sí toda la obligación, quien podrá repetir de sus co-deudores la parte que les correspondía, si la obligación novada estuviera vencida. Pero el artículo se refiere igualmente á la novación de las obligaciones indivisibles, en lo que no encontramos dificultad, cuando al mismo tiempo son solidarias: pero no sucede así cuando son simplemente mancomunadas. Freitas, art. 1126, enseña que en las obligaciones mancomunadas de cosas indivisibles la novación hecha por el deudor con uno de los co-acreedores no lo libera respecto de los otros. El Código Argentino supone un acreedor y varios deudores de una cosa indivisible, y dice: la novación hecha por el acreedor con cualquiera de ellos libera á los demás, principio exacto entre un acreedor y varios deudores; pero varía completamente si suponemos varios acreedores no solidarios. Si bien es cierto que por el art. 686 cualquiera de los acreedores de una obligación indivisible puede demandarla de cualquiera de los deudores, también lo es que no puede disponer de ella sin el consentimiento de los demás, art. 687. El acreedor conjunto ó mancomunado puede demandar la totalidad de la prestación porque es indivisible, pero no disponer de ella, ni privar á sus co-deudores de sus derechos; así, no



e) *La novación entre el acreedor y los fiadores extingue la obligación del deudor principal (art. 811):* porque como intere-

podrá hacer novación, compensación ó remisión, sino en la parte que le corresponda, y el principio enseñado por el artículo se debe restringir á la hipótesis de un solo acreedor con diversos deudores. Si el acreedor demandare á uno de los deudores que hubieran cumplido la obligación indivisible, y resultare que habia sido novada por otro, como se ha extinguido la obligación, tendrá derecho para repetir lo pagado, del acreedor. Si fueren varios los acreedores conjuntos no solidarios, la novación de uno de los acreedores con uno de los deudores no extingue la deuda. Si A. y B. se obligaron mancomunadamente á entregar tal casa á C. y D. conjuntamente y D. novara la obligación con B. firmándole un pagaré por diez mil pesos, esta novación no puede perjudicar al acreedor C. ni al deudor A. que no intervinieron. Si el acreedor A. entrega la casa, puede demandar de su co-deudor B. la parte que le corresponde, quien á su vez tendrá derecho para hacérsela entregar del acreedor D. á quien ha pagado su parte. El deudor demandado no puede hacer deducir la parte de su co-deudor, porque la entrega es indivisible; pero es la diferencia fundamental que existe entre las obligaciones solidarias activa y pasivamente, y entre las indivisibles; en aquéllas pueden novar ó remitir la obligación; en éstas no puede hacerlo sino con relación á su parte, que será deducida, una vez cumplida la obligación íntegramente. El código francés, art. 1281, sólo habla de la liberación que se produce entre los co-deudores solidarios, sin tratar de la obligación indivisible.—Comp. FREITAS, art. 1126. GOYENA, art. 1137.—Véase arts. 686, 687 y 707.

En la novación operada por uno de los deudores solidarios extinguiendo la obligación primitiva, sus co-deudores podrán oponerle las causas particulares de liberación que habían podido deducir contra el acreedor, porque ejerciendo su derecho por subrogación, ó cesión según los casos, no pueden ser privados de los que les son personales.—Comp. DEMOLOMBE, XXVIII, n° 364. AUBRY y RAU, § 324, notas 51 y 52.

(**Art. 811.**) El principio general es que la novación entre acreedor y deudor libera á los fiadores, á menos que éstos hubieran intervenido en la nueva obligación; pero el artículo se refiere á la nova-

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield á los arts 809 y 810.*—Porque el pago hecho á uno de los acreedores solidarios extingue la obligación.



sado en la extinción de la deuda afianzada ha podido novarla sin subrogaria en los derechos del acreedor; pues de otro modo sería la misma obligación.

f) *Si el acreedor que tiene alguna garantía particular ó privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscritos en pago de la deuda, no hace novación de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación (art. 813);* porque los billetes recibidos representan la misma obligación, que no ha sido alterada, ni modificada.

ción realizada entre el acreedor y los fiadores y debemos distinguir, cuándo los fiadores son solidarios con el deudor y cuándo no lo son. En el primer caso, como están obligados con el deudor ó deudores, se subrogan en los derechos del acreedor y pueden liberarlo; pero cuando no es solidario, siendo deudor subsidiario, vendría á considerarse en ciertos casos como un extraño, y no se subrogaría sino cuando hizo la novación con consentimiento tácito ó expreso del deudor, ó ignorándolo, como le ha agregado inconsultamente nuestro art. 768, n° 3; pero no contra la voluntad del deudor. Siendo la novación un modo de extinguir las obligaciones, cualquiera puede hacerlo consintiendo el deudor; pero si no hay subrogación convencional, la legal sólo tiene lugar en los casos del art. 768. El fiador no solidario, no es un obligado inmediato y necesario, y su interés es remoto para que pueda extinguir la obligación subrogándose en los derechos del acreedor; así es que sólo tendrá lugar la subrogación, cuando hiciera el pago ignorándolo el deudor ó con su asentimiento; en los demás casos, el artículo debe aplicarse á los fiadores solidarios. «Cuando la novación operada entre el acreedor y el fiador (dicen Aubry y Rau, § 324, nota 52) ó uno de los fiadores solidarios, tiene por objeto libertarlo de la fianza, no libera ni al deudor principal, ni á los otros co-fiadores»; porque sólo produce el efecto que las partes han querido darle; su objeto era libertarse de la fianza, y lo ha obtenido él sólo por la novación, pero no estamos conformes con esta opinión en cuanto al fiador solidario. —Comp. FREITAS, art. 1128.

(**Art. 813.**) Una acreencia garantida con fianza, que hubiera sido pagada con otros pagarés, extinguiría esta, pero no la hipoteca constituida por el mismo deudor. En el primer caso, el fiador no ha

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 811.*—Porque los fiadores pueden pagar por el deudor.



g) *Las estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación que no hayan al objeto principal, ó á su causa, como respecto al tiempo, lugar ó modo del cumplimiento, serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero no que la extinguen (art. 812, 2ª parte);* porque la reconocen y confirman.

h) *Para que haya novación es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención, ó que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva; porque la novación no se presume (art. 812, 1ª parte), es un*

intervenido en la segunda obligación y queda liberado por la extinción de la obligación afianzada, y en el segundo, siendo la misma obligación y las mismas personas, la hipoteca subsiste. Es una condición esencial para que no haya novación, que la causa de deber sea la misma en ambas obligaciones, porque entonces la que aparece como segunda obligación, se ha tomado como un modo de cumplir la primera; pero si los billetes fueran á la orden y han pasado á terceras personas ó se hubieran cedido cuando no fueran endosables, habría novación, si no constare en el título de la primera obligación la causa de su expedición, y la obligación primitiva se habría extinguido, así como las garantías y privilegios.—Comp. MERLIN, V, *Novación*, 5 al fin. MARTOU, *Priv. é hip.* II, 470. AUBRY y RAU, § 324, nota 34. MARCADÉ, IV, n° 768 al art. 1273. TROPLONG, *Hip.* I, n° 199, *bis*. PARDESSUS, *Der. Com.* I, n° 221. MOURLON, 319. En contra DURANTON, XII, n° 287. GRENIER, n° 385. PERSIL, *Priv. é hip.* al art. 2102.

(Art. 812.) La novación es un contrato que tiene por objeto extinguir una obligación anterior, y por consiguiente, no se debe presumir la intención de renunciar á la primitiva obligación; de ahí la necesidad de manifestar expresamente esa voluntad; pero pueden existir hechos tan claros que la presupongan, como si la nueva obligación

---

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 813.*—El que recibe billetes ó letas, diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novación, porque el recibo en esos papeles de crédito es hipotético, si ellos fueren pagados. Esta verdad, dice Marcadé, ha sido consagrada por las decisiones constantes de los tribunales. Lo mismo enseña Pothier. Pero Duranton, XII, n° 287, sostiene lo contrario sin buenos fundamentos. Las sentencias á que se refiere Marcadé tienen por razón el principio reconocido, en todas las legislaciones, que, en duda, la novación no se presume, y que para que suceda es necesario que la voluntad de las partes se manifieste claramente. La Ley Romana citada es la más termi-





nuevo contrato que altera el primero, y debe tener todas las condiciones de validez de los demás.

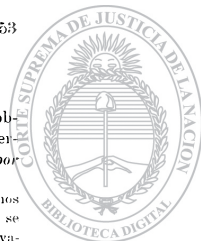
fuera incompatible con la primera. Si debo diez mil pesos y en su lugar tomo la de pagar una renta de 50 durante vuestra vida, la nueva habría extinguido la primera, sirviéndole de causa. La novación puede tener lugar por el cambio de objeto, ó por el cambio de personas. La novación subjetiva á que nos referimos en la nota al art. 801, se opera por el cambio del acreedor ó del deudor, extinguiendo la primera obligación; en este artículo se trata de la novación objetiva en que no cambia la naturaleza de la obligación y tiene lugar entre el acreedor y deudor. Así, se explica como una obligación nueva que no transforma ni desnaturaliza la anterior, no importa una novación; pero existiría, si cualquier acontecimiento las hiciera tomar como distintas, ó si al primera fué garantida por un tercero, y la nueva no tuviere tal garantía porque hay diversas personas que intervienen en ella, aunque la obligación tenga la misma importancia y sea el mismo objeto; la fianza queda extinguida. Pero el artículo habla de *«estipulaciones y alteraciones en la primitiva obligación, que no hagan al objeto principal ó á su causa»*, y es necesario precisar el alcance de estas palabras. Las estipulaciones se refieren á los contratos posteriores que sólo cambien ó alteren la forma, tiempo ó lugar como debe cumplirse la obligación primitiva, que sirve de base á esas nuevas estipulaciones; es decir, que el título no se ha cambiado, pues como dicen Aubry y Rau, § 324, nota 33 á 35, «no habrá novación cuando un acto bajo firma privada haya sido reemplazado por uno auténtico, aunque por ese acto se hayan dado nuevas seguridades al acreedor. Es así (agregan en la nota 35) como una deuda originariamente comercial no pierde este carácter por el solo hecho de ser reconocida ulteriormente por escritura pública y garantida con hipoteca.»

La simple prórroga del término, el cambio del lugar del pago, ó cualquiera otra alteración no importarán novación; pero si se ha cam-

biado en la materia. La aceptación de los billetes de que habla el artículo, regularmente se hace como un medio para facilitar el pago.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 813.*—La aceptación de un pagaré por parte del acreedor por el importe de trabajos y materiales empleados en la construcción de una finca, no causa novación.—XX, 251.

*Fallos de la Cím. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 813.*—La forma de extinción de una deuda por medio de amortizaciones parciales en efectivo y en letras, no importa novación.—Jur. Civ., X, 314, Sér. 3ª.



## § 250. —DE LA NOVACIÓN SUBJETIVA Y SUS EFECTOS

Tiene también lugar la novación, cuando sin cambiar el objeto de la prestación, ó siendo indiferente, se cambian las personas del deudor ó del acreedor. La primera es la *delegación por*

biado el título la habría, si el antiguo queda sin efecto. En muchos casos serán cuestiones de hecho. Cuando se debe una cantidad y se disminuye por el pago ó la remisión, la obligación se reduce sin novación; lo mismo sucede si se hacen adiciones ó aumentos á la primera sin alterar el título: esos aumentos no importan novación.

Por radical y profundo que sea el cambio en el objeto de la prestación, no siempre habrá novación, si no se hubiere alterado el título y si la nueva no sustituye á la primera dejándola sin efecto. La convención posterior que tomando por base la primera prestación y dejándola subsistente la supliera, no importaría una novación, como si se estipulare que en caso de no cumplirse la primera prestación se pagaría tal cantidad como daños y perjuicios; pero habría novación si el deudor pagare otra cosa que la debida, extinguiendo la primera obligación; así la dación en pago de un crédito aceptado sin condición por el acreedor, importa una novación. Habrá novación, cuando el título de la primera obligación ha sido cambiado, ó se ha desnaturalizado completamente, como si una deuda exigible se convierte en renta vitalicia, haciendo incompatible la existencia de esta obligación con la primitiva. Téngase presente que para averiguar si hay novación se trata sólo de interpretar la voluntad de las partes, cuando no se ha manifestado expresamente.

Para la existencia de la novación fuera de los casos señalados por la ley, es necesario que la voluntad de las partes se manifieste claramente; pero no hay necesidad de manifestación expresa, puede ser tácita si de los hechos resultare que no hay duda sobre la voluntad de hacer la novación. Cons.—Larombière, III, al art. 1273. MARCADE, al art. 1273. AUBRY y RAU, § 324, notas 33 á 36. TOULIER, VII, n° 276, y FREITAS, arts. 1140 y 1142. Cód. Francés, art. 1273.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 812.*—Diciendo abiertamente es la expresión de la L. 15, Tít. 14, Part. 5ª.—L. 8, Tít. 43, Lib. 8, Cód. Rom.—Institt. § 3, Tít. 30, Lib. 3.—Cód. Francés, art. 1273—Sardo, 1865.

*Faltos de la S. C. N.*—Aplicación del art. 812.—No se presume la novación, sino que es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la



*la que un deudor da á otro que se obliga hacia el acreedor y no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente la voluntad de exonerar al deudor primitivo (art. 814); porque el deudor no puede por su sola voluntad cambiar su obligación.*

(Art. 814.) Delegar es poner en su lugar á otro deudor á quien su acreedor ordena, dice la l. 11, tit. 2, lib. 46, Dig.: La delegación supone el concurso de tres personas: el delegatario es el acreedor que acepta la delegación, el deudor delegante que queda liberado y el deudor delegado que lo sustituye y queda obligado. Hay, pues, necesidad de un contrato. No es el caso de la novación por sustitución de un nuevo deudor, que se opera sin su concurso, donde basta la voluntad del acreedor de liberar al primero, aceptando al segundo: era esa la expromisión de los romanos. Un tercero puede libertarme de una obligación extinguiéndola, sin subrogar al acreedor en sus derechos. El solo acto de aceptar uno ó más deudores que se obligan á pagar la acreencia, no importará novación, sino al contrario una manera de asegurar mejor el cumplimiento de la obligación; porque la voluntad debe manifestarse expresamente declarando exonerado al primer deudor: pero hay casos en que esa voluntad debe suponerse existente, como si el nuevo deudor se obligara á otra prestación, p. e., si en lugar de los diez mil pesos que me debe B., conviniéramos que C. me pagara una renta vitalicia; habría novación, aunque no se dijera que la primera quedaba extinguida; porque la segunda prestación es incompatible con la primera, y no pueden existir al mismo tiempo. No nece-

nueva convención, ó que la existencia de la primera obligación sea incompatible con la segunda.—XX, 119.

La novación no se presume.—XXII, 106.

No es transacción el convenio por el cual se reconoce un crédito y solamente se determina el modo y la forma de cobrarlo.—XXX, 532.

*Faltos de la Cana, de Apet, de la Cap.*—Aplicación del art. 812.—Las renovaciones de una letra de banco con privilegios generales, no importan novación de la deuda, que conserva su fecha primitiva.—Jur. Civ., III, 98, Sér. 2ª.

La prórroga constante de instrumento privado del plazo fijado en la escritura pública de hipoteca, aun cuando se modifique el interés estipulado, no importa una novación de la obligación primitiva.—Jur. Civ., VI, 133, Sér. 4ª.

Al deudor que invoca la novación de la obligación, corresponde la prueba.—Jur. Civ., I, 83, Sér. 4ª.

Debe rechazarse la excepción de novación, si no resulta la voluntad expresa de las partes, y la nueva obligación podía coexistir con la anterior.—Jur. Civ., IX, 239, Sér. 5ª.

*Puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deu-*

sitan concurrir al mismo tiempo las tres personas: pueden manifestar su aceptación posteriormente, siempre que no se hubiere revocado el acto; pero una vez aceptado por el que no concurrió, no podrá ser modificado sin el consentimiento de todos. En general la delegación se opera entre personas que son deudores y acreedores por iguales sumas: p. e., A. deudor de B. por cien, es acreedor de C. por la misma suma. propone entonces á su acreedor B. que le pague C., libertándolo de su obligación; por ese medio extingue su acreencia con C., dándole recibo de pago, y cuando éste haya pagado á B. habrá extinguido otra obligación; así es que en estas delegaciones hay dos obligaciones extinguidas. Pero si C., creyéndose por error deudor de A., hubiera aceptado la delegación para pagar á B., no podrá repetir de éste lo pagado y deberá dirigir su acción contra el delegante, y aun en el caso de dolo del delegante para hacerle aceptar la delegación, si nada ha tenido que ver el delegatario, no podrá negarse á abonarle alegando su error.—Comp. l. 12, tit. 2, lib. 46, Dig.

Cuando la delegación se aceptó por el acreedor y el nuevo deudor bajo una condición suspensiva, produce en realidad la novación, pero estando sujeta á la disposición de los arts. 807 y 808, la antigua obligación no se considerará extinguida hasta que la condición se cumpla; si no se cumpliera no habría novación, porque la nueva obligación no existe; si la obligación que se delega era bajo condición suspensiva y el delegado ha ofrecido pura y simplemente para extinguir la obligación precedente, la nueva no tendrá efecto, si la primitiva no lo tiene. Para que la delegación se considere como novación, es condición esencial que el deudor sea exonerado definitivamente de su obligación.—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 564. AUBRY y RAU, § 324, nota 40. LOCRÉ, XII, 481, n° 40. LAROMBIÈRE, III, al art. 1275 y V, al art. 1377, n° 5. DURANTON, VII, 322. MARCADE, al art. 1275, 4, y las l.l. 11, 12 y 22, tit. 21, lib. 46, Dig.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 814.*—L. 15, Tit. 14, Part. 5ª.—L. 8, Tit. 42, Lib. 8, Cód. Rom.—Cód. Francés, art. 1275.—Sardo, 1367.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 814.*—El demandado no puede exonerarse de sus obligaciones, por haber transferido á otros el contrato, si no consta que la transferencia haya sido aceptada por el demandante.—LVIII, 160.





dor no adquiera subrogación legal en el crédito (art. 815), pues si lo subrogase sería la misma obligación. Es la extinción de la obligación hecha por un tercero sin intervención del deudor, y los derechos del delegado son personales contra el primer deudor, teniendo por origen el acto realizado.

Cuando la novación tiene lugar por la sustitución del acreedor es necesario distinguirla de la cesión; así, *habrá novación por sustitución de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor preceden-*

(Art. 815.) Es el caso de la expromisión de los romanos; cuando una tercera persona arregla con el acreedor tomando sobre sí la deuda y extinguiendo la obligación precedente. Para esta novación no se necesitan sino dos personas, prescindiendo por completo del deudor originario, y para que tenga lugar es necesario que no haya subrogación legal, porque entonces no se habría extinguido la primera obligación. Cuando se hubiera convenido expresamente la liberación del deudor, se consideraría como una fianza, sería el *ad promissor* de los romanos. La novación puede hacerse con asentimiento del deudor, ignorándolo, y aun contra su voluntad; en el último caso no habrá más acción que la de *in rem verso*, por aquello en que le hubiera sido útil. Hay otra novación por el cambio de acreedor, y tiene lugar cuando éste extingue la acreencia tomando su deudor la misma obligación para con otro acreedor, art. 817; manera que se comprende en la obligación subjetiva.

Es una condición esencial para que se opere la novación la de que el nuevo deudor no se subrogue en los derechos del acreedor, sin que podamos aplicar las disposiciones del art. 768, que tratan del pago, porque la novación es una causa de extinción; pero no es el pago mismo. Si el legislador ha permitido la subrogación al que cumple con la obligación del deudor, teniendo en cuenta el provecho ó beneficio que puede reportarle, la novación no se encuentra en el mismo caso. El artículo sólo habla de la subrogación legal, y debe comprender también la convencional, que difiere de la cesión (nota al art. 769), sin que esto importe decir, que no tiene lugar la subrogación cuando se ha pagado con otra obligación, lo que puede hacerse; pero entonces no habrá novación, porque la primitiva obligación subsiste.—Comp. POTHIER, *Obl.*, n° 583. AUBRY y RAU § 324, nota 38. LAROMBIÈRE, III, al art. 1274. DURANTON, XII, n° 308. DELVINCOURT, II, pág. 567. TOULIER, VII, n° 273 y l. 85, tit. 2, lib. 46, Dig.

*te y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del acreedor, no habrá novación, sino cesión de derechos (art. 817);* porque el segundo acreedor se habrá puesto en el

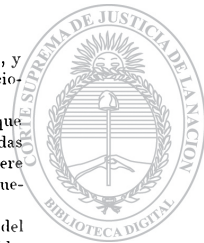
Freitas, art. 1152, dice: «para que haya novación por sustitución de deudor *sin el consentimiento* del primer deudor, etc., (lo que el artículo ha variado diciendo: *ignorándolo éste*), y agrega en la nota: «si el tercero en vez de pagar se constituye para con el acreedor en obligación, habrá una cesión de crédito, lo que impide la extinción de la obligación».

(Art. 817.) La novación no existe sin la extinción de la primitiva obligación y la creación de una nueva que la reemplaza, y siguiendo este principio, cuando un acreedor se cambia por otro, para que la novación se opere, es necesario que el primero cancele la deuda, y el segundo tome una nueva por el mismo valor ú otro semejante; puede también tener lugar por un contrato en que el primer acreedor libere á su deudor y éste se obligue para con el nuevo; en estos casos, aunque en realidad la primera obligación es la que cambia de persona, siendo siempre la misma, hay novación, porque extinguiéndose la primera, ha dado nacimiento á la segunda. Pero cuando la transferencia del crédito se ha hecho en favor de otro, como no se ha extinguido, no hay novación. La delegación necesita del consentimiento del deudor; la cesión se opera, por el contrario, sin su consentimiento, y aun cuando se hubiera empleado los términos de cesión, habiendo concurrido y consentido el deudor, es una delegación. Y esta diferencia es importante, porque en la cesión el crédito se traspaşa con todos los accesorios, como son las fianzas, privilegios y excepciones que no fueren personales; mientras en la delegación, partiendo de la extinción de la primera obligación, no deja subsistente sino la nueva. La subrogación como la cesión tiene por base la primitiva obligación, y por consiguiente, difieren de la novación.—Comp. POTHIER, *Obl.* n.º 584. AUBRY y RAU, § 324, nota 51. MAYNZ, § 377, nota 6. FREITAS, arts. 1148 y 1149.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 815.*—L. 8, § 5, tít. 2, lib. 46, Dig.—Código Francés, art. 1274.—Cód. Sardo, art. 1366.—Cód. Holandés, art. 1452.—Napoleónico, 1228.

*Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 815.*—Hay novación de contrato, cuando entre los mismos obligados han convenido modificar ó cambiar sus respectivas obligaciones, ó cuando con voluntad del acreedor se ha sustituido un deudor á otro, ó cuando por voluntad del acreedor, del deudor y un tercero, se sustituye éste á aquél.—XVII, 97.





lugar del primero, continuando la acreencia tal como existía, y teniendo derecho el deudor para oponerle todas las excepciones que tenía contra el primero.

La diferencia esencial entre la cesión y la novación es que en la primera el deudor puede alegar al segundo acreedor todas las excepciones que tenía contra el primero y las que tuviere contra el segundo; en la novación, la obligación primera ha quedado extinguida.

Cuando la delegación tiene lugar con consentimiento del acreedor, como la obligación primitiva ha quedado extinguida, *la insolvencia del deudor sustituido no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, á no ser que el deudor sustituido fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido (art. 816),* ó por cualquier otra incapacidad que impidiera la

(Art. 816.) Cuando la novación ha tenido lugar por sustitución de deudor, siguiendo los principios del derecho, debería considerarse extinguida la primera obligación, y el acreedor no tendría acción contra el delegante, sino contra el delegado; pero el legislador hace una excepción interpretando la voluntad de los contratantes, cuando el deudor sustituido fuese *incapaz de contratar*, por hallarse fallido. La redacción del artículo es oscura, como lo observamos en la Instituta, nota 134. Debe averiguarse si la insolvencia ha sido anterior al acto, como lo indica el adverbio *ya*, ó si basta que lo sea en el mismo acto, como lo expresa el artículo 1276 del Cód. Francés, decidiéndose por esta opinión. La insolvencia en general, no comprende la quiebra, porque el fallido puede no ser insolvente; pero refiriéndose el artículo en su principio á la *insolvencia* y en su parte final al *fallido*, abraza ambos estados.

Si el acreedor conocía la falencia ó la insolvencia del deudor delegado, hay razón para suponer que al aceptar la transferencia ha renunciado á los recursos que tenía contra el primitivo deudor, y nadie puede impedirle de hacer en beneficio: *volenti non fit injuria*, como dice Pothier. Esto no tendrá lugar cuando la novación fuera el resultado de un contrato, en que el primer deudor estuviese obligado á dar un delegado á sus riesgos y peligros, pues entonces debe responder de su solvencia.

La delegación ha extinguido la obligación primera, y sólo por una excepción se concede recurso contra el primer deudor, y al ejercitarlo



realización del contrato; pero si el acreedor conocía la insolvencia del deudor y lo ha aceptado en esas condiciones, entrará con los demás acreedores en el concurso.

Las disposiciones sobre la novación pueden ser alteradas por la voluntad de las partes que intervienen en el acto; así en la que se opera por el cambio del deudor, puede estipularse que el primer obligado responderá en todos los casos por la solvencia del delegado, ó que si la segunda obligación fuera nula, la primera renacería.

no puede comprender las garantías ó fianzas que se extinguieron con la primera obligación; su reclamación es personal contra el delegante.

La delegación no debe confundirse con la cesión: por la primera. el deudor no tiene otro objeto que obtener su liberación, y por consiguiente, no responde de la insolvencia, sino en el caso exceptuado: por la segunda, hay una verdadera especulación en que el cedente tiene por objeto adquirir el crédito: de ahí que no tenga derecho á reclamar en caso de insolvencia, á menos que ésta fuera anterior al acto y públicamente conocida. El cedente sólo responde de la existencia y legitimidad del crédito, á no ser en los casos de mala fe, arts. 1476 á 1480.

La delegación puede comenzar en un momento y acabarse en otro. ¿A cuál de ellos debe atenderse? A aquel en que la novación se ha operado, cuando la primera obligación ha quedado extinguida. La insolvencia ó quiebra debe en general, haber sido declarada, porque antes no es incapaz de realizar el contrato: pero si la sentencia se retrotrae á un tiempo anterior, hará nula la delegación comprendida en ese tiempo.—Comp. POTHIER, *Obl.* n° 604. MERLIN, *Rep.* V, *Delegación*, II. DURANTON, XII, n° 325. LAROMBIÈRE, III, al art. 1276. AUBRY y RAU, § 324, notas 40 y 50.

Freitas, art. 1157, agrega: si la insolvencia del nuevo deudor ya existía en el día de contrato de novación y era pública y conocida del primer deudor, la novación podrá ser anulada como dolosa.—Véase arts. 1476 y 2159.

*Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 816.*—L. 15, tít. 14, Part. 5ª.—L. 1, § 11, tít. 4, lib. 42, Dig.—Cód. Francés, art. 1276.—Cód. Holandés, art. 1454.—Código Sardo, art. 1308.





# ÍNDICE

## DEL TOMO SEGUNDO



<b>Título VIII</b>	
De los que no pueden ser tutores	
<u>§. §.</u>	<u>PÁGINAS</u>
138—De las incapacidades para ejercer la tutela.....	5
<b>Título IX</b>	
Del discernimiento de la tutela	
139—Del juez que debe discernir la tutela.....	13
140—Lo que importa el discernimiento de la tutela y su forma.....	29
<b>Título X</b>	
De la administración de la tutela	
141—De la representación del menor.....	21
142—De la época en que comienza la tutela.....	25
144—De las obligaciones y derechos del tutor respecto á la persona del menor.....	33
145—De las obligaciones y derechos del tutor con relación á los bienes del menor.....	39
146—De lo que puede ejecutar el tutor con autorización del juez.....	43
147—Actos prohibidos al tutor, aunque el juez los autorice.....	57
148—De los actos que el tutor puede ejecutar sin autorización.....	62
149—Casos en que el juez debe autorizar la venta de los bienes del menor.....	64
150—De los actos del tutor con relación á los terceros.....	72
151—De los emolumentos del tutor.....	73
<b>Título XI</b>	
De los modos de acabarse la tutela	
152—Cómo se acaba la tutela.....	79
<b>Título XII</b>	
De las cuentas de la tutela	
153—De la rendición de cuentas.....	86
154—Dónde y cómo se rendirán las cuentas.....	91
<b>Título XIII</b>	
<b>DE LA CURATELA</b>	
CAPÍTULO PRIMERO	
Curatela á los incapaces mayores de edad	
155—De la curatela en general.....	103
156—Curatela de los incapaces mayores de edad ó emancipados.....	114

157—Obligaciones del curador.....	116
158—Facultades del curador del incapaz.....	119
159—Procedimiento para el nombramiento de curador.....	121

## CAPÍTULO II

### Curadores a los bienes

160—Generalidades.....	128
161—Cuándo se nombran curadores; sus facultades.....	129
162—De la cesación de la curaturía de bienes.....	134

## Título XIV

### Del ministerio público de menores

163—De los defensores de menores é incapaces.....	136
164—De los asesores de menores.....	137

## LIBRO SEGUNDO

### DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES

#### PARTE PRIMERA

#### DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

##### Título Primero

##### De la naturaleza y origen de las obligaciones

165—Generalidades.....	142
166—Fuentes de las obligaciones.....	148
167—De la causa de las obligaciones.....	149
168—Del efecto de las obligaciones.....	154
169—Del dolo, de la mora y del caso fortuito.....	161
170—De la culpa del deudor.....	173

##### Título II

##### De las obligaciones naturales

171—Caracteres de las obligaciones naturales.....	179
172—Enumeración de las obligaciones naturales.....	185
173—Efectos de las obligaciones naturales.....	187

##### Título III

174—De los daños é intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero.....	193
--	-----

##### Título IV

175—De las obligaciones principales y de las obligaciones accesorias.....	199
---	-----

##### Título V

#### DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

##### CAPÍTULO PRIMERO

##### De las obligaciones condicionales en general

176—Generalidades.....	204
177—De las condiciones imposibles ó prohibidas.....	208





178—De la manera cómo deben cumplirse las condiciones .....	218
179—Cuándo las condiciones se juzgan cumplidas .....	223
180—Del efecto de las condiciones .....	229
181—De las obligaciones bajo condición suspensiva .....	233
182—Del efecto de la condición suspensiva .....	238
183—De las obligaciones bajo condición resolutoria .....	246
184—De los cargos impuestos para la adquisición ó resolución de los derechos .....	256

## **Título VI**

### **De las obligaciones á plazo**

185—Diferentes especies de plazo .....	265
186—En favor de quién se establece el plazo .....	269
187—Efectos del plazo .....	271
188—Del cumplimiento del plazo .....	273

## **DE LAS OBLIGACIONES CON RELACIÓN Á SU OBJETO**

### **Título VII**

#### **De las obligaciones de dar**

##### **CAPÍTULO PRIMERO**

189—De las obligaciones de dar cosas ciertas .....	276
190—De la obligación de entregar la cosa .....	281
191—De la obligación de conservar la cosa .....	284
192—De los riesgos de la cosa en la obligación de dar para transferir derechos reales .....	285
193—De los riesgos en las obligaciones de restituir las cosas á su dueño .....	293
194—De las mejoras en las obligaciones de restituir las cosas á su dueño .....	296
195—De las obligaciones de dar cosas ciertas para transferir ó constituir derechos reales .....	303
196—De las obligaciones de dar cosas ciertas para restituir las á su dueño .....	308
197—De las obligaciones de dar cosas inciertas .....	312
198—De las obligaciones de dar cantidades de cosas .....	317
199—De las obligaciones de entregar cantidades de cosas para restituir las á su dueño .....	324
200—De las obligaciones de dar sumas de dinero .....	328
201—De los intereses en las obligaciones de entregar sumas de dinero .....	337

### **Título VIII**

#### **De las obligaciones de hacer ó de no hacer**

202—De las obligaciones de hacer .....	344
203—De las obligaciones de no hacer .....	353

### **Título IX**

#### **De las obligaciones alternativas**

204—De las obligaciones en que corresponde la elección al deudor .....	356
205—Cuándo corresponde la elección al acreedor .....	365



## **Título X**

### **De las obligaciones facultativas**

206—Caracteres de las obligaciones facultativas.....	371
207—De la prestación principal en las obligaciones facultativas.....	374
208—De la prestación accesoria en las obligaciones facultativas.....	377

## **Título XI**

### **De las obligaciones con cláusula penal**

209—De los caracteres de la obligación.....	380
210—Derechos del acreedor en estas obligaciones.....	387
211—De la cláusula penal divisible ó indivisible.....	385

## **Título XII**

### **De las obligaciones divisibles é indivisibles**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

212—De las obligaciones divisibles.....	401
213—De los derechos del acreedor en las obligaciones divisibles....	410

#### **CAPÍTULO II**

214—De las obligaciones indivisibles.....	421
215—Efectos de las obligaciones indivisibles.....	431
216—De las relaciones entre los acreedores y deudores conjuntos en las obligaciones divisibles é indivisibles.....	438

## **DE LAS OBLIGACIONES CON RELACIÓN Á LAS PERSONAS**

## **Título XIII**

### **De las obligaciones simplemente mancomunadas**

217—Caracteres de la obligación mancomunada.....	441
218—Derechos de los acreedores en las obligaciones mancomunadas.....	445

## **Título XIV**

### **De las obligaciones solidarias**

219—Generalidades.....	453
220—De la solidaridad activa.....	465
221—De la solidaridad pasiva.....	480
222—De las relaciones entre los acreedores y deudores solidarios....	486

## **Título XV**

### **Del reconocimiento de las obligaciones**

223—Caracteres del reconocimiento.....	491
224—Modo de hacerse el reconocimiento.....	495



**SEGUNDA PARTE**  
**EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES**

**Título XVI**

**Del pago**

225—Generalidades.....	490
226—Del pago en general.....	501
227—De los que pueden hacer el pago.....	502
228—A quién puede hacerse el pago.....	517

**CAPÍTULO PRIMERO**

229—De lo que se debe dar en pago.....	533
--	-----

**CAPÍTULO II**

230—Del lugar en que debe hacerse el pago.....	539
--	-----

**CAPÍTULO III**

231—Del tiempo en que debe hacerse el pago.....	546
---	-----

**CAPÍTULO IV**

232—Del pago por consignación.....	553
233—De las deudas de cuerpo cierto.....	568
234—Deudas de cosas determinadas á elección del acreedor.....	571

**CAPÍTULO V**

235—Del pago con subrogación.....	572
236—De la subrogación legal.....	575
237—De la subrogación convencional.....	581
238—Efectos de la subrogación.....	589

**CAPÍTULO VI**

239—De la imputación del pago.....	593
------------------------------------	-----

**CAPÍTULO VII**

240—Del pago por entrega de bienes.....	602
---	-----

**CAPÍTULO VIII**

**De lo dado en pago de lo que no se debe**

241—Del error de hecho y del de derecho.....	607
242—Del error esencial.....	618
243—Del error que no es esencial.....	621
244—Del pago hecho sin causa.....	624
245—Del pago hecho por causa contraria á las buenas costumbres.....	627
246—De los documentos de crédito entregados por error.....	629

**CAPÍTULO IX**

247—Del pago con beneficio de competencia.....	632
--	-----

**Título XVII**

**De la novación**

248—Caracteres de la novación.....	637
249—De la novación objetiva y sus efectos.....	644
250—De la novación subjetiva y sus efectos.....	653



# INDICE

## DEL TEXTO DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS EN ESTE TOMO II

ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
398.....	5 á 12	444.....	69	490.....	135
399.....	13	445.....	70	491.....	137
400.....	14	446.....	70	492.....	135
401.....	15	447.....	71	493.....	138
402.....	16	448.....	71	494.....	140
403.....	18	449.....	72	495.....	143
404.....	18	450.....	58 á 62	496.....	147
405.....	19	451.....	74	497.....	146
406.....	20	452.....	75	498.....	135
407.....	22	453.....	75	499.....	148
408.....	21	454.....	77	500.....	150
409.....	26	455.....	79	501.....	153
410.....	27	456.....	81	502.....	152
411.....	24	457.....	83	503.....	155
412.....	33	458.....	86	504.....	156
413.....	39	459.....	89	505.....	158
414.....	35	460.....	88	505 no. 1.....	159
415.....	34	461.....	96	505 . 2 y 3.....	160
416.....	35	462.....	90	506.....	162
417.....	27	463.....	91	507.....	161
418.....	29	464.....	92	508.....	163
419.....	30	465.....	98 á 101	509 no 1 y 2.....	164
420.....	31	466.....	94	510.....	170
421.....	32	467.....	102	511.....	177
422.....	29	468.....	104	512.....	175
423.....	57	469.....	105	513.....	168
424.....	39	470.....	121	514.....	172
425.....	78	471.....	122	515.....	179, 185 y 186
426.....	51	472.....	123	516.....	187
427.....	54	473.....	124	517.....	189
428.....	55	474.....	125	518.....	191
429.....	56	475.....	106	519.....	193
430.....	38	476.....	109	520.....	194
431.....	37	477.....	111	521.....	196
432.....	36	478.....	113	522.....	197
433.....	37	479.....	114	523.....	198
434.....	51	480.....	115	524.....	200
435.....	52	481.....	116	525.....	201
436.....	40	482.....	117	526.....	202
437.....	53	483.....	118	527.....	204
438.....	64 á 67	484.....	119	528.....	205
439.....	63	485.....	128	529.....	207
440.....	42	486.....	130	530.....	208
441.....	43	487.....	131	531.....	213 á 215
442.....	67	488.....	132	532.....	217
443.....	44 á 50	489.....	133	533.....	218





ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
534.....	219	538.....	298	642.....	368
535.....	220	589.....	296 & 300	643.....	371
536.....	222	590.....	301	644.....	372
537.....	223	591.....	296	645.....	374
538.....	227	592.....	303	646.....	376
539.....	225	593.....	305	647.....	375
540.....	226	594.....	305	648.....	376
541.....	226	595.....	306	649.....	377
542.....	232	596.....	307	650.....	379
543.....	229	597.....	308	651.....	373
544.....	231	598.....	309	652.....	380
545.....	233	599.....	310	653.....	386
546.....	236	600.....	312	654.....	387
547.....	240	601.....	312	655.....	389
548.....	238 & 241	602.....	313	656.....	390
549.....	242	603.....	314	657.....	391
550.....	243	604.....	315	658.....	382
551.....	244	605.....	316	659.....	332
552.....	245	606.....	317	660.....	398
553.....	246	607.....	318	661.....	396
554.....	247	608.....	320	662.....	397
555.....	250	609.....	321	663.....	384
556.....	248	610.....	321	664.....	385
557.....	254	611.....	322	665.....	394
558.....	256 § 184	612.....	323	666.....	386
559.....	259	613.....	325	667.....	401
560.....	260	614.....	327	668.....	421
561.....	261	615.....	326	669.....	403-405
562.....	262	616.....	328	670.....	406-426
563.....	263	617.....	329	671.....	437
564.....	263	618.....	333	672.....	410
565.....	259	619.....	330	673.....	411
566.....	265	620.....	335	674.....	412
567.....	266	621.....	340	675.....	413-416
568.....	267	622.....	340	676.....	416
569.....	268	623.....	337	677.....	419
570.....	270	624.....	342	678.....	420
571.....	272	625.....	344	679.....	424
572.....	274	626.....	346	680.....	426
573.....	275	627.....	346	681.....	427
574.....	276	628.....	347	682.....	428
575.....	278	629.....	348	683.....	430
576.....	282	630.....	350	684.....	435
577.....	278	631.....	351	685.....	431-434
578.....	285	632.....	353	686.....	433
579.....	289	633.....	354	687.....	434
580.....	287	634.....	355	688.....	436
581.....	290	635.....	356	689.....	438, 439 y 440
582.....	288	636.....	359	690.....	441
583.....	291	637.....	360	691.....	442
584.....	293	638.....	362	692.....	444
585.....	294	639.....	363	693.....	445-447
586.....	294	640.....	364	694.....	448
587.....	295	611.....	366-368	695.....	448



ARTS.	Págs.	ARTS.	Págs.	ARTS.	Págs.
686.....	450	737.....	532	778.....	600
697.....	449	738.....	513	779.....	602
698.....	450	739.....	532	780.....	603
699.....	453	740.....	533	781.....	604
700.....	455	741.....	534	782.....	606
701.....	457	742.....	535	783.....	607
702.....	458	743.....	537	784.....	607
703.....	464	744.....	537	785.....	613
704.....	460	745.....	538	786.....	610
705.....	465-481	746.....	536	787.....	615
706.....	468	747.....	539 & 543	788.....	611
707.....	470	748.....	545	789.....	612-615
708.....	487	749.....	545	790.....	618
709.....	474	750.....	546	791.....	621
710.....	475	751.....	547	792.....	627
711.....	476	752.....	548	793.....	624
712.....	481	753.....	549	794.....	625
713.....	478	754.....	551	795.....	628
714.....	482	755.....	552	796.....	630
715.....	484	756.....	553	797.....	630
716.....	489	757.....	556 & 559	798.....	631
717.....	490	758.....	560	799.....	642
718.....	493	759.....	562	800.....	633
719.....	495	760.....	563	801.....	637
720.....	496	761.....	564	802.....	638
721.....	497	762.....	566	803.....	641
722.....	497	763.....	567	804.....	643
723.....	494	764.....	568	805.....	643
724.....	490	765.....	570	806.....	644
725.....	501	766.....	571	807.....	645
726.....	502	767.....	573	808.....	646
727.....	503-506	768.....	575-580	809.....	647
728.....	506	769.....	581	810.....	648
729.....	508	770.....	586	811.....	649
730.....	511	771.....	589	812.....	651
731.....	517 & 521	772.....	592	813.....	650
732.....	525	773.....	594	814.....	654
733.....	527	774.....	595	815.....	656
734.....	528	575.....	595	816.....	658
735.....	530	776.....	598	817.....	657
736.....	530	777.....	599		





# ERRATAS IMPORTANTES



<i>Pág.</i>	<i>Línea</i>	<i>Dice</i>	<i>Léase</i>
5....	9	ejercer.....	ejecutar
9....	13	persona.....	hermana
9....	17	de las tías.....	á las tías
83....	29	hombre.....	tutor
86....	20	no responderán.....	responderán
92....	15	no se deben.....	se deben
96....	11	dolo en el tutor.....	dolo por parte del tutor
111....	20	emancipa los.....	menores
122....	27	participación.....	precipitación
124....	30	que no nos.....	que nos
160....	14	405.....	505
181....	6	efecto.....	defecto
194....	22	ejecución.....	inejecución
204....	25	autorización.....	realización
238....	3	se cumple.....	no se cumple
256....	16	legalitario.....	legatario
294....	2	una cosa.....	su
305....	34	ejercer la real.....	ejercitarla
366....	37	razones en el art. 631.....	razones
388....	20	con él.....	con la obligación
408....	19	tienen.....	ni tienen
435....	26	quinta.....	quita
470....	8	habría.....	no habría
476....	27	culpa de los.....	culpa de uno de los
493....	20	tener.....	producir
516....	4	y al acreedor capaces que han entregado ó recibido.....	capaz que ha entregado Julio
522....	11	Alberto.....	lo sería igualmente
531....	27	el pago sería nulo.....	que no se
548....	13	que se.....	pero si él
550....	10	pero él.....	actual reteniendo la cosa
551....	28	actual.....	cedente
583....	14	cesionario.....	